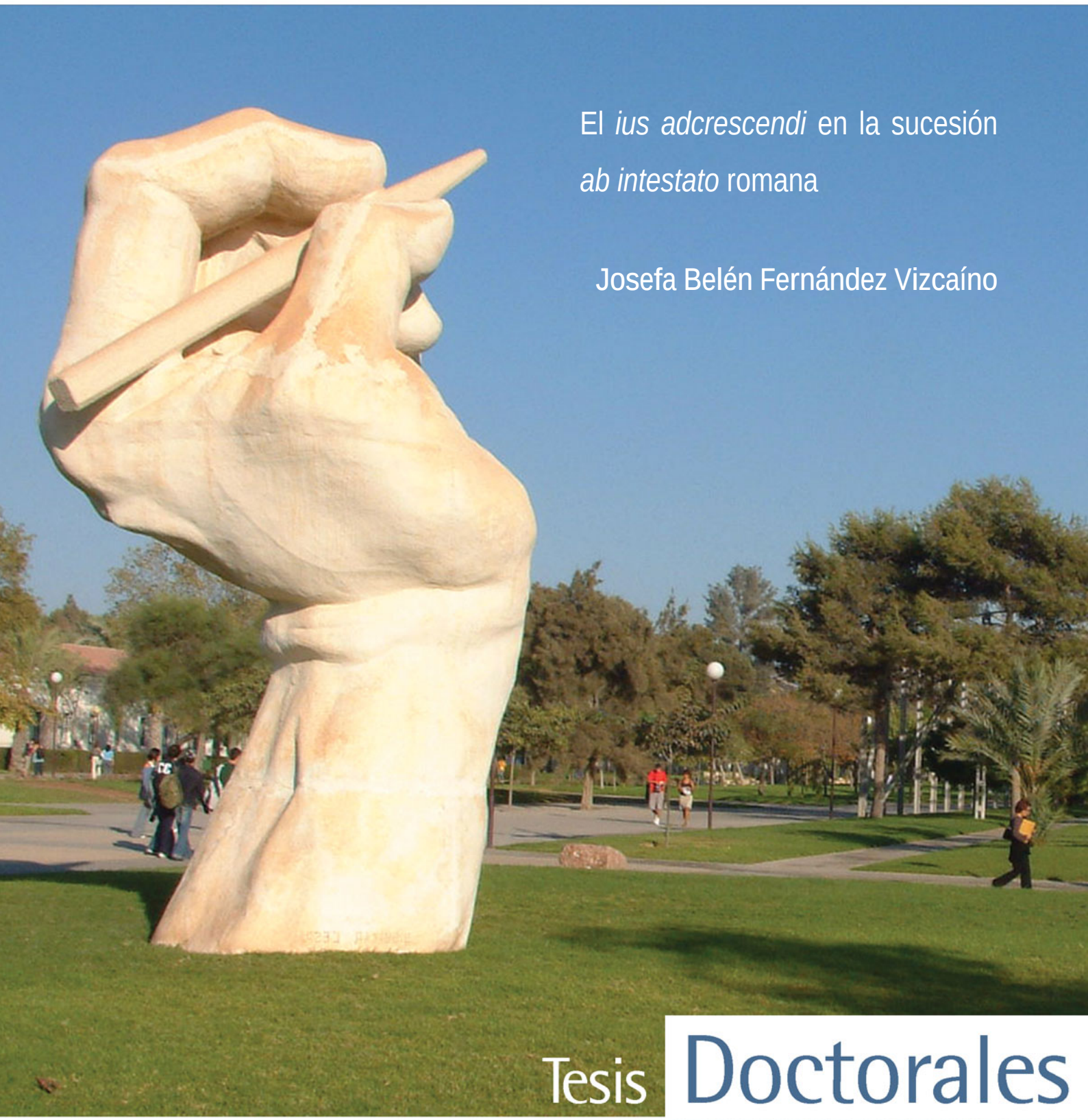
Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



El *ius adcrescendi* en la sucesión *ab intestato* romana

Josefa Belén Fernández Vizcaíno

Tesis Doctorales

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS HISTÓRICO-JURÍDICAS
ÁREA DE DERECHO ROMANO

EL *IUS ADCRESCENDI* EN LA SUCESIÓN *AB INTESTATO* ROMANA

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Josefa Belén Fernández Vizcaíno

Alicante, 2009

Tesis para alcanzar el grado de Doctora,
dirigida por Dª Aránzazu Calzada González,
Catedrática de Derecho Romano,
Departamento de Ciencias Histórico-Jurídicas,
Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS..... 13
INTRODUCCIÓN..... 19

PARTE PRIMERA
CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL *IUS ADCRESCENDI*

CAPÍTULO 1.- Concepto y fundamento general..... 31
1.- Origen y fundamento histórico..... 31
2.- El *ius adcrescendi* y la llamada universal a la herencia romana. Su relación con el título de *heres*..... 59
2.1.- Breve referencia a la relación entre la llamada universal en la sucesión testamentaria romana y el *ius adcrescendi*..... 82
3.- La comunidad de cuotas romana y su relación con el derecho de acrecer..... 106
4.- Concepto de *ius adcrescendi*..... 127
5.- Conclusiones..... 154

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 2.- Naturaleza jurídica del *ius adcrescendi*..... 167
1.- Teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de acrecer..... 167
1.1.- Teorías unitarias..... 168
1.1.a.- Teoría mayoritaria: la llamada universal a la herencia como origen del *ius adcrescendi*..... 169
1.1.b.- Teoría de Robbe: el derecho de acrecer como parte de los derechos reales..... 183
1.2.- Teorías que niegan el carácter unitario..... 200
1.2.a.- Teoría de Bonfante: dos tipos de acrecimiento..... 200
1.2.a.1.- Acrecimiento general, necesario, típico de la sucesión romana y acrecimiento especial..... 201
1.2.a.2.- Reacciones críticas a la opinión de Bonfante..... 203
1.2.b.- Teoría plural de Arangio-Ruiz y Voci..... 212
1.3.- Teoría de la Glosa: la *coniunctio* y su relación con la incompatibilidad de delaciones, testamentaria e intestada... 220
2.- Compatibilidad entre el derecho de acrecer y las dos clases de delaciones..... 225
3.- Conclusiones..... 235

PARTE SEGUNDA
RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACRECIMIENTO

CAPÍTULO 3.- Régimen jurídico del derecho de acrecer..... 253
1.- La causa de vacancia de la cuota..... 254

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.1.- Causa particular de vacancia de una cuota: la indignidad para suceder y su relación con el *ius adcrescendi*..... 269
2.- Características principales del acrecimiento..... 274
2.1.- Carácter automático, *ipso iure*..... 274
2.2.- Necesidad del acrecimiento..... 279
2.3.- *Portio portioni adcrescit, non personae*..... 283
2.4.- Proporcionalidad del acrecimiento..... 292
3.- Regulación de las cargas en el *ius adcrescendi*..... 295
3.1.- Desde los orígenes del derecho de acrecer al derecho clásico..... 295
3.2.- Las cargas hereditarias en la *caducorum vindicatio* y su relación con el derecho de acrecer. Convivencia y evolución de los dos sistemas..... 313
3.3.- La Legislación Justinianea..... 319
4.- Exclusión del acrecimiento..... 323
4.1.- *Ius transmissionis*..... 324
4.2.- La sustitución testamentaria..... 330
4.3.- Derecho de representación..... 341
5.- Conclusiones..... 342

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PARTE TERCERA
EL *IUS ADCRESCENDI* EN LA SUCESIÓN *AB INTESTATO* ROMANA

CAPÍTULO 4.- El derecho de acrecer en el antiguo *ius civile*..... 365
1.- *Sui heredes*..... 365
1.1.- La relación entre el *beneficium abstinendi* y el *ius adcrescendi*..... 386
1.1.a.- Situación jurídica previa a la concesión del *beneficium abstinendi*..... 386
1.1.b.- El *beneficium abstinendi* como remedio a una injusticia..... 397
1.1.c.- El *ius adcrescendi* con relación a la cuota de quien se abstiene..... 416
1.1.c.1.- El *suus heres* como único llamado a la herencia *ab intestato*..... 417
1.1.c.2.- Pluralidad de *sui heredes* llamados *ab intestato* a la herencia..... 421
1.2.- *Postumi*..... 447
1.2.a.- *Vocatio ab intestato* de los *postumi*..... 447
1.2.b.- Reserva de los derechos hereditarios al *postumus*..... 470
1.2.b.1.- El *conceptus nondum natus* como único *suus heres* 472
1.2.b.2.- La concurrencia del *postumus* con otros *heredes sui*: reserva de cuotas-sistema jurisprudencial de presunciones..... 474

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.2.c.- La aplicación del *ius adcrescendi* en los *postumi*..... 485
2.- *Adgnati*..... 498
2.1.- La posición jurídica del *adgnatus proximus* en la sucesión *ab intestato*..... 498
2.2.- La aplicación del *ius adcrescendi* en el orden sucesorio de los *adgnati*..... 509
3.- *Gentili*..... 517
4.- Conclusiones..... 521

CAPÍTULO 5.- El derecho de acrecer en la *bonorum possessio*..... 543
1.- Cuestiones previas..... 543
2.- El *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio*..... 566
2.1.- Tesis de Vaccaro Delogu: la aplicación del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* dependía de su evolución y acercamiento a la herencia civil..... 569
2.2.- Tesis de Robbe: el *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* era de general aplicación desde sus orígenes en función de su fundamento en un derecho real..... 576
3.- Dos supuestos particulares de aplicación del *ius adcrescendi*..... 581
3.1.- El nieto de un hijo premuerto..... 582
3.2.- *Nova Clausola Iuliani*..... 588
4.- *Successio ordinum et graduum*..... 592
5.- Conclusiones..... 605

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

5.1.- ¿Existía una delación solidaria en la *bonorum possessio* como presupuesto fundamental para la aplicación del *ius adcrescendi*?..... 606
5.2.- El *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio*: un instituto propio del *ius successioni* o un derecho real..... 611
5.3.- *Successio ordinum et graduum versus ius adcrescendi*. 625

CAPÍTULO 6.- El derecho de acrecer en el *ius civile novum* 631
1.- Cuestiones previas. La evolución del sistema sucesorio: del derecho agnaticio a la prioridad de los vínculos cognaticios y su influencia en el *ius adcrescendi*..... 631
2.- Regulación particular del senadoconsulto Tertuliano..... 640
2.1.- Influencia del senadoconsulto Tertuliano en la verificación del *ius adcrescendi*..... 651
2.2.- *Ius adcrescendi versus* delación sucesiva en el ámbito del senadoconsulto Tertuliano..... 657
3.- Alcance de la delación hereditaria en el senadoconsulto Orficiano..... 670
3.1.- El *ius adcrescendi* según la regulación del senadoconsulto Orficiano..... 679
3.2.- Supuesto especial: el derecho de acrecer en la sucesión de la liberta según el senadoconsulto Orficiano..... 688
4.- Conclusiones..... 700
4.1.- ¿Había acrecimiento en la regulación particular del senadoconsulto Tertuliano?..... 703

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.2.- La teoría del acrecimiento en el ámbito del senadoconsulto Tertuliano con relación a la influencia de la polémica *ius adcrescendi versus* delación sucesiva..... 709
4.3.- La aplicación del derecho de acrecer en el senadoconsulto Orficiano. Supuesto particular de la liberta. 715

CAPÍTULO 7.- El derecho de acrecer desde el final de la época posclásica a las Novelas de Justiniano..... 729
1.- Cuestiones previas..... 729
1.1.- El sistema de llamamientos hereditarios según la legislación posclásica y justinianea anterior a las Novelas... 729
1.2.- Innovación posclásica y justinianea en la regulación de la delación sucesiva..... 752
2.- La verificación del derecho de acrecer desde las constituciones imperiales al sistema justinianeo anterior a las Novelas..... 756
3.- La reforma de Justiniano en las Novelas 118 y 127..... 759
4.- La influencia del sistema de las Novelas en la regulación del acrecimiento..... 767
5.- Conclusiones..... 780
5.1.- El *ius adcrescendi* en el derecho posclásico y en el derecho de Justiniano anterior a las Novelas..... 780
5.2.- La verificación del derecho de acrecer a partir de la reforma de las Novelas 118 y 127..... 785

BIBLIOGRAFÍA..... 795
ÍNDICE DE FUENTES..... 843

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADC	*Anuario de Derecho Civil*
AHDE	*Anuario de Historia del Derecho Español*
Annali Bari	*Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*
Annali Catania	*Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*
Annali Palermo	*Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*
Annali Perugia	*Annali della R. Università di Perugia (Facoltà di Giurisprudenza)*
Appendix legis rom. Wis.	*Appendices Legis Romanae Wisigothorum*
Arch. Giur.	*Archivio Giuridico Filippo Serafini*
ANRW	*Ausfstieg und Niedergang der römischen Welt*
Auct. Ad Herenn	*Auctor ad Herennium*
Bas.	*Basilici*
BIDR	*Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*
C.	*Codex Iustinianus*
C. I. L.	*Corpus Inscriptionum Latinarum*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Coll.	*Collatio Mosaicorum et Romanorum Legum*
C. Th.	*Codex Theodosianus*
D.	*Digesto*
Ep. Gai	*Epitome Gai*
Epist.	*Horati Flacci Epistularum Liber secundus*
Frag. Aug.	*Gai Fragmenta Augustodunensia*
Fragm. Dosith.	*Fragmentum Dositheanum*
Frag.Vat.	*Fragmenta Vaticana*
Fs. Koschaker	*Festschrift:mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger Juristenfakultät zum sechzigsten Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen, 3 volúmenes, Weimar, 1939*
Fs. Schulz	*Festschrift Fritz Schulz, 2 volúmenes, Weimar, 1951*
Fs. Zitelmann	*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1922*
Hommage Schilling	*Hommage à Robert Schilling, 1 volumen, Paris 1983*
I.	*Institutiones Iustiniani Augusti*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDEX	*Index. Quaderni Carmeti di Studio Romanistici*
IURA	*Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*
LABEO	*Labeo. Rassegna di Diritto Romano*
Mélanges Lévy-Bruhl	*Droit de l'Antiquitè et Sociologie Juridique. Mélanges Lévy-Bruhl, Paris, 1959*
NNDI	*Novissimo Digesto Italiano*
Noct. Att.	*Noctes Atticae*
Nov.	*Novellae*
NRHD	*Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*
Pauli Sent.	*Pauli Sententiae*
RDP	*Revista de Derecho Privado*
Rhet. ad Her.	*Rethorica ad Herennium*
RHD	*Revue Historique du Droit Français et Étranger*
RIDA	*Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè*
RIL	*Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*
RISG	*Rivista Italiana per le Scienze Giuridica*
Scritti Solazzi	*Scritti di Diritto Romano, 6 volúmenes, Napoli, 1972*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SDHI	*Studia et Documenta Historiae et Iuris*
Studi Albertario	*Studi in memoria di Emilio Albertario, 2 volúmenes, Milano, 1953*
Studi Albertoni	*Studi in memoria di Aldo Albertoni, 3 volúmenes, Padova, 1938*
Studi Arangio-Ruiz	*Studi in onore di Arangio-Ruiz, 4 volúmenes, Napoli, 1953*
Studi Besta	*Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento, 4 volúmenes, Milano, 1937*
Studi Bonfante	*Studi in onore di Pietro Bonfante, 4 volúmenes, Milano, 1929-1930*
Studi Brugi	*Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento, Palermo, 1910*
Studi Cagliari	*Studi economico-giuridici editi per cura della Facoltà de Giurisprudenza di Cagliari. Università di Cagliari*
Studi Carnelutti	*Studi di diritto processuale, 4 volúmenes, Padova, 1925-1939*
Studi Chiovenda	*Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento, 1 volumen, Padova, 1927*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Studi De Francisci	*Studi in onore di Pietro de Francisci, 4 volúmenes, Milano, 1956*
Studi Donatuti	*Studi in memoria di Guido Donatuti, 3 volúmenes, Milano, 1973*
Studi Grosso	*Studi in onore di Giuseppe Grosso, 6 volúmenes, Torino, 1968-1974*
Studi Pavia	*Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali Università degli Studi di Pavia*
Studi Riccobono	*Studi in onore di Salvatore Riccobono, 4 volúmenes, Palermo, 1936*
Studi Sassaresi	*Società sassarese per le Science Giuridiche, posteriormente a cura dell'Istituto Giuridico della Universita di Sassari, Milano desde 1901*
Studi Scherillo	*Studi in onore di Gaetano Scherillo, 3 volúmenes, Milano, 1972*
Studi Schupfer	*Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer del XXXV anno del suo insegnamento, Roma, 1975*
Studi Solazzi	*Studi in onore di Siro Solazzi, Napoli, 1948*
Studi Volterra	*Studi in onore di Edoardo Volterra, 6 volúmenes, Milano, 1971*
TJ	*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*
Tit.Ulp.	*Tituli ex Corpore Ulpiani*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ZGR	*Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*
ZSS	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Reschtsegeschichte. Romanistiche Abteilung*
XII Tab.	*XII Tabularum*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del *ius adcrescendi* en la sucesión intestada romana desde las XII Tablas hasta llegar a la legislación justinianea, partiendo de la exposición del concepto, la naturaleza, el fundamento y el régimen jurídico del acrecimiento.

Inicialmente, la investigación sobre el *ius adcrescendi* estaba dirigida al estudio global de la institución, abarcando tanto la sucesión testamentaria como la intestada, incluidas la legislación específica conformada a partir de las leyes caducarias de Augusto, las modificaciones justineaneas y la posterior recepción de nuestro instituto en el derecho común, como un antecedente válido para interpretar la regulación de nuestro Código Civil; sin embargo, dada la extensión y complejidad de la materia, así como razones de espacio y tiempo, nos han obligado a limitar el presente trabajo al ámbito de la sucesión *ab intestato*, si bien exponiendo como antecedentes el fundamento, la naturaleza jurídica y el régimen jurídico que informa toda la investigación con la finalidad de continuar posteriormente con el estudio del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria.

El derecho de acrecer se configuraba en Derecho romano como un fenómeno general al que hacen referencia las fuentes a propósito de diversos institutos jurídicos; así, siempre que existiendo una única relación jurídica perteneciente a una pluralidad de sujetos, si por cualquier causa venía a faltar uno de los

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

participantes, la cuota vacante aumentaba a los que quedaban; no obstante, coincidimos con la mayoría de la doctrina cuando afirma que es el derecho hereditario el campo de observación ideal, debido a su abundante casuística y sin duda al reflejo en su régimen jurídico de la cambiante sociedad romana a lo largo de siglos de continuo desarrollo.

El derecho de acrecer no ha sido objeto de un tratamiento exhaustivo por parte de la doctrina romanística, por lo que son escasas las investigaciones y monografías sobre el argumento.

Esta escasez concuerda con la opinión generalizada que considera el derecho de acrecer y su aplicación en derecho sucesorio una cuestión oscura que presenta no pocas dificultades a quien pretende estructurarla racionalmente, pues en diferentes ocasiones el empeño en exponer la materia de una manera sencilla tropieza con la compleja redacción de las fuentes de que disponemos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, tal como afirman autores como Re[1] o Ermini[2], la dificultad de esta institución proviene de la amalgama de legislaciones diversas y contradictorias que se encontraban en los libros justineaneos; esta confusión fue aumentada posteriormente por glosadores e intérpretes en el ejercicio del estudio de los textos del *Corpus Iuris* que tantas dudas presentan.

[1] C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I*, 1887, p. 399.

[2] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I*, Milano, 1937, p. 378.

La complejidad del derecho de acrecer queda recogida en múltiples afirmaciones doctrinales entre la que destacamos la recogida del romanista Vinnir por Castán[3] "*Nulla in toto iure nostro creditur esse nel sustilior, vel perpleixor.*"[4]

Desde la perspectiva de su estructura formal se ha dividido este trabajo en tres partes, estando las mismas subdivididas en capítulos que finalizan con las respectivas conclusiones.

En la primera parte, el capítulo primero está dedicado al concepto y fundamento general del acrecimiento, tomando como punto de partida el origen más remoto de la institución; si bien lo relevante respecto a la conformación de nuestro instituto lo encontramos en dos notas, una de ellas es su relación con la llamada universal a la herencia romana y el título de heredero, pues en virtud de éste último en el supuesto de un llamamiento plural, cada uno de los coherederos tenía un derecho potencialmente extensible al total de la herencia, formándose las cuotas a partir de un concurso efectivo constituido entre todos ellos; siendo el otro dato que se toma en consideración en la investigación el sistema de cuotas romano a partir del cual se puede afirmar que el derecho de acrecer toma las notas que le caracterizan.

El segundo capítulo se ha dedicado a la naturaleza jurídica del *ius adcrescendi*, examinando la distinción doctrinal entre las

[3] J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, Derecho de sucesiones, volumen II*, Madrid, 1979, p. 204.

[4] Nada hay más sutil ni más complejo.

teorías que asumen un concepto unitario de acrecimiento en todos sus campos de aplicación de aquéllas que reconocen diferentes tipos de derecho de acrecer, destacando la tesis de Bonfante que sostiene dos tipos de acrecimiento: uno general, necesario y típico de la sucesión romana y otro especial.

Más adelante los glosadores plantearon su propia teoría en la cual la *coniunctio* y su relación con la incompatibilidad de delaciones ya es la razón principal del acrecimiento, idea que será desarrollada a lo largo de los siglos hasta que desaparece la incompatibilidad de delaciones y el acrecimiento necesario, reconduciendo la aplicación del derecho de acrecer a los casos de *coniunctio* entendida como la presunta voluntad del testador, siendo ésta la idea que prevalece en la limitación de supuestos que aparece en nuestro derecho civil.

Otra cuestión que perfila la naturaleza jurídica del *ius adcrescendi* en Derecho romano la encontramos en las diversas excepciones al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, que dieron lugar a testamentos privilegiados, destacándose entre ellos el testamento militar, por ser el más antiguo y ostentar un mayor número de prerrogativas.

La segunda parte de este trabajo y su capítulo tercero está dedicada al régimen jurídico del acrecimiento comenzando por exponer y analizar las cuestiones referidas a la vacancia de la cuota.

Este régimen jurídico se complementa con la observación de las características principales del acrecimiento, esto es, su carácter

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

automático, la necesidad y proporcionalidad en su verificación, así como el cumplimiento del principio *portio portioni adcrescit non personae*.

Asimismo, consideramos de gran importancia, por su variada regulación a lo largo del tiempo, las disposiciones relativas a las cargas hereditarias en relación con el *ius adcrescendi*. En este sentido, la investigación se centra en el cambio de la voluntad legislativa respecto al fin otorgado a las mismas, con un derecho equitativo aplicable en un primer periodo que va desde los orígenes hasta el derecho clásico; posteriormente, con la aprobación de las leyes caducarias, se impone un régimen contrario al vigente hasta el momento; finalmente Justiniano derogó las leyes de Augusto, restableciendo las antiguas reglas para el acrecimiento, si bien respecto a las cargas, con carácter general, mantuvo la normativa augustea.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por último, se realiza en este apartado una exposición de las causas que excluyen el derecho de acrecer, esto es, el *ius transmissionis*, la sustitución testamentaria y el derecho de representación.

La parte tercera de este trabajo se centra en la aplicación práctica del *ius adcrescendi* en la sucesión *ab intestato*.

En el capítulo cuarto se expone el acrecimiento en el antiguo *ius civile*, destacando la figura preeminente del *heres suus*, con especial referencia a su obligación de conservar el patrimonio familiar, además de interesar el análisis de la regulación aplicable

en el supuesto del *postumus suus*. Del mismo modo, este trabajo examina la repercusión que tuvo la concesión por el pretor del *beneficium abstinendi*, pues a partir de dicho momento una cuota que en principio, al no tener posibilidad de renunciar a la misma, debía ser adquirida automática y obligatoriamente, quedaba vacante.

Asimismo, la legislación decenviral regulaba el destino de la herencia en el supuesto de que el *de cuius* no tuviese *suus*, apareciendo de esta manera un ámplio campo de actuación del acrecimiento, pues en estos supuestos de herederos voluntarios, *adgnati* y *gentili*, una cuota hereditaria podía quedar vacante.

El derecho de acrecer y su aplicación en la *bonorum possessio* es el tema analizado en el capítulo quinto haciendo especial referencia a dos supuestos particulares: el nieto de un hijo premuerto y la *nova clausola Iuliani*. Se estudia aquí la disyuntiva entre el acrecimiento en la *bonorum possessio* entendido bien como un instituto propio del *ius successionis* o bien como parte de los derechos reales. Otra cuestión que se examina es la contraposición entre el *ius adcrescendi* y la *successio ordinum et graduum*.

En el capítulo sexto se expone el derecho de acrecer en el *ius civile novum*, en concreto la evolución familiar de la sociedad romana que implica el paso de la familia agnaticia a la cognaticia, lo que tuvo influencia en el *ius adcrescendi* a través de la regulación establecida en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, con especial referencia al derecho de acrecer en la sucesión de la liberta.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por último, en el capítulo séptimo se realiza una exposición de la regulación de la institución desde el final de la etapa posclásica a las Novelas de Justiniano; así, se analiza la continuidad de numerosas *constitutiones* de la época posclásica que seguían la misma corriente de pensamiento que los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, al otorgar prioridad a la *cognatio* frente a los antiguos lazos agnaticios. Finalmente, la compilación justinianea vino a modificar tal situación estableciendo un nuevo sistema sucesorio en las Novelas 118 y 127; se configura así un nuevo sistema de llamamientos hereditarios, eliminando la agnación a favor de los vínculos de sangre y equiparando los derechos sucesorios de hombres y mujeres.

Para concluir, se ha analizado particulamente la debatida cuestión sobre la prioridad de la *successio graduum* sobre el *ius adcrescendi* que queda definitivamente establecida en la legislación justinianea.

.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PARTE PRIMERA

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL *IUS ADCRESCENDI*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 1.- Concepto y fundamento general

1.- Origen y fundamento histórico

El origen histórico de nuestro instituto se remonta a los tiempos más antiguos del Derecho romano, como afirma De Cillis[5] "Sorge nel mondo romano il diritto di accrescere, *ius adcrescendi*, colle più vetuste memorie della vita giuridica di quel popolo", ya que la situación de hecho que se presentaba y que constituía el objeto de su actuación aparece desde el mismo momento en que se regula entre otros aspectos la transmisión hereditaria o los derechos y obligaciones de los herederos, así, cuando ante el reparto de la masa hereditaria, uno o varios de los herederos no podían o querían asumir su parte o en su caso el total de la herencia se planteaba la cuestión de que hacer con esa cuota que quedaba vacante, de esta manera, en este contexto de necesidad jurídica nace el denominado *ius adcrescendi* que se otorgaba a favor de los herederos que quedaban sobre la parte de la herencia que había quedado libre.

[5] F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII*, 1879, pp. 110 y ss.

Esta cuestión ha sido tratada vagamente por la mayoría de la doctrina, si bien podemos encontrar unas pocas referencias a la misma en las tesis de autores como Glück, Ambrosino, Robbe, Bonfante, entre otros, que nos ayudan a intentar recomponer los inicios de nuestro instituto, que en nuestra opinión coincide con el principio de la normativa hereditaria romana.

La investigación del origen del derecho de acrecer sigue diferentes ramas en virtud del concepto que se tenga del mismo, ya que como ha quedado establecido, los autores que tratan la cuestión intentan armonizar los escasos datos que han llegado hasta nosotros de tan antigua época con su teoría sobre la naturaleza y definición del acrecimiento.

En el punto de partida, debemos hacer referencia a la opinión doctrinal[6] que sitúa el origen del derecho de acrecer en la situación que se generaba cuando, a la muerte del dueño o soberano de la comunidad doméstica, los *sui heredes* formaban automáticamente un

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[6] E.BETTI en su recensión a U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, en *BIDR, LI-LII*, 1948, p. 434; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, Varese, 1958, pp. 313 y ss.; M.KASER, *Das Römische Privatech, II*, München, 1971, p. 730; H.J.WOLFF, "Die Pupilarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des "*Heres*"-Begriffs und der römischen Rechtswissenchaft", en *Studi Riccobono, III*, Palermo, 1936 (reimpresión 1974), pp. 448 y ss.; A.TORRENT, "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II*, 1968, p. 102; R. ZIMMERMANN, "*Coniunctio verbis tantum*", en *ZSS, CI*, 1984, pp. 237 y ss.; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1986, p. 705; J.IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1991, p. 88; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Barcelona, 2001, pp. 17 (nota 11) y 48 (nota 83); C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, Malaga, 2002, p. 18.

consortium espontáneo denominado *ercto non cito*[7], *consortium inter fratres* o *consortium domesticum*[8]; en este sentido, es

[7] Con relación al significado etimológico de la expresión *consortium ercto non cito vid*. J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI*, 1942, p. 145 (nota 14).

[8] *Vid. Gai* 2, 157 y D. 28, 2, 11.- *Paulus 2 ad sab. In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.* Este pasaje del Digesto ha servido de fundamento a los defensores de la existencia de una comunidad dominical entre padre e hijos en vida del *paterfamilias*, apareciendo los *sui heredes* como continuadores del *dominium* paterno, gracias a la afirmación de que no hubo herencia, como si ya en otro tiempo fuesen dueños de la misma. G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano,* Firenze, 1930, p. 12 interpreta el texto de Paulo afirmando que en los *sui* la sucesión se configura de tal modo que parece que no se puede hablar de herencia sino de continuación por parte de aquéllos de un dominio ya existente en vida del *paterfamilias*; por contra, esta opinión ha sido criticada por B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico. I, Il *consorzio ercto non cito*. II. Il preteso condominio familiare nel diritto romano arcaico (D. 28, 2, 11)" en *Annali Palermo, XX*, 1949, pp. 94 a 104, al afirmar que no puede servir de base para fundamentar la existencia de la citada comunidad familiar de tipo germánico o *Hausgemeinschaft*, ya que además de considerarlo gravemente interpolado en la época posclásica, sostiene una muy distinta interpretación de la frase *quodammodo domini existimatur* contenida en citado fragmento, pues este autor defiende la tesis de que únicamente en la estimación social tendrían los *sui heredes* la condición de *domini* en vida del *paterfamilias*. De igual opinión es P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, Milano, 1930 (reimpresión 1974), pp. 230-231, al afirmar con relación al texto de Paulo –también a *Gai* 2, 157- que justifica la sucesión inmediata de los *sui* en una especie de condominio de éstos sobre el patrimonio paterno, que se ha pretendido construir un régimen familiar romano análogo al condominio de tipo germánico, y que en realidad el jurisconsulto no se refiere al derecho de la época arcaica de la cual se tiene poco conocimiento, sino que plantea la situación del derecho en su propio tiempo, y que el dominio familiar se refiere a una unidad familiar de disfrute, y que los descendientes tienen una expectativa sobre el patrimonio paterno, y se podría llegar a aceptar que existía un condominio en el sentido social pero no desde el punto de vista del *ius civile*, ya que según éste el patrimonio pertenece de forma absoluta al *paterfamilias*, aunque está destinado a satisfacer las necesidades de la familia,

precisamente este *consortium,* que configuró el concepto de *heres*, la base de la llamada universal que, como se expondrá en este trabajo, se conforma como fundamento del *ius adcrescendi*.

Con relación a este *consortium*, parte de la doctrina defiende que en vida del *pater* ya existía una comunidad dominical entre padres e hijos, y ésta era mantenida a la muerte de aquél como una *continuatio dominii*, sin necesidad de *successio* ni de acto alguno especial de constitución. Así, en la época arcaica la comunidad familiar era universal y solidaria y continuaría de forma natural, a la muerte del *pater*, con los *sui heredes*[9].

y su régimen interno tiene tal finalidad, de forma que cuando fallece el *pater* los *sui* suceden sin interrupción pues pertenecen al grupo familiar. Sigue esta tesis P.VOCI en "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, Padova, 1985, pp. 10 y ss., (anteriormente en *Ausfstieg und Niedergang der römischen Welt, II*, 14, Berlin, 1982, pp. 392 a 448), al establecer que este condominio sobrevive como un instituto ético-social y no jurídico, de ahí la frase *sui vivo quoque parente quodam modo domini existimantur* acogida en *Gai* 2, 157 y D. 28, 2, 11, la cual para este autor tendría una fuente común en Sabino.

[9] A favor *vid.* C.W.WESTRUP, *Introduction to early Roman Law. Comparativa sociological studies. The patriarchal family I, 1: The house community, 1. Community of cult, Copenhagen-London*, 1944, pp. 61 y ss, (=en *Introduction to early Roman Law. Comparativa sociological studies. The patriarchal joint family IV. 1. Sources and methods*, Copenhagen-London, 1950); LÉVY-BRUHL, H., "Observations sur le regime succesoral des XII Tables", en *RHD, XLVIII*, 1946, p. 155 (=en *Nouvelles ètudes sur le très ancíen Droit Romain*, Paris, 1947, p. 53); D.DAUBE, "*Consortium*" in Roman and Hebrew Law", en *The Juridical Review, LII*, 1950, pp. 71. y ss.; A.TORRENT, "*Consortium ercto non cito''*, en *AHDE, XXXIV*, 1964, pp. 479 y ss; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, Milano, 1967, pp. 32 y ss.; S.TONDO, "Il consorcio domestico nella Roma antica", en *Atti e memorie dell'accademia toscana di scienze e lettere "La Colombaria", XL*, 1975, pp. 146 y ss.; L.GUTIERREZ-MASSON, *Del Consortium a la societas, I, Consortium ercto non cito*, Madrid, 1987, pp. 65 y ss; M.FUENTESECA, "*Proprietas, Possessio y Actio Publiciana*", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales)*, Madrid, 2001, pp. 426 y ss.; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum natus en el*

Ahora bien, a partir de esta afirmación hay que distinguir entre los diversos autores que sostienen sus particulares, y a

Derecho Romano: Régimen Sucesorio, Alicante, 2002, p. 31 (nota 22); M.SALAZAR REVUELTA, "La cohesión familiar a través del c*onsortium inter fratres* y su posible pervivencia histórica", en *Actas del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Huelva**,** 2003, pp. 683 y ss; E.POLO ARÉVALO, "Aproximación a la estructura de la sucesión *mortis causa* en Derecho romano arcaico", en *Studia Iuridica, 88*, Coimbra, 2006, pp. 141 y ss. En contra, *vid.* R.MONIER, *Les nouveaux fragments de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933, p. 22; V.ARANGIO-RUIZ, "Gayo III, 154 a) y b)", en *Papiri greci e latini, XI*, Firenze, 1935, pp. 7 y ss.-32 y ss.; P.FREZZA, "*Il consortium ercto non cito* e i nouvi frammenti di Gaio", en *Rivista di Istruzione e Filologica Classica, LXII*, 1934, pp. 27 y ss.; P.COLLINET, "Les nouveaux fragments de Gaius", en *RHD, XXV*, 1934, pp. 102 y ss.; E.LEVY, "Neue Bruschtücke aus den Institutionen des Gaius", en *ZSS, LIV*, 1934, p. 271; F.DE ZULUETA, "The new Fragments of Gaius, P. II *societas ercto non cito*", en *The journal of roman Study, XXV*, Oxford, 1935, p. 22; C.A.MASCHI *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935, pp. 45 y ss.; S.SOLAZZI, "*Societas* e *communio*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, LVII*, 1935, pp. 127 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, III*, Napoli, 1960, pp. 427 y ss.); U.COLI, "Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma", en *SDHI, IV*, 1938, pp. 68 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, I*, Milano, 1973, pp. 215 y ss.); S.SOLAZZI, "Glosse a Gaio", *Terza Puntata*, en *SDHI, VI*, 1940, pp. 335 y ss.; H.LÉVY-BRUHL, "Le "*consortium*" artificiel du Nouveau Gaius" en *Nouvelles ètudes sur le très ancíen Droit Romain*, Paris, 1947, pp. 51 y ss.; B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico..." en *Annali Palermo, XX, op.cit.*, pp. 94 y 95; M.BRETONE, "*Consortium* e *Communio*", en *LABEO, VI*, 1960, pp. 163 y ss. ; V.ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'universitá di Roma 1949-1950*, Napoli, 1965, pp. 37 y ss.; W.KUNKEL, "Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische "*Consortium*", en *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, IV*, 1954, pp. 56 y ss.; M.BIANCHINI, *Studi sulla "societas"*, Milano, 1967, pp. 5 y ss.; A.D'ORS, "*Societas*" y "*consortium*", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Valparaiso, II*, 1977, pp. 33 y ss.; O.E.TELLEGEN, "Was there a "consortium" in Pliny's Letter VIII, 18", en *RIDA, XXVII*, 1980, pp. 295 y ss. (=en *The roman law of succession in the letters of pliny the younger I*, Zutphen, 1982, pp. 151 y ss.); G.FRANCIOSI, "Ancora sul "*consortium*", en *LABEO, XXXVII*, 1991, pp. 269 y ss.; F.LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana, I*, Napoli, 1996, pp. 85 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, 1999, p. 370 (nota 2); A.CASTRO, "Contribución al estudio de la sucesión intestada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos", en *INDEX, XXXIX*, 2001, pp. 235 y ss.; A.CASTRO, *Herencia y Mundo Antiguo. Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, Sevilla, 2002, pp. 134 y ss.

menudo contrapuestas teorías al respecto de la aparición en el mundo del Derecho romano del acrecimiento una vez surgida la necesidad jurídica del mismo que coincide absolutamente con los inicios de la sucesión hereditaria.

Así, debemos comenzar por la teoría que plantea De Cillis[10] que confirma la antigüedad del derecho de acrecer pues sitúa su origen en los inicios del ordenamiento jurídico romano y su fundamento en la unidad del derecho hereditario; en este sentido, sostiene que la herencia no era un *quid facti* sino un *quid iuris*, de manera que, como se puede extraer de las fuentes, era una universalidad de derecho[11] deferida al llamado, bien por ley o por la

[10] F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, pp.110 y ss. La opinión del autor italiano respecto al origen del acrecimiento puede observarse en algunos autores modernos, en cuya obras aun referidas al derecho de acrecer desde la perspectiva de su regulación actual en los distintos códigos civiles tienen fundamentos romanísticos, en este sentido P.BELTRÁN DE HEREDIA en "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX*, Madrid, 1955, pp. 1104 y ss., sostiene que en Derecho romano el *ius adcrescendi* se conectaba directamente con los principios fundamentales de su sistema sucesorio, así, el título personal de heredero, la continuación de la personalidad el difunto, el derecho del heredero sobre toda la herencia tuvieron como consecuencia un derecho de acrecer que tenía lugar siempre y en todo caso ya fuesen llamados los herederos con o sin determinación de partes.

[11] D. 5, 3, 50 pr.- *Papinianus libro sexto quaestionum. Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.*

D. 50, 16, 119.- *Pomponius libro tertio ad Quintum Mucium. "Hereditatis" appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio.*

D. 37, 1, 3 pr.- *Ulpianus libro 39 ad edictum. Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.*

voluntad del difunto, a representarlo y continuarlo en el espacio y en el tiempo tanto en el orden patrimonial como en la práctica de la divinidad familiar: *perpetua sint sacra*[12]. Como consecuencia de este concepto de sucesión hereditaria la muerte provocaba el final físico de la persona, pero a nivel jurídico continuaban las relaciones patrimoniales y los *sacra,* pues para los romanos era inconcebible que a la muerte del *paterfamilias* los cultos domésticos se extinguieran, en consecuencia apareció la herencia yacente gestionada en nombre del *de cuius* y el principio de retroactividad de la adición de la herencia a la muerte del mismo, afirmando la idea de continuidad y representación del difunto como punto fundamental de la regulación hereditaria romana[13].

En función de su opinión respecto al origen del derecho de acrecer, De Cillis cuestiona la corriente doctrinal que asume la creación de nuestro instituto en función del principio fundamental del derecho hereditario romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*[14], ya que afirma que el acrecimiento tiene

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[12] D. 28, 5, 31, 1; D. 29, 2, 37; D. 30, 116, 3; D. 50, 16, 24; D. 50, 17, 62; D. 50, 17, 193.

[13] D. 41, 3, 22.- *Iavolenus libro septimo epistularum. Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.*

[14] Este importante principio del derecho hereditario romano se hace derivar del siguiente texto de Pomponio D. 50, 17, 7.- *Pomponius libro tertio ad Sabinum.Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est "testatus" et "intestatus".*

Para el estudio de las distintas teorías que le sirven de fundamento así como de su regulación en el Derecho romano y su posterior evolución *vid.* P.A.H. VAN WETTER, *Droit d'accroissement entre colégataires,* Bruxelles, 1866, pp. 20 y ss.; E.HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen*

como clara referencia superior la unidad e indivisibilidad del derecho hereditario.

Como consecuencia lógica de la base jurídica que proporciona la unidad y a la indivisibilidad del derecho hereditario, De Cillis resume toda la parte dogmática informadora del sistema sucesorio romano en los siguientes términos: en primer lugar, debido a la unidad del derecho hereditario no se puede aceptar en parte una herencia y repudiar en otra parte[15]; además no podía instituirse a un sujeto *ad diem* o *ex die*, ya que este plazo interrumpía la representación del difunto[16]; asimismo, no era posible designar heredero en parte o en una cosa singular si bien la institución era

Erbrechts, Erlangen, 1881, (reimpresión de Aalen 1970), pp. 152 y ss.; P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV*, 1891, pp. 97 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 101 y ss.); C.MAYNZ, *Curso de Derecho Romano, III*, (traducción española de A.J.Pou y Ordinas), *op.cit.*, pp. 221 y ss.; F.SENN, "La notion *d'heres suus*", en *RHD, XXXVI*, 1958, pp. 63 y ss.; G.ERMINI, "La regola "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"* nella glosa ordinaria al *Corpus iuris*", en *Scritti di Diritto Comune*, Padova, 1976, pp. 322 y ss.

Asimismo, respecto al origen y alcance de esta regla romana se recomienda consultar dos monografías actuales muy interesantes tanto respecto al contenido de las mismas como a la cantidad y calidad de citas que recogen, así, *vid.* M. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, pp. 43 y ss.; E. BOSCH CAPDEVILA, *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, Madrid, 2006, pp. 19 y ss.

[15] D. 29, 2, 1.- *Paulus libro secundo ad Sabinum. Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest:*

[16] D. 28, 5, 34.- *Papinianus libro primo definitionum. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.*

válida y el *heres ex re certa* era considerado heredero *ex asse*[17]; finalmente, si el heredero era llamado por la ley o por testamento a concurrir con otros, si alguno no podía asumir su parte por cualquier causa, los que quedaban tenían derecho al total o en su caso a las partes vacantes y, es precisamente esta última nota lo que se denominaba *iure adcrescendi*.

Esta tesis no debe confundirse con la opinión que respecto al fundamento del derecho de acrecer expone Albanese[18], en este sentido, presenta como premisa el hecho de que las relaciones entre los coherederos eran análogas a la que se constituían entre los titulares de un condominio, a partir de esta idea sostiene que tanto en el condominio como en la herencia, el *ius adcrescendi* encontraba su justificación en el concepto unitario de la cosa objeto del derecho plural; así, desde su origen la herencia era considerada un todo unitario y, sobre este concepto se construyó toda la respuesta legal de los romanos al problema sucesorio, en consecuencia este planteamiento daba lugar a que cuando uno de los coherederos faltaba su parte aumentaba automáticamente la cuota del resto de coherederos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[17] D. 28, 5, 1, 4.- *Ulpianus libro primo ad Sabinum. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.*

D. 29, 2, 52, 1.- *Marcianus libro quarto institutionum. Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub condicione solus, etiam pendente condicione, si adierit hereditatem, ex asse heres erit, quia solus heres futurus est omnimodo, nisi habeat in condicionalem partem substitutum.*

[18] B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico..." en *Annali Palermo, XX*, *op.cit.*, pp. 315-316.

Esta teoría de Albanese se sostiene sobre la unidad de una cosa que era objeto de dominio por varios sujetos inmersos en unas relaciones jurídicas hereditarias, en nuestra opinión la misma no contempla la razón principal de unión de la citada *res*, que era el título de heredero mediante el cual se mantenían los bienes hereditarios sujetos por unas relaciones jurídicas de dominio que habían surgido entre los diversos llamados pero que en virtud de la concurrencia entre los diferentes derechos de cada uno de los coparticipes hacía que la cosa tuviese una distribución por cuotas diferentes unas de otras, si bien cuando sucedía algunas de la causas que daban lugar al acrecimiento dicha asignación de cuotas se veía disminuida y el título de *heres* volvía a tomar su fuerza sobre todas la cosa, desde este punto de vista se puede asumir la tesis de Albanese pues la cosa objeto de la herencia se mantenía unida únicamente por el derecho preeminente que se otorgaba al heredero cuando era llamado a la misma.

Otra teoría en relación al origen de nuestro instituto se centra en la creación *ex lege* del mismo, a este respecto, debemos tomar en consideración la escasez de fuentes tanto jurídicas como literarias que hacen referencia a esta corriente doctrinal[19], a su vez dividida

[19] Cabe destacar la exposición que sobre la misma realizan W.M. ROSSBERGER, *Ius adcrescendi ex fontibus*, Lipsiae, 1827, pp. 5 y ss.; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, Siena, 1877, pp. 16 y ss., así como los autores citados en estas obras.

Además, respecto a esta tesis citamos a E.BOSCH CAPDEVILLA en *L'acreixement en el dret successori català*, Barcelona, 2002, p. 17 (nota 35), quien hace una extensa exposición de la obra sobre el acrecimiento de A.BELLONUS en *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis, 1672, Cap. II, núm. 5, 6 a 9, donde sostiene que

en dos, la primera de ellas defiende su creación vía Ley de las XII Tablas, en tanto que la segunda lo refiere respecto a la Ley *Papia Poppaea*, circunstancia que nos lleva a no poder realizar una exposición en profundidad sobre la cuestión, si bien existen referencias en algunas obras de las que se puede extraer que la polémica doctrinal respecto al origen de acrecimiento, o como afirma Campani[20] "il momento in cui ebbe vita l'*ius accrescendi*", comienza desde los inicios del estudio histórico del Derecho romano, así, este autor afirma que Accursio entre los glosadores y Bartolo entre los dialécticos sostienen que el *ius adcrescendi* nació de las disposiciones de la Ley de las XII Tablas con fundamento en que la redacción de diversos fragmentos de las fuentes afirman que el acrecimiento proviene *iure antiquo*, *iure civili* o *iure vetere*[21], expresiones que eran sinónimos de la citada ley, asimismo, estos autores utilizaban como base un fragmento del Digesto en el que Gayo hacia referencia a la porción vacante que se acrecía al coheredero, así, D. 28, 6, 5.- "*...neque interesse, iure institutionis quisque ex maiore parte heres factus esset an quod per legem alteram partem alicuius vindicasset.*", sin embargo, como recoge acertadamente este autor, Duareno ha demostrado que en este

el origen del acrecimiento se puede encontrar asumiendo, por un lado la creación del mismo por la Ley de las XII Tablas y, por otro, por la voluntad tácita del difunto negando tal cualidad a la voluntad expresa del testador; asimismo, afirmar que respecto a la relación entre estos dos factores, la ley y la voluntad del difunto debe darse prioridad, previa e inmediata a la ley, y carácter secundario, posterior y mediata a la voluntad del testador.

[20] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 16.

[21] D. 31, 29; D. 28, 5, 75 (74); C. 6, 28, 4.

párrafo Gayo no hace referencia a la Ley de las XII Tablas sino a la Ley *Papia Poppaea* lo que se pone de manifiesto en el uso del verbo *vindicasset* utilizado por los jurisconsultos únicamente después de la sanción del *ius caduca vindicandi* reconocido en la Ley *Papia Poppaea*.

La segunda versión de esta tesis doctrinal, defendida por autores como Duareno[22] sostiene que en la Ley de las XII Tablas no se hace referencia al acrecimiento debiendo esperar a la promulgación de la Ley *Papia Poppaea*, pues en la primera la normativa sucesoria quedó concretada en la herencia testamentaria en la *regla testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis : uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*[23] y respecto a la intestada en la norma *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*[24]

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Con relación a esta idea, para algunos autores clásicos[25] ésta debe ser matizada al afirmar que el derecho de acrecer fue creado por los primeros autores de los jurisprudencia clásica romana a través de su interpretación de la Ley de las XII Tablas, en la que a

[22] F.DUARENO, *De iure accrescendi, Libro I, cap. I.*

[23] *Tit.Ulp.* XI, 14; *Gai* 2, 224; D. 50, 16, 53; D. 50, 16, 120; *Rhet. ad Her*. I, 23 y *CICERO, De inventione*, II, 50, 148.

[24] *Tit.Ulp.* XXVI, 1; *Gai* 3, 9; *Gai* 3, 17.

[25] A. BELLONUS, *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis, 1672, Cap. VI.

pesar de no aparecer expresamente había sido recogido de manera implícita[26] de manera que si bien el acrecimiento tuvo su origen en la Ley de las XII Tablas, su desarrollo teórico y práctico pertenece a la jurisprudencia romana.

A vueltas de esta opinión debemos hacer referencia a la tesis de Campani[27] respecto al origen de nuestro instituto, el autor italiano se muestra acorde con esta última idea al afirmar que "la teoria dell'accrescimento sia il resultato del lento, maraviglioso e continuo lavoro dei giureconsulti Romani", si bien puntualiza que el primer conocimiento del mismo no sólo se puede encontrar en las XII Tablas sino que también deriva del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*[28], nacido en los primeros tiempos del Derecho romano y que en lógica consecuencia habría creado el *ius adcrescendi,* siendo regulado por los pontífices, máximos custodios e interpretes del derecho; asimismo, Campani

[26] Para fundamentar la necesidad de la jurisprudencia de interpretar la Ley de las XII Tablas podemos citar D. 1, 2, 2, 5.- *Pomponius libro singulari enchiridii. His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam "necessarium" esse disputatione "disputationem" fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.*

[27] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, p. 18.

[28] Si bien existen diversas corrientes doctrinales que establecen el origen del acrecimiento en esta máxima romana en mayor o menor medida, respecto a los autores que sostienen este único fundamento cabe citar a V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie,* Napoli, 1899, pp. 471 y ss.; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains,* Paris, 1928, p. 696; F.BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, Sevilla, 1995, p. 496; A. MASI, *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678*, Roma, 2005, pp. 3 y ss.

sostiene que las XII Tablas no sancionaron esta fundamental máxima romana si bien la confirmaron indirectamente, por lo que no era necesaria ninguna norma o principio que regulase el derecho de acrecer, siendo los jurisconsultos, fieles intérpretes de la regla romana y de los principios de equidad los que resolvían las cuestiones prácticas que se les presentaban creando y organizando con arreglo a este principio la doctrina del acrecimiento.

Continuando con el origen de nuestro instituto también se debe tener en consideración el planteamiento que a este respecto realiza Glück[29] cuya opinión se centra en la polémica existente en la doctrina sobre el origen del *ius adcrescendi*, en este sentido, si bien no niega la creación *ex lege* de nuestro instituto, ya sea por las Ley de las XII Tablas o por la Ley Papia, se limita a apuntar dicha tesis para concentrar su trabajo en desarrollar su teoría, así, el derecho de acrecer generalmente se hace derivar del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, lo que es rigurosamente cierto pero insuficiente para explicar la teoría general del acrecimiento, ya que el mismo tenía efectividad tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada si bien el citado principio romano no puede servir de fundamento en el supuesto de

[29] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXIX, I,* Milano, 1907, pp. 589-590 y 605 y ss. Respecto a la interpretación que realiza C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, p. 20, se puede afirmar que en nuestra opinión F.GLÜCK no sostiene la creación *ex lege* de nuestro instituto, limitándose a apuntar una corriente doctrinal de la cual no existe constancia documental alguna, salvo escasas referencias en las fuentes necesitadas de interpretación, circunstancia que si bien es característica común en el trabajo de los romanistas en este supuesto, si contamos con una diversidad de textos pertenecientes a las fuentes de los que podemos extraer una creación jurisprudencial del derecho de acrecer.

un sujeto que moría sin dejar testamento válido y eficaz; en consecuencia, para explicar el acrecimiento romano debemos tomar como premisa que cada coheredero, ya sea testamentario o intestado, era llamado al total de la herencia[30], lo que lleva a diversos autores a opinar que estamos realmente ante un *ius non decrescendi*[31], con fundamento en la unidad o indivisibilidad de la familia que ha quedado establecida anteriormente y, en la que sucesión significaba adentrarse en la personalidad patrimonial del *de cuius*, lo que impedía que la herencia fuese deferida incompleta, así cada uno tenía derecho al total de la misma, únicamente constreñido por la concurrencia efectiva del resto de herederos.

[30] A este respecto M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 45 (nota 79), afirma, aun ceñido al testamento romano que, este argumento ha sido utilizado para justificar el acrecimiento, de manera que, el heredero testamentario era un sujeto con un llamamiento actual a una parte y, otro potencial al todo, era precisamente este último el que aportaba al título de heredero una fuerza expansiva que sólo vendría limitada por la concurrencia de otros coherederos instituidos en el mismo testamento, no obstante, en su opinión esta teorización sirve para explicar el derecho de acrecer pero no para justificar su origen, ni por ende el principio de incompatibilidad entre sucesiones, manifestando que la mayoría doctrinal utiliza esta argumentación en este mismo sentido sin considerar en ningún momento la llamada al total como causa histórica del *ius adcrescendi*, en este sentido, *vid.* A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905, pp. 333 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III*, Torino, 1930, pp. 323-333 y ss.; C.SANFILIPPO, "Studi sull'*hereditas*", *Annali Palermo, XVII*, 1937, pp. 187 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, Roma, 1928, pp. 555-556; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico,* Milano, 1953, pp. 41 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 720 (nota 39); R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, I*, Paris, 1977, p. 504; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1929 (reimpresión 1978), pp. 934 y ss.

[31] Con relación al estudio de la dicotomía entre *ius adcrescendi-ius non decrescendi* consultar el apartado 4 de este primer capítulo dedicado al Concepto de *ius adcrescendi.*

Continúa Glück afirmando que el derecho de acrecer era impuesto a los coherederos por necesidad jurídica *–sive velit sive nolit–*, al contrario que sucedía con los legados que tenían su fundamento en la voluntad del testador[32], además era efectivo con independencia de la voluntad del difunto que no podía excluirlo sino con la institución de la sustitución; caso aparte era la herencia del soldado cuya única base era la voluntad expresa o presunta del difunto y en la cual el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* no encontraba aplicación, tal y como trataremos más adelante en este trabajo.

En este orden de ideas, debemos hacer referencia a la tesis de Re[33] respecto al concepto fundamental del acrecimiento en la herencia, así, afirma que entre coherederos tenía lugar el derecho de acrecer si bien se pregunta cual es la razón que concede el derecho de cada uno de los herederos a tomar el total de la herencia cuando la misma quedaba vacante, la respuesta a esta cuestión comienza con el principio *res duobus in solidum relicta*, aunque este no es suficiente ya que el acrecimiento aparecía incluso cuando existía una distribución de cuotas, de manera que se debe centrar el origen y fundamento de nuestro instituto en el concepto mismo de sucesión hereditaria *successio in universum ius defuncti*[34], por lo tanto, si

[32] Respecto a la verificación del *ius adcrescendi* en los legados P.A.H. VAN WETTER, *Droit d'accroissement entre colégataires, op.cit.*, pp. 19 y ss.

[33] C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I*, *op.cit.*, pp. 400 y ss.

[34] El concepto de *universum ius* en la herencia se puede advertir en numerosos textos de las fuentes, así, D. 5, 3, 50 pr.; D. 21, 3, 3, 1; D. 29, 2, 37; D. 39, 2, 24, 1; D. 43, 3, 1, 13; D. 50, 16, 24; D. 50, 16, 119; D. 50, 16,

uno de los llamados a la herencia no podía o no quería aceptar su parte los demás veían incrementada su porción como se sostiene en D. 29, 2, 53, 1:

> D. 29, 2, 53, 1.- *Gaius libro 14 ad legem Iuliam et Papiam. Qui semel aliqua ex parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt.*

178, 1; D. 50, 17, 62; I. 3, 10 pr.; *Gai* 2, 97; *Ep. Gai* 2, 2 pr.; *Epist.* 2, 2, 175; *Epist.* 2, 2, 176.

Asimismo, en la doctrina se pueden encontrar diversas opiniones respecto a la cuestión de la universalidad de la herencia, *vid.* A.BRINZ, *Lehrbuch der pandekten, III*, Leipzig, 1873-1892 (reproducción facsimil 1997), pp. 1 y ss.; P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV, op.cit.*, pp. y 97 ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 101 y ss.); C.LONGO, "L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto Romano", en *BIDR, XIV*, 1902, pp. 127 y ss.; P.BONFANTE, "La *successio in universum ius* e la *universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 250 y ss.; P.BONFANTE, "Le critiche al concetto dell'originiara eredità sovrana e la sua riprova", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 188 y ss.; P. BONFANTE, "La formazione scolastica della dottrina dell' "*universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 307 y ss.; P.BONFANTE, "Teorie vecchie e nouve sull'origine dell'eredità", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 469 y ss.; R.AMBROSINO, "*Successio in ius-successio in locum-successio*", en *SDHI, II*, 1945, pp. 170 y ss.; P.CATALANO, "*Successio in universum ius*", en *Annali Catania, I*, 1946-47, pp. 314 y ss.; E.ALBERTARIO, "*Actio de universitate* e *actio specialis in rem*", en *Studi di Diritto Romano, IV, "Eredità e processo"*, 1946, pp. 65 y ss.; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno*, Madrid, 1958 (reimpresión 1985), pp. 243 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 373; M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), Granada, 2005, pp. 172 y ss.

Además, continúa este autor afirmando que en el fundamento del acrecimiento hay que tomar en consideración –especialmente en relación con a la sucesión testamentaria y dentro de ésta al caso de asignación concreta de cuotas– otro importante principio básico del derecho hereditario romano como es el ya citado *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, por lo tanto, el acrecimiento deriva precisamente de la conjunción de estos dos principios jurídicos, que por su pertenencia en mayor medida a la esfera pública que al derecho privado determinaba su absoluta necesidad de aplicación incluso en contra de la voluntad del difunto.

Asimismo, perfilando aun más el origen del acrecimiento, otros autores continúan la teoría que sostiene que nos encontramos ante un instituto de origen jurisprudencial, en este sentido Bortolan[35] confirma el nacimiento del derecho de acrecer en la época más antigua del Derecho romano consagrado por la jurisprudencia más que por las leyes escritas; asimismo, Pugliese[36] presenta los inicios del derecho de acrecer desde la perspectiva de la necesidad de conocer el régimen positivo del mismo en el ámbito sucesorio con el fin de dar razones que sostengan el uso común del verbo *adcrescere* en todos los casos en que las fuentes hacen

[35] G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, Bologna, 1913, pp. 26 y ss.

[36] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, pp. 313-314, asimismo, como observa el autor italiano los romanos no hacían uso de un sustantivo concreto para referirse al aumento, en dicho supuestos y para análogos supuestos utilizaban el verbo *adcrescere* y la locución *ius adcrescendi*.

referencia a nuestro instituto o, si deben ser designados de manera distinta según sus causas o principios particulares, así, sitúa el origen en principios consuetudinarios reconocidos y desarrollados por la jurisprudencia, sin intervención de ninguna ley o plebiscito que reglamentara el derecho de acrecer hasta la legislación de Augusto, si bien esta última tuvo un alcance negativo al excluir en algunos supuestos el derecho de acrecer.

Se cuenta entre los defensores de un origen jurisprudencial de acrecimiento Volterra[37] al hacerlo derivar de dos principios de derecho sucesorio: el que la delación no era transmitida a los herederos del llamado, enunciado en Derecho romano como *hereditas delata, nondum adquisita, non transmittitur ad heredes,* y que la sucesión testamentaria no podía concurrir con la intestada, esto es, en base al principio más repetido por la doctrina para justificar el acrecimiento *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* así, en virtud de estas dos reglas no era posible que a la cuota dejada libre por herederos testamentarios fuesen llamados los herederos legítimos por lo que surgía la necesidad de atribuir la cuota vacante a través del instituto jurídico del derecho de acrecer.

Entre los autores actuales destaca la opinión respecto del nacimiento del derecho de acrecer de Pérez Simeón[38] que hace derivar el mismo de la incompatibilidad entre los dos tipos de

[37] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 720.

[38] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 41 a 43.

sucesión, así, afirma que los pontífices utilizaron como medio para mantener la impermeabilidad entre los diferentes compartimentos estancos que representaban por un lado la sucesión testamentaria y por otro la intestada el mecanismo del acrecimiento, de esta manera, la coherederos del mismo orden acrecían en proporción a su cuota.

Otra corriente doctrinal sostiene la creación del principio del acrecimiento al interés del Derecho romano en proteger los intereses de los acreedores[39], de manera que, la nota de automatismo de nuestro instituto tenía como consecuencia dar solución a la vacancia de una cuota evitando así realizar una *bonorum venditio* de dicha parte.

Se muestra contrario a esta tesis Pérez Simeón[40] ya que aplicando la normativa hereditaria romana si el balance de la herencia era positivo los sucesores aceptarían la misma sin más, salvando la *bonorum venditio,* sin embargo, en el supuesto de herencia *damnosa*, si no hay herederos necesarios, y los voluntarios la rechazan se llevará a cabo la *bonorum venditio*, y en el supuesto de existir herederos necesarios además de coherederos voluntarios y éstos últimos repudiaran la herencia, los hijos en potestad adquirían la herencia por acrecimiento bien en vía hereditaria como *ab intestato*; en nuestra opinión, compartiendo la opinión de Pérez

[39] E.HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*, *op.cit.*, pp. 152 y ss.; K.F.A.KÖPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würzburg, 1895, pp. 87 y ss.; E.HÖLDER, "Das Wesen der Erbgrunde", en *ZSS, XXX*, 1909, pp. 87 y ss.

[40] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 43 (nota 75).

Simeón se puede afirmar que debido al complejo entramado jurídico que formaba el derecho hereditario romano el derecho de acrecer tenía una justificación para su origen de mayor calado que proteger los intereses de los acreedores del *de cuius*, que si bien eran defendibles por el derecho sucesorio, no se encontraban entre los principales fundamentos del mismo, sirva como ejemplo la unidad de la familia y la tierra.

Otra tesis, fundamentada en el concepto mismo de sucesión romana, la expone Lévy-Bruhl[41] al afirmar que el origen del acrecimiento lo encontramos en el título de heredero testamentario, lo que venía explicado con naturalidad en los *sui*, como consecuencia normal de la copropiedad; así, el concepto de *heres*, que habría cambiado radicalmente hacia el siglo IV a.C., únicamente pertenecía a los *sui* instituidos en el testamento comicial en el cual sólo podían ser contemplados los hijos en potestad, si bien, es más complicado defender esta idea en el supuesto de herederos externos, que no podían ser instituidos hasta mucho más tarde, si no es en la supervivencia del antiguo régimen que se aplicaba a los *sui*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[41] H.LÉVY-BRUHL, "*Heres*", *en RIDA, III*, 1949, pp. 174-175 (=en *Mélanges Fernand De Visscher II*, Bruxelles, 1949, pp. 137 a 175). En este sentido, M.BRETONE en *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica*, Napoli, 1958, p. 113, a tenor de la situación que provocaba la institución de heredero de un *servus communis* y el *iussum* necesario para la *aditio*, sostiene que el acrecimiento tenía su base no en la posición de los participantes de la *communio* sino en el propio título de heredero.

A este respecto, compartimos la opinión de Pérez Simeón[42] que sostiene que de las fuentes no se puede extraer indicio alguno que lleven a afirmar que la elección de herederos testamentarios hubiera estado en algún momento jurídicamente limitada a los hijos en potestad.

Por último, se deben citar los autores que justifican su aparición en razón de una respuesta lógica que daba el Derecho romano a una necesidad jurídica siempre dentro del entorno de los derechos de propiedad privada, considerando de este modo el *ius adcrescendi* como una parte de los derechos reales.

En este sentido, Ambrosino[43], al mantener que la herencia era considerada por los romanos en el ámbito de los derecho reales como consecuencia de que su objeto siempre fue una *res* utiliza como ejemplo de su tesis el *ius adcrescendi* entre coherederos, afirmando en primer lugar que el origen y justificación del mismo ha sido objeto de diversas teorías en razón del concepto de herencia que tienen cada uno de los autores que han tratado la cuestión, manifestando su opinión al respecto desde la perspectiva de que el acrecimiento hay que estudiarlo dentro del ámbito de los derechos reales, que es su sede natural, si bien no sólo en los límites de la cosas adquiridas *per universitatem* sino incluso en aquellas adquiridas a título particular.

[42] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 26 (nota 35).

[43] R.AMBROSINO, "*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*", en *SDHI, X*, 1944, p. 93.

Profundiza aun más en esta idea Robbe[44] cuando sostiene que el origen histórico del acrecimiento no es difícil de encontrar si tomamos en consideración la intrínseca y estrecha relación entre el *ius adcrescendi* y el derecho real, lo que vendría a confirmar una directa y absoluta dependencia de primero respecto al segundo, ya que el acrecimiento en Derecho romano debe ser explicado únicamente con la naturaleza real del derecho ya que todos los institutos en los que encuentra aplicación, a pesar de sus diferencias, constituyen derechos reales; así, confirma el carácter antiquísimo de nuestro instituto tomando como punto de partida el que no hay referencia alguna que pruebe que fuera introducido por la Ley de las XII Tablas o por cualquier otra ley como han afirmado algunos autores, por otra parte, el desarrollo histórico del acrecimiento tampoco ofrece indicios que puedan hacer creer que fue trabajo de la jurisprudencia. Todo lo cual le lleva a creer que nació en los primeros tiempos de la historia jurídica romana y por ende en los lejanos orígenes de la propiedad privada; para sostener su teoría fija su investigación en el estudio de la propiedad privada romana, más en concreto, en aquélla que se refiere a los bienes inmobiliarios, y en particular en la tierra.

Así, la tierra era el bien que pertenecía a toda familia, representada en una morada, un huerto o un jardín, sometida al dominio del cabeza de familia, que asumía la característica de propiedad inalienable que se transfería necesariamente de padre a hijo, de tal manera que, ya fuese el *eredium* o el *ager limitatus* se

[44] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 62 y ss.;

encontraban bien delimitados y ajustados dentro de sus límites conforme a la legislación romana, confines que se contaban entre las *res sanctae*.

Continúa Robbe exponiendo como parte de su tesis sobre el origen del acrecimiento el hecho de que la propiedad urbana y la rústica de los ciudadanos romanos en la etapa más antigua estaban destinadas a asegurar la plena autonomía y tutela contra toda influencia extranjera, así, en esta época esta propiedad era independiente, con una existencia objetiva, una limitación física igual que tenía el esclavo y la demás cosas muebles, ya que entre una edificio y otro, entre un fundo y otros no había ninguna continuidad, lo que lleva al autor italiano a afirmar que "essi erano immuni, compatti nei loro territorio"; todo lo expuesto, lleva a Robbe a afirmar que cuando uno de los coparticipes de la *communio* sobre el edificio o el fundo no tomaba, por cualquier causa, su parte se expandía o acrecía hasta los límites establecidos a fin de conservar la unidad, la independencia y la existencia objetiva material y jurídica del edificio o del fundo; en este sentido, en el Derecho romano más antiguo, al no admitirse una separación jurídica entre suelo y edificio, entre terreno y plantación, tampoco se permitía una absoluta separación, ni material ni jurídica, entre una cuota y otra del mismo edificio o del mismo fundo, pues éstos eran inescindibles en su unidad, indivisibles en su limitación física e inseparables en su existencia[45].

U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I,* 1957, pp. 157 y ss.

[45] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 65.

En conclusión, Robbe afirma que las razones expuestas son el origen histórico del *ius adcrescendi* que, unido a un derecho real, se explica y se justifica con las principales características de la primitiva propiedad romana, esto es, en la elasticidad y el carácter absorbente de la misma y, sobre todo, por las peculiares limitaciones físicas y externas de los edificios, huertos y fundos[46]; transponiendo esta explicación al derecho de sucesión, el autor italiano sostiene que no se puede objetar a su tesis que la situación de desunión, escisión y división ya se había verificado en las características de la propiedad privada siendo natural su continuación una vez nacido el derecho a heredar los bienes, pues son esas mismas la razones que hacen nacer el acrecimiento, así, la sucesión de los *sui heredes* a su *paterfamilias* era ineludible dados los principios del antiguo derecho hereditario romano, por ello, cuando uno de los *sui* no quería o no podía asumir su parte de la herencia, al no admitirse la transmisión de la llamada hereditaria, debía darse solución a la situación producida con el derecho de acrecer pues un extraño no podía tomar el lugar del *suus heres* que había dejado de ser heredero, lo que significaría destruir la plena autonomía, independencia y la existencia objetiva material, jurídica y física de la antigua propiedad privada romana. Por último, Robbe afirma que nuestro instituto, nacido de las peculiares características

[46] Con relación a esta cuestión, como afirma U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 65, la características citadas de la propiedad privada romana no están relacionadas con la unidad, la inescindibilidad y la indivisibilidad de la familia y de la personalidad patrimonial del difunto, que se conforman como conceptos abstractos, mientras que las mismas especificaciones en la propiedad son concretas y efectivas tanto desde una perspectiva material como jurídica.

del antiquísimo *dominium ex iure Quiritium*[47], se mantuvo por fuerza de la tradición incluso cuando ya habían desparecido las condiciones que originaron su formación dentro del derecho privado romano.

Respecto a esta teoría cabe destacar la opinión de Ortín García[48] en su interesante trabajo sobre el acrecimiento ya que presenta como una de las corrientes doctrinales existentes sobre el origen del acrecimiento, con fundamento en la citada tesis de Robbe, que el autor italiano defiende la aparición del derecho de acrecer de manera espontánea por necesidades sociales, sin embargo, de lo expuesto sobre la tesis de Robbe no se deduce tal afirmación pues lo que parece sostener es la existencia anterior y conocidas por todos los juristas de unas características especificas de la propiedad privada romana que, al presentarse una necesidad social, el Derecho las utilizó para otorgar la respuesta jurídica

[47] Con relación a este concepto jurídico romano *vid.* L.MITTEIS, *Römisches privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. 1, Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1908, p. 67 (nota 15); E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 242; E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano*, Milano, 1940, pp. 148 y ss.; C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, pp. 274 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, pp. 161 y ss.; H. LÉVY-BRUHL, "La Formule vindicatoire", en *RHD*, 1932, p. 205 a 226; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, pp. 77 y ss.; M.KASER, *Das Römische Privatech*, *II*, *op.cit.*, pp. 23 y ss.; A. GUARINO, "*Ius Quiritium*", en *IURA*, *IV*, 1950, pp. 265 y ss.; A.GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1981, pp. 320 y ss.; F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, 1960, pp. 326 y ss.; G.GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano*, Torino, 1955, p. 114 (nota 2); F. DE VISSCHER, "*Ex iure Quiritium*", en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp.317 y ss. ; E. LOZANO, "Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I*, Burgos, 2000, p. 574 (nota 10).

adecuada, extrapolando las mismas a un nuevo ámbito de actuación de las normas que regían la propiedad privada romana, siempre en el entorno de los derecho reales.

Esta polémica doctrinal referente al inicio del derecho de acrecer es considerada por Ortín García[49] como una cuestión "ociosa", así, sostiene que lo realmente importante no es el origen sino tratar de dar respuesta a porqué nace, explicar sus principios y la realidad jurídica a la que responde, así como su evolución en el devenir histórico; en este sentido, afirma que se debe tomar como idea básica que en el derecho de acrecer actuaban los principios generales del derecho sucesorio romano, principalmente el del concepto de *heres* como continuador de la personalidad del difunto recibiendo *per universitatem* todas las relaciones jurídica activas y pasivas en las que participaba el *de cuius* así como el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; además, afirma que para comprender el acrecimiento hay que tomar en consideración la misma génesis de la herencia y los principios que la ordenaban, de manera que el acrecimiento se justifica en el concepto de la antigua sucesión romana, definido como un título con carácter personal que se proyectaba sobre el patrimonio hereditario, lo que justificaba que si uno de los coherederos no podía o no quería adquirir, su parte aumentaba la del resto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[48] C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, p. 20.

[49] C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 20 y ss.

Con relación a esta opinión, debemos exponer nuestro desacuerdo con la afirmación del carácter personal del acrecimiento, pues el título que tiene dicha característica personalísima, como trataremos más adelante, es el de heredero, estando configurado el derecho de acrecer como una institución centrada en la idea de patrimonio hereditario, así en función de la regla *portio portioni adcrescit non personae*[50] el heredero del *de cuius* que había adquirido una primera cuota hereditaria se beneficiaba por derecho de acrecer –siempre como parte de la primera adquisición– de la cuota hereditaria que había quedado vacante, si bien este aumento estaba referido a la cuota que ya se había adquirido y no a la persona del *heres*.

En conclusión, en nuestra opinión, venimos a afirmar que, tanto la definición de sucesión romana como la cuestión de la preeminencia de la sucesión testamentaria sobre la intestada, o la finalidad del testamento son objeto de ardua polémica doctrinal y merecedores de una atención especial si se quiere justificar en ellos el *ius adcrescendi*, no obstante, si bien nuestro instituto está en intima conexión con dichos conceptos tiene una independencia normativa y de régimen jurídico que evidencia la oportunidad actual

[50] Norma extraída por los interpretes de D. 7, 1, 33.- *Papinianus 17 quaest. pr. Si Titio fructus, Maevio proprietas legata sit et vivo testatore titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur: et id Neratius quoque respondit. 1. Usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit: unde si fundi vel fructus portio petatur et absolutione secuta postea pars altera quae adcrevit vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Iulianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus adcresceret.*

de realizar un trabajo sobre el mismo estableciendo un *status queastionis* que sin duda debe comenzar por el conocimiento de las primeras noticias que se tienen de *ius adcrescendi*, que en nuestra opinión ha quedado demostrado que se trata de un instituto jurídico de origen jurisprudencial provisto de elementos concretos que informan todo el derecho hereditario romano y que serán objetos de un estudio pormenorizado.

2.- El *ius adcrescendi* y la llamada universal a la herencia romana. Su relación con el título de *heres*

El estudio y fundamento de la relación del derecho de acrecer con la *delatio* universal hereditaria, entendida como el momento que determina a quienes le era deferida la misma, se configura como un aspecto esencial en el estudio del concepto del *ius adcrescendi*, pues en nuestra opinión es a partir de este derecho a la universalidad de la herencia perteneciente a los llamados a la misma[51], cuando se dibujó un escenario jurídico sucesorio

[51] En este sentido, J.B.VALLET DE GOYTISOLO en *Estudios de Derecho Sucesorio, I*, Madrid, 1980, pp. 75 y ss.-113 y ss., sostiene que en Derecho romano la universalidad de la institución emanaba del propio concepto de heredero tal como se interpreta de los textos recogidos en D. 28, 5, 9, 12 y D. 29, 2, 37, de manera que, ante el concurso de varios coherederos esa titularidad era compartida entre los sujetos que lo conformaban si bien "la universalidad resplandecía de nuevo al producirse la vacante de cualquier de los coherederos", no admitiendo por el contrario la coexistencia solidaria de varios herederos universales como se deduce de D. 50, 17, 141, 1, llegando en consecuencia al principio romano de la incompatibilidad entre sucesiones.

necesitado de una figura que se ocupará de cumplir y proteger con efectividad el citado llamamiento al total siendo precisamente nuestro instituto, por sus particulares características el que más adecuadamente cumplía con estos objetivos.

Respecto a esta cuestión, nos sumamos a la opinión mayoritaria de la doctrina que sostiene como contenido del título de *heres* la llamada universal al total de la herencia o a una cuota de la misma a través de la cual se formaba un concurso efectivo que servía de base para el reparto de los bienes[52].

La idea de un sucesor a título universal o heredero y un sucesor particular o legatario hunde sus raíces en el Derecho romano y tiene un desarrollo posterior en todo el derecho hereditario hasta nuestros días como demuestra el art. 660 del Código Civil "Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular.", esta cuestión es fundamental en el estudio de derecho de acrecer en el ámbito de este trabajo si bien a pesar de encontrarnos ante dos principios jurídicos nacidos en una época contemporánea tienen diferente aplicación en la actualidad, así, en tanto la consideración del heredero como sucesor universal viene recogida en la legislación vigente, la idea de un acrecimiento general en cualquier tipo de sucesión hereditaria como se conocía en Derecho romano ha llegado muy sesgada a los códigos civiles existentes. Respecto al título de sucesor universal y su contrapuesto sucesor particular *vid*. M.ALBALADEJO, "Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario", en *RDP, LXII*, 1978, pp. 737 y ss.

[52] Esta tesis, considerada mayoritaria por la doctrina, cuenta con multitud de autores que la recogen en sus obras, en algunos casos con matizaciones que no llegan a variar el significado, entre ellos destacamos M.E.MACHELARD en "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III*, 1857, (reimpresión 1985), pp. 163 y ss. ; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit.*, pp. 400 y ss.; F.HOFMANN, *Kritische studien im römischen rechte*, Wien, 1885, p. 57; C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi*, Milano, 1889, (reimpresión 1976), pp. 639 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 589 y ss.-605; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette, XXX-XXXII, I*, Milano, 1898, p. 662 (nota f comentario de C.FERRINI); G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, Torino, 1910, pp. 746 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali*, Roma, 1934, pp. 10 y ss.; R.MONIER, *Manuel élementaire de droit romain, I, op.cit.*, pp.

El fundamento de esta tesis viene recogida por De Cillis[53] cuando sostiene que el heredero es esencialmente el *successor in universum ius defuncti*, y cuando era llamado a dividir la herencia en concurrencia con otros, fuese por ley o por testamento, esta escisión no tenía como objeto ni la cualidad de heredero ni la representación del *de cuius* centrándose únicamente en la materialidad de los bienes, lo que trasladado a la verificación del *ius adcrescendi* venía a significar que el heredero era virtualmente llamado al total cuando faltaba alguno de los concurrentes, así,

448 y 504; A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain, I*, Paris, 1938, pp. 496 y 518; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II*, 1946, p. 519; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, (Capacità, Acquisto delle'eredita ed effetti. Divisione)*, Milano, 1948, p. 205; E.BETTI, "*In iure cessio hereditatis*", "*successio in ius*" e titolo di "*heres*", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 594 y ss.; P.JÖRS-W.KUNKEL-L.WENGER, *Römisches Recht*, Berlin, 1949 (reimpresión Springer 1978), p. 341; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 555-602 y ss.-692; M.BRETONE, *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica, op.cit.*, pp. 110 y ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953, pp. 21 y ss.-63 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, pp. 413 y ss.-435 y ss.; P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, p. 1124; F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), *op.cit.*, pp. 284 y ss.; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1968, pp. 456-457; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, p. 934; J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, Derecho de sucesiones, volumen II, op.cit.*, p. 204; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 861 (nota 804); C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1992, p. 351; T.DUPLÀ, "Consideraciones en torno al acrecimiento sucesivo en el legado de usufructo", en *Revista del Poder Judicial, 53*, 1999, pp. 330 y ss.; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 2002, pp. 606-607; A.CASTRO, *Herencia y Mundo Antiguo. Estudio de Derecho Sucesorio Romano, op.cit.*, p. 367; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, op.cit., p. 6.

[53] F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, p.113.

concluye que es éste el verdadero concepto clásico, profundo y característico del acrecimiento en el Derecho romano.

En la misma línea de ideas, afirma La Pira[54] que precisamente sobre esta concepción se fundamentaba el acrecimiento, cada uno adquiría virtualmente el total de la herencia y esta adquisición virtual podía devenir efectiva incluso después de la muerte del heredero[55], de tal manera que si faltaba uno de los componentes del concurso el derecho de los demás, como parte de su título de heredero, se expandía sobre el total, por lo tanto, la cuota perteneciente a cada uno aumentaba.

Asimismo, debemos citar respecto al desarrollo de esta idea por la claridad de su exposición a Biondi[56], quien sostiene el carácter universal de la identidad de concepto en todas las aplicaciones del acrecimiento, así, cuando varias personas eran llamadas a una misma situación jurídica, a cada una de ellas le pertenecía, en potencia, el total del derecho, resultando el fraccionamiento del concurso que se formaba entre los citados sujetos. En este sentido, centrando la cuestión en la sede que nos ocupa, el derecho de los coherederos llamados conjuntamente, ya por ley o por testamento, así como los legatarios llamados a una misma cosa, era potencialmente extensible al total de la herencia o cuota de la misma; en consecuencia, de lo expuesto deriva que, si el

[54] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 177.

[55] D. 38, 16, 9; *Tit.Ulp.* XXVI, 5; *Pauli Sent.* 4, 8, 24, (26).

[56] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 204; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 413 y ss.-436 y ss.

número de los miembros del concurso se veía disminuido, los que quedaban se hacían automáticamente titulares de todo.

Para el autor italiano, esta idea se encuentra recogida en las fuentes en D. 32, 80 y aun con mayor claridad se observa en D. 7, 2, 1, 3:

> D. 32, 80.- *Celsus libro 35 digestorum. Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.*

> D. 7, 2, 1, 3.- *Ulpianus libro 17 ad Sabinum . Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, coniunctim an separatim relinquatur.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El resultado del estudio de estos textos sostiene que el acrecimiento tenía su fundamento en el principio de que cada uno de los coparticipes de la herencia o legado era llamado al mismo todo, resultando la división y distribución de cuotas precisamente de ese derecho al total, por consiguiente, como expone en sus propia palabras "qualora taluno non prevenga all'acquisto, l'altro, sempre in forza dello stesso titolo, riceve tanto di più di quello che l'altro non adquista".

Acorde con esta aseveración, Biondi afirma que este principio tenía su fundamento en que todos los llamados por ley eran

herederos con un derecho paritario, de manera que, en virtud de dicho título se procedía a dividir la herencia por cuotas, así, cuanto menor era el número de concurrente mayor era la parte que correspondía a cada uno de ellos. *A fortiori*, sostiene que en realidad no hacemos referencia a un aumento de la cuota pues cada heredero tenía derecho no a una cuota determinada sino a aquélla que resultaba del concurso efectivo que se formaba entre los sujetos llamados por la ley; en opinión del autor italiano esta consecuencia jurídica se deducía del sistema hereditario romano por lo que no necesitaba justificación o reconocimiento legislativo.

En el mismo sentido y en atención a su importante trabajo sobre nuestro instituto debemos citar a Vaccaro[57], quien plasma esta idea a lo largo de su monografía sobre el acrecimiento, así, afirma que el derecho de acrecer se fundamentaba en que el llamamiento de cada uno de los herederos, en virtud de este título, era al total de la herencia formándose las cuotas en virtud del concurso efectivo en que se constituía entre ellos, tal y como sostiene *Gai* 3, 16 "*in tot portiones hereditas diuidetur, ita ut singuli singulas portiones ferant*", situación que se producía tanto en el *ius civile* como en la *bonorum possessio*; Vaccaro describe gráficamente esta opinión al hacer referencia a que el derecho de acrecer surgía de un derecho paritario, potencialmente extensible sobre el total de un objeto, del cual surge un concurso entre los herederos del *de cuius*; en lógica

[57] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano, 1941, con relación a la sucesión *ab intestato vid.* pp. 14 y ss., en la *bonorum possessio vid.* 26 y ss., en la sucesión testamentaria *vid.* 31 y ss.-51 y ss.

consecuencia, deriva de esta idea el que nuestro instituto beneficiaba incluso al heredero del heredero que ya había adquirido, todo ello sin tener lugar un nuevo acto de aceptación pues el acrecimiento formaba parte del primer título hereditario, lo que impedía la renuncia al mismo.

Esta misma opinión viene definida con claridad por Pugliese[58] al establecer que la llamada a la herencia era un complejo unitario, potencial al total de la misma sólo constreñida por los derechos de los demás coherederos; de esta manera, la parte vacante acrecía a los otros aun en contra de la voluntad del fallecido, estos coherederos podían rechazar dicha parte pero por la naturaleza del acrecimiento significaba la renuncia a su cuota original[59].

Precisamente, a partir de esta definición repetida numerosas veces en la doctrina mayoritaria se afirma por Sanfilippo[60] que, ante la falta de concurrencia de uno de los llamados, el derecho de cada coheredero se expandía automáticamente, de manera que, el presupuesto para la aplicación de *ius adcrescendi* era la no adquisición de una cuota, negando tal efecto al abandono de la misma como sí ocurría en el condominio, ya que en derecho

[58] G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 705; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, pp. 314 y 318.

[59] D. 29, 2, 53, 1.

[60] C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 351.

sucesorio no era admisible por el carácter definitivo del título de heredero por aplicación de la regla *semel heres, semper heres*[61].

Tomando como punto de partida esta relación del acrecimiento con el título de heredero que se recibe en virtud de la delación hereditaria afirma Pacchioni[62] que el fundamento del acrecimiento ha de buscarse en que la llamada a la herencia conceptualmente era una llamada en el título de *heres*, el cual tenía carácter universal, siendo la atribución de una cuota determinada el resultado de que un mismo título hubiera sido asignado a un mismo tiempo a varias personas dando lugar a un *concursu partes fiunt*. En consecuencia, cesando el concurso entre llamados acababan automáticamente la restricciones impuestas a la adquisición que se extendía hacia el total de la herencia o, al menos sobre la cuota que había quedado vacante.

En este mismo orden de ideas, Iglesias[63] en su teoría respecto a la noción de poder y el *ius privatum* sostiene que en diversos territorios del Derecho privado se podía encontrar la idea de no reparto del poder, entre ellos encontramos la comunión hereditaria, cuya regulación era semejante al condominio y en la que nuestro instituto se verificaba ya en la sucesión testamentaria como

[61] D. 28, 5, 89 (88).

[62] G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, p. 746.

[63] J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno*, *op.cit.*, pp. 180-277 y ss.; J.IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 87 y ss.; J.IGLESIAS, "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP*, *LXV*, 1981, pp. 782

intestada en virtud de la expansión sobre el objeto de la herencia por fuerza del título de *heres* que se proyectaba virtualmente sobre la cosa entera. Así, en el *ius civile* la cuota resultaba del concurso entre herederos de manera que cuanto más eran éstos menor era la cuota que correspondía a cada uno, en virtud del llamamiento de todos al todo, disponiendo cada sujeto de un derecho integro y, lo mismo se puede predicar de la sucesión testamentaria[64] donde el acrecimiento era una necesidad jurídica, de lo que podemos deducir que el fundamento de nuestro instituto era el llamamiento solidario.

Asimismo, Windscheid[65] desarrolla en el tiempo la idea de que el derecho de acrecer se fundamentaba en el principio según el cual cuando existía un llamamiento solidario de varias personas a un mismo todo, cada una era llamada al total y, la división entre los llamados conjuntamente tenía lugar por el hecho de que los coherederos adquiriesen su porción, de tal manera que si uno de ellos, por cualquier razón, no adquiría, los otros llamados conjuntamente con él, en razón de la citada vocación universal

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

y ss.; J.IGLESIAS, *Roma. Claves Históricas*, Madrid, 1985, pp. 101 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 380; *Vid.* D. 28, 5, 13, 2; D. 32, 80.

[64] Confirma esta opinión la tesis de C.GANGI en *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, III*, Milano, 1948, pp. 365 y ss. , respecto al acrecimiento en sede testamentaria en la época actual paralelamente con el Derecho romano, así, afirmar que la base del derecho de acrecer se encuentra en la vocación solidaria de los instituidos en la entera herencia o en el entero legado donde únicamente el concurso de los otros merma el derecho de cada uno limitando su cuota, si bien en esta sucesión el juez podría más o menos conjeturar en base al testamento si había o no vocación solidaria, opinión que pone encima de la mesa otra cuestión primordial en el estudio del derecho sucesorio en general y en el acrecimiento en particular como es el papel de la voluntad y de la ley en la distribución de la herencia.

[65] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III*, *op.cit.*, pp. 323 y ss.

recibía, por acrecimiento, la parte del que no adquiría[66]; así, respecto a la llamada universal en la sucesión intestada[67] todos los llamados a la herencia lo eran a un mismo todo, incluyendo a los propios herederos del heredero si éste había fallecido, si bien al mismo tiempo cuando en derecho sucesorio la división de la herencia tenía lugar por estirpes o líneas, la llamada universal se definía como restringida al total de la porción perteneciente a la línea o estirpe, así, ante la falta de un coheredero entre ellos no tenía lugar el acrecimiento a todos los herederos intestados, sino únicamente a los que pertenecían a la misma estirpe y línea del heredero.

Con relación a esta última cuestión Re[68] dirige la institución de la delación a la sucesión intestada hacia un criterio general de unión y desunión en función de la naturaleza de dicha llamada legítima, la cual en algunos casos se realizaba por estirpes, esto es, por conjunción y otras *in capita*, lo que venía a significar una llamada individual, estableciendo así un cierto paralelismo con la *coniunctio* perteneciente a la sucesión testamentaria.

Otros autores, continuando la idea de una llamada universal a la herencia, matizan esta línea de pensamiento ofreciendo una visión particular de la misma, en este sentido, podemos citar la tesis

[66] D. 7, 2, 1, 3; D. 32, 80.

[67] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 333-334

[68] C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit.*, p. 401. *Vid*. D. 28, 5, 13 pr.; D. 38, 4, 12 pr.

de Dernburg[69] sobre el fundamento del derecho de acrecer en la llamada universal de la herencia romana que modifica el entendimiento del significado de la *delatio*, al argumentar que la finalidad y el concepto de la sucesión hereditaria romana exigía la plena representación del testador, de esta manera entiende que cada coheredero era por si y necesariamente eventual sucesor en el total de la herencia.

Esta opinión ha sido discutida en parte por algunos autores de la doctrina[70] argumentando que esta llamada eventual parece presentar una delación condicionada subordinada a la existencia de una cuota ajena vacante, esto es, una llamada eventual al entero condicionada al evento que producía la vacante de una cuota, por lo que estos autores se muestran dispuestos a reconocer cierta validez a tal teoría siempre que se sustituya "eventualmente" por "condicionadamente", sin embargo, cuando un sujeto recibía una cuota por acrecimiento, según se deduce de la regulación de nuestro instituto, no se puede decir que fuese un heredero condicionado.

Con relación a esta teoría, tal como sostiene Scognamiglio[71] la idea de una vocación eventual o condicionada al total es errónea

[69] A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 334 y ss.-510 y ss. En el mismo sentido se expresa E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 696.

[70] F.HOFMANN, *Kritische studien im römischen rechte*, *op.cit.*, p. 65; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 592 (nota z comentada por P.BONFANTE).

[71] R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, pp. 64-65. Recoge esta opinión P.BELTRÁN DE

pues entiende que la llamada al coheredero no podía ser eventual al total porque al menos era cierta para una cuota**;** el coheredero podía aceptar o no la cuota y, en este sentido, se puede asumir una cierta incerteza en la adquisición si bien esta eventualidad no puede repercutir en la llamada que era definitiva a la citada parte dejando como única duda la medida final de la misma. En este orden, deberían admitirse dos llamadas a cuotas diversas lo que entra en colisión con la naturaleza misma del acrecimiento que tiene como una de sus características fundamentales una única delación, por lo tanto, es una afirmación inadmisible.

Continuando con esta última teoría, Scognamiglio observa que la llamada eventual podía entenderse como una delación unitaria que tiene por objeto además de la propia cuota de la herencia perteneciente a un sujeto determinado el derecho condicionado sobre la cuota ajena, si bien termina negando tal afirmación, por un lado por lo dudoso de esta teoría y porque no es posible asumir ésta ya que de la "disciplina de su eficacia no se puede identificar el acrecimiento con un derecho condicionado"[72], así resulta de la clara dificultad que surge al intentar encuadrar la expansión gradual de la cuota de un coheredero con el fenómeno de la adquisición bajo condición[73].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX*, *op.cit.*, p. 1118.

[72] Cfr. P.BELTRÁN DE HEREDIA en "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX*, *op.cit.*, p. 1118.

[73] R.SCOGNAMIGLIO en *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 65 trata de perfilar en mayor medida la teoría de la llamada a la herencia en el caso de acrecimiento presentando y negando otra

Volviendo a la cuestión y respecto de las críticas vertidas a su teoría de la llamada eventual y su relación con una delación condicionada, Dernburg responde que el heredero que veía aumentada su cuota por acrecimiento no era llamado bajo condición en sentido estricto, si bien podía ser considerada únicamente como una "*condictio iuris*".

De todo lo expuesto resulta que el derecho de acrecer deriva de la delación a la herencia romana, lo que en opinión de Castro[74] es consecuencia de la vertiente patrimonial de la herencia, quien también lo considera como un instrumento fundamental precisamente de esa creciente patrimonialización de la sucesión *mortis causa*, de manera que, en el supuesto de varios herederos que concurrían juntos a un mismo as hereditario, el llamamiento universal realizado, ya por ley o por voluntad testamentaria, a uno de los sujetos venía limitado por el derecho de los otros, si bien dicha llamada se extendía a la cuota ajena si faltaba alguno de los concurrentes.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una vez expuesta la tesis doctrinal que defiende, en algunos casos con matices, que la llamada universal era el fundamento del

vertiente de la misma, así, afirma que tampoco se puede aceptar la tesis de una vocación genérica al todo ya que la llamada no es indeterminada sino únicamente incierta respecto a la medida final de la cuota a adquirir. Asimismo, niega la validez de la idea que considera esencial el momento de la adquisición, en la cual el heredero que faltaba se consideraba que nunca había sido llamado, ya que esta ficción resulta inamisible en virtud de la regulación del derecho de acrecer y de sus principios básicos.

[74] A.CASTRO, *Herencia y Mundo Antiguo. Estudio de Derecho Sucesorio Romano, op.cit.*, pp. 336-367.

derecho de acrecer romano debemos hacer referencia a las diversas corrientes doctrinales que se muestran contrarias a tal opinión[75].

En este sentido, debemos hacer referencia a la tesis de los autores que sostienen que el fundamento del acrecimiento se encuentra en la continuidad de la personalidad del *de cuius* por parte del heredero romano debido al carácter inescindible de dicha

[75] Por tratarse éste de un trabajo de contenido histórico no vamos a centrar nuestro interés en las diferentes teorías civilistas que niegan la justificación del derecho de acrecer en la llamada universal, si bien podemos hacer un somero resumen sobre las mismas:

Se muestra crítico con la tesis de la llamada al total para explicar el acrecimiento R.FITTING en "Zur lehre vom Anwachsungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis, LVII*, 1874, pp. 15 y ss., considerando que el momento decisivo para el reparto de cuota no es, como afirma la doctrina mayoritaria, la delación sino la adquisición de la herencia por los herederos, de manera que, el heredero que no adquiera debe considerarse como nunca llamado lo que da como consecuencia un verdadero acrecimiento, en su sentido más literal, en la cuota de cada uno. Esta idea viene rechazada por P.BELTRÁN DE HEREDIA en "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1118-1119, que la considera inaceptable y en contradicción con el sistema positivo y toda la doctrina del acrecimiento que apoya los efectos del mismo siempre en el momento de la llamada a la herencia ya sea realizada por ley o por testamento.

Asimismo, E.HEYMANN en *Die Grundzuge des gesetzlichen Verwandteinrecht*, Berlin, 1927, p. 59, sostiene una doble vocación del heredero, originaria y eventual, una bajo condición resolutiva de la vacante y la otra bajo una condición suspensiva.

También debe ser tenida en consideración la tesis de E.STROHAL en *Transmission pendente condicione*, Graz, 1879, p. 68, quien rechaza de plano la llamada universal de varios herederos al conjunto de la herencia afirmando que se trata de una ficción consentida por el legislador que significa que cada coheredero ha estado llamado desde el principio al entero, cuando lo que hay jurídicamente es una institución a una cuota y una sustitución en la otra.

Con relación a estas y otras teorías pertenecientes al derecho moderno sobre el derecho de acrecer y en particular a su concepto respecto al fundamento y concepto de nuestro instituto *vid.* P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1118 y ss.

personalidad, de manera que, cada uno de los coherederos recibía el derecho a la total representación del fallecido[76].

Esta opinión, viene a ser criticada por Bonfante[77] al afirmar que esta denominada abstracta inescindibilidad de la personalidad no puede reputarse del patrimonio, que como es sabido, era dividido en el supuesto de existir diversos herederos, además considera que aquélla no puede ser estimada como un concepto jurídico absoluto, ya que en ese caso tal aseveración llevaría a negar la posibilidad de una herencia con varios sujetos llamados a la misma así como el acrecimiento; tal afirmación lleva al autor italiano a lamentar la vertiente casi metafísica que se observa en la ciencia del derecho en detrimento del aspecto positivo, que en su opinión debería informar absolutamente el análisis de los diferentes institutos[78].

Continúa Bonfante su tesis observando que el dato esencial de la teoría de la llamada universal del cual se deduce la necesaria

[76] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 592 (nota z comentada por P.BONFANTE); U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV*, 1937, pp. 85 y ss.

[77] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 592 (nota z comentada por P.BONFANTE); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 255 y ss.; P.BONFANTE, "La *successio in universum ius* e la *universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 250 y ss. La teoría soberanista será estudiada más adelante por las implicaciones que supone en nuestra tesis sobre el derecho de acrecer, así, el creador y máximo defensor de la misma es P.BONFANTE quien la asume a lo largo de toda su obra, *vid.* al respecto P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 255 y ss.

[78] Asume esta opinión y la recoge en su teoría sobre el derecho de acrecer U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, p. 3; U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV*, *op.cit.*, p. 85 (nota 1).

división por concurso es una presunción que contrasta con la realidad, ya que, bien por ley o, en el supuesto de que el testador hubiese llamado a un sujeto a una cuota no llega a comprender este autor porqué debe presumirse la llamada al total, *a fortiori*, no es posible asumir esta afirmación cuando en algunos supuestos el mismo testador niega a sus herederos la posibilidad de aplicación del derecho de acrecer; a este respecto, sostiene que sin duda esta parte de la teoría se inspira en las modificaciones que introdujo Justiniano en los textos, centradas en la sustitución de los términos *successio* o *successio in ius* por lo que denomina infeliz terminología *successio per universitatem*, *successio in universum ius* con lo que se traslada el peso al concepto de universalidad[79].

De todo lo expuesto podemos resumir, que en opinión de Bonfante esta explicación del derecho de acrecer es aplicable en el supuesto del acrecimiento que deriva de la *coniunctio* romana o del acrecimiento hereditario moderno pero nunca se podía verificar en el acrecimiento típico romano, en su propias palabras afirma que "essa non può riuscire che una tortura dell'intelligenza, come accade sempre quando ad una frase che ha un senso naturale ed ovvio si vuol dare un senso soprannaturale. Non possiamo e non dobbiamo trasportare nel diritto il ragionamento della teologia, perché non abbiamo il rifugi di inchinarci davanti ad un mistero,

[79] P.BONFANTE tanto en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 257-258 como en F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 592 (nota z comentada por P.BONFANTE). En este mismo sentido se expresa U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 3 y ss. al coincidir en la consideración del esta modificación justinianea con el mismo término "infeliz".

quando raggiungiamo l'incomprensibile. Purtroppo i maestri bizantini, vivendi nel fervore delle più astruse dispute teologiche, ci hanno trascinato su questa strada; ma è deplorevole che in pieno sviluppo scientifico si remanga ancora invischiati nei loro giochi di parola, e nelle loro deformazioni della logica e della storia. Dovrebbe bastare una domanda ad aprire gli spiriti: è forse illogico il diritto moderno che repudia l'accrescimento romano?"[80].

La teoría crítica de Bonfante respecto al fundamento del acrecimiento en la llamada universal es recogida por Robbe[81] quien la enriquece con relación a la otra parte del concepto de llamada universal establecido por la doctrina mayoritaria, esto es, la división de la herencia en cuotas en función del concurso efectivo entre los coherederos, al considerarlo con apoyo de los textos que explican el acrecimiento[82] un elemento falaz.

Asimismo, Robbe[83] plantea en su trabajo sobre el acrecimiento un aspecto particular crítico, examinando –una vez establecida la

[80] Asume como propia esta teoría U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 3 y ss.

[81] Esta teoría queda construida por U.ROBBE en base a la precedente de P.BONFANTE recogida en F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 592 (nota z comentada por P.BONFANTE).

[82] D. 7, 2, 1, 3; D. 32, 80; *Frag.Vat*. 77.

[83] U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 1 y ss., expone con claridad las diversas teorías dominantes que serán recogidas a lo largo de este trabajo sobre la naturaleza del acrecimiento, que reduce a tres aun con diversas variaciones en la mismas, la primera es la ya expuesta sobre el llamamiento potencial de dos o más sujetos al total de la herencia, en segundo lugar hace referencia a aquélla perteneciente a la Glosa que otorga una explicación a cada campo de aplicación del acrecimiento, por último, expone la tesis de P.BONFANTE respecto al *ius adcrescendi*.

posición mayoritaria ya trazada a la que define como la más importante, general, constante, común y unitaria– con vehemencia el trabajo ya citado de Vaccaro que defiende esta tesis otorgando a su opinión respecto a esta obra en particular y, por razones de ahorro, carácter de reproche general a toda la doctrina mayoritaria.

En este orden de ideas, debemos comenzar por plantear la definición que hace Vaccaro[84] al respecto del fundamento de nuestro instituto cuya base es el concepto tradicional y mayoritario de llamada universal del heredero al total de la herencia, así, sostiene que el *ius adcrescendi* se configuraba como una llamada solidaria de varias personas a un único y mismo objeto, ya fuese herencia o legado, que pertenecía a cada uno bien por virtud de ley o por la voluntad del testador, otorgando un derecho paritario y potencialmente extendido al total, resultando las diferentes cuotas del concurso, con la consecuencia de que viniendo a faltar uno de los concurrente el derecho de los otros automáticamente, por necesidad jurídica, se expandía sobre la cuota que había quedado vacante; esta afirmación viene rechazada por Robbe[85] ya que le parece insuficiente e incluso inaceptable para explicar con precisión el principio sustancial de este instituto, *a fortiori*, cuestiona la razonabilidad del aforismo *res singulis in solidum relicta* cuando el testador había determinado la cuotas pertenecientes a cada uno de los coherederos o la institución del heredero era *ex certa re*, pues en

[84] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 59 y ss.

[85] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 27-37 y ss.

estos supuestos el acrecimiento tenía lugar igualmente, independiente e incluso en contra de la voluntad expresada por el testador.

En este sentido, pone el foco el sus críticas en la existencia de una llamada eventual y potencial de todos los coherederos al total a partir de supuestos particulares que formaban parte de la herencia testamentaria por causa de la ya citada institución de heredero *ex certa re* y, sobre todo si lo que había sucedido era una distribución a los coherederos de parte bien determinadas con la exclusión explícita del acrecimiento por el testador, así, opina que del estudio de estos casos se extrae claramente que la doctrina ha tomado por causa lo que no es más que el simple efecto del fenómeno del acrecimiento.

Ahora bien, no podemos obviar que estamos ante un instituto general que tenía lugar tanto en la herencia testamentaria como en la intestada de manera que estas reflexiones realizadas por Robbe en sede testamentaria se pueden extrapolar a la intestada.

No obstante, en opinión del autor italiano si estas razones no fuesen suficientes para rechazar la doctrina mayoritaria también hay constancia de un texto en las fuentes en contra de dicha teoría, así se observa en D. 50, 17, 141, 1:

> D. 50, 17, 141, 1.- *Paulus 54 ad ed. Uni duo pro solido heredes esse non possunt.*

Con relación a este pasaje, algunos autores sostienen que no puede aplicarse a la llamada hereditaria pues hace referencia únicamente a la esencia del título de heredero, a esta afirmación se muestra plenamente contrario Robbe, afirmando la total correspondencia del significado de la regla que promueve este texto con el título de heredero, si bien también la puede identificar con la llamada a la herencia, de la cual es premisa imprescindible para la división del as hereditario, a tenor de la imposibilidad de que dos sujetos no puedan ser herederos de uno sólo en su totalidad[86].

Todo lo expuesto lleva a Robbe a señalar que de su examen crítico se concluye que la tesis de Vaccaro al respecto del fundamento del *ius adcrescendi* y en particular sobre el elemento de la delación universal de la sucesión romana es inaceptable e insuficiente (*vid. supra*) ya que todos sus elementos son infundados, no sólo por razones lógicas y porque no es posible asignar un único concepto a los diferentes casos de aplicación del acrecimiento, sobretodo porque tal aseveración entra en colisión con lo que puede observarse en las fuentes romanas referente a esta cuestión, asimismo, rechaza la limitación del estudio al campo de aplicación de la herencia y que, una vez centrado en ese ámbito, el único

[86] En este mismo sentido se expresa P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 320 cuando afirma que en virtud de la denominación de *successio in universum ius* por Justiniano, cada heredero, incluso en una situación de comunidad hereditaria, era un sucesor universal lo que llegó a confundir a los textos de las fuentes y por ende a la doctrina común del derecho de acrecer, pudiendo encontrar en ellas el citado pasaje de Paulo que niega una llamada *in solidum* perteneciente a cada uno de los llamadas a la sucesión, aun más, sostiene que de la formación de un concurso entre los llamados no se hace referencia alguna, ya que la cuotas hereditarias se formaban bien por la voluntad del *de cuius* bien por la ley.

fundamento jurídico de nuestro instituto se encuentra en la particular y especial naturaleza de la herencia romana.

La tesis de Robbe fue refutada con carácter general en la recensión a su obra realizada por Betti[87], en particular y con relación a la delación universal sostiene este último que el acrecimiento dependía de la legitimación de la adquisición, ya fuese por participar el sujeto en una situación de *communio* o por la presencia de una llamada conjunta a un mismo objeto, pues en los dos casos existía un derecho virtual al total, lo que venía a producir el concurso de varios sujetos a fin de hacer un reparto por cuotas, de tal manera, que faltando uno de ellos la cuota que quedaba vacante continuaba en la esfera jurídica de los participes en el concurso[88], sin embargo Robbe respecto a esta cuestión, y en opinión de Betti, concentra su atención sobre el mecanismo formal del acrecimiento sin reconocer la importancia de la citada relación cualificante que es la legitimación de la adquisición, aceptando, por ejemplo, el vínculo creado por la *coniunctio* pero sin hacer una verdadera construcción dogmática de tal relación ni intento alguno de diferenciarlo de figuras análogas.

Una vez planteada la tesis mayoritaria a favor de la llamada solidaria así como los autores contrarios a la misma, debemos hacer referencia a una interesante presentación que de esta cuestión

[87] E.BETTI en su recensión a U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, en *BIDR, LI-LII*, *op.cit.*, pp. 434-435.

[88] D. 26, 8, 12; D. 45, 3, 1; D. 32, 80.

realiza Ortín García[89] al afirmar que el derecho de acrecer sobre la cuota vacante del coheredero era consecuencia del título de *heres* que ostentaba, que como tal tiene carácter universal en los dos tipos de sucesión, así sostiene que "El simple título, la cualidad jurídica de heredero, implica o faculta el derecho a participar y adquirir la totalidad de la herencia independientemente de que la vocación o llamada haya sido hecho total o sólo en una parte o cuota" de tal manera que, cada uno de los llamados tenía un derecho potencial absoluto al todo, conformándose la cuota de la concurrencia con los demás herederos.

A partir de este planteamiento general de nuestro instituto realiza una exposición con intención de generalidad respecto al fundamento del mismo si bien centrándose en la sucesión testamentaria en la que distingue la opinión de la doctrina en dos teorías, la subjetiva y la objetiva, en este sentido, sostiene que mientras la primera lo justifica en la voluntad presunta del testador, la segunda lo hace en función del derecho de cada uno de los

[89] C.ORTÍN GARCÍA en *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 97 y ss. Respecto a esta opinión de Ortín García cabe poner de manifiesto su paralelismo y fundamento en la división entre la teoría objetiva y subjetiva del acrecimiento que puede extraerse del trabajo de civilistas tan importantes como M.ALBALADEJO y P.BELTRÁN DE HEREDIA y, lo mismo ocurre respecto de su tesis respecto al llamamiento de heredero, dichas obras si bien hacen referencia al derecho actual en su exposición mantienen un importante poso en el Derecho romano y en el derecho común posterior sobre la cuestión, en este sentido *vid.* P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX*, *op.cit.*, pp. 1111 y ss.; M.ALBALADEJO, "El Derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales", en *RDP*, *LIX*, 1975, pp. 351 y ss.; M.ALBALADEJO, "Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario", en *RDP*, *LXII*, *op.cit.*, pp. 737 y ss.; J.B.VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio, I, op.cit.*, p. 116.

coherederos a una llamada universal al total de la herencia, a este respecto, su tesis se asienta en que las diferencias entre ambas son más conceptuales que prácticas, en este sentido, afirma que "aunque parten de distintas posiciones, las dos teorías llegan en cierto modo al mismo fenómeno, deduciéndose que el acrecimiento de los llamados conjuntamente no es más que el resultado de la interconexión de dos causas: primera, la valoración objetiva hecha por la ley de todo llamamiento solidario, que no es considerada presunción porque no admite prueba en contra; y, segunda, la fórmula elegida por el testador que será indicativa de su voluntad, es decir, si realmente quiso o no hacer un llamamiento solidario. En este caso, la valoración legal de la voluntad sólo podría ser destruida o modificada por otra expresión de voluntad incluida en el testamento por el causante. Quizás, los que inciden en la voluntad presunta del causante al analizar el fundamento jurídico del acrecimiento deberían haberse referido a la voluntad objetivamente valorada por la fórmula usada en el llamamiento testamentario. En cualquier caso, el punto de llegada es siempre el mismo y ciertamente podemos decir que pasa siempre por la determinación de la voluntad del testador a tenor del testamento", de esta proposición parece deducirse que Ortín García encuentra el fundamento de nuestro instituto en la voluntad del testador que realiza un llamamiento en conjunto, esta explicación, tiene validez siempre en sede testamentaria, pero no explica la afirmación generalmente aceptada en el Derecho romano y defendida por la doctrina que confirma la verificación del *ius adcrescendi* en la sucesión intestada.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Así, la exposición que realiza Ortín García respecto al derecho de acrecer sirve claramente si queremos explicar nuestro instituto desde la perspectiva del derecho sucesorio moderno, fundamentado claramente en la *coniunctio* entre coherederos que es el único que ha llegado a nuestros días, si bien este tesis no explica en modo alguno el derecho de acrecer general y típico del Derecho romano del cual formaba parte el acrecimiento especial formado por la voluntad del testador.

2.1.- Breve referencia a la relación entre la llamada universal en la sucesión testamentaria romana y el *ius adcrescendi*

A pesar de ceñir nuestro trabajo al ámbito de aplicación de *ius adcrescendi* en la sucesión *ab intestato* romana cabe hacer una somera referencia a este instituto jurídico en la sucesión testamentaria, en este sentido, tomaba especial relevancia la voluntad expresada por el testador lo que en la práctica venía a suponer un tipo de acrecimiento especial en función del llamamiento realizado por el *de cuius*; así, si bien el acrecimiento se verificaba entre los coherederos por ministerio de ley e incluso en contra de la voluntad del testador que lo había excluido expresamente, esta afirmación no es óbice para que en la sucesión testamentaria el testador pudiera manifestar su preferencia respecto a algunos herederos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Expone claramente la relación entre la llamada universal a la herencia en sede testamentaria y el acrecimiento Machelard[90] cuando afirma en su trabajo monográfico referente al derecho de acrecer en el testamento y los legados que nuestro instituto, aplicado en las disposiciones testamentarias venía a representar que dos o más sujetos eran llamados por el testador a una misma cosa, cada uno para todo ello, si bien los privilegios de dicha vocación se encontraban limitados mutuamente por la existencia de varios llamados, de manera que era necesaria una división a fin de dejar una fracción determinada según el número de beneficiarios; por el contrario, cuando alguno no quería o no podía aprovechar su llamada, el derecho de los demás al desaparecer los obstáculos que lo comprimían se expandía sobre la cuota vacante tal y como expresa el autor "grâce à l'absence absolue de toute prétention parallèle".

En este sentido, Volterra[91] manifiesta que en el supuesto de llamamiento cumulativo y conjuntivo de los herederos a la misma cuota o herencia debía entenderse que cada uno de ellos era llamado al total, con un derecho que únicamente estaba limitado por la parte de los otros, de manera que si por muerte, renuncia o incapacidad quedando una cuota vacante tenía lugar el acrecimiento, si bien siempre respetando en la sucesión testamentaria la voluntad del

[90] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, pp. 162 y ss.

[91] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, pp. 717 y ss. En el mismo sentido J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 379.

fallecido por lo que nuestro instituto se verificaba a favor de los llamados cumulativamente, mediante la denominada técnicamente *coniunctio*, a una misma cuota, esto es, "il loro diritto potenziale sull'intera quota si estendeva sulla porzione vacante".

En desarrollo de esta idea y centrando la cuestión en el acrecimiento, para Windscheid[92] una cuestión elemental en relación al acrecimiento y la *delatio* la encontramos en cuando se puede decir que varias personas habían sido llamadas a un mismo todo; la respuesta a esta cuestión debe ser diferente según el tipo de sucesión[93].

En primer lugar, expone que si la llamada era testamentaria, por voluntad del testador se podía instituir a un sujeto en un mismo todo en el que ya había instituido a otro, ya fuese la herencia o una parte de la misma, lo que se denominaba *re coniunctio*[94]. Asimismo, había un llamamiento conjunto cuando el testador llamaba a varias

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[92] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 323, acerca del derecho de acrecer y su relación con la llamada universal en la sucesión testamentaria romana *vid.* de esta misma obra p. 332 (notas 5, 6, 7 y 8).

[93] Respecto a esta cuestión C.RE en voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit.*, p. 401, sostiene que esta voluntad del testador a favor de unos sujetos en detrimento de otros se podía declarar tanto expresamente mediante la atribución nominativa restringida a ciertos sujetos del acrecimiento de la cuota que había quedado vacante pero también tácitamente adoptando una formula que negara sin lugar a dudas la aplicación de la regla común del acrecimiento, con relación a la formula expresa se debe afirmar que en el derecho de acrecer tenían preferencia los llamados en conjunto, quedando a la actividad de los jurisconsultos la interpretación de los supuestos particulares en los que se planteaba la duda si había o no conjunción.

[94] D. 28, 5, 15 pr.; D. 32, 89; D. 50, 16, 142. Además cabe citar la bibliografía recogida por B.WINDSCHEID en *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 329 (nota 2).

personas a un mismo objeto y, para ello las instituía juntas, mediante la unión por la palabra, sin hacer designación de partes, es esta la *re et verbis coniuctio*[95].

Asimismo, en opinión de Windscheid el acrecimiento en estos casos era de total aplicación, no sólo en el supuesto de haber sido instituidos juntos en una cuota determinada sino incluso sin dicha designación de partes, ya que si el testador llamaba a dos a un mismo todo con una formula conjunta y, a otro al mismo todo pero en llamada independiente, debemos presumir que quería que los llamados en conjunto formaran una unidad, de tal manera, que faltando uno de ellos tenía lugar el acrecimiento sólo entre dichos llamados; incluso los instituidos llamados a la herencia cada uno a una cuota eran llamados al total[96], pues se debe considerar el llamamiento como a toda la herencia, esta afirmación traía como consecuencia el derecho de acrecer de tal manera que, cuando se producía una cuota vacante éste tomaba efectividad, no sólo a favor de los que vivían en el tiempo que se producía el hecho causante sino también acrecían los herederos que hubiesen muerto, siempre

[95] D. 28, 5, 11; D. 28, 5, 13 pr.; D. 28, 5, 60 (59), 2; D. 50, 16, 142. Así, citamos la bibliografía recogida por B.WINDSCHEID en *Diritto delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, p. 330 (nota 3).

[96] Esta misma cuestión viene expuesta con la misma claridad por G.PUGLIESE en voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314, cuando manifiesta la presencia de una condición de nuestro instituto en la pluralidad de herederos sin importar, en sede testamentaria, que cada uno de los coherederos les era asignada una cuota determinada, como se observa en D. 28, 5, 13, 1, así como cuando todos eran llamados juntos sin indicación de cuota, esto es, *heredes sine parte*, de manera que las cuotas eran iguales y su valor dependía del número de coheredos concurrentes. En el mismo sentido *vid.* A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 334-336 y ss.

después de la adquisición, con la única excepción del testamento militar al cual dedicaremos un epígrafe propio más adelante.

En consonancia con Windscheid, se muestra más explícito Biondi[97] al afirmar que el acrecimiento era de aplicación general en la sucesión testamentaria[98] pues para los romanos era una necesidad, de manera que, si alguno de los instituidos faltaba, en virtud de la incompatibilidad entre sucesiones, se debía atribuir la cuota vacante a los otros herederos testamentarios ya que mientras existiese uno sólo de ellos no se podía declarar que el fallecido había muerto intestado dando lugar a la apertura de la sucesión según las XII Tablas; ahora bien, la dificultad surgía cuando había que concretar su uso, esto es, las personas entre los diversos herederos testamentarios a favor de los que tenía lugar nuestro instituto, para lo que debemos tener en consideración principalmente la *coniunctio* establecida por el disponente entre los distintos coherederos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[97] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 208 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 419 y ss.

[98] La excepción que para nuestro principio significaba el testamento militar merece sin duda un apartado especial que será planteado una vez expuestas las cuestiones generales que desde el punto de vista del derecho hereditario se relacionan con el acrecimiento. Si bien, como expone B.BIONDI en *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 419, la necesidad jurídica del uso del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria tenía como excepción el régimen que regía el testamento militar, que era privilegiado en este aspecto pues ante la falta de uno de los herederos instituidos, a la cuota que quedaba vacante se podía llamar a los herederos legítimos, siempre que no hubiese pruebas de que el testador quería atribuir la porción dejada libre a los coherederos, lo que venía expuesto en las fuentes en D. 29, 1, 37.- *Paulus libro septimo quaestionum. Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ab alterum vellet totam redire hereditatem.*

Una vez expuesta la aplicación general del *ius adcrescendi* Biondi[99] hace referencia a los requisitos necesarios del mismo, y que ya conocemos pues son los presupuestos básicos que ya han sido citados en diversas ocasiones, si bien con ciertas peculiaridades a causa de su inclusión en sede testamentaria.

En primer lugar, una cuota de la herencia debía quedar vacante y sin posibilidad de ser asignada a otro llamado, pues si la cuota podía deferirse a otros no quedaba vacante, así, si el testador había nombrado sustituto a una cuota o a toda la herencia el acrecimiento no podía tener lugar, si bien en el caso de quedar vacante también la cuota de sustituto volvía a tomar forma el derecho de acrecer[100]. En este mismo orden de ideas, con el devenir histórico en el derecho justinianeo se permitió la transmisión de la herencia[101], con la misma consecuencia que en caso anterior, la cuota vacante se transmitía y no daba lugar al derecho de acrecer entre los coherederos[102].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[99] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 209; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 419-420.

[100] D. 37, 11, 2, 8.- *Ulpianus libro 41 ad edictum . Si duo sint heredes instituti primus et secundus, secundo tertius substitutus, omittente secundo bonorum possessionem tertius succedit: quod si tertius noluerit hereditatem adire vel bonorum possessionem accipere, reccidit bonorum possessio ad primum. Nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei adcrescet: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrescit.*

[101] A este respecto haremos referencia en el apartado sobre la exclusión del *ius adcrescendi* en la herencia romana pp.323 y ss.

[102] C. 6, 30, 19 pr..- *Imperator Justinianus Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus iulii pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et*

El segundo requisito para la intervención del *ius adcrescendi* lo encontramos en la necesidad de una llamada conjunta, lo que se denomina *coniunctio* o institución *coniunctim*[103].

Con relación a la llamada conjunta Biondi distingue varias hipótesis, en primer lugar que el testador hubiese instituido a varias personas *sine partibus*, en cuyo caso cada uno de los herederos era potencialmente llamado por el total, por lo que faltando uno la cuota que quedaba libre era devuelta a los otros coherederos. Otra situación se presenta cuando el testador había asignado iguales o desiguales cuotas entre varios herederos, en este caso se ha de tomar en consideración el modo en que se ha producido tal llamamiento, esto es, la *coniunctio*; en este sentido, señala como fundamento el texto recogido en D. 32, 80 en el cual Celso presenta

*aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. * iust. a. demostheni pp. * <a 529 recitata septimo in novo consistorio palatii iustiniani. d. iii k. nov. decio vc. cons.>*

C. 6, 51, 1, 5.- *Imperator Justinianus. In novissimo autem articulo, ubi proprie caduca fiebant, secundum quod praediximus, et clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemus et dies legatorum et fideicommissorum secundum quod praediximus a morte defuncti cedere: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi causis inducta loquitur: his nihilo minus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris. iust. a. senatui urb. constantinopolit. et urb. romae. *<a 534 d.k.iun.constantinopoli dn.iustiniano pp.a.iiii et paulino vc.conss.*

[103] Con relación al término *coniunctio* en el derecho sucesorio romano consultar *Rhet. ad Her.* IV, 27, 37 así como U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 30 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 697 (nota 29).

un concepto fundamental de este tipo de llamamiento, así, se tenía llamada conjunta cuando toda la herencia o legado era atribuida potencialmente a cada uno si bien a causa de la regla establecida en D. 50, 17, 141, 1.- *Paulus 54 ad ed. Uni duo pro solido heredes esse non possunt,* la herencia era dividida entre varios herederos tomando como medida el número de concurrentes a la misma.

Así, el acrecimiento que tenía lugar con un llamamiento conjuntivo se distinguía por favorecer a los herederos testamentarios que habían sido llamados *coniunctim* junto al heredero que por cualquier motivo no concurría a la herencia o legado.

Con relación a esta cuestión se puede enunciar la tripartición de la *coniunctio,* esbozada en parte con anterioridad, de la siguiente manera[104]:

Universitat d'Alacant

[104] D. 7, 4, 3, 1.- *Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Haec autem repetitio, quae fit post amissum capitis minutione usum fructum, quaeritur an et ius adcrescendi secum salvum habeat: ut puta Titio et Maevio usus fructus legatus est et, si Titius capite minutus esset, eidem usum fructum legavit: quaesitum est, si Titius ex repetitione usum fructum haberet, an inter eos ius adcrescendi salvum esset. Et Papinianus libro septimo decimo quaestionum scribit salvum esse, perinde ac si alius esset Titio in usu fructu substitutus: hos enim tametsi non verbis, re tamen coniunctos videri.*

D. 32, 89.- *Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam. Re coniuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re: "Titio et Seio fundum aequis partibus do lego", quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est. Quod si re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit: et magis est, ut et ipse praeferatur.*

D. 50, 16, 142.- *Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam . Triplici modo coniunctio intellegitur: aut enim re per se coniunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et*

- Cuando varias personas eran instituidas a una misma porción o *re* pero no en la misma disposición, *non verbis*, se hace referencia a la *coniunctio re tantum*, así, si la designación de

nominum et rei complexus iungit, veluti "Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto", vel ita "Titius Maeviusque heredes sunto", vel "Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto". Videamus autem, ne etiam si hos articulos detrahas "et" "que" "cum", interdum tamen coniunctos accipi oporteat, veluti "Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto", vel ita "Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto. Sempronius ex parte dimidia heres esto", ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam et re et verbis coniuncti videantur. "Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto". Iulianus dubitari posse, tres semisses facti sint an Titius in eundem semissem cum Gaio Seio institutus sit. Sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse.

Acerca de la tripartición pauliana y su relación con el acrecimiento *vid.* W.M. ROSSBERGER, *Ius adcrescendi ex fontibus*, *op.cit.*, pp. 51 y ss.; M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD*, *III*, *op.cit.*, pp. 166 y ss. ; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, pp. 635 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 310 y ss.; J.MARTÍ MIRALLES, "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP*, *XII*, 1925, pp. 371 y ss.; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, pp. 26 y ss.; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI*, *IX*, 1943, pp. 306-307; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 210 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 421 y ss.; A.D'ORS, "*Re et verbis*", en *Atti Congresso Internazionale di Diritto romano e di storia del diritto de Verona, III,* Milano, 1948, pp. 267 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, pp. 721 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, pp. 313 y ss.; F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), *op.cit.*, p. 285; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 697 y ss.; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 455 y ss.; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 705; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno*, *op.cit.*, p. 279; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 379 y ss.; J.B.VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio, I*, *op.cit.*, pp. 115 y ss.; R. ZIMMERMANN, "*Coniunctio verbis tantum*", en *ZSS, CI*, *op.cit.*, pp. 234 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 66 y ss.

heredero era realizada “instituyo heredero a Ticio por mitad; y herederos a Ticio y Cayo en la otra mitad”, como se puede observar respecto a Ticio había una *coniunctio re*, que era llamado a la misma cuota en dos disposiciones diferentes.

- Había *coniunctio re et verbis* cuando varios sujetos eran llamados a una misma porción en una misma disposición, así, D. 50, 16, 142.-...*"Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto", vel ita "Titius Maeviusque heredes sunto", vel "Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto"*...

- La *coniunctio verbis tantum* tenía lugar cuando varias personas eran llamadas en la misma disposición, pero no en una misma cuota, lo que podemos expresar como “Ticio y Cayo sean herederos; así también Mevio”.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una vez establecida esta distinción con relación al acrecimiento se debe afirmar que cuando varias personas eran llamadas a una misma porción se admitía entre ellas el *ius adcrescendi* pues las personas llamadas *coniunctim* se dividían la cuota que les había sido asignada en base al principio *concursu partes fiunt*, verificándose el acrecimiento no a todos los coherederos sino únicamente a aquéllos llamados a la misma porción[105].

[105] U.ROBBE, “Origine e concetto della eredità”, en *Studi Cagliari, XXV*, *op.cit.*, p. 93; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 421; P.BELTRÁN DE HEREDIA, “Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario”

Esta afirmación venía a significar, al igual que sostiene Windscheid, que nuestro instituto no tenía aplicación en la *coniunctio verbis tantum*[106], a este respecto, sostiene Biondi[107] que en algunas ocasiones esta aseveración ha sido injustamente puesta en duda[108], así, afirma este autor que a favor de la negativa se puede

en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1107 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 721; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, p. 279.

[106] Sigue esta misma opinión E.VOLTERRA en *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 723 cuando manifiesta que en la *coniunctio verbis tantum* es dudoso que los romanos admitiesen el acrecimiento por conjunción o bien se aplicase el acrecimiento general asignando la cuota vacante a todos los herederos que quedaban, en este mismo sentido *vid.* M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, p. 171; V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie, op.cit.*, p. 472; P.JÖRS-W.KUNKEL-L.WENGER, *Römisches Recht, op.cit.*, p. 341; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti, op.cit.*, pp. 26 y ss.; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 307; G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano*, Milano, 1953, pp. 312; P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, p. 1107; J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, op.cit.*, p. 204; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 705; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 352; A. MASI, *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678, op.cit.*, pp. 4 (nota 3).

[107] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 211 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 421 y ss.

[108] Se muestra a favor de la aplicación del derecho de acrecer en la *coniunctio verbis tantum* J.MARTÍ MIRALLES en "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP, XII, op.cit.*, pp. 369 y ss., así como en "El derecho de acrecer entre los llamados "*ex aequis portionibus*", en *RDP, XVII*, 1930, pp. 65 y ss., tomando como referencia la doctrina establecida al respecto por J.CANCER, *Variarum resolutionum Iuris Caesarei*, cap. *XXII*, núm. 18 y ss. Continúan la misma opinión C.MAYNZ, *Curso de Derecho Romano, III*, (traducción española de A.J.Pou y Ordinas), Barcelona, 1892, pp. 245 y ss.; R.MARTÍ DE EIXALÁ, *Tratado elemental del Derecho civil romano y español, volumen I*, Barcelona, 1838, pp. 313 y ss.; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 696; G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I*,

argumentar la decisión de Pomponio en D. 28, 5, 67 (66), mientras que a favor de la admisibilidad del acrecimiento no es posible invocar texto alguno, además, sostiene que si en todas las especies de *coniunctio* se verificaba el acrecimiento no se entiende la razón de hacer la distinción pauliana.

Esta exclusión también se da en el derecho justinianeo, como dispone C. 6, 51, 1, 10 e.-...*disiuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti et suum quidem habent, alienum autem non soli appetunt, sed cum oneribus suis coheredibus accipiunt...*, ya que Justiniano al examinar la *coniunctio verbis tantum* excluye el acrecimiento[109].

La triple división de la *coniunctio* fue asumida por los intérpretes del *Corpus Iuris,* incluso recogida en la glosa como afirma Ermini[110], si bien en esta época la regulación del acrecimiento experimentó importantes variaciones respecto al derecho clásico, en particular hacemos referencia a la tendencia de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

op.cit., p. 381; F.GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español,* Zaragona, 1974, p. 417; J.B.VALLET DE GOYTISOLO en *Estudios de Derecho Sucesorio, I, op.cit.*, pp. 119 y ss.; R. ZIMMERMANN, "*Coniunctio verbis tantum*", en *ZSS, CI, op.cit.*, p. 240.

[109] Respecto a la verificación del *ius adcrescendi* en este tipo de disposiciones en derecho justinianeo *vid.* G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, p. 747.

[110] En cuanto a la relación entre el derecho de acrecer y las formas de conjunción, según la cual tanto herederos como legatarios podían ser llamados en Derecho romano y la interpretación realizada por la glosa –cuya finalidad radicaba en convertir en reglas generales las decisiones jurídicas que presentaba la compilación justinianea– se puede consultar los textos de las fuentes así como la doctrina citada en G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 377 y ss.

reconducir el acrecimiento únicamente al supuesto de existencia de *coniunctio* entre coherederos, así, este tipo de derecho de acrecer fue merecedor de la mayoría de los trabajos de los glosadores, si bien no puede decirse que se excluyera de manera taxativa otro tipo de derecho de acrecer que prescindiera de la llamada conjunta, si bien no fue tratado en la misma medida por la glosa.

Con relación al trabajo realizado por los glosadores sobre la *coniunctio* romana y el *ius adcrescendi* afirma Beltrán de Heredia[111] que este instituto en derecho clásico romano se verificaba en función de principios fundamentales del sistema sucesorio en el que la voluntad del testador tenía un papel limitado, no obstante, una vez van desapareciendo los citados principios por la evolución del derecho la llamada conjunta sobrepasó su importancia inicial para ser fundamento de nuestro instituto prescindiendo de la necesidad de la ley.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta circunstancia histórica viene comentada por Beltrán de Heredia en el sentido de mostrarse en desacuerdo con el trabajo de los glosadores al afirmar que el sistema de conjunciones tenía su cimiento en el acrecimiento general típico y necesario al que únicamente modificaba implantando una preferencia, sin embargo, los glosadores lo desvincularon de este fundamento general asumiendo su utilización jurídica unitaria sin llegar a dar una explicación al sistema de conjunciones; más adelante en el tiempo, en derecho común únicamente subsiste el derecho de acrecer

[111] P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1109 y ss.

derivado de la *coniunctio*, apoyando esta postura en la *vocatio in solidum* de los coherederos y colegatarios, cuestión que llevó a diversas y a menudo contrapuestas posturas doctrinales que extendieron al máximo el concepto de *coniunctio*, esta preocupación por justificar al acrecimiento necesario sería posteriormente mitigada en el derecho intermedio hasta que en el derecho moderno el principio de la incompatibilidad entre delaciones y el acrecimiento por causa de la naturaleza patrimonial de la herencia se ven apartados a favor del llamamiento conjuntivo en sentido riguroso fundamentado en la voluntad del testador que es el modo que ha pasado a los códigos civiles actuales[112].

Reconduciendo la cuestión a la llamada universal, con relación a la *coniunctio* los juristas romanos aplicaban el principio fundamental enunciado en D. 32, 80.-...*totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.*, de este texto se desprende que la herencia o la cuota asignada era por entero a una pluralidad de personas, llamadas todas ellas al total aun cuando el fraccionamiento de la misma tuviese lugar por el concurso entre ellos y, a través de la expresión del testador en su disposición se puede deducir la voluntad del mismo aplicándose el acrecimiento a razón de dicho mandato.

[112] R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, pp. 36-37; P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP*, *XXXIX*, *op.cit.*, p. 1109; J.B.VALLET DE GOYTISOLO en *Estudios de Derecho Sucesorio, I*, *op.cit.*, p. 347.

Ahonda en mayor medida y más extensamente en la configuración del acrecimiento en la sucesión testamentaria Vaccaro[113] ampliando en esta sede el campo de aplicación de nuestro instituto al sostener la dualidad de origen del acrecimiento en el derecho sucesorio testamentario en el hecho de que en algunos casos podía venir determinado por la voluntad del disponente, manifestada mediante la *coniunctio*, si bien, también tiene lugar independiente e incluso en contra de esa voluntad; este derecho de acrecer contrario a la voluntad del testador se encontraba incluso en el supuesto particular, denominado por la doctrina como acrecimiento impropio[114], que aparecía cuando el *de cuius* había dispuesto para una sola parte de la herencia si bien el heredero tomaba para sí el total del as; en el mismo orden de ideas, si el testador había determinado las partes, en un intento de excluir el presupuesto básico del acrecimiento que exigía la llamada solidaria a un mismo objeto, también se aplicará el acrecimiento cada vez que uno de los que hubiesen podido aceptar no lo hubiese querido o podido hacer, el matiz venía establecido por el hecho de que el acrecimiento se verificaba proporcionalmente a la cuota que tenía asignada cada uno de los coherederos que sí habían aceptado la herencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[113] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 51 y ss., con relación a la polémica doctrinal respecto a la interpretación de la voluntad se recomienda consultar su obra pp. 69 y ss.

[114] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 557 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 214; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 51 (nota 1); B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 425; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 689-690.

El fundamento del ejercicio del *ius adcrescendi,* incluso del contrario a la voluntad del testador, viene explicado por la doctrina[115] relacionando este instituto y la regla del derecho hereditario romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, así, al negar absolutamente la capacidad de asignar la cuota dejada vacante a los herederos legítimos por este principio de incompatibilidad entre sucesiones, la única solución era que la parte acreciera necesariamente, en proporción a sus cuotas, al resto de herederos que habían aceptado; en este orden de ideas, la doctrina también ha tomado como base la presunción de que la llamada hereditaria en el Derecho romano era siempre universal, con unos herederos llamados potencial y eventualmente al total de la herencia donde las partes surgían del concurso efectivo que se formaba entre ellos[116].

Universitat d'Alacant

[115] ALCIATO, *Paradoxa*, 9, 9; MANTICA, *De coniecturis ultimarum voluntatum tractatus, IV, 11, 6*; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1979, p. 529; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 51 (nota 2); P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, p. 934; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 448 y ss.

[116] La cuestión del concepto general de llamada universal en derecho hereditario romano ya fue establecido en el capítulo 2.- El *ius adcrescendi* y la llamada universal a la herencia romana. Su relación con el título de *heres* (*vid. supra*), si bien particularmente en la sucesión testamentaria se pueden consultar los siguientes autores: B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, pp. 329 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 333 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 635; C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, *op.cit.*, pp. 604-605; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, pp. 557-558; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 31 y ss.-52; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 696.

En relación con la tesis de Vaccaro expuesta, debemos hacer referencia a la opinión de Re[117] que señala como función del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* en la sucesión testada la de ayudar a la unidad de la sucesión, limitada al caso de herederos llamados separadamente con designación de partes, ya que en el supuesto de un llamamiento individual simple el acrecimiento entre los coherederos testamentarios tenía lugar como consecuencia necesaria de la *solida res singulis relicta*, siendo este el fundamento del puro y simple derecho originario de acrecimiento entre coherederos antes de ser modificado por las Leyes *Iulia* y *Papia*, de esta manera, afirma este autor que la distinción pauliana de la *coniunctio* no eran conocidas por el Derecho romano en este primer periodo del *ius adcrescendi* entre coherederos[118].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[117] C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, p. 401.

[118] En el mismo orden de ideas, P.F.GIRARD en *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, p. 945 (nota 4) sostiene que la tripartición pauliana pertenecía al sistema sucesorio establecido por las leyes caducarias, que fueron abolidas por Justiniano si bien por error fueron recogidas en el Digesto.

En contra de la doctrina mayoritaria se posiciona Bonfante[119] a través de su tesis sobre el acrecimiento. A este respecto, el autor italiano distingue dos clases de acrecimiento, uno independiente de la voluntad del difunto, general, necesario y típico del Derecho romano con aplicación normalizada en la herencia que encontraba su fundamento en la naturaleza del antiguo derecho hereditario y, otro que dependía de la voluntad del testador subordinado a ella, especial y de aplicación excepcional en la herencia y el legado cuya razón de ser sería la llamada *in solidum* y la consecuente necesidad de atribuir las partes a cada uno de los llamados, en este sentido, se debe entender que tanto los herederos como los legatarios eran llamados a una misma cuota por entero, resultando las partes del concurso y donde la cuota objeto del derecho de acrecimiento era siempre a favor de los *coniuncti*, de manera que la solidaridad entre los sujetos del concurso predicada por la teoría mayoritaria se limitaba a la que sucedía en este supuesto. Así, una cuota no podía pertenecer *in solidum*[120] a varios llamados pues para Bonfante de las

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[119] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX,I*, *op.cit.*, pp. 592 y ss. (nota z comentada por P. BONFANTE); P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR*, *IV*, *op.cit.*, pp. 134 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, *op.cit.*, pp. 138 y ss.); P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL*, *XLVI*, 1913, pp. 831 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, Torino, 1921, pp. 434 y ss.); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 316 y ss. Siguen la misma opinión S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I*, Napoli, 1932, pp. 16 y ss.; G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I*, *op.cit.*, pp. 377-378.

[120] D. 50, 17, 141, 1.- *Paulus 54 ad ed. Uni duo pro solido heredes esse non possunt.*

fuentes se extrae que el dominio o la posesión no pertenecía a varias personas solidariamente, si bien en este caso los sujetos eran llamados conjuntamente formando un concurso sobre una cuota en concreto, pero cesando el mismo, resurgía el derecho al total, este acrecimiento fundamentado en la *coniunctio* tenía en consecuencia como característica primordial la voluntad del *de cuius*; además, este tipo era diferente del acrecimiento perteneciente al derecho hereditario general, independiente e incluso contrario a la voluntad del difunto quién, en este supuesto, sí había realizado la división de partes. A partir de estas consideraciones Bonfante rechaza la teoría mayoritaria por considerar que la misma explica la primera clase de acrecimiento y en ningún caso el acrecimiento de este segundo tipo.

En este mismo orden de ideas, Voci[121] afirma que respecto al *ius adcrescendi* no se puede aceptar la opinión común que sostiene la llamada potencial del heredero al total de la herencia, ya que un llamado por el testador con designación concreta de cuota no lo era al todo, como lo atestiguan las fuentes, que únicamente admite la llamada al total cuando efectivamente ésta existía[122].

Se muestran contrarios a esta tesis autores como Biondi, Ferrini, Perozzi Robbe o Girard[123], entre otros, defendiendo la

[121] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 689 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano,* Milano, 1954, pp. 525 y ss.-541 y ss.

[122] D. 32, 80; *Frag.Vat*. 77.

[123] C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, *op.cit.*, pp. 594 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 557; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 434 y ss.; U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità",

sustancial unidad del concepto y el fundamento del derecho de acrecer, rechazando por tanto, bien de manera tácita o enfrentándose expresamente, los resultados de Bonfante.

En este sentido, si bien la naturaleza del *ius adcrescendi* será objeto de estudio en este trabajo en un posterior capítulo podemos adelantar la opinión Vaccaro[124] quien sostiene que las dos especies de acrecimiento que promueve Bonfante tendrían diferente concepto y fundamento, por lo que deberían interpretarse como institutos diferentes, sin embargo, a pesar de que puede hacerse referencia a un acrecimiento voluntario, determinado por su sujeción a la voluntad del disponente, y acrecimiento necesario, independiente e incluso contrario a la citada voluntad, esta distinción únicamente tendría carácter sistemático, y su uso razones de oportunidad de exposición, sin que se pueda sostener que fueran institutos distintos sino posturas diversas de un mismo instituto.

Esto es, Vaccaro sostiene el carácter unitario del acrecimiento fundamentado en la llamamiento al total, aun admitiendo que nuestro instituto pueda explicarse en cierto modo bajo el principio de la incompatibilidad de delaciones y, por lo tanto, en la tesis de Bonfante respecto al origen de la herencia romana.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en *Studi Cagliari, XXV, op.cit.*, pp. 15 y ss.-88 y ss.; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 934 y ss.

[124] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 52.

Matiza esta teoría concreta y en general la del resto de autores que la sustentan Guarino[125] en su recensión a la obra de Vaccaro, en este sentido, si bien acepta en parte la validez de la misma le encuentra graves imperfecciones, así, la defiende desde una perspectiva dogmática-reconstructiva pero si tomamos en consideración el aspecto histórico, esta tesis de la unidad de concepto en el acrecimiento adolece de importantes errores, pues le falta la visión histórica que es el gran logro de la obra de Bonfante; en el primer aspecto tanto el acrecimiento necesario como el voluntario pueden reducirse a la unidad con fundamento en que en uno y otro caso la cuota acrecía al coheredero en cuanto que había sido dejada *in solidum* a varios sujetos, lo que no es aceptable, pues no explica el porqué en la herencia testamentaria faltando la *coniunctio* la cuota vacante debía acrecer al coheredero si el testador no lo había previsto, lo había querido e incluso se había mostrado contrario a la aplicación del derecho de acrecer, afirmación está indicada anteriormente que forma parte fundamental de la tesis del Vaccaro.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Continúa Guarino argumentado que si en hipótesis se admite la *coniunctio* como originaria y conatural al acrecimiento se debe suponer que faltando la llamada conjunta la cuota que había dejado vacante el renunciante acrecía necesariamente al coheredero testamentario, asimismo en buena lógica esta misma voluntad del testador debía ser tenida en consideración si la misma era contraria

[125] A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 304.

a la aplicación del acrecimiento, sin embargo, de la fuentes queda claro que faltando la *coniunctio* el acrecimiento tenía lugar *etiam ignoranti et invito testatore* por lo que debe concluirse que en un principio "fu necessario e fu necessariamente necessario" si bien posteriormente esta aseveración fue corregida indirectamente mediante la *coniunctio,* siendo el acrecimiento necesario el primer ciclo del instituto y, el acrecimiento voluntario es una fase posterior que se superpuso al primero.

Ahora bien, Guarino sostiene volviendo a la tesis de Bonfante confrontada con la de Vaccaro en que la primera sostiene dos formas de acrecimiento, uno general, necesario e independiente de la voluntad del *de cuius* que representaba el instituto normal de la herencia, y el otro especial, dependiente de la voluntad del mismo común en otros sectores del Derecho romano pero excepcional en la sucesión, ahora bien, si se compara esta idea con la tesis de Vaccaro se puede concluir en opinión de Guarino que no hay diferencias desde un punto de vista dogmático entre una y otra excepto por el erróneo alejamiento de la perspectiva histórica de la tesis de Vaccaro.

De lo expuesto hasta ahora, si bien hay diferencias en la doctrina con autores que distinguen entre dos tipos de acrecimiento, con distinto origen y fundamento, y los que sostienen que la diferencia viene dada por tener características particulares siempre dentro del concepto y fundamento único del *ius adcrescendi*, todos ellos afirman la existencia de un acrecimiento dependiente de la voluntad del disponente, si bien, el derecho de acrecer también

podía verificarse sin tener conocimiento de tal voluntad o incluso en contra de la misma.

Con relación a esta última afirmación, mantiene una postura contraria a esta idea promovida por la mayoría de la doctrina Biondi[126] al afirmar que del estudio de los distintos textos de las fuentes que recogen el régimen jurídico que regía el acrecimiento en sede testamentaria se extrae con claridad que este instituto era aplicado por los juristas siempre teniendo en consideración la voluntad del testador, según el tenor de la disposición, en este sentido, la ley intentaba no coartar la voluntad del disponente y además había que inspirarse en ella para determinar el destino de una cuota vacante.

Es precisamente esta particularidad la que lleva al autor italiano a concluir que, en contra de la mayoría de la doctrina pandectista, no es exacto afirmar que el acrecimiento tuviese lugar contra la voluntad del testador, ya que el derecho de acrecer tenía su aplicación únicamente en el supuesto de que una cuota quedase vacante, pues si era asignada por el disponente mediante una sustitución se podía excluir siempre la verificación de nuestro instituto; todo lo expuesto le lleva a sostener que la base y los límites del *ius adcrescendi* se encuentran siempre en la voluntad del testador, quien puede establecer o negar a su libre albedrío la *coniunctio* entre una pluralidad de herederos.

[126] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 214 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 423 y ss.

En este sentido, atribuye a la regla *nemo pro parte parte testatus pro parte intestatus decedere potest* que el heredero *pro parte* adquiriese *iure adcrescendi* el total de la herencia por necesidad jurídica, incluso contra la voluntad del testador, la diferencia incide en que esto no significa que el acrecimiento en sí mismo tuviese lugar en contra de la voluntad del disponente. Así, concluye que tanto el fundamento como los límites del acrecimiento se encuentran siempre en la voluntad de testador formulada en la llamada conjunta que debe ser entendida como una asignación solidaria de un todo a una pluralidad de personas.

Con relación a esta teoría de Biondi debemos afirmar que la misma coincide en su mayor parte con la tesis general, ya que nuestro instituto era de aplicación tanto si el testador no lo había previsto como si lo negaba en la disposición *mortis causa*, es bien es cierto que la sucesión testamentaria otorgaba al *de cuius* la posibilidad del evitar el acrecimiento mediante la institución de un sustituto al heredero, sin embargo, esta circunstancia lejos de significar que la voluntad del testador era un límite en la aplicación del *ius adcrescendi*, únicamente se configuraba como una de las diversas posibilidades que tenía el disponente de repartir sus bienes, esta voluntad no puede ser negada en ningún caso ya que se encontraba protegida por todo el derecho hereditario romano[127]; lo

[127] Relacionado con este caso concreto y en apoyo de nuestra opinión podemos citar a E.BOSCH CAPDEVILLA en *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, p. 17 (nota 35), en su referencia a A.BELLONUS, *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, *op.cit.*, Cap. II, núm. 5, 6 a 9, en el cual hace una exposición sobre su tesis del origen del acrecimiento afirmando respecto a la voluntad expresa del testador que el derecho de acrecer

que viene a afirmar la doctrina general es que el testador no podía negar la aplicación general del acrecimiento en el cumplimiento de su testamento cuando aparecían las circunstancias que lo hacían necesario ya que si había un sustituto a una cuota determinada la misma ya no podía ser considerada vacante y, por lo tanto, no se cumplía uno de los presupuestos básicos para la realización del derecho de acrecer.

3.- La comunidad de cuotas romana y su relación con el derecho de acrecer

La justificación y la razón de ser del acrecimiento radican en resolver jurídicamente la situación que se producía cuando había una pluralidad de herederos llamados *in solidum* a la herencia y, por cualquier causa, una cuota de la misma quedaba vacante.

Esta afirmación, mayoritaria en la doctrina romanística, tiene como premisa fundamental el conocer desde cuando se puede considerar jurídicamente que una cosa, común propiedad de varios sujetos que conformaban el concurso, ya fuese en el condominio o una herencia, era dividida en cuotas diferentes que se asignaban a cada uno de los condominios o coherederos para el ejercicio individual del derecho de propiedad *pro parte*.

no va a surgir de la misma ya que en este caso lo que se tenía era una sustitución vulgar.

En este sentido, afirma Lozano[128] en su teoría respecto la división entre el término *dominium* entendido como señoría y el término generalizado de *proprietas* percibido como lo que era propio de una persona, que "la verdadera propiedad individual se afirmó en la época clásica, cuando ya se quebró la unidad compacta del grupo familiar".

A partir de este planteamiento general, se pueden encontrar en la doctrina toda una serie de autores que tratan esta importante cuestión desde la perspectiva de su relación intrínseca con los conceptos que conforman la copropiedad romana[129], como la

[128] E. LOZANO, "Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I, op.cit.*, p. 573

[129] La copropiedad es una cuestión tratada profusamente en la romanística, oscilando las posiciones entre los autores que la niegan en virtud de su entendimiento de un derecho de propiedad como poder exclusivo y excluyente, y desde otra perspectiva los que aceptan la existencia de una concurrencia de derechos sobre una misma cosa, sin embargo, la amplitud del tema desborda con mucho el tema tratado en este trabajo por lo que nos limitamos a presentar las obras de los siguientes autores así como la bibliografía recogida en las mismas: M.VITALEVI, *Della comunione dei beni*, Torino, 1884, pp. 9 y ss.; P.BONFANTE, "Il regime positivo e la costruzioni teoriche nel condominio", en *BIDR, XXV*, 1912, pp. 196 y ss. (= en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, Torino, 1921, pp. 456 y ss.); S.RICCOBONO, "Dalla *communio* del diritto quiritario alla comproprietà moderna", en *Essays in legal history*, Oxford, 1913, pp. 52 y ss.; L.RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli, 1922, pp. 1100 y ss.; V.SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano, I*, Roma, 1933, p. 428; V. SCIALOJA, "L'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale e la *L.64 D. de evictionibus 21, 2*" en *Arch. Giur., XXX*, 1883, pp. 156 y ss.; C.A.MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, *op.cit.*, pp. 50 y ss.; S.PEROZZI, "Saggio critico sulla teoria della compropietà, en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso*, Milano, 1948, pp. 439 y ss.; P.FREZZA, "L'instituzione della collegialità in Diritto romano", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 529 y ss.; S.PEROZZI, "Un paragone in materia di compropietà", en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso*, Milano, 1948, pp. 557 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto*

communio o la *societas* estudiados en su sentido más amplio; si bien, el concepto principal a tener en consideración en nuestro instituto es el de cuota romana, esta creación jurídica y su evolución a lo largo del Derecho romano constituye el fundamento de la verificación del acrecimiento en situaciones de comunidad.

Este importante concepto, que ha llegado hasta nuestros días, necesita de una serie de breves precisiones terminológicas que nos ayuden a aclarar la relación entre la cuota, la copropiedad y el acrecimiento, pues si bien el objeto de este trabajo es la comunidad hereditaria *ab intestato* estamos ante una figura en que coexisten varios propietarios sobre una misma cosa, una herencia, por lo tanto, en esencia, era una copropiedad independientemente del objeto de la misma, y la teoría general es de aplicación, formando parte del fundamento de nuestro instituto y conformando el concepto del mismo[130].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

privato romano, *op.cit.*, p. 307; M.BRETONE, *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica*, *op.cit.*, pp. 3 y ss.; G.LONGO, *Corso di diritto romano. Diritti reali*, Padova, 1962, pp. 64 y ss.; A.TORRENT, "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II*, *op.cit.*, pp. 99 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II,* Milano, 1968, pp. 51 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'universitá di Roma 1949-1950*, *op.cit.*, pp. 3 y ss.; A.POGGI, *Il contratto di società in Diritto romano classico, I*, Roma 1972, pp. 86 y ss.; L.GUTIERREZ-MASSON, *Del Consortium a la societas, I, Consortium ercto non cito*, *op.cit.*, pp. 21 y ss.; M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Jaen, 2003, pp. 23 y ss.

[130] Para un estudio de la teoría general del condominio y la cuota *vid.* A.BRINZ, *Lehrbuch der pandekten, I*, Leipzig, 1873-1892, (reproducción facsimil 1997), pp. 476 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, I*, Torino, 1930, pp. 486 y ss.-603 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, "Gayo III, 154 a) y b)", en *Papiri greci e latini, XI*, *op.cit.*, pp. 34 y ss.; M.BRETONE en "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, pp. 199 y ss.;

El desarrollo de la sociedad romana, y en concreto de la primitiva economía se desenvolvió de manera que el antiguo *consortium* entre hermanos perdió su importancia jurídica, pues hasta entonces nadie se planteaba la posibilidad de un condominio solidario, en el cual cada uno de los coparticipes pudiera actuar los actos de disposición jurídica en los límites de su cuota, dentro de las relaciones familiares existentes. La idea de cuota debió surgir lentamente en el curso del tiempo producto de una profunda transformación operada dentro de la sociedad romana que trató de salvaguardar los intereses individuales y no ya los colectivos.

Sólo entonces se pudo subsumir el *consortium*, no sin dificultades, dentro del paradigma del condominio solidario, para posteriormente en un intento clasificatorio acercarlo a la *societas* consensual; la tarea de fijar los criterios de la *pars pro indiviso* y por ende la construcción jurídica de la *communio* fueron de Quinto Mucio Scevola y Servio Sulpicio Rufo, como queda recogido en D.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II, op.cit.*, pp. 46 y ss.; E.LEVY, "Neue Bruschtücke aus den Institutionen des Gaius", en *ZSS, LIV, op.cit.*, p. 282; J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI, op.cit.*, pp. 147 y ss. ; V.ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'universitá di Roma 1949-1950, op.cit.*, pp. 15 y ss.; S.PEROZZI, "Saggio critico sulla teoria della compropietà, en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso*, Milano, 1948, pp. 511 y ss.; L.GUTIERREZ-MASSON, *Del Consortium a la societas, I, Consortium ercto non cito, op.cit.*, p. 101; A.MURILLO, *Disposición Jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000, pp. 9 y ss., así como la bibliografía citada en su obra; M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 38 y ss.; A.TORRENT, voz: "*Communio* (Comunidad Romana)", en *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005, p. 187; A.TORRENT, voz: "Copropiedad", en *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005, p. 219

29, 2, 78; D. 50, 16, 25, 1[131], y condujo la antigua comunidad fraternal dentro del esquema de la copropiedad por cuotas ideales.

Sin embargo, el término cuota es extraño al Derecho romano, donde las fuentes hacen referencia a *pars, pars rei, pars dominica o pars dominii*[132].

Ahora bien cabe hacer una apreciación al respecto desde una perspectiva etimológica; en la teoría del acrecimiento el término *pars* era utilizado por los romanos en una doble acepción bien como cuota perteneciente a un condómino, o bien como objeto corporal en el sentido de parte[133], y en estos sentidos ha sido utilizado en las fuentes:

> D. 8, 4, 6, 1.- *Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas*

[131] M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 86 y ss.

[132] M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, p. 36, así como D. 8, 1, 11; D. 30, 50, pr.; D. 31, 66, 2; D. 40, 12, 7, 3; D. 39, 2, 40, 4.

[133] A.MURILLO, "La división convencional de la comunidad de bienes en Derecho romano", en *Revista Jurídica del Notariado, 17*, 1996, p. 77; M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, p. 36.

> *diviserit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet.*

> D. 50, 16, 25, 1.- *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

> *Séneca, De beneficiis* 7, 12, 1.- *Non enim mihi sic cum amico communia sont, quomodo cum socio, ut pars mea sit, pars illius.*

Así, el condominio romano era un derecho de propiedad dividido en cuotas ideales, dicho criterio servía para limitar las facultades de disposición de cada uno de los comuneros; esta cuota ideal, propiedad de un condómino, no tenía correspondencia material con una parte concreta de la cosa, pues todos los titulares eran llamados *domini* y podían realizar cualquier acto de administración y gestión siempre que el mismo no fuese impedido por el resto de copropietarios; esta situación se mantenía mientras existía la unión, esto es, *manente communione*, lo que jurídicamente se denominó comunidad *pro indiviso* que se concretaba únicamente en el supuesto de disolución de la comunidad.

Establecido el derecho de los titulares, hay que distinguir dos diferentes niveles de actuación, en este sentido, cada condómino dispone de un conjunto de derechos reconocidos por el ordenamiento con absoluta independencia de los demás

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

copropietarios, además, al ser varios, se encontraba sometido a una serie de interrelaciones entre copropietarios mientras existía la *communio,* lo que se refleja en lo que la jurisprudencia distinguía como actos de disposición jurídica de la cosa y actos de disposición material de la cosa. Por lo tanto, existían acciones a favor o en contra de los condóminos referidas bien *pro parte,* o bien a las relaciones *in solidum*[134].

Concreta la cuestión y la conecta con el derecho de acrecer Torrent[135] al afirmar que a partir del antiguo *consortium* entre hermanos derivaron en Derecho romano de un lado la copropiedad y de otro el contrato de sociedad; respecto de la primera, debemos tomar en consideración la interpretación etimológica de la expresión *ercto non cito,* cuyo significado general aceptado por la doctrina es dominio no dividido[136], ya que ésta es la situación que tienen como

[134] Con relación a las acciones *pro parte* tanto a favor como en contra del condómino *vid*. M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 140 y ss.; y respecto a las acciones *in solidum* a favor y en contra *idem* pp. 143 y ss., así como la bibliografía citada por la autora.

[135] A.TORRENT, voz: "Copropiedad", en *Diccionario de Derecho Romano, op.cit.*, p. 219

[136] A este respecto destaca la opinión de L.GUTIERREZ-MASSON en *Del Consortium a la societas, I, Consortium ercto non cito*, op.cit., pp. 66 y ss., en la cual sostiene que "dominio no dividido" es lo que se desprende de la expresión utilizada por Gayo, en este sentido *vid*. V.ARANGIO-RUIZ, "Gayo III, 154 a) y b)", en *Papiri greci e latini, XI, op.cit.*, pp. 35 y ss.; si bien, un sector mayoritario de la doctrina más actual hace otra intepretación, así, su opinión es paralela a la interpretación etimológica que realiza M.BRETONE en "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, p. 169, y que considera erróneo el significado *dominio non diviso* si bien lo define como sumamente instructivo, afirmando que desde un punto de vista filológico *ercto non cito* expresa una *divisione non provocata,* en este sentido, es interesante consultar

escenario de trabajo los juristas romanos a la hora de resolver los cuestiones que le presentaban sobre actos dispositivos, régimen divisorio o, la que nos interesa, cuando tienen que resolver dudas sobre la aplicación del *ius adcrescendi*, admitiéndolo en todo caso y, en concreto, en el complejo supuesto que planteaba la *manumissio* del *servus communis* por uno de los condóminos que en derecho clásico hacía que el mismo perdiera su cuota que acrecía al resto[137].

la bibliografía así como la exposición gramatical recogida por el maestro italiano en las notas 7, 8 y 9 del citado artículo.

[137] La mayoría doctrinal fundamenta sus teorías respecto de la primitiva copropiedad romana donde cada comunero era un propietario pleno y la posterior evolución a la división ideal de cuotas romana en los fragmentos de las fuentes referidos a la manumisión del siervo común por parte de uno de los propietarios, en este sentido, hay una variada e interesante bibliografía de la que destacamos el trabajo de A.TORRENT, "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II*, *op.cit.*, pp. 111 y ss., debido a la relación que establece con este supuesto de hecho y el *ius adcrescendi*. Asimismo *vid*. J.MACQUERON, "La controverse classique sur le "*ius adcrescendi*" en matière d'affranchissement", en *RHD, VIII*, 1929, pp. 580 y ss.; E.ALBERTARIO, "Schiavitù e favor libertatis", en *Studi di Diritto Romano, I, "Persone e famiglia"*, 1933, p. 68; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 195; J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI, op.cit.*, pp. 147 y ss.; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 313; P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI, op.cit.*, pp. 831 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso", op.cit*, pp. 434 y ss.); M.BRETONE, *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica, op.cit.*, pp. 140 y ss.; M.BRETONE, "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, pp. 181 y ss.; A.TORRENT, "*Consortium ercto non cito*", en *AHDE, XXXIV, op.cit.*, pp. 493 y ss.; E.VOLTERRA, *Diritto romano e diritto orientali*, Bologna, 1937, p. 251; C.A.MASCHI, "Sulla origine del regime giustinianeo della manumissio del servo comune", en *Studi Albertoni, II*, Padova, 1938, pp. 421 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", op.cit., parte II*, pp. 41 y ss.; M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 119 y ss.; así como los siguientes fragmentos de las fuentes *Pauli Sent*. 4, 12, 1; *Fragm. Dosith*. 10; *Tit.Ulp*. I, 18.

En este sistema de copropiedad romano, al igual que sucedía en la colegialidad de los magistrados, el límite al poder individual de cada *socius* venía dado por el *ius prohibendi* entendido no como un permiso previo sino como un veto expreso y probablemente solemne, actuado con anterioridad a la conclusión del acto que se quería evitar[138].

En este mismo orden de ideas, Iglesias[139] construye su postura tomando en consideración en primer lugar la regla del Derecho romano que establece una cosa, un titular; en este sentido, en Roma el ordenamiento jurídico intentaba proteger la cosa para que la

[138] Este derecho se configuraba como una figura similar a la *intercessio* del Derecho público con el que se resolvió la antítesis entre propiedad común y derecho de disposición de cada miembro. En cuanto al tratamiento doctrinal del *ius prohibendi vid* D. 10, 3, 28; D. 8, 2, 27, 1. Asimismo, E.LEVY, "Neue Bruschtücke aus den Institutionen des Gaius", en *ZSS, LIV, op.cit.*, p. 282; C.FADDA, "*Consortium, collegia magistratuum, communio*", en *Studi Brugi*, Palermo, 1910, pp. 139 y ss.; P.BONFANTE, "Il "*ius prohibendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI*, 1913, pp. 665 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, 1921, pp. 382 y ss.); J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI, op.cit.*, pp. 147 y ss.; S.PEROZZI, "Un paragone in materia di compropietà", en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso, op.cit.*, pp. 567 y ss.; P.FREZZA, "L'instituzione della collegialità in Diritto romano", en *Studi Solazzi, op.cit.*, pp. 536 y ss.; M.BRETONE en "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, p. 184; S.SOLAZZI, "Ancora di *Gai* 3, 154ª" en *Scritti di Diritto Romano, III*, Napoli, 1960, pp. 664 y ss.; A.TORRENT, "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II, op.cit.*, pp. 102 y 107; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, p. 179; E.RUIZ FERNÁNDEZ, "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II*, Madrid, 1992, pp. 493 y ss.; M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 69 y ss.-130 y ss.

[139] J.IGLESIAS, "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP, LXV, op.cit.*, pp. 778 y ss.; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 179 y ss.

misma no disminuyera, bien al contrario, lo ideal era que se expandiera hacía todo lo que a ella accedía.

Dicho antecedente tenía como consecuencia un derecho perteneciente al propietario de la cosa, único y total. Asimismo, esta idea, referida a situaciones de propiedad individual, era igualmente de aplicación en supuestos de cotitularidad en los que el derecho de cada uno de los cotitulares era individual e integro; estos casos de diversidad de titulares respecto a una misma *res* eran denominados *communio* y, en todos ellos, como afirma Iglesias "las notas más fuertes y definidoras de la posición individual, de la que se explica en solitario, no quedan arrinconadas, ni siquiera desdibujadas, cuando surge una situación de *communio"*.

Continúa Iglesias su exposición respecto a la *communio* citando en primer lugar, como máximo exponente de la misma, el condominio[140], figura jurídica que como ha quedado establecido,

[140] J.IGLESIAS en "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP, LXV, op.cit.,* pp. 778 y ss., sostiene que el condominio romano no era una figura con un régimen propio, su total reglamentación se pueden encontrar en títulos que se denominan "*Communi dividundo*", asimismo, los participantes en un condominio son llamados en las fuentes de diferentes formas, a veces *domini* y otras *socii*; respecto a la copropiedad sostiene que no hay tal, sino que se debe explicar este concurso simultáneo tomando en consideración la regla *res mea est*, que se utiliza para definir el dominio solitario, ya que cada una de las titularidad se explica con el total de la cosa. A cada codueño, como propietario del total de la cosa bajo dominio, le correspondía ejercer en su caso las acciones civiles de defensa del mismo, esto es, la *rei vindicatio*, la *actio Publiciana*, la *condictio furtiva* y, las acciones penales que pudieran pertenecerle. D. 3, 37; D. 8, 2, 26; D. 10, 3; D. 13, 6, 5, 5; D. 49, 17, 19, 3. M.BRETONE, "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, pp. 167 y ss.; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 179 y ss.; M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), *op.cit.*, pp. 168 y ss.

tuvo como primera expresión al *consortium ercto non cito*, en el cual cada uno de los *fratres* era el dueño de la totalidad[141] con el único límite del citado *ius prohibendi*.

Esta circunstancia se ve modificada en época clásica, cuando ya no tiene vigencia el *consortium*, por lo que se produce un cambio

[141] Respecto a la cuestión de la administración en el *consortium*, tomando como punto de partida la existencia del régimen solidario en el que todos tenían los mismos derechos y obligaciones muestra una opinión discordante S.SOLAZZI en "*Societas* e *communio*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, LVII*, *op.cit.*, p. 148 (=en *Scritti di Diritto Romano, III*, *op.cit.*, p. 442); S.SOLAZZI, "Ancora di *Gai*. 3, 154ª" en *Scritti di Diritto Romano, III*, *op.cit.*, pp. 654 y ss.; S.SOLAZZI, "Glosse a Gaio", *Seconda puntata, Volume Per il XIV Centenario delle Pandette, Studi e Profili*, Pavia, 1933, pp. 448 y ss. , al sostener que el comunidad formada por los *fratres sui* modificaba su sistema de gestión y adquiría el carácter de *societas* en primer lugar con la renuncia de los *sui* a la división y eventualmente con la presencia de la figura del *unus ex socii* de confianza, quien asumía la administración del *consortium*, si bien, como afirma la mayoría de la doctrina, no hay argumentos en las fuentes ni doctrinales a favor de esta tesis, en este sentido, *vid.* V.ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'universitá di Roma 1949-1950*, *op.cit*, pp. 11 y ss.-16; V.ARANGIO-RUIZ, "Il nouvo Gaio. Discussioni e revisión", en *BIDR, XIII*, 1934, p. 602; E.LEVY, "Neue Bruschtücke aus den Institutionen des Gaius", en *ZSS, LIV*, 1934, pp. 281 y ss.; C.A.MASCHI *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico, op.cit.*, p. 49 (nota 2); B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico...", en *Annali Palermo, XX*, *op.cit.*, pp. 186 y ss.; J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI*, *op.cit.*, p. 147 (nota 21); A.TORRENT, "*Consortium ercto non cito*", en *AHDE, XXXIV*, *op.cit.*, p. 493; A.TORRENT, voz: "Copropiedad", en *Diccionario de Derecho Romano, op.cit.*, p. 220; L.GUTIERREZ-MASSON, *Del Consortium a la societas, I, Consortium ercto non cito*, op.cit., pp. 98 y ss.; E.RUIZ FERNÁNDEZ, "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II*, *op.cit.*, p. 494; M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, p. 68 (nota 142).

D. 13, 6, 5, 15.- *Ulpianus libro 28 ad edictum. Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit "scripsit" libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere...*

del régimen de ejercicio dominical *in solidum* al del ejercicio *pro parte*, esto es, cada condómino podía disponer jurídicamente de su *pars quota*, si bien, en opinión de Iglesias, sobrevive respecto al uso de la cosa el citado ejercicio *in solidum*, esto es, cada uno de los condóminos puede actuar con independencia sobre la cosa, pero el resto puede oponerse a tal acción mediante el *ius prohibendi*, cuya configuración jurídica no corresponde al ejercicio *pro parte* sino al primer u originario ejercicio dominical; asimismo, explicado con el mismo fundamento también sostiene que sigue en cierto modo la disciplina del viejo *consortium* a través de la aplicación del *ius adcrescendi* en este tiempo[142].

[142] Sin entrar en profundidad en el estudio del régimen del acrecimiento en el condominio, podemos afirmar que la doctrina mayoritaria sostiene la existencia de un verdadero y propio derecho de acrecer en el condominio, sin embargo, una pequeña corriente doctrinal sostiene que ya en Derecho romano era una cuestión polémica, que se admitía en la manumisión de esclavos si bien era discutida en el supuesto de abandono o renuncia de su cuota por parte de un copropietario, asimismo, ni siquiera la doctrina moderna se pone de acuerdo en aceptar el acrecimiento como institución propia del condominio ante una cuota vacante aceptándolo algunos autores únicamente en el supuesto de abandono del propio derecho para no contribuir a los gastos de conservación de la cosa común.

En nuestra opinión, el acrecimiento es una consecuencia de las características propias del condominio sin ningún genero de dudas, aun con las matizaciones propias de estar ante institutos diversos con sus propias particulares que habrán de tenerse en consideración a la hora de establecer su naturaleza jurídica, sirva como ejemplo el que en la comunidad la expansión de la cuota se verifica después de nacida la comunidad y no antes como sí ocurre en el acrecimiento hereditario; seguimos la opinión de P.BONFANTE, cuando asimilamos la expansión de la cuota en el condominio y el fenómeno del acrecimiento en derecho sucesorio, así, en el condominio el derecho de cada uno de los sujetos que lo componen es sobre el total de la cosa y queda limitado únicamente por el ejercicio del resto de los derechos, de manera que cesando parte del citado concurso la cuota de los que quedan acrecen proporcionalmente a cada uno de los que quedaban, y si quedaba sólo se convertía en el único propietario. Esta definición, válida para con condominio es equivalente a la afirmada en la comunidad hereditaria romana.

Con relación a los supuestos de aplicación del acrecimiento en el condominio de la época podemos distinguir:

a) Si un participe del condominio manumitía un esclavo común, como se contempla en *Tit.Ulp.* I, 18.

b) Cuando se producía el abandono de su cuota por un condómino, lo que no sucedía en el caso de un único propietario, *vid.* D. 41, 7, 3.

c) También se verificaba el acrecimiento cuando al condómino se le impide hacer suyo lo que adquiere el esclavo común, *vid.* D. 45, 3, 1, 2; D. 45, 3, 1, 4; D. 45, 3, 1, 6; D. 45, 3, 2; D. 45, 3, 4; D. 45, 3, 9; D. 45, 3, 17; D. 45, 3, 18 pr.; D. 45, 3, 21.

d) Cuando un esclavo común acepta una herencia en la que ha sido instituido con la sola autorización de uno de los condóminos, la cuota del resto le acrecía tácitamente a este último, *vid.* D. 29, 2, 67.

e) Es polémico el caso recogido por Ulpiano y en *Frag.Vat.* 83 que hace referencia a cuando fallece el legatario de un usufructo, su porción pasa al legatario de la cosa, esto es, al nudo propietario, por derecho de acrecimiento más que por consolidación de la nuda propiedad, *vid.* D. 7, 2, 3, 2.

Sobre la doctrina y estos supuestos consultar M.VITALEVI, *Della comunione dei beni, III, op.cit.*, p. 1167; G.SEGRÈ, "Sulla natura della comproprietà in diritto romano", en *RISG, VIII*, 1889, pp. 338 y ss.; L.RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà, op.cit.*, pp. 1128 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 158; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 42 y ss.; A.TORRENT, "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II, op.cit.*, pp. 99 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II, op.cit.*, pp. 43 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 316; P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI, op.cit.*, pp. 831 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso", op.cit*, pp. 434 y ss.); P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1116-1117; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 307; J.IGLESIAS, "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP, LXV, op.cit.*, pp. 778 y ss.; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 179 y ss.; J.IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano, op.cit.*, p. 88; M.BRETONE, *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica, op.cit.*, pp. 124 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 675; E.RUIZ FERNÁNDEZ, "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II, op.cit.*, pp. 496-497; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 197; A.MURILLO, *Disposición Jurídica de la cuota y de la cosa*

Otra situación de *communio* objeto de investigación por Iglesias[143], y precisamente la que interesa en este trabajo, es la comunión hereditaria reglamentada por las normas del condominio clásico y con la *actio familiae erciscundae* como medio para su división, con excepción de los créditos y deudas que se dividían *ipso iure*[144]; en esta clase de *communio* también impera la idea

común por uno de los condóminos, op.cit., p. 50 (nota 136); M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 43 y ss.-112 y ss.

[143] J.IGLESIAS en su investigación respecto de las situaciones de comunidad incluye las obligaciones solidarias no tratadas en este trabajo por no ser objeto del mismo, aun así se recomienda consultar P.BONFANTE, "La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili", en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, Torino, 1921, pp. 368 y ss, (= en *Arch.Giur., IC*, 1921, pp. 130 y ss.); J.IGLESIAS, "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP, LXV, op.cit.*, p. 783; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 182 y 183; J.IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano, op.cit.*, pp. 88 y 111

[144] D. 3, 36, 3.- *Imperator Antoninus. Adversus coheredes dividendae hereditatis iudicio secundum iuris formam experire. Iudex datus, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, adiudicationibus factis secundum iuris formam eum tibi condemnabit. Expilatae enim hereditatis crimen frustra coheredi intenditur, cum iudicio familiae erciscundae indemnitati prospiciatu * ANT. A. RUFO. *<PP. VII... NOV.>*

C. 2, 3, 26.- *Imperatores Diocletianus, Maximianus . Pactum successorum debitoris ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum in solidum unum obligare creditori non potest: quod et in honorario succedentibus iure locum habebit. De chirographis itaque communibus exhibendis cum coherede vel non perfectis in divisione placitis convenire quanti tua interest potes. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. CORNELIAE. *<A 294 PP. III ID. OCT. VARIANI CC. CONSS.>*

C. 3, 36, 3.- *Imperator Gordianus . Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt. * GORD. A. POMPEIO MIL. *<PP.>*

Asimismo, *vid.* P.BONFANTE, "La *successio in universum ius* e la *universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*,

romana de que cada titular tenía un derecho individual, pleno, y del que derivaba el régimen del acrecimiento en el sistema sucesorio romano, esto es, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

De la aplicación del régimen general del acrecimiento en el condominio, y por ende, en la comunión hereditaria que sostiene Iglesias, con lo que coincidimos, podemos colegir que si bien de derecho de acrecer se puede hablar jurídicamente a partir de la posibilidad de dividir las cuotas de una comunidad, Iglesias considera este acrecimiento como una consecuencia necesaria de la antigua propiedad *in solidum* que se expandió en el tiempo más allá de su época.

pp. 290 y ss.; V.KOROSEC, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht. Erster Teil: Das Zivil und Amtsrecht*, Leipzig, 1927 (reproducción facsimil de 1970) pp. 1 y ss.; F.PRINGSHEIM, "Die archaistische Tendenz Justinians", en *Studi Bonfante*, Milano, 1930, pp. 565 y ss.; J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI, op.cit.*, p. 148 (nota 28); B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico...", en *Annali Palermo, XX*, *op.cit.*, pp. 127 y ss.; U.VON LÜBTOW, "Die entwichlungsgeschichtlichen Grundlagen des römisches Erbrechts", en *Studi De Francisci, I*, Milano, 1956, pp. 416 y ss.; U.COLI, "Il testamento nella legge delle XII Tavole", en *IURA, VII*, 1956, pp. 34 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, II*, Milano, 1973, pp. 733 y ss.); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 32 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, Milano, 1963, pp. 46 y ss.; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, pp. 728-729 ; E.VARELA, "La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica", en *Estudios jurídicos en homenaje a Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 535 y ss.; E.RICART, "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA, XLVIII*, 2001, pp. 237 y ss. (=en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II*, Salamanca, 2002, pp. 883 y ss.); P. RESINA SOLA, "La cláusula penal en la sucesión universal *mortis causa* antes de la partición de la herencia", en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II*, Salamanca, 2002, pp. 860 y ss, así como los autores citados en estas obras.

En este sentido, podemos encontrar apoyos a la tesis de Iglesias en la opinión de Arias Ramos[145] que afirma claramente que la *societas* clásica reflejaba rasgos venidos del arcaico *consortium fratrorum*, tomando como fundamento los textos de Gayo descubiertos en El Cairo, que pusieron en conocimiento general el eslabón intermedio entre la vieja comunidad familiar y la sociedad consensual, eslabón constituido por el acuerdo de los que *ad exemplum fratrorum suorum societatem coierint.*

Comparte la opinión de Iglesias, que hace derivar del antiguo *consortium* el *ius adcrescendi* en el derecho clásico, Solazzi[146] al sostener la existencia de una cuota abstracta ya en época arcaica que habría perdurado incluso en derecho clásico junto con el régimen del *ius prohibendi* y el *ius adscrencendi* como residuos del régimen anterior, para ello y tomando como referencia lo textos de Gayo define el régimen del condominio solidario como el propio del *consortium ercto non cito*, que se encontraría junto con otro tipo de condominio propio el derecho clásico.

Otra opinión a tener en consideración y que continúa la tesis de Iglesias la encontramos en Salazar Revuelta[147], al tomar como

[145] J.ARIAS RAMOS, "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI, op.cit.*, p. 149.

[146] S.SOLAZZI, "*Societas* e *communio*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, LVII, op.cit.*, p. 57 (=en *Scritti di Diritto Romano, III, op.cit.*, p. 442). Cuya opinión reproduce, analiza y critica V.ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'universitá di Roma 1949-1950, op.cit.*, pp. 12 y ss.

[147] M.SALAZAR REVUELTA, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano, op.cit.*, pp. 85 y ss.

punto de partida e inflexión para la ruptura de la antigua idea de solidaridad patrimonial el clima de desarrollo económico acaecido en Roma, así como la nueva libertad en la relaciones del tráfico jurídico, de este modo, respecto a los *sui* aparece la *actio familiae erciscundae*, considerada por algunos autores como un paso imprescindible para el concepto clásico de condominio[148], además, el vínculo entre los *fratres* pierde terreno a favor del *consensus* entre los coparticipes; la unión de todo lo expuesto hizo difícil subsumir la *communio* clásica dentro del condominio solidario, debiendo pasar de una concepción de comunidad fundamentada en el ejercicio dominical *in solidum* al ejercicio *pro parte*.

Como afirma Salazar Revuelta en este nuevo orden de cosas, cada condómino podía disponer libremente de su cuota, enajenándola o gravándola, o realizando cualquier acto siempre que éste sea susceptible de ser ejercitado *pro parte*, esto es, que no exceda su poder, ya que siempre encontraba la limitación del anteriormente citado *ius prohibendi* del resto de condóminos.

Ahora bien, en relación con nuestro instituto afirma que con la evolución de la comunidad romana, la idea de cuota es el criterio limitador de las facultades de disposición de cada comunero, y es el elemento esencial para definir la nueva comunidad romana, afirmación con la que nos mostramos claramente de acuerdo, sin embargo, también sostiene que esta nueva concepción dará fundamento diferente al *ius adcrescendi* que continúa en el derecho

[148] M.BRETONE, *"Consortium" e communio"*, en *LABEO, VI, op.cit.*, pp. 199-200.

clásico como reminiscencia del viejo *consortium*, es esta última aseveración con la que discrepamos con fundamento precisamente en el nuevo régimen que regula la propiedad romana y el sistema de comunidad por cuotas.

En orden a presentar nuestra opinión, debemos hacer referencia en primer lugar a la constante evolución jurídica que tuvo el sentido de propiedad plural romana en el devenir histórico y su relación con el acrecimiento, ésta se puede observar gráficamente en la obra de Kaser[149] referente el derecho privado romano y, en concreto, en su exposición de las relaciones jurídicas entre una pluralidad de herederos contando entre ellas al derecho de acrecer.

En este sentido, toma el autor alemán como punto de partida la antigua comunidad hereditaria romana para pasar a la comunidad de cuotas a la que define como sustituta de aquel viejo *consortium* y pura comunidad patrimonial, en la cual cada coheredero tenía un derecho limitado, expresado en una cuota de participación en todas y cada una de las cosas que formaban parte de la herencia, asimismo, cada uno podía disponer de su propia cuota, con independencia de los demás miembros de la comunidad, además de poder solicitar, en cualquier momento, la división judicial mediante la *actio familiae erciscundae*; una vez dibujado el escenario de relaciones dominicales entre coherederos y quedando aclarado que cada uno de ellos recibía de la masa hereditaria una cuota propia, lo toma como referente para configurar su tesis, haciendo referencia a

[149] M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, pp. 727 y ss.

que los romanos hablan de *adcrescere* de una porción hereditaria cuando uno de los llamados no quiere o no puede adquirir, y se suma su cuota a la de otro llamado con él a la herencia.

Profundiza y aclara en mayor medida la cuestión Torrent[150] cuando afirma que la *communio* era algo más que una copropiedad en virtud de su origen histórico, en este sentido, el derecho de acrecer ha de explicarse en esta institución admitiendo que en la misma "juegan ciertos principios que están por encima de la copropiedad"; por lo tanto, el acrecimiento, que funcionaba de manera natural y lógica en el sistema sucesorio, en un principio únicamente se podía explicar en la *communio* tomando en consideración su origen familiar, lo que daba como consecuencia trascendente que la cuota que perdía un condómino acreciera a los demás en vez de perderse que sería la solución a que nos llevaría la regulación de la copropiedad.

Complementando esta opinión, Torrent sostiene que el *ius adcrescendi* en la *communio* cuando se desarrolló jurídicamente no podía considerarse ya como una manifestación de la solidaridad del *consortium* familiar que se conformaba a la muerte del *paterfamilias* sino que era el resultado de la sustitución de dicha solidaridad por la idea de distribución por cuotas característica de la época clásica; asimismo, plantea este autor que es posible encontrar cierto paralelismo en la indivisibilidad forzosa del llamamiento

[150] A.TORRENT, "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II, op.cit.*, pp. 103 y ss.; A.TORRENT, voz: "*Ius adcrescendi*", en *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005, pp. 512-513.

hereditario aceptado según la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, que se podía aplicar en la *communio* aun produciendo fricciones con la figura de copropiedad, si bien no se da en la *societas* cuya base es la buena fe entre los socios[151].

Continúa su tesis sobre la *communio*, definiéndola como comunidad de derechos, donde cada uno de los sujetos que la integraban tenían iguales derechos sobre la cosa común, esto es, todos disponían de la misma en su totalidad, no obstante, esta expresión no venía a significar que se ejerciera un poder absoluto, sino lo que define como una propiedad elástica, esto es, ejercía su derecho como podía y en la medida en que los demás consentían tal ejercicio, pues bien, en opinión de Torrent es esta elasticidad la causa de la aplicación en esta sede de nuestro instituto.

Con el devenir histórico, los grandes cambios sociales y económicos acaecidos en Roma a finales de la República modificaron el concepto de familia romana, en la *communio* la igualdad de poderes entre todos respecto de la cosa común se sustituyó por un régimen más libre, si bien con el control del *ius prohibendi* arriba citado; asimismo, el derecho de acrecer, aun con fuertes lazos con la relaciones familiares, encontraba otros fundamentos para su aplicación, y la antigua solidaridad patrimonial fue sustituida por la concurrencia de cuotas ideales sobre una cosa

[151] *Gai* 3, 152; D. 17, 2, 35; D. 17, 2, 59 pr.; D. 17, 2, 63, 8; D. 17, 2, 65, 9.

común, esto es, la comunidad era entendida como un conjunto de partes tenidas individualmente *pro indiviso*.

Así, como afirma Ruiz Fernández[152] la idea de cuota fue el resultado de la transformación en la sociedad romana tardo-republicana, sucedida en respuesta al espíritu individualista que empezó a dominar las relaciones "y supone la verdadera innovación introducida por la jurisprudencia en materia de condominio", de manera que, frente al ejercicio *in solidum* operado por los copropietarios en la etapa arcaica, en derecho clásico los coparticipes van a actuar su derecho *pro pars*, esto es, limitado a la parte proporcional de su cuota.

Esta opinión viene demostrada en opinión de Betrone[153] por cuanto la tesis de la cuota fijada por Quinto Mucio Scevola en la Republica fue de aplicación constante tanto por los juristas clásicos como en las Constituciones Imperiales ante cualquier situación a resolver que tuviese como supuesto de hecho las relaciones fraternales.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[152] E.RUIZ FERNÁNDEZ, "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II, op.cit.*, p. 494. Algunos autores sostienen que el copropietario en derecho clásico continuaba una gestión *in solidum* de de los bienes comunes con fundamento en D. 4, 7, 12; D. 30, 5, 1 y D. 30, 5, 2, sin embargo, como afirma el propio E.RUIZ FERNÁNDEZ, siguiendo a M.BRETONE en "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, p. 185 (nota 35) y A.D'ORS, "*Societas*" y "*consortium*", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Valparaiso, II, op.cit.*, p. 39 (nota 26), la mayoría de la doctrina niega tal aseveración con fundamento en la interpretación etimológica de los citados pasajes.

[153] M.BRETONE en "*Consortium" e communio*", en *LABEO, VI, op.cit.*, pp. 207 y ss.

En nuestra opinión la estructura y regulación del derecho de acrecer, aun con fundamento y raíces en el *consortium* romano fue construyéndose dentro del condominio, por un lado en atención a su origen familiar que distinguía a los sujetos que estaban unidos al condómino que perdía su cuota, y por otro, en el ya posible reparto de cuotas y su correspondiente principio de elasticidad que apareció en época clásica; asimismo, en el derecho sucesorio el acrecimiento tuvo una nueva base otorgada por la jurisprudencia desde el momento en que la masa hereditaria, una vez conformado el concurso, era dividida por cuotas para su asignación individual a cada uno de los coherederos.

4.- Concepto de *ius adcrescendi*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Cuando se hace referencia al concepto de *ius adcrescendi* en el Derecho romano se puede contemplar, bien desde una perspectiva particular y unitaria ordenada a cada uno de los institutos en los que se verifica, bien desde una visión general que abarca toda situación jurídica en la que podemos encontrar un derecho perteneciente a una pluralidad de sujetos.

En este sentido, citamos la tesis de Bosch Capdevilla[154] que afirma un concepto de acrecimiento más allá del derecho sucesorio, pues el mismo también se verificaba en actos *inter vivos*, en comunidades en formación como en las ya formadas, e incluso en situaciones en las que no había comunidad, sino únicamente aumentos en el propio derecho; no obstante, como sostiene este autor la más sencilla manera de exponer nuestro instituto pasa por tomar como punto de partida el derecho de acrecer sucesorio que tenía como premisa un llamamiento *in solidum*, siendo el resto de supuestos de acrecimiento derivaciones de éste.

Así, tomando como premisa la conocida particularidad casuística del Derecho romano, sostiene Bosch Capdevilla la

[154] E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 12 y ss.; E.BOSCH CAPDEVILLA, "El concepto de derecho de acrecer", en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I*, Murcia, 2004, pp. 673 y ss. Una de las cuestiones más interesantes planteadas por este autor en su obra reside en la exposición que se realiza de la regulación del acrecimiento en el *ius comune*, en este sentido, sostiene que ni siquiera en esta época existió una teoría general del acrecimiento, apareciendo casi siempre el *ius adcrescendi* como un capítulo en obras que trataban una materia en toda su extensión, además los autores de esos tratados generales estudiaban las leyes romanas de manera separada y concreta lo que no favorecía una construcción unitaria del acrecimiento; la excepción viene representada por BELLONUS, *De iure accrescendi*, en palabras de BOSCH CAPDEVILLA "la monografía més completa que s'ha escrit sobre el dret d'acréixer.....feia referència minuciosa a pràcticamente tots els problemes que l'acreixement podia plantejar, citant la doctrina clàssica més autoritzada". Por este motivo, se recomienda la bibliografía que sobre esta materia se recoge en esta obra por su importancia y extensión.

Si bien citamos esta teoría actual, la misma ya fue expresada anteriormente por B.BIONDI en *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 203 y ss., así como en B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 413 y ss., siempre en referencia al mismo sentido amplio de incremento, desarrollo o extensión en los diversos institutos en los que se hace referencia en las fuentes a la expresión *adcrescere*.

inexistencia de una regulación general del derecho de acrecer, limitándose el Derecho a establecer unas previsiones respecto a supuestos e instituciones concretas, si bien las mismas tenían un ámbito general que comprendían los títulos sucesorios, tanto en el testamento como en el supuesto de herencia intestada –objeto de este trabajo–; los casos de acrecimiento en el usufructo, a los que el Digesto dedica un título completo[155]; asimismo, las fuentes utilizan el término acrecer en algunos supuestos de accesión, esto es, cuando una cosa al unirse a otra llegaba a formar jurídicamente una sola, como es el aluvión[156] o la formación de islas en un río[157]; cualquier otro aumento físico de una cosa[158], y la manumisión del esclavo común. En conclusión, en Derecho romano el *ius adcrescendi* no se limitaba a herencia y legados ni exigía en todos los casos la característica de la llamada común que hemos venido manteniendo como fundamental en este trabajo.

Ahora bien, en nuestra opinión la fuentes y los jurisconsultos romanos hacían un uso del verbo *adcrescere* o del término *ius adcrescendi* en multitud de supuestos tal como queda demostrado en el párrafo anterior, entre ellos cabe distinguir los que eran un verdadero derecho de acrecer en sentido estricto, cuyos requisitos fundamentales eran una situación de cotitularidad y la existencia de una cuota vacante; en este caso hacemos referencia al acrecimiento

[155] D. 7, 2.- *De usufructo adcrescendo*; D. 13, 7, 18, 1; D. 21, 1, 31, 3.

[156] D. 19, 1, 13, 14.

[157] D. 41, 1, 30 pr.

[158] D. 1, 4, 12.

más técnico, ya que se necesitaba una unidad de derecho y una pluralidad de sujetos de manera que a falta de uno de éstos últimos la cuota de los que quedaban aumentaba.

Por el contrario, encontramos supuestos de utilización impropia del término acrecimiento al existir casos en que únicamente se ha verificado el incremento de un derecho anterior o cosa, en este supuesto el sentido de *adcrescere* utilizado en los fragmentos de los que tenemos noticias es más amplio ya que acoge cualquier supuesto sin necesidad de requisito jurídico alguno, incluyendo la accesión natural, lo que nos lleva a afirmar que los juristas lo usaron desde un punto de vista lingüístico sin tener en consideración su significado jurídico, esto es, vulgarizando una expresión que tenía un ámbito de actuación bien determinado en otros supuestos.

En este sentido, Bosch Capdevilla[159] sostiene la imposibilidad de dar un concepto unitario de derecho de acrecer, debido a la amplitud de sus manifestaciones, si no es en el sentido genérico de simple aumento de un derecho, sin embargo, en nuestra opinión los supuestos de incremento físico o de derecho en Derecho romano no eran en realidad verdaderos supuesto de *ius adcrescendi* sino situaciones en las que por su única similitud en el aumento fue utilizado el mismo término para definirlo si bien ni su regulación ni su significado tenían parangón con los supuestos de acrecimiento que sucedían en las situaciones de cotitularidad o comunidad.

[159] E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 44 y ss.

Así, centrando la cuestión en el objeto de este trabajo haremos referencia a estas situaciones e intentaremos, con la dificultades que ello conlleva, dar un concepto de derecho de acrecer en la sucesión *ab intestato* romana.

A este respecto, es doctrina mayoritaria[160] la que define el derecho de acrecer como una institución de carácter general que se puede apreciar no sólo en derecho sucesorio sino también en el condominio, las obligaciones solidarias, el antiguo *consortium* de los *sui* y la colegialidad de los magistrados[161]. Estas instituciones

[160] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 203; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 413 y ss.-436 y ss.; U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV, op.cit.*, pp. 86-87; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 1 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 689; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 379; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, p. 277; M.J.GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano (Casos, Acciones, Instituciones)*, Madrid, 2000, p. 867.

[161] Respecto al sistema colegial de la magistratura romana el fundamento del derecho de acrecer es idéntico al resto de supuestos ya que cada uno de los magistrados era titular pleno del *imperium*, limitado por el concurso de los otros, esto es, el único límite al poder individual venía dado por el *ius prohibendi*. En este sentido, E.ALBERTARIO en *Il Diritto romano, op.cit.*, pp. 213-214 sostiene la similitud del acrecimiento en la herencia y en el sistema magistratual romano, de manera que en la soberanía colegial la muerte o la renuncia del uno no podía más que transmitir el derecho y el ejercicio a los otros: la soberanía entera necesariamente era devuelta a los que quedaban; sirva como ejemplo, expone el autor, que no fue reelegido a un colega del primer rey de Roma; no se completaron los tribunos de la plebe ni los tribunos militares con potestad consular, lo mismo sucedió con el colegio de los cónsules en el 216, 208, 84, 68 a.C.; ya en el 184 no se completó el colegio de los pretores y en época de Calígula y Nerón no se reeligieron a algunos colegas del Cónsul, al igual que en algunas ocasiones sucedió con los propios emperadores. En este mismo sentido se expresa P.BONFANTE en "Le critiche al concetto dell'originiara eredità sovrana e la sua riprova", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 223-224, al rebatir una opinión de S.PEROZZI que declara el acrecimiento incompatible con su teoría de soberanía romana afirmando que muerto un coheredero, el resto no

jurídicas, tenían como elementos coincidentes fundamentales la aplicación del acrecimiento en virtud de que cada uno de los

podía entrar en su derecho sino que se debía proceder a completarse el número de los mismos, tal como lo habían hecho cónsules y tribunos, sin embargo, para P.BONFANTE esta última afirmación no es exacta, *a fortiori*, asumiéndola no se probaría nada, ya que en tanto no tenía lugar el nuevo nombramiento la soberanía total era necesariamente otorgada al *supérstite*, si bien como ha quedado demostrado no siempre se relevaron todas las magistraturas automáticamente. A proposito *vid*. B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 434 y ss. D. 50, 16, 173 pr.- *Ulpianus libro 39 ad Sabinum. "Collegarum" appellatione hi continentur, qui sunt eiusdem potestatis.*

La regulación de la colegialidad magistratual, asimismo, ha sido tema discutido por la doctrina en su relación con la copropiedad y el condominio romano, en este sentido, la polémica va dirigida principalmente a la averiguación en la fuentes de la solución al conflicto entre titulares con respecto del cumplimiento de un cualquier acto, principalmente sí debía prevalecer o no la actitud de quien prohibía el acto sobre aquél que quería cumplirlo. *Vid*. D. 10, 3, 28.- *Papinianus libro septimo quaestionum. Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

Para una visión general de la magistratura romana *vid*. Th.MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht, I*, Leipzig, 1876, pp. 34 y ss.; J.GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit Romain*, Paris, 1934, p. 337 (nota 1); V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali, op.cit.*, pp. 24 y ss.; P.FREZZA, "L'instituzione della collegialità in Diritto romano", en *Studi Solazzi, op.cit.*, pp. 507 y ss.; S.PEROZZI, "Condominio e collegialita negli scritti di due miei censori" en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso*, Milano, 1948, pp. 585 y ss.; H.LÉVY-BRUHL, "*Heres*", *op.cit.*, p. 157; P. VOCI, "Per la definizione dell'*imperium*", en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953, pp. 67 y ss.; U.COLI, "Sur la notion d'*imperium* en droit public romain", en *RIDA, VII*, 1960, pp, 361 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, II*, Milano, 1973, 721 y ss.); U.COLI, "Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma", en *SDHI, IV, op.cit.*, p. 99 (=en *Scritti di Diritto Romano, I, op.cit.*, p. 243); G.CRIFÒ, "Sul "*consilium*" del magistrato" en *SDHI, XXIX*, 1963, pp. 296 y ss.; G.GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano, op.cit.*, pp. 175 y ss.; A.TORRENT, *La "iurisdictio" de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970, pp. 81 y ss.; M.SARGENTI,

titulares era potencialmente propietario de todo, salvo el derecho concurrente de los otros, esto es, hacemos referencia a un mismo derecho que pertenecía solidariamente a una pluralidad de personas.

Un aspecto del *ius adcrescendi* a tener en consideración cuando se está buscando un concepto, es que el mismo se verificaba en derecho hereditario entre coherederos tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima, en la *bonorum possessio* del pretor así como en los legados.

En este sentido, cabe destacar entre los autores defensores del carácter universal del acrecimiento la tesis de Biondi[162] que afirma la existencia de un derecho que en todas sus aplicaciones reposa sobre el mismo concepto ya que en realidad tiene carácter universal, en el mismo cada vez que varias personas eran llamadas a una misma situación jurídica, potencialmente cada una tenía la totalidad de la situación, resultando el fraccionamiento de la concurrencia entre ellas, de manera que, cuando por cualquier causa faltaba alguna el derecho de las demás se expandía automáticamente, por virtud propia, sobre el total de la relación jurídica, si bien no se trataba propiamente de una extensión, sino de una merma en la limitación de los derechos de los participantes en el concurso

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

"Premesse ad una recerca sulla "discrecionalità" del magistrato romano" en *Studi Scherillo, I*, Milano, 1972, pp. 41 y ss.

[162] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 205; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 413 y ss.-436 y ss. Siguen la misma tesis P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL*, *XLVI*, *op.cit.*, p. 831 (=en *Scritti Giuridici Varii*, *III*, "*Obligazioni. Comunione e possesso*", *op.cit.*, p. 434); R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 40 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 379-380.

citado, pudiendo encontrarse este fenómeno en cualquier situación donde era posible una comunión jurídica.

En consecuencia, y con relación al concepto de derecho de acrecer, se debe afirmar que si bien se hace referencia generalmente al mismo en sentido positivo, en el *ius civile* tal como sostiene una parte importante de la doctrina no significaba un aumento, sino que nos encontramos ante un verdadero derecho negativo, esto es, nuestro instituto vendría configurado con un *non decrescimento*[163], por lo que la denominación de derecho de acrecer sería impropia de su verdadera naturaleza.

Centrando la cuestión en esta disyuntiva terminológica debemos hacer referencia a la tesis que al respecto presenta Machelard[164] en su importante obra sobre nuestro instituto, en la

[163] La noción de un doble sentido de *ius adcrescendi-ius non decrescendi* tiene un amplio apoyo en la doctrina, ya que ha sido recogida por la mayoría y más importantes autores romanísticos, destacamos entre ellos los siguientes, W.M. ROSSBERGER, *Ius adcrescendi ex fontibus*, *op.cit.*, p. 4; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, p. 325 (nota 2 a); L.RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, *op.cit.*, p. 1129; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, *II*, *op.cit.*, p. 519; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 204; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 351; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* pp. 13 y ss.-125 (nota 2); J.B.VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*, *I*, *op.cit.*, p. 111; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, pp. 934 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 204; E.BOSCH CAPDEVILLA, "El concepto de derecho de acrecer", en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, *I*, *op.cit.*, pp. 676 y 686.

[164] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD*, *III*, *op.cit.*, pp. 164 y ss. En este mismo sentido se expresa C.ORTÍN GARCÍA en *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 29 y ss., al hacer una aproximación al concepto de acrecimiento desde su relación

misma presenta por fuerza del principio de elasticidad que la expresión *ius non decrescendi* está más en armonía con los efectos que del acrecimiento se tenía en el Derecho romano cuando el coheredero que quedaba era considerado gratificado al pertenecerle desde el principio el derecho entero, pero no por completo de una manera cierta sino por beneficio del acrecimiento[165]. Así, sostiene el empleo alternativo de la doble formula *ius adcrescendi-ius non decrescendi*, aplicando el primero de ellos en el supuesto de atribución de una misma cosa *in solidum*, esto es, a varios sujetos en una misma frase –*coniunctim*–, estando la segunda destinada al caso cuando el testador ha utilizado frases diferentes –*disiunctim ou separatim*–.

En este orden de ideas, Bortolan[166] sostiene que la cuota acrecida constituía un accesorio de la cuota inicial que tenía vida por si misma, sin necesidad de que el coheredero realizase iniciativa personal alguna o solicitase la *bonorum possessio* de esa parte, todo ello en virtud de las relaciones existentes entre ellos, de manera

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

con el principio de elasticidad romana, y en ese sentido, afirma que resultaría más lógico y apropiado referirse a nuestro instituto como *ius non decrescendi* pues quien ejerce tal derecho está más cerca de una amenaza de perdida, que de una adquisición nueva; asimismo, siguiendo la opinión de F.DE CILLIS en "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, pp. 113, sostiene que cierto sector minoritario de la doctrina utilizaría el término *ius adcrescendi* aplicado a la vocación *in solidum* y el vocablo *ius non decrescendi* para aquellos supuestos que el testador utiliza otras formas de delación *disiunctim* o *separatim*.

[165] D. 9, 2, 35.- *Ulpianus libro 18 ad edictum. quia retro adcrevisse dominium ei videtur:*

[166] G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti, op.cit.*, pp. 26 y ss.

que, más que de un derecho de acrecer se debería hacer referencia a un derecho a no decrecer.

Continúa esta opinión Iglesias[167] al afirmar que en el concurso efectivo que surgía entre los coherederos llamados a una misma herencia ante la falta de uno de ellos por cualquier motivo desaparecía la restricción material y numérica que impedía la extensión del derecho de los que quedaban, de lo que podemos deducir que el acrecimiento constituía en realidad un derecho de no decrecimiento, porque debemos entender que todo lo adquirido tenía lugar por un título ya existente y no por uno nuevo.

No obstante, aun tomando en consideración que de lo expuesto se puede afirmar que la expresión *ius non decrescendi* es favorable a la naturaleza de nuestro instituto y, por lo tanto, puede ser utilizada correctamente en la definición del mismo, del estudio de las fuentes y el trabajo de los jurisconsultos romanos[168], se puede afirmar continuando la opinión de Campani[169] que el citado término negativo es impreciso y demasiado genérico, pues es un hecho que, faltando un heredero que si hubiese concurrido a la herencia era dueño de una porción de la misma, el coheredero del mismo ve aumentada su cuota, esto es, obtiene un acrecimiento.

[167] J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 381.

[168] Numerosos son los fragmentos de las fuentes que hacen referencia al acrecimiento en sentido positivo de incremento, citamos entre otros: C. 6, 26, 6; D. 7, 2, 1, 4; D. 28, 5, 13, 3; D. 37, 1, 6 pr.

[169] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, p. 12.

A fortiori, el mismo Macherlard[170] comienza propugnando las virtudes de la locución *ius non decrescendi*, si bien concluye admitiendo como más aceptable la expresión *ius adcrescendi* por ser la más común en el uso por los jurisconsultos romanos.

En este mismo sentido, Ortín García[171] asume esta corriente doctrinal reconociendo el uso en sentido positivo del derecho de acrecer como más acertado ya que así es recogido en las fuentes el significado de aumento que conlleva el acrecimiento.

Dicho incremento lo recibía el heredero por efecto de una misma delación hereditaria, esto es, no existía un llamamiento *ex novo* sino que se atendía al primero actuado.

Este aspecto del concepto de acrecimiento relacionado con la delación a la herencia es fundamental a la hora de sentar los cimientos de nuestro instituto, así, tal como sostiene con claridad Volterra[172] el acrecimiento tenía como premisa temporal una cuota

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[170] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, p. 164.

[171] C.ORTÍN GARCÍA en *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 29 y ss.

[172] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 720. En el mismo sentido se expresa S.PEROZZI en *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 555, cuando se refiere a que no nacía una nueva vocación sino que el acrecimiento tenía lugar por la llamada ya existente a favor de los coherederos. Asimismo, en el concepto de *ius adcrescendi* en la sucesión *ab intestato* que nos ofrece B.BIONDI en *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 414-415, queda reflejado que cuando varias personas eran llamadas a la sucesión, y alguna de ellas no podía o no quería aceptar, según el *ius civile*, la cuota que quedaba libre era distribuida entre los otros coherederos, y se adquiría sin más aceptación que la ya actuada.

que había quedado vacante antes de la adición por parte de alguno de los llamados, ya por ley, ya por testamento, a una misma herencia, esta parte aumentaba *ipso iure* al resto de coherederos que si aceptaban en proporción a sus propias cuotas, sin necesidad de un nuevo acto de adición, sin conocimiento e incluso en contra de la voluntad expresa del *de cuius,* en el supuesto este último de una sucesión testamentaria.

En este mismo orden de ideas, Schulz[173] afirma que si en una herencia uno de los coherederos había aceptado y posteriormente otro renunciaba a su parte, el primero automáticamente se convertía en heredero universal ya que su aceptación comprendía todo el patrimonio hereditario, esto es, la *delatio* y la posterior *aditio* que se había llevado a cabo desplegaba toda su eficacia y no era necesaria una nueva *delatio* y *aditio* especiales para la porción que acrecía. En consecuencia, incluso si el heredero que ya había aceptado fallecía al tiempo de la renuncia el acrecimiento se verificaba igualmente y la cuota se destinaba al heredero del primero, asimismo, si no hay renuncia pero el heredero fallece sin realizar la aceptación el efecto es el mismo al descrito hasta ahora y su cuota acrecía *ipso iure* al resto de coherederos que si quedaban.

Este carácter automático, como será tratado en su lugar, es el que conlleva el adjetivo de forzoso de nuestro instituto, pues el coheredero aceptando su propia cuota no podía renunciar a lo que en realidad era una extensión de un único llamamiento y no el producto

[173] F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico,* (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), *op.cit.*, pp. 284-285.

de una nueva delación, recibía el incremento sin su conocimiento e incluso si ya había fallecido en el momento de producirse.

De acuerdo con el *status quaestionis* doctrinal establecido hasta el momento podemos establecer un concepto inicial del *ius adcrescendi* perteneciente al derecho sucesorio romano sobre el que vamos a construir nuestra tesis respecto a la justificación de nuestro instituto en la sucesión intestada, a cuyo ámbito hemos ceñido nuestro trabajo.

Así, el fundamento del acrecimiento romano era la atribución potencial tanto al heredero testamentario como al legítimo de un derecho sobre el total de la herencia, que operaba necesaria e independientemente de la voluntad del difunto, esto es, ante la llamada a una misma herencia de varios sujetos que venían a conformar un concurso efectivo, cuando uno de ellos había fallecido anteriormente, era incapaz, renunciaba, o bien, siendo su institución testamentaria condicionada no obtenía la delación por faltar a la condición, su parte acrecía proporcionalmente al resto, de manera que, todo aquéllo que le hubiese pertenecido, aumentaba y se repartía *ipso iure* entre todos los demás sucesores; esta situación tenía consecuencias para éstos últimos, ya que si hubiesen aceptado su parte, únicamente podía sustraerse del acrecimiento renunciando al total, esto es, tanto a su parte como a la cuota incrementada[174].

[174] W.M. ROSSBERGER, *Ius adcrescendi ex fontibus*, *op.cit.*, pp. 3 y ss.; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 12-13; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, *III*, Bologna, 1879, pp. 210 y ss.; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I*, *op.cit*, p. 400; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, pp. 323-324 y 333;

El reflejo de tal aseveración puede se encuentra en las fuentes en D. 7, 2, 3 pr., así como en D. 32, 80:

> D. 7, 2, 3, pr.- *Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Idem Neratius putat cessare ius adcrescendi libro primo responsorum: cui sententiae congruit ratio Celsi dicentis totiens ius adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.*

> D. 32, 80.- *Celsus libro 35 digestorum. Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.*

G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, p. 746; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 696; E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano, op.cit.*, p. 213; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 205; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 413 y ss.-436 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 1 y ss.; B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano...", *op.cit.*, p. 316; G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 377 y ss.; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 704; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 351; C.FERRINI, *Manuale di Pandette, op.cit.*, p. 605; A.GUARINO, *Diritto privato romano, op.cit.*, p. 411; A. MASI, *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678, op.cit.*, p. 4; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.*, pp. 90 y ss.; R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, I, op.cit.*, p. 504; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 529; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, p. 729; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 277-278; F.BETANCOURT, *Derecho romano clásico, op.cit.*, p. 496; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 42 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 28 y ss.; A.TORRENT, voz: "*Ius adcrescendi*", en *Diccionario de Derecho Romano, op.cit.*, p. 512.

Tomando como punto de partida este concepto, se pueden observar diferentes opiniones doctrinales al respecto que perfilan la cuestión, en este sentido, Glück[175] afirma que en derecho hereditario el término *accrescere*, y por lo tanto el *ius adcrescendi*, tenía un doble sentido, en primer lugar como ampliación de una cuota hereditaria o legado, en concreto aquélla referida al aumento que derivaba cuando faltaba uno de los llamados a la herencia antes de la adquisición de su cuota; en segundo lugar, esta expresión hacia referencia al derecho que tenía en Derecho antejustinianeo la hija y los nietos preteridos a heredar junto a los herederos testamentarios como si hubiesen sido igualmente instituidos por el testador[176].

[175] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, pp. 584 y ss.

[176] Es este un interesante supuesto de acrecimiento profusamente tratado por la doctrina romanistica, si bien no es objeto de este trabajo, se recomienda la siguiente bibliografía, O.KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht, II*, Leipzig, 1901, p. 890; F.GLÜCK, *Comentario alle Pandette*, *XXXVI*, Milano, 1907, pp. 338 y ss.; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 707; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli, 1900, pp. 344 y ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 607; C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, *op.cit.*, p. 617; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, pp. 191 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI*, *I*, *op.cit.*, p. 159; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 227 y ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 578 y ss.; L.DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione testamentaria*, Napoli, 1972, pp. 104 y ss.; J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 841; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, pp. 766-767; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 323; M. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, pp. 243 y ss.

Asimismo, se recogen las particularidades del caso en los siguientes fragmentos de las fuentes: *Gai* 2, 124; *Gai* 2, 128; *Ep. Gai* 2, 3, 1; *Tit.Ulp.*

Centrando la atención en la primera acepción por acrecimiento debemos entender el derecho de diversos sucesores llamados a un conjunto patrimonial de subrogarse en la cuota dejada vacante por otro de los llamados[177]; en particular, en la sucesión intestada en la que hemos afirmado que existía una *delatio* a la herencia eventualmente al total, por lógica el heredero intestado, a quien le era deferida la herencia en común, tenía un derecho limitado únicamente por la concurrencia efectiva de los otros, esto es, *concursu partes fuint*, de manera que si uno de ellos renunciaba a la adquisición, las cuotas de los que quedaban acrecían *ipso iure*[178].

Ahonda en el concepto del derecho de acrecer Dernburg[179]: se debe tomar como premisa que era el derecho a la herencia lo que acrecía, en consecuencia la llamada acrecía y, por efecto de la misma, se veía incrementado lo adquirido en virtud de título

XXII, 17 ; *Tit.Ulp*. XXII, 20; *Nov. Maior* 6, 3; *Lex Romana Burgundionum*, 45, 4*; Pauli Sent.* 3, 4b, 8.

[177] Sostiene F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 585 y ss., que no debe confundirse el derecho de acrecer con los supuestos en que el llamado recibía más de lo que expresamente se le había atribuido porque el testador no había dispuesto del total de su herencia, si bien las fuentes adoptan tal término, siendo en este caso la causa del incremento verdadero y propio de la cuota la indivisibilidad de la familia, la imposibilidad de una sucesión parcial y los principios del derecho civil. No obstante, existen supuestos más afines al derecho de acrecer como son los casos en que lo atribuido por testamento tiene el valor de *pro non scriptis* o inválido *ab initio*. D. 28, 5, 5; D. 28, 5, 7; D. 28, 5, 1, 4; D. 28, 5, 13, 2; D. 34, 8, 3; D. 48, 19, 17 pr.

[178] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 605.

[179] A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 333 y ss.-510 y ss.

hereditario. Por lo tanto, en las fuentes se hace referencia a nuestro instituto cada vez que un coheredero además de su cuota, asumía como propia otra; esta definición asumía un sentido amplio de acrecimiento como simple incremento, lo que venía a significar que el derecho de acrecer se realizaba, en su opinión, incluso a consecuencia de una llamada independiente, esto es, cuando un heredero instituido incondicionadamente en una parte y bajo condición en otra, adquiría junta a su cuota incondicionada la parte condicionada al ser verificada la condición[180].

Sin embargo, como Dernburg sostiene, únicamente se puede asegurar que había acrecimiento cuando derivaba de las relaciones entre los coherederos, es por ello que su definición coincide con el sentido estricto del mismo, esto es, cuando la cuota de un coheredero aumentaba por efecto de la suma de otra que quedaba vacante como consecuencia de las relaciones de comunidad hereditaria; se hace referencia al acrecimiento cuando el coheredero que adquiría su parte recibía además el incremento que le correspondía de la cuota dejada libre por su coheredero.

En la sucesión testamentaria de este aumento se puede hablar incluso en vida del testador, pues podía suceder que una institución fuese inválida desde su inicio por estar muerto en el momento de la redacción del testamento, o teniendo una institución válida de heredero darse un supuesto de premoriencia al testador, siendo el

[180] C. 6, 26, 6.- *Imperatores Diocletianus, Maximianus . Testamento iure facto multis institutis heredibus et invicem substitutis, adeuntibus suam portionem coheredum etiam invitis repudiantium adcrescit portio. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. QUINTIANO. *<A SINE DIE ET CONSULE >.*

fundamento de todos estos casos de acrecimiento el que cada coheredero, incluso instituido en una única parte de la herencia era necesariamente un eventual[181] sucesor al total de la herencia.

Centrando el concepto de acrecimiento en el ámbito de la sucesión intestada, es este razonamiento fundamentado en un llamamiento al total el que esgrime Dernburg para afirmar que entre varios herederos intestados, llamados juntos a una misma herencia existía, para el supuesto de que una cuota quedase vacante, un derecho general de acrecimiento. Asimismo, hace referencia a un derecho de acrecer especial como aquél favorable a los parientes que sucedían en conjunto a una cuota que había sido dividida por estirpes[182], haciendo especial referencia a los nietos de un hijo premuerto al difunto, así como a los nietos de un hermano germano también premuerto cuando eran llamados juntos a una sola cuota por estirpe y lo mismo, en el supuesto de ascendientes de una sola línea, de tal manera que, si en todos estos casos faltase uno de los llamados, su parte acrecía a aquéllos llamados en la misma estirpe o en la misma línea.

Con relación al régimen de la *delatio* y, en concreto, cuando la misma se encontraba restringida a una línea o estirpe de sucesores *ab intestato*, se debe tener en consideración que tal circunstancia encuentra reflejo en el procedimiento de actuación del derecho de acrecer, así, ante la falta de coherederos entre estos

[181] Con relación a la teoría de Dernburg respecto a la llamada eventual y las distintas posiciones de la doctrina *vid.supra* pp. 69 y ss.

[182] D. 37, 4, 12 pr.; D. 37, 8, 1, 12; D. 38, 6, 5, 2.

llamados no tenía lugar el acrecimiento a todos los sucesores intestados del *de cuius,* pues en este supuesto de sucesión legítima a los herederos dentro de una estirpe o, en una misma línea, con una cuota limitada por ley, éstos acrecían en el límite de dicho llamamiento[183].

En resumen, puede servir como cierre de esta corriente doctrinal la opinión de Iglesias[184] al sostener que en la sucesión intestada el *ius adcrescendi* tenía lugar siempre que varias personas eran llamadas a una misma herencia, lo que venía a significar la expansión del derecho particular de un sujeto sobre el total del objeto de la misma en virtud de un título de *heres* que le permitía proyectarse virtualmente sobre la cosa entera, esto es, el acrecimiento tenía como fundamento una llamada *in solidum.*

La tesis presentada que acerca nuestro instituto al régimen del llamamiento sucesorio es compartida, aunque matizada por Voci[185] al negar el derecho de los coherederos al total de la herencia, pues en su opinión el *ius adcrescendi* encontraba fundamento en un derecho objetivo, siendo una consecuencia del régimen de la *delatio,* según el cual el derecho que representaba dicha llamada podía aumentar por una circunstancia anterior o posterior a la misma, si bien esto no modificaba, en su opinión, el

[183] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.,* pp. 212-213; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.,* pp. 323 y ss.

[184] J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.,* p. 380.

[185] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.,* pp. 689-690; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.,* pp. 541-542.

hecho de que por definición jurídica venía a representar una única cantidad, en concreto, aquélla del tiempo en el que nació el derecho.

Dichas modificaciones del derecho de llamada que identifica Voci con el derecho de acrecer se encuentra en dos situaciones diversas, así, distingue su significado como incremento cuantitativo de la cuota originaria a la que había sido llamado un heredero, en el supuesto de una herencia deferida a una pluralidad de sujetos, cuando alguno de ellos no adquiría y, en consecuencia esa porción aumentaba la parte de los otros, este tipo de acrecimiento podía tener lugar tanto en la sucesión testamentaria y en la *ab intestato*, reconociendo lo que consideramos parte fundamental de nuestro instituto, una pluralidad de llamados. Asimismo, sostiene un segundo tipo de acrecimiento, en éste viene a significar un aumento cuantitativo de la cuota originaria de institución, por lo tanto, hacemos referencia a supuestos limitados a la sucesión testamentaria, donde podían ser instituidos uno o varios sujetos, en el primero de los supuestos existía un único instituido, y el testador no había asignado todo el as hereditario; en el segundo, existiendo varios herederos, el testador, bien no había distribuido toda la herencia o, bien asignado todo el as a varios herederos y determinando la cuota de cada uno, alguna de las instituciones quedaba invalidada por causas existentes con anterioridad a la muerte del testador.

A partir de estas premisas Voci aporta una noción absoluta de acrecimiento definiéndolo como el hecho que hacia aumentar, por

diversas causas, la cantidad de la llamada efectiva frente a aquélla que fue la perspectiva original.

En nuestra opinión, Voci confunde el supuesto fáctico que da lugar a un aumento de cantidad patrimonial con la compleja regulación de una institución jurídica como es el acrecimiento de cuyo estudio pretendemos dar una idea de generalidad que si bien no era la idea del Derecho en Roma sí puede ayudar a comprender que una vez entendida su forma de actuación podía ser aplicado a los casos que se fuesen presentando continuando una reglas básicas de funcionamiento, *a fortiori*, si se asume la tesis de Voci cuando más adelante en el tiempo decayó el acrecimiento por la aparición de otras instituciones que excluyeron su uso, así, el hecho que hacía aumentar la cantidad de la llamada era el mismo, pero la solución dada por el Derecho totalmente distinta, sirva como ejemplo el *ius trasmissionis*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A continuación pasamos a exponer una de las teoría sobre el acrecimiento más importantes de la doctrina romanística cuyo contenido tiene ciertos elementos coincidentes con las anteriormente expuestas, si bien la misma en su conjunto esta totalmente diferenciada y tiene un carácter exclusivo, así Bonfante[186] sostiene el carácter orgánico del mismo, interviniendo en las relaciones entre los coparticipes a un mismo derecho, de manera que faltando uno de ellos, el resto tomaba su lugar, así

[186] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 315 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, pp. 456-457.

sucedía en la herencia, tanto legal como testamentaria, cuando había una pluralidad de sujetos llamados; a este respecto afirma que "anzi nel diritto romano l'istitutzione di più eredi era un fenómeno frecuente, il quale dovrebbe esser meglio preso di mira per illuminare il carattere e le funzioni sociali dell'eredità romana", en resumen, el *ius adcrescendi* se enlazaba por tanto a la relaciones de comunidad hereditaria, según el principio romano que la delación no se transmitía a los herederos del llamado y, sin por cualquier causa, uno de los instituidos no quería o no podía adquirir su propia cuota, estas partes caducas eran adquiridas por derecho de acrecer por los herederos en proporción a las cuotas hereditarias de cada uno.

Tomando como referencia esta idea fundamental Bonfante entiende dos formas diferentes de acrecimiento, una general, necesaria, independiente de la voluntad del difunto y, la otra especial y dependiente totalmente de la voluntad del *de cuius*.

La figura general de acrecimiento representa el instituto normal en la herencia romana y tenía como fundamento, en contra de la corriente doctrinal mayoritaria, la naturaleza del derecho hereditario, mientras que el acrecimiento especial representa una aplicación común externa y excepcional en la herencia, que se verificaba en una llamada cumulativa de varios sujetos a una misma cuota, esto es, lo que se denomina *coniunctio*, teniendo, ahora sí, su fundamento en la llamada *in solidum* y, en la necesidad de establecer las partes por concurso a falta de determinación por el *de cuius*. Por lo tanto, podemos observar que para Bonfante cuando se

concreta el acrecimiento en su sentido más general, hacemos referencia a un instituto propio del derecho hereditario; en el lado opuesto encontramos el acrecimiento especial configurado como un instituto con reflejo en el Derecho romano general siempre que una misma cosa o derecho, perteneciera a varios sujetos al mismo tiempo, pues en este supuesto el fundamento era una llamada solidaria.

Asimismo, muestra una postura contraria a la doctrina mayoritaria en la manera de comprender y definir nuestro instituto Robbe[187] en su visión particular del concepto de *ius adcrescendi*, fiel reflejo de su característica teoría favorable a un fundamento y naturaleza del acrecimiento resultado de una simple unión de dos o varios sujetos en un mismo derecho real, al que define como el hecho que sucedía cuando un mismo objeto de un derecho de naturaleza real, bien ya actuado como en el caso del condominio o el usufructo, o pendiente de actuarse inmediatamente como en la herencia, en el legado *per vindicationem* y *per praeceptionem*, pertenecía al mismo tiempo a varias personas de manera que, si una de ellas renunciaba o por cualquier otra causa no adquiría su propia cuota, a fin de evitar la vacancia de la misma, la misma acrecía automática y necesariamente a aquéllas que ya pertenecían al resto de sujetos, a los que quedaba definitivamente atribuida.

Para Robbe este concepto se explicaba únicamente desde la perspectiva de la naturaleza real del derecho, así, todos los

[187] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 48; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 157.

institutos citados en los que se explicaba el derecho de acrecer, a pesar de la distinción en su regulación individual, conformaban el ámbito de los derechos reales

De todo lo expuesto se puede extraer que el *ius adcrescendi* romano a diferencia del que se puede encontrar en la actualidad en nuestro Código Civil y en otros de nuestro alrededor pertenecía a todos aquéllos que habían sido llamados a la herencia de un mismo sujeto con independencia del tipo y la forma de la llamada[188].

Es por ello que, como afirma Iglesias[189] el acrecimiento en la herencia no se regula en el Derecho actual con el carácter de necesidad que tenía en Derecho romano, donde se excluían lo herederos legítimos incluso en contra de la voluntad del testador, en contraste con esta aseveración, actualmente la regla jurídica es la contraria y la cuota vacante la transmite a los coherederos legítimos pues el derecho de acrecer se fundamenta en la intención del testador; ahora bien, plantea este autor que el principal problema que suscita esta normativa es de tipo hermenéutico, pues debemos tomar en consideración cuando el testador ha manifestado dicha voluntad de querer el acrecimiento.

[188] Autores como J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 830, o J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, op.cit.*, p. 204, afirman la mayor amplitud en Derecho romano que en el actual.

[189] J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 280 y ss. En el mismo sentido se expresa C.GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, III, op.cit.*, p. 365.

A esta cuestión Iglesias responde afirmando que los códigos latinos han exigido al acrecimiento entre los coherederos un cierto formalismo, mientras que las legislaciones de tipo alemán se han emancipado de dichas formalidades, aun así, sostiene que siendo discutible acerca de la voluntad y la ley en la interpretación de la verificación de nuestro instituto en el Derecho moderno, lo cierto es que el fundamento verdadero del mismo es la llamada solidaria de los instituidos en el total de la herencia o de un legado, donde únicamente el concurso efectivo del resto de coherederos o colegatarios restringe o limita su derecho y, por ende su cuota, si bien para llegar a tal conclusión de vocación solidaria el juez deberá tomar en consideración el contenido del testamento y el resto de particularidades del caso.

Así, del estudio de la recepción de esta institución del derecho hereditario romano en nuestro Código Civil español, concretamente en los artículos 981 a 987[190], se desprende en un primer acercamiento, lo reducido de la regulación del acrecimiento en la sucesión intestada, limitada a la redacción del artículo 981.- "En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos", esta norma tanto por su brevedad como por su escasa claridad ha necesitado un desarrollo

[190] En Derecho español histórico no se encuentra disposición alguna relativa al derecho de acrecer anterior a las Partidas cuya regulación fue conforme a los principios del Derecho romano, más adelante, cuando en el Ordenamiento de Alcalá fue derogado el fundamental principio romano *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* se modificó la concepción romana del derecho de acrecer, pasando la formulación del mismo a ser entendido como un reflejo de la tácita voluntad del causante, cualidad que ha pasado al Código civil.

posterior de la doctrina así como de la jurisprudencia; a este respecto, la doctrina civilista actual ha interpretado el concepto de derecho de acrecer en un sentido amplio como la facultad que tiene un heredero o legatario, que ha aceptado su propia cuota hereditaria, de recibir la porción vacante de otro coheredero o colegatario, en virtud del llamamiento conjunto de varios sujetos a una misma herencia, ya que cada uno de ellos es potencialmente heredero de la totalidad, con su derecho únicamente limitado por la concurrencia de los restantes llamados a la sucesión, por tanto, si por cualquier motivo falta alguno de ellos, el derecho de los demás se expande automáticamente a la porción vacante.

En este mismo sentido, la jurisprudencia sostiene como razón determinante de acrecimiento la voluntad tácita o presunta del testador[191] que únicamente se admite en casos de llamamiento conjunto de los herederos, lo que viene a significar que obtendrán tal derecho si el testador no hace designación de partes, por lo que cada uno de los herederos o legatarios es llamado a la totalidad de la cosa, así como en el supuesto que el testador llame a los herederos o legatarios con designación de partes alícuotas, sin embargo, si el testador hace designación de partes concretas y separadas no hay base para la verificación de nuestro instituto, pues el título de heredero sólo le otorga derecho al llamado sobre su cuota o bien.

[191] Lo que se reconoce en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid*. sentencias de 13 de noviembre de 1914; 5 de junio de 1917; 2 de marzo de 1926; 6 de marzo de 1944; 6 de noviembre de 1962.

De esta tesis jurisprudencial bien podría extraerse como conclusión que sólo en la sucesión testamentaria puede aplicarse el derecho de acrecer, como así lo establecen algunos Códigos Civiles extranjeros, sin embargo, no es la idea que impera en nuestro ordenamiento que admite el acrecimiento en la sucesión intestada en la citada redacción del artículo 981, aun limitado a un único supuesto de repudio de la herencia por los llamados a la sucesión intestada, lo que ha obligado a la doctrina a realizar un importante trabajo de clarificación, muy al contrario de lo que sucedía en Derecho romano cuando el *ius adcrescendi* era admitido tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, como se deriva de las fuentes jurídicas y literarias romanas que han llegado hasta nosotros[192].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[192] El concepto, naturaleza y supuesto de aplicación del derecho de acrecer en la actualidad en una cuestión profusamente tratada por la doctrina moderna, por lo que a continuación únicamente presentamos algunos trabajos sobre la materia a tener en consideración, tanto por la importancia que tiene en si mismos como por la bibliografía recogida en los mismos, *vid*. J.MARTÍ MIRALLES, "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP, XII, op.cit.*, pp. 369 y ss.; T. ALBI, "Derecho de acrecer entre herederos forzosos" en *RDP, XXVI*, 1942, pp. 114 y ss.; J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, op.cit.*, pp. 201 y ss.; J.B.VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio, I, op.cit.*, pp. 113 y ss.; F.GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, op.cit.*, pp. 416 y ss. ; E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català, op.cit.*, pp. 51 y ss.-509 y ss.

5.- Conclusiones

Como podemos observar, presentar tanto el concepto como el fundamento histórico del *ius adcrescendi* es una cuestión compleja, no sólo por la dificultad de la materia que tratamos sino por una necesidad de sistematización a efectos de conseguir una exposición clara de una institución deficientemente tratada por la doctrina, en la que existen escasos referentes monográficos.

Así, consideramos más acertado comenzar por el origen histórico del acrecimiento afirmando que el mismo, a pesar de ser un instituto jurídico de aplicación general, encuentra su mejor reflejo en el derecho sucesorio romano; en este sentido, queda patente la intima conexión del derecho de acrecer con los conceptos básicos de la normativa hereditaria, *a fortiori,* diversas tesis doctrinales fundamentan el mismo en la naturaleza misma de la herencia, si bien dentro de este ámbito de actuación ha quedado demostrado en este trabajo que nos encontramos ante un instituto jurídico de origen jurisprudencial provisto de elementos propios y del que se tiene noticias desde los tiempos más antiguos del Derecho romano, pues la situación jurídica en el campo hereditario a la que vino a dar remedio es tan antigua como el propio *ius successioni,* de manera que, desde el momento que se tiene una pluralidad de herederos con expectativas de recibir una misma herencia, ante el reparto de la masa hereditaria, si alguno de los llamados a heredar no podía, o no quería adquirir se planteaba la cuestión de que hacer con la cuota vacante, esto es, el *ius*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

adcrescendi surge de un contexto de necesidad jurídica y del importante trabajo de la jurisprudencia romana más que de leyes escritas, dando forma y desarrollando principios consuetudinarios reconocidos, hasta que en último término la legislación de Augusto reguló, si bien excluyendo algunos supuestos, el derecho de acrecer.

En este sentido, estamos de acuerdo con la doctrina que sostiene que dicha jurisprudencia hacía derivar este instituto acrescitivo del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, al que debemos sumar que no era posible transmitir la delación a los herederos del llamado, esto es, el denominado principio *hereditas delata, nondum adquisita, non transmittitur ad heredes,* cuyo resultado nos presenta una necesidad de solucionar que hacer con la cuota vacante, la respuesta a este problema fue sin duda el derecho de acrecer, de tal manera que de acuerdo a su regulación los coherederos pertenecientes a un mismo orden aumentaban en proporción a su propia cuota ya adquirida.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El fundamento del *ius adcrescendi* estaba en estrecha relación con la *delatio* universal hereditaria, en este sentido, ya hemos manifestado a lo largo de este trabajo nuestra opinión favorable a la doctrina que sostiene que era el título de *heres* el que otorgaba un derecho al total de la herencia, o bien a una cuota de la misma a través del concurso efectivo que se conformaba a fin de repartir la masa hereditaria.

En consecuencia, cabe afirmar que el acrecimiento importa, en virtud del título de heredero, una expansión sobre el objeto de la herencia ya que existe una proyección virtual del derecho sobre la

cosa entera; en este sentido, al igual que sucede en la sucesión testamentaria, el derecho de acrecer se perfila en la sucesión intestada a través de la existencia de una *delatio in solidum*, esto es, un llamamiento de todos al total; en definitiva, nuestro instituto se configura a partir del llamamiento universal correspondiente a cada uno de los coherederos, únicamente limitado por el derecho de los demás.

Este derecho era de aplicación en toda clase de sucesión *mortis causa*, fuera legítima o testamentaría, ya en la herencia como en el legado y, cumplía técnicamente su función cuando varias personas eran llamadas a una misma herencia o legado y alguna de ellas, por cualquier razón, no podía o no quería adquirir; en este supuesto de hecho, centrándonos en la sucesión intestada, el *ius civile* establecía que la cuota vacante era devuelta a los otros coherederos según el principio de que todos los llamados por ley eran herederos con un derecho paritario al total de la herencia en base al cual ésta era dividida; por tanto, si bien negamos la propiedad de causar vacancia al abandono de la cuota hereditaria debido al carácter definitivo que ostentaba el título de *heres* según la regla *semel heres, semper heres*, en otros supuestos, si algún participante faltaba bien por muerte, incapacidad o bien por haber renunciado, los que quedaban adquirían una cuota mayor de la que les hubiera correspondido de haber concurrido el citado coheredero, pudiendo incluso llegar al total de la herencia.

En este orden de ideas, el llamamiento en virtud del título de heredero de cada uno de los sujetos que conformaban el concurso

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

efectivo al total de la herencia, beneficiaba incluso al heredero del heredero que ya había adquirido, y todo ello aun en contra de la voluntad del *de cuius*, sin tener lugar un nuevo acto de aceptación pues el acrecimiento formaba parte del primer título hereditario, lo que en la práctica significaba que si estos coherederos rechazaban la parte acrecida la naturaleza del acrecimiento causaba la renuncia a su cuota original.

Esta afirmación trae como lógica consecuencia que la adquisición de la cuota que acrecía no se producía *ex novo* sino en razón del título hereditario preexistente.

Una vez expuesta nuestra opinión respecto al primero de los aspectos que conforman el *ius adcrescendi*, en concreto aquél referido a cuando había una pluralidad de herederos llamados *in solidum* a la herencia, y a fin de seguir un método armónico en la presentación de nuestra tesis centramos nuestra atención en cuando una cuota de la herencia quedaba vacante.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Fundamentalmente la cuestión tiene como premisa conocer desde cuando una cosa, que en principio era común propiedad de los sujetos que conformaban el concurso hereditario, era dividida en cuotas diferentes, asignando a cada uno una parte para el ejercicio individual de derechos.

Este cambio en la configuración del derecho de propiedad romano fue producto del desarrollo de la sociedad, en concreto de la primitiva economía, de manera que el antiguo *consortium* entre hermanos perdió su importancia jurídica, surgiendo en el curso del

tiempo la idea de cuota, producto de una profunda transformación en la que se dejaron a un lado los intereses colectivos para dar prioridad a aquellos individuales, esta circunstancia tuvo como reflejo en la situaciones de copropiedad que la antigua comunidad *inter fratres* se contuviese dentro del esquema de la copropiedad por cuotas ideales.

El concepto de cuotas ideales es un criterio, que llegado hasta nuestros días, servía para limitar las facultades de disposición de cada uno de los comuneros, pero que no tenía correspondencia material con una parte concreta de la cosa, así, todos los titulares o *domini* eran copropietarios, por tanto, autorizados, salvo impedimento expreso del resto de copropietarios, a realizar cualquier acto de administración y gestión en lo que jurídicamente se denominó comunidad *pro indiviso* que se concretaba únicamente en el supuesto de disolución de la comunidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Planteada esta precisión terminológica nos centramos en la relación del concepto de cuota romana y la aplicación del régimen general del acrecimiento en la comunión hereditaria, de la que se puede afirmar que es a partir de la posibilidad de dividir en cuotas una comunidad, cuando el acrecimiento hace su aparición como consecuencia necesaria del objetivo para el que fue creado.

En este sentido, tomamos como punto de partida la sustitución del antiguo *consortium* por una comunidad de cuotas, donde cada heredero tenía un derecho limitado a una cuota de participación en todas y cada una de las cosas que forman parte de la herencia, además de poder disponer con independencia de su propia cuota, y

de gozar de la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la división judicial mediante la *actio familiae erciscundae*; en consecuencia, si el Derecho romano utiliza el verbo *adcrescere* de una porción hereditaria cuando uno de los llamados no quiere o no puede adquirir su cuota que se sumaba a la de otro llamado con él a la herencia, la existencia jurídica de dicha cuota era elemento imprescindible para la verificación de nuestro instituto.

En consecuencia, seguimos la opinión que sostiene que el desarrollo jurídico del *ius adcrescendi* tuvo como consecuencia su alejamiento como una manifestación más de la solidaridad del *consortium* familiar que se conformaba a la muerte del *paterfamilias*, sino que en la época clásica ya era el resultado de la sustitución de dicha solidaridad por la idea de distribución por cuotas que hemos indicado.

Desde un punto de vista temporal, fueron los grandes cambios sociales, pero sobre todo económicos sucedidos en la sociedad romana tardo-republicana, los que modificaron el concepto tradicional de familia romana, otorgando un régimen más libre entre sus miembros aun con el control del *ius prohibendi*, de manera que, frente al ejercicio de sus derechos por lo copropietarios *in solidum* en la etapa arcaica, en derecho clásico lo van a actuar *pro pars*, por lo tanto, limitado a la parte proporcional de su cuota; así, como el Derecho no esta formado por compartimento estancos, y lo que sucede en ellos tiene reflejo en las instituciones relacionadas con los mismos, en consecuencia, en el ámbito del derecho de acrecer esta cambio en el régimen de la copropiedad significó que aun con

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

fuertes lazos con la relaciones familiares, comenzó a encontrar otros fundamentos para su aplicación, y lo que era una antigua solidaridad patrimonial fue sustituida por la concurrencia de cuotas ideales sobre una cosa común, esto es, tenemos una comunidad de cuota *pro indiviso*.

Así, en nuestra opinión el acrecimiento aun con un claro fundamento y raíces en el *consortium* romano, fue construyéndose dentro del condominio, en la distribución por cuotas y el principio de elasticidad de la propiedad, de forma análoga, en el derecho sucesorio el acrecimiento tuvo una nueva base otorgada por la jurisprudencia desde el momento en que la masa hereditaria, una vez conformado el concurso, era dividida por cuotas para su asignación individual a cada uno de los coherederos.

Por último, centremos nuestra atención en el concepto de *ius adcrescendi* que se puede extraer tanto de las cuestiones previas apuntadas, como de la doctrina, jurisprudencia y fuentes romanas. Así, tomamos como premisa general que cuando hablamos de Derecho romano hacemos referencia a un Derecho preeminentemente dedicado a resolver el caso concreto y no a establecer teorías generales, de hecho respecto a nuestro instituto se limita a establecer ciertas previsiones respecto a supuestos e instituciones concretas, así como respuestas a casos concretos que comprendían los títulos sucesorios, tanto el testamento como la herencia intestada; los casos de acrecimiento en el usufructo; algunos supuestos de accesión, como el aluvión o la formación de islas en un río; cualquier aumento físico de una cosa, y la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

manumisión del esclavo común. De esta exposición se deduce que el Derecho romano no regulaba el *ius adcrescendi* en los límites de la herencia y los legados, ni en consecuencia exigía en todos los casos una llamada común que hemos venido manteniendo como fundamental en este trabajo.

Si bien, como hemos manifestado el uso del verbo *adcrescere* o del término *ius adcrescendi* no significaba que todos ellos fueran acrecimiento en sentido propio, así, hay supuestos de utilización impropia del término acrecimiento, en los que únicamente tenía lugar el incremento de un derecho anterior o cosa, esto es, era un aumento en su sentido más amplio, sin necesidad de requisito jurídico alguno, lo que en nuestra opinión es un uso lingüístico de término sin tener en consideración su significado jurídico; sin embargo, entre ellos hay otros casos de acrecimiento más técnico, que necesitaba una unidad de derecho, una pluralidad de sujetos propietarios del mismo así como una cuota vacante por falta de concurrencia de uno de ellos, de manera que la parte de los que quedaban se veía aumentada.

Es precisamente esta visión tan amplia del derecho de acrecer lo que lleva a parte de la doctrina a afirmar que no es posible dar un concepto unitario del derecho de acrecer si no es en sentido genérico de simple aumento de un derecho, sin embargo, no consideramos los simples supuestos de incremento físico o de derecho verdaderos supuestos de *ius adcrescendi* sino situaciones en las que debido a su similitud en los referente al aumento fue definido con el mismo término, pero ni su regulación ni su

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

significado eran comparables con el acrecimiento que sucedían en las situaciones de cotitularidad o comunidad.

En todas estas situaciones de comunidad nuestro instituto tenía un carácter universal pues en todas ellas se sienta sobre un mismo concepto, así, siempre que varios sujetos eran llamados a una misma situación jurídica, potencialmente cada uno tenía derecho a la totalidad de la situación, resultando el fraccionamiento de un concurso efectivo que se formaba entre todos ellos, y si por cualquier causa alguno no acudía, el derecho de las demás se expandía automáticamente, por virtud propia, sobre el total de la relación jurídica.

Respecto a este concepto de acrecer la doctrina en ocasiones hace referencia a un derecho negativo, esto es, numerosos autores recogen en sus teorías el término *non decrescimento,* en contraposición con el acrecimiento, pues en virtud del derecho del heredero al total y por el principio de elasticidad si por cualquier motivo faltaba uno de los coherederos, integrante del concurso efectivo que surgía entre los llamados a una misma herencia, desaparecía la restricción material y numérica que había constreñido los derechos de los que quedaban hasta ese momento, que comenzaban ahora a tomar su verdadera medida, por lo tanto, la denominación de derecho de acrecer sería impropia de su verdadera naturaleza. En el mismo sentido, también sostienen el empleo alternativo de la doble formula *ius adcrescendi-ius non decrescendi*, aplicando el primero de ellos en el supuesto de atribución de una misma cosa *in solidum*, esto es, a varios sujetos en una misma frase

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

–coniunctim–, estando la segunda destinada al caso cuando el testador ha utilizado frases diferentes *–disiunctim* o *separatim–*.

No obstante, incluso aquella doctrina que más se extienden en su exposición y defensa, aun tomando en consideración que la expresión *ius non decrescendi* puede ser utilizada correctamente en la definición del mismo, una vez estudiadas las fuentes y la jurisprudencia, afirman que es más aceptable *ius adcrescendi* y su sentido de aumento, por ser la más común en el uso; en concreto, en la herencia el coheredero del que faltaba veía aumentada su cuota, por lo tanto, obtenía un acrecimiento.

Así, podemos dar un concepto de derecho de acrecer centrado en el derecho sucesorio, afirmando que ante la llamada a una misma herencia de varios sujetos que venían a conformar un concurso efectivo, cuando uno de ellos había fallecido anteriormente, era incapaz, renunciaba, o bien, siendo su institución testamentaria condicionada no obtenía la delación por faltar la condición, su parte acrecía proporcionalmente al resto, de manera que, todo aquello que le hubiese pertenecido se repartía *ipso iure* entre todos los demás sucesores; el fundamento del acrecimiento romano era la atribución potencial tanto al heredero testamentario como al legítimo de un derecho sobre el total de la herencia, que operaba necesaria e independientemente de la voluntad del difunto; en consecuencia, los coherederos que sí hubiesen aceptado su parte, únicamente podía sustraerse del acrecimiento renunciando al total, esto es, tanto a su porción original como a la cuota incrementada, tal como se afirma en D. 7, 2, 3 pr., así como en D. 32, 80.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En particular, respecto a la sucesión intestada el *ius adcrescendi* se verificaba siempre que una pluralidad de sujetos eran llamados a la herencia, en virtud del título de *heres* que le permitía proyectarse virtualmente sobre el total como expansión de su derecho, esto es, el acrecimiento tenía como fundamento una llamada *in solidum*. Asimismo, existía un derecho de acrecer especial en esta sede que únicamente beneficiaba a los parientes que pertenecían a una misma estirpe o línea y habían sido llamados en conjunto a una misma cuota determinada por esa relación familiar más estrecha que el resto de los llamados; éstos eran los nietos de un hijo premuerto al difunto, así como a los nietos de un hermano germano también premuerto cuando eran llamados juntos a una sola cuota por estirpe; de igual caso podemos hablar en los ascendientes de una sola línea, respecto a nuestro instituto en todas estas situaciones, si faltaba uno de los llamados, su parte no acrecía a todos sino a aquéllos llamados en la misma estirpe o en la misma línea, pues por aplicación del régimen de la *delatio* la cuota ya se encontraba limitada por ley a esa línea o estirpe de sucesores *ab intestato*, y los coherederos acrecían en el límite del llamamiento.

Tomando como referencia esta idea fundamental del concepto de *ius adcrescendi*, autores tan importantes como Voci, Bonfante o Robbe en su monografía respecto a nuestro instituto muestran sus teorías particulares sobre el mismo contrarias a la doctrina mayoritaria; no obstante, ya sea entendiéndolo en su doble vertiente de acrecimiento general o especial, como hecho modificativo de una cantidad patrimonial o bien como parte integrante de un derecho real, el concepto básico de acrecimiento es el mismo en todos y

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cada uno de ellos, coincidiendo con el ya planteado, esto es, lo definen como el hecho que sucedía cuando una misma herencia pertenecía al mismo tiempo, en virtud de un llamamiento a varias personas de manera que, si una de ellas por cualquier otra causa no adquiría su propia cuota, a fin de evitar la vacancia de la misma, su parte acrecía automática y necesariamente al resto de sujetos, a los que quedaba definitivamente atribuida, pues formaba parte del primer título adquisitivo ya actuado siendo la única posibilidad de rechazo la renuncia al total, esto es, tanto a la nueva cuota como a la ya adquirida.

El concepto y fundamento del derecho de acrecer en Derecho romano que hemos planteado, con su carácter de necesidad, no tiene reflejo en nuestro derecho actual, pues con relación al acrecimiento y la sucesión intestada se limita el Código Civil a la redacción del artículo 981.-"En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos", en este artículo se afirma que únicamente se admite el acrecimiento en la sucesión intestada en el único supuesto de repudio por los llamados a la sucesión, siendo admitido en Derecho romano el *ius adcrescendi* en cualquier caso de vacancia de la cuota tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, en la *bonorum possessio* como en los legados.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 2.- Naturaleza jurídica del *ius adcrescendi*

1.- Teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de acrecer

Varias son las teorías propuestas por la doctrina para explicar el fenómeno del acrecimiento ordinario del Derecho romano, dejando a un lado por supuesto las modificaciones en el instituto jurídico ordenadas por el régimen de las leyes caducarias cuya motivación, eminentemente fiscal, otorgaba una trayectoria diferente a los bienes hereditarios. Algunas de estas ideas se explican desde una concepción unitaria, igual en todos los casos en los que, según los romanos, existía un aumento en la cuota, lo que es compatible con unas diferentes reglas de aplicación en cada circunstancia, en tanto otras lo justifican negando tal unidad[193].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[193] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, pp. 317 y ss.; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I*, *op.cit*, p. 400; E.BOSCH CAPDEVILLA, "El concepto de derecho de acrecer", en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I*, *op.cit.*, pp. 675-676;

1.1.- Teorías unitarias

Con relación a las teorías que otorgan una concepción unitaria de nuestro instituto seguimos a Pugliese[194] cuando afirma que principalmente son dos, la primera defendida por la mayoría de la doctrina que afirma un derecho de acrecer, sea entre coherederos testamentarios, intestados, legatarios o entre condóminos, entendido como la extensión potencial de cada una de las llamadas o cada derecho al total de la herencia, de la cosa legada o del objeto de la comunidad. Algunos defensores de esta teoría tienden a asimilar nuestro instituto como prueba de una herencia entendida en su sentido de *universitas*, siendo el llamado, por lo tanto, a la totalidad del patrimonio con un derecho sólo limitado por el derecho concurrente de los demás coherederos sobre el mismo; otros autores, enmarcan el acrecimiento dentro de la corriente según la cual el heredero era el continuador de la personalidad del difunto[195].

La segunda de las tesis unitarias es la defendida por Robbe, cuya opinión se dirige a interpretar el acrecimiento en relación a

E.BOSCH CAPDEVILLA en *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 14 y ss.

[194] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, p. 317.

[195] Con relación a la herencia entendida como una *universitas* además de una sucesión en la personalidad del *de cuius vid*. G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, p. 26; G.BORTOLUCCI, "La *hereditas* come *universitas* e successione nella personalità giuridica del defunto. Sviluppo storico e critica dei concetti", en *BIDR, XIII*, 1934, pp. 150 y ss.

ciertas situaciones de naturaleza real, que tenían la misma estructura de la accesión y se justificaba con dos características fundamentales del *dominium* romano, la elasticidad y la virtud absorbente del mismo.

1.1.a.- Teoría mayoritaria: la llamada universal a la herencia como origen del *ius adcrescendi*

La doctrina romanística mayoritaria[196] asume esta teoría que define el acrecimiento como el instituto jurídico que nacía del poder de expansión a la totalidad del derecho que recibían, en sede sucesoria, todos los herederos o legatarios, en función de una llamada realizada a varios sujetos a la misma sucesión, teniendo

[196] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, pp. 165 y ss. ; C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi, op.cit.*, pp. 639 y ss.; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 210 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX,I, op.cit.*, pp. 589 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXX-XXXII, I, op.cit.*, p. 662 (nota f comentario de C.FERRINI); A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 334; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 934-935; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 555 y 692; R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, I, op.cit.*, p. 602; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 323 y ss.; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, pp. 400 y ss.;A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain, I, op.cit.*, pp. 496 y 518; P.JÖRS-W.KUNKEL-L.WENGER, *Römisches Recht, op.cit.*, p. 341; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 203 y ss.-225 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 415-435 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 721; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 606.

todos ellos potencialmente el mismo derecho sobre una cuota o herencia, produciéndose el fraccionamiento de la misma por el hecho de concurrir varias personas en virtud de la regla *concursu partes fiunt*, a fin de que viniendo a cesar o reducirse tal concurso, la cuota de los coherederos que quedaban acrecía hasta el total, o bien hasta el máximo posible según la disminución del concurso efectivo citado; a partir de esta aseveración los matices vienen recogidos en las distintas opiniones de los autores que la han tratado.

A este respecto, citamos por su claridad así como por la amplitud de su exposición la tesis de Pugliese[197] que hace depender el acrecimiento, en todos los casos en los que se verificaba en el Derecho romano del carácter virtualmente integral del derecho de cada partícipe, pues el derecho de cada uno de los condóminos, coherederos o colegatarios tenía, en razón de su propia naturaleza, tendencia a expandirse hasta llegar al total cuando disminuían o desaparecían los límites que lo comprimían. En este sentido, Pugliese expone que el citado derecho integral es innegable en el condominio en razón de la estructura del antiguo *consortium* entre hermanos; más adelante, la aparición de la cuota no modificó en esencia esta situación pues ante la disminución o la desaparición de los límites que comprimían, la porción se extendía igualmente sobre el total de la cosa[198]. Análogos argumentos se pueden utilizar en

[197] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, p. 318; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 705.

[198] *Vid*. nota 142.

relación con la llamada de varias personas a la herencia o a un legado *per vindicationem* o *per praeceptionem*, de la que surgía una comunidad, en base a la cual cada uno tenía un derecho sobre todos los bienes hereditarios o sobre toda la cosa legada, si bien limitado a una cuota ideal a causa de los derechos ajenos que concurrían sobre los mismos bienes o sobre la misma cosa; esto es, la llamada concernía, lo quisiese o no el *de cuius*, a todos los bienes hereditarios o a toda la cosa legada que únicamente se veía constreñida por el derecho de los otros llamados, de manera que, faltando uno de los llamados y no entrado otro en su lugar, por ejemplo un sustituto, las cuotas de los que quedaban se extendían al total.

Pugliese matiza esta misma opinión con relación a la *coniunctio*, la cual no significó la recepción de otro principio sino la alteración del modo en que operaba el derecho de acrecer; así, los llamados conjuntamente a una cuota tenían cada uno potencialmente derecho al total de esa parte con exclusión de los entraños a su grupo, y al mismo tiempo existía un derecho al total de la herencia o cosa legada junto a otros grupos de llamados conjuntos e incluso con los llamados de forma aislada[199].

[199] G.PUGLIESE en voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 318, analiza además la naturaleza jurídica del resto de casos en los que las fuentes hacen referencia al acrecimiento, así, hace mención a la llamada potencial al total en la reunión del usufructo con la nuda propiedad, de manera que, extinguido el derecho que comprimía la propiedad se tenía un derecho virtualmente integral reabsorbiendo el contenido del derecho que no había sido separado. Análogos en algunos aspectos, aunque diferente, era la explicación que se puede dar del derecho de acrecer en el supuesto de incrementos fluviales, se trataba aquí no de expansión de un derecho sino de la material extensión de un fundo más allá de sus medidas originales, cuando el

Asimismo, destaca la teoría de Vaccaro[200] en su específica monografía relativa a nuestro instituto explicándolo en base a la presunción de que la llamada hereditaria era en el Derecho romano siempre universal, otorgando a los herederos un derecho potencial y eventual al total, de manera que las partes resultaban del concurso efectivo que se formaba entre aquéllos. En este sentido, para admitir el acrecimiento entre varios coherederos o, entre varios colegatarios, se debía tomar en consideración la llamada solidaria a una misma herencia, cuota de herencia o, a un mismo objeto legado, con independencia de que ésta tuviese lugar por la voluntad del disponente o por ley, de manera que, en virtud de ese derecho potencial al total recibían más cuanto menor era el número de concurrentes, *concursu partes fiunt*.

A este respecto, Vaccaro afirma que esta situación se repetía en todos los casos con independencia de que la llamada tuviese origen en una situación jurídica objetiva o en la voluntad del disponente, si bien reconoce que las polémicas doctrinales van en el sentido de reconocer la figura de la *voluntas*; así, las partículas romanas *et* y *cum* en principio y tomando en consideración los

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

mismo estaba delimitado por un río, su natural desplazamiento causaba que el terreno comprendido entre el viejo límite y el nuevo se entendiera dentro del mismo fundo original, formando objeto de la misma propiedad, mientras que esto no sucedía si el fundo ribereño en vez de tener un límite natural, fue rodeado por *limes*, esto es, no se extendía potencialmente hasta la ribera del río. Igual explicación realiza de las hipótesis recogidas en *Gai* 2, 124, *Tit.Ulp*. XXII, 17 y D. 29, 2, 54.

[200] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 52 y ss.; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX*, *op.cit.*, pp. 301 y ss.

textos recogidos en D. 30, 36, 2 y D. 28, 5, 67 (66) producían la llamada en conjunto a una misma cosa tanto en la herencia como en los legados, no obstante, también puede interpretarse el fragmento 36, 2 donde fue utilizada la particula *et* no para producir la *coniunctio* sino por comodidad, pues de otro pasaje a tener en consideración en esta discusión como es D. 7, 2, 7, donde es utilizada la particular *et*, y cuya interpretación va en el sentido de afirmar que el testador quiso legar partes distintas y determinadas, se deduce que no fue así en todos los casos pues en éste último observamos de las palabras utilizadas la exclusión de la vocación solidaria y el acrecimiento en estos legados.

Otra cuestión respecto a la *coniunctio* es el uso de las expresiones *aeque*, *aequis portionibus* y, en general cualquier otra que denote la asignación de partes iguales, pues diversas fuentes sostienen que excluyen el acrecimiento, así se observa en D. 28, 5, 67 (66); D. 7, 2, 11; D. 32, 89, y en menor medida en D. 28, 5, 13 pr.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin embargo, otros textos, contesta Vaccaro[201], sí admiten el acrecimiento pues la determinación de partes iguales no tenía efectos distributivos y su valor se ciñe a un criterio de división en el concurso a resultas de que la llamada era siempre potencialmente al total admitiendo en consecuencia el *ius adcrescendi*, para ello cita D. 31, 41 pr., así como D. 30, 16, 2.-

[201] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 72 y ss.; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel*

D. 31, 41 pr.- *Iavolenus libro septimo epistularum. "Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego". Si Seius decesserit, pars eius utrique adcrescit, quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars quae cessat pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, adcrescat*[202].

D. 30, 16, 2.- *Pomponius libro quinto ad Sabinum. Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumo totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et postumis viriles partes dari voluisset vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur non nato postumo*[203].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

diritto ereditario romano de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, pp. 307 y ss.

[202] Con relación a las controversias surgidas respecto a este texto y sus supuestas modificaciones, *vid.* C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi, op.cit.*, pp. 651 y ss.; S.DI MARZO, "Sul fr. 41 pr. *De legatis* II", en *Il Circolo Giuridico, XXX*, 1899, pp. 86 y ss.; A.GUARNERI CITATI, "Il frammento 41 pr. D. 31 *Iavol.* 7 *Epist.* Ossia un caso particolare di accrescimento tra collegatari", en *Annali Palermo, I*, 1916, p. 423 y ss.; S.RICCOBONO, "Postilla a A.GUARNERI CITATI, Il Fr. 41 pr. D. 31**",** en *Annali Palermo, I*, 1916, p. 430; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 35 (nota 1); R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 73 (nota 2).

[203] Este texto es sospechoso según la doctrina de estar severamente glosado, en este sentido *vid.* C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi, op.cit.*, pp. 649 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXX-XXXII, I*, p. 662 (nota f comentario de C.FERRINI); R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 75 (nota 2); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 37 (nota 1).

Del estudio del primero de estos pasajes Vaccaro deduce que las dos mitades dejadas a Mevio y a Seyo debían considerarse no como porciones materiales sino como cuotas ideales, de manera que en virtud de la formula referida a los tres herederos, esto es, los dos citados más Tizio el testador legó *re coniuncti* más allá del total del fundo, provocando en consecuencia la desaparición del contenido esencial de la designación de partes; respecto al segundo de los textos, aquí el testador había asignado explícitamente cuotas viriles si bien tiene lugar el derecho de acrecer, esto se explica porque cuando era incierto el número de póstumos, no podían determinarse obviamente las entidad de las cuotas viriles, de esta forma, la mención a partes iguales no tenía valor sino como criterio de división ante el posterior *concursus*.

En conclusión, respecto a la regulación del valor y los efectos de la determinación de partes iguales, la naturaleza de nuestro instituto hace posible la negativa a admitir el acrecimiento en estos supuestos porque así sucedía en la mayor parte de casos; sin embargo, se reconocía a esta regla general supuestos específicos con llamadas solidarias al total y en consecuencia la verificación absoluta del derecho de acrecer.

Continuando con la *coniunctio*, Vaccaro sostiene que a esta interpretación de la voluntad del testador, surgida de la casuística, hay que añadir aquélla que trata de buscar la efectiva voluntad; para llevar a cabo tal investigación se necesita seguir ciertos criterios cuando precisamente la disposición no ofrecía facilidad para una interpretación literal; éstos se deducen del texto de Paulo recogido

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en D. 50, 16, 28, 1[204], del que se extrae que si existía ambigüedad en la disposición, la cuestión de la *coniunctio* se resolvía tomando en consideración la *mente pronuntiantis*.

Una vez planteada la manera de detectar la *voluntas testatoris* realiza Vaccaro una aproximación al acrecimiento afirmando la exclusión de un sistema rígido y formalístico, no sólo porque a menudo de la letra de la disposición no era posible recabar información útil alguna, sino porque el fundamento de nuestro instituto se encuentra en el principio *res singulis in solidum relicta*, admitiéndose el acrecimiento incluso cuando una misma cosa era atribuida a varios sujetos en proposiciones diversas y con cualquier frase; así, en estos casos al no existir el criterio formal de la unión de varias personas en una misma proposición, la vocación solidaria al mismo objeto que determinaba el acrecimiento debía verificarse a través de la búsqueda de la voluntad[205].

Otra cuestión a tener en consideración es aquélla concerniente a la *coniunctio* y los herederos instituidos sin división de partes; en este sentido, de las fuentes parece deducirse que los herederos *sine parte* no podían considerarse como llamados en conjunto, como se observa en D. 28, 5, 17, 1 y D. 28, 5, 17, 2[206].

[204] D. 50, 16, 28, 1.- *Paulus libro 21 ad edictum .Oratio, quae neque coniunctionem neque disiunctionem habet, ex mente pronuntiantis vel disiuncta vel coniuncta accipitur.*

[205] D. 28, 5, 15 pr.; D. 50, 16, 142.

[206] Con relación a estos párrafos A.GUARINO en su recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, pp. 309 y ss., sostiene que están seriamente manipulados,

No obstante, como sostiene en su tesis Vaccaro[207] en otro fragmento D. 28, 5, 64(63)[208], se advierte que es importante distinguir si los herederos sin parte habían sido instituidos conjuntamente o por separado, así, se afirma que si falleció alguno de los conjuntos la cuota vacante no pertenecía a todos sino únicamente a los llamados con él, por el contrario, si el llamamiento era separado la porción del que faltaba pertenecía a todos los instituidos en el testamento, por lo tanto, podemos observar diferentes consecuencias jurídicas en función de la clase de llamada a los herederos sin parte determinada, lo que está en contraposición con la regla anteriomente expuesta.

En este sentido, los efectos que producía la llamada *separatim* se recogen en D. 28, 5, 60(59), 2; D. 28, 5, 60(59), 3 y D. 28, 5, 17, 4.-

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

> D. 28, 5, 60(59), 2.- *Celsus libro 16 digestorum. "Titius heres esto: Seius et Maevius heredes sunto". Verum est quod*

proponiendo que quizá Ulpiano presentara en primer lugar el caso de la institución *separatim* para después hacer lo mismo con la institución *coniunctim*, lo que fue malinterpretado en la etapa posclásica.

[207] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 80 y ss.

[208] P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 337, manifiesta su creencia de que estamos ante un texto interpolado, lo que le daría un valor decisivo para el derecho justinianeo, si bien R.VACCARO DELOGU no admite que las citadas modificaciones puedan significar un fallo para su teoría, a esta opinión se suma A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 309.

> *Proculo placet duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur.*

> D. 28, 5, 60(59), 3.- *Celsus libro 16 digestorum. Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo coniunctim institutus sit, heres non est, pars eius omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit, neque refert, primo loco quis institutus an alicui substitutus heres sit.*

> D. 28, 5, 17, 4.- *Ulpianus libro septimo ad Sabinum. Sed si expleto asse duo sine partibus scribantur, utrum in singulos asses isti duo an in unum assem coniungantur, quaeritur. Et putat Labeo, et verius est, in unum assem venire: nam et si unus sine parte, duo coniunctim sine parte instituantur, non tres trientes fieri Celsus libro sexto decimo scripsit, sed duos semisses.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De la lectura de estos pasajes se deduce que las fuentes admiten la *coniunctio* incluso en el caso de herederos *sine parte*. Respecto a la aplicación en este supuesto del acrecimiento, Vaccaro afirma que es una cuestión de interpretación y de voluntad, así, a menudo la llamada solidaria al total y, en consecuencia nuestro instituto era admitido o excluido en función de la búsqueda de dicha voluntad.

Se puede concluir la tesis de Vaccaro respecto a la *coniunctio* afirmando que en su opinión gran parte de las decisiones en cuestión de acrecimiento se reducen a una *quaestio voluntatis*,

entendida no como la búsqueda de una voluntad directa e inmediata hacia el derecho de acrecer, sino como una voluntad de determinar la vocación solidaria a un mismo objeto, que tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, tenía como necesaria consecuencia el *ius adcrescendi*.

Así, sostiene Vaccaro[209] que la *coniunctio* entendida como llamada solidaria de varios sujetos al mismo objeto determinada por la voluntad del testador tenía en el campo de la herencia diferente valor que en los legados, donde representaba el único motivo determinante del acrecimiento. En la herencia se limita a determinar una preferencia entre los herederos llamados en conjunto en relación con otros herederos, de manera que, faltando uno la cuota que quedaba libre era adquirida necesariamente por el resto de herederos en proporción a sus cuotas, incluso si lo habían prohibido expresamente [210].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La conclusión principal de la teoría de Vaccaro, coincidente con la doctrina mayoritaria, se encuentra en que el general y necesario acrecimiento típico del Derecho romano tenía su fundamento en la llamada virtualmente universal; de igual manera, el que venía determinado por la *coniunctio* encontraba su fundamento en la vocación, *ope testatoris*, limitada a una

[209] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 72 y ss.-84 y ss. En el mismo sentido se expresa R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 27; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 698 y ss. D. 28, 5, 17, 1.

[210] D. 28, 5, 64(63); D. 28, 5, 60(59); D. 28, 5, 67(66).

determinada cuota aunque virtualmente ordenada siempre al total de la misma.

Las críticas a esta corriente de opinión vienen por el lado de los autores que afirman la mera presunción de la universalidad de la herencia romana; en este sentido, Bonfante y Robbe[211] sostienen que la ley o el difunto llamaban a una cuota, lo que no debía presumirse como un llamamiento al total, pues podía suceder incluso que el testador pretendiera evitar tal interpretación, añadiendo que no quería que sus herederos tuviesen más de la cuota por él asignada, esto es, podía negar en su herencia el *ius adcrescendi*.

En este sentido, nos centraremos en primer lugar en los reparos establecidos por Robbe[212] a la teoría de Vaccaro como defensor de la tesis mayoritaria; así, tomando como punto de partida la afirmación de Vaccaro que sostiene el fundamento del acrecimiento en la vocación solidaria de varios sujetos a un único y mismo objeto, de manera que a cada uno de ellos, bien por la ley, bien por voluntad del testador, le era atribuido un derecho igual, potencialmente al total, donde las partes resultaban del concurso efectivo que formaban entre ellos, si bien faltando uno de los concurrentes el derecho de los otros automáticamente y por

[211] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 592 (nota z comentada por P.BONFANTE); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, p. 4.

[212] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, pp. 26 y ss. Parte de esta opinión ya se ha presentado en el apartado dedicado a la llamada universal y su relación con el derecho de acrecer pp. 61 y ss.

necesidad jurídica, se expandía sobre la cuota que quedaba libre; con relación a este concepto mantiene Robbe que no es suficiente el mismo para explicar la unidad de principios que rige en nuestro instituto; por lo tanto, se plantea la racionalidad de la aseveración *res singulis in solidum relicta* cuando el testador había hecho una institución hereditaria *ex certa parte*, sin perder de vista que de las fuentes se extrae que incluso en este caso el acrecimiento tenía lugar independientemente e incluso contra la expresa voluntad del difunto.

Robbe discute asimismo la parte de la teoría de Vaccaro que justifica el acrecimiento en la llamada solidaria de varios sujetos a una misma cosa en función del *concursu partes fiunt*, pues en sede de legados no tenía el valor decisivo que se le quiere dar, como se puede observar en dos textos de las fuentes, D. 30, 16, 2 y D. 31, 41 pr., de los que resulta el derecho de acrecer no sólo en el caso en que el testador había expresamente atribuido cuotas viriles sino incluso cuando se habían asignado partes bien determinadas; a esta opinión se puede contestar que la citada distribución de cuotas en los dos casos no tenía efectos distributivos y atributivos sino que su utilidad se limitaba a un criterio de división inmerso en el concurso formado por los colegatarios; Robbe asume tal afirmación respecto al segundo texto pero lo niega categóricamente para la institución por el testador en partes viriles.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el mismo orden de ideas, Bonfante[213] manifiesta que su carácter fundamental, esto es, la llamada universal de la que derivaba la necesidad de dividir la cuotas por medio de un concurso efectivo entre coherederos o colegatarios es una mera presunción en contraste con la realidad, pues si había una llamada, por ley o por testamento, a una cuota es incomprensible que se deba presumir la llamada al total incluso contra una expresa declaración del *de cuius* negando que su heredero adquiriese más allá de su propia cuota, a fin de evitar el acrecimiento en su herencia. Así, sostiene que la forma de entender nuestro instituto con fundamento en la llamada universal y en un concurso efectivo entre coherederos corresponde integramente al que surgía de la *coniunctio* pero nunca al general del derecho hereditario romano, según la distinción que podemos encontrar en su forma de entender nuestro instituto[214]. Sin embargo, en opinión de Bonfante, la confusión de ideas en esta cuestión está tan extendida que la doctrina atribuye comúnmente al acrecimiento hereditario típico el fundamento de la llamada de cada heredero a la universalidad del patrimonio en virtud de D. 32, 80, si bien este

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[213] P.BONFANTE, "Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano en el diritto moderno", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione",* Torino, 1916, pp. 178 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 319.

[214] P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 320 y ss., cree encontrar los apoyos a su tesis en textos de las fuentes, tomando como punto de partida D. 50, 17, 141, 1, que afirma *Uni duo pro solido heredes esse non possunt*; del concurso al que hace referencia la doctrina mayoritaria no hay textos, pues las partes las asignaba bien el difunto, bien la ley. Si se pueden encontrar pasajes sobre la llamada cumulativa *in solidum* y de partes formadas por concurso dentro de la *coniunctim*, como son D. 30, 34, 10; D. 32, 80; *Frag.Vat.* 78; *Frag.Vat.* 79; no obstante, la exposición de la teoría de P.BONFANTE respecto al fundamento del acrecimiento se encuentra en este trabajo pp. 211 y ss.

texto hace referencia a la *coniunctio*. En conclusión, la teoría general debe ser removida por su parcialidad.

Pugliese[215] en referencia a estas críticas afirma que aquéllas que niegan la presunción de la voluntad del testador de llamar al heredero al total de la herencia o cosa legada, cuando había establecido una cuota o incluso había excluído el acrecimiento, y la opinión que no considera asumible el derecho integral del coheredero o colegatario cuando las fuentes declaran la inadmisibilidad de una herencia o una propiedad de dos *in solidum*, están dirigidas en la mayoría de casos a la formulación inexacta o equívoca de nuestro instituto y no a su verdadera sustancia.

1.1.b.- Teoría de Robbe: el derecho de acrecer como parte de los derechos reales

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La opinión de Robbe respecto al *ius adcrescendi* se presenta como una de las más importantes de la doctrina romanística, si bien es cierto que goza de escasos seguidores pues en la misma se observa de inmediato la confusión de términos jurídicos en su fundamento, naturaleza y estructura jurídica.

[215] G.PUGLIESE en voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 318.

En este sentido, Robbe[216] afirma que para una exacta determinación del fundamento y naturaleza jurídica del acrecimiento no se puede prescindir de su más peculiar y esencial característica como es que no es particular del derecho hereditario, sino que se verificaba de igual manera en el condominio cuando uno de los condóminos por cualquier causa dejaba libre su cuota y la misma aumentaba al resto, tal como afirman las fuentes romanas[217]; así, adoptando las palabras de Bonfante[218] sostiene que el acrecimiento pertenecía al concepto genuino del condominio romano, continuando en vigor intacto durante toda la etapa clásica, conteniendo los dos elementos determinantes del *ius adcrescendi,* y a partir de esta generalidad que trae como consecuencia la evidente unidad dogmática de nuestro instituto busca Robbe su fundamento, naturaleza y su estructura jurídica.

Tomando como punto de partida esta premisa, y para acometer tal investigación tendente a demostrar, según la opinión de Robbe, el carácter general del *ius adcrescendi,* así como la absoluta y práctica preeminencia de las principales y esenciales características

[216] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 40 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, pp. 157 y ss.

[217] Con relación al condominio y el *ius adcrescendi vid.* notas 137 y 142.

[218] P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI, op.cit.*, pp. 837 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso", op.cit*, pp. 440 y ss.); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II, op.cit.*, pp. 10 y ss.

del condominio[219] pone en relación el acrecimiento con el resto de figuras en las que tenía lugar; en primer lugar hace referencia a los legados, poniendo especial atención en la diferencia en su verificación dependiendo de la naturaleza del tipo; así, en los legados traslativos de propiedad o constitutivos de derechos reales a favor del legatario, *legatum per vindicationem* y *per praeceptionem*, el derecho de acrecer sucedía sin genero de duda, mientras que en los legados de obligación o constitutivos de relaciones obligatorias, *per damnationem, sinendi modo*, el *ius adcrescendi* estaba excluido[220]; la razón se encuentra, según Robbe, en una

[219] Antecesor de la teoría de U.ROBBE es sin duda G.SEGRÈ en "Sulla natura della comproprietà in diritto romano", en *RISG, VIII, op.cit.*, pp. 338 y ss., al afirmar que el derecho de acrecer se conformaba a las normas romanas de la copropiedad y los derechos reales, dejando a un lado la exigencia del concurso o llamada al total para su verificación.

[220] *Gai* 2, 205.- *Est et illa differentia huius et per uindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusue per damnationem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut in per uindicationem legato diximus; si uero disiunctim, singulis solida debetur; ita fit, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat; et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.*

Gai 2, 215.- *Maior illa dissensio in hoc legato interuenit, si eandem rem duobus pluribusue disiunctim legasti; quidam putant utrisque solidam deberi, sicut per damnationem: nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia, cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit aduersus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quo minus eam rem haberet.*

Gai 2, 199.- *Illud constat, si duobus pluribusue per uindicationem eadem res legata sit, siue coniunctim siue disiunctim, et omnes ueniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere. coniunctim autem ita legatur: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHVM DO LEGO; disiunctim ita: LVCIO TITIO HOMINEM STICHVM DO LEGO. SEIO EVNDEM HOMINEM DO LEGO.*

incompatibilidad constitucional entre la estructura y los efectos de un legado y el fundamento del derecho de acrecer, lo que viene a significar que por un lado se encontraban intimamente unido con la naturaleza del derecho de propiedad, o mejor aún con la característica natural de un derecho real, que era su propio origen real, mientras que por otro lado, esta explicación era absolutamente incompatible con la naturaleza de las relaciones de obligación de los dos últimos legados citados.

Estas mismas circunstancias pueden distinguirse en la naturaleza del legado de usufructo y su relación con el derecho de acrecer, de tal manera Robbe concluye que para la verificación del *ius adcrescendi* influía en primer lugar la naturaleza del tipo de

---

Tit.Ulp. XXIV, 12.- *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive coniunctim, velut : TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO LEGO, <sive disiunctim, velut : TITIO HOMINEM STICHUM LEGO : SEIO EUNDEM HOMINEM DO LEGO>, iure civili concursu partes fiebant ; non concurrente altero pars eius alteri adcrescebat : sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit.*

Tit.Ulp. XXIV, 13.- *Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat, nunc autem caduca fit ; quodsi disiunctim, singulis solidum debetur.*

Frag.Vat. 85.- *Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius adcrescendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius adcrescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus. quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. an tamen in Neroniano, quoniam exemplum uindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest ; et puto secundum Neratium admittendum. in fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione.*

U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV*, *op.cit.*, pp. 89-90; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II*, *op.cit.*, pp. 520 y ss.

legado y en segundo la presencia de la naturaleza del derecho de usufructo, era esta superposición de derechos reales la que determinaba la explicación del acrecimiento.

Por último, Robbe considera la verificación del *ius adcrescendi* en la denominada situación de comunidad hereditaria desde la perspectiva de que ésta última, como en los supuestos ya citados, conllevaba la realización de un derecho de propiedad, esto es, la herencia constituía la directa e inmediata actuación de un derecho real[221].

De todo lo expuesto Robbe conforma como premisa de su teoría que, a los dos tipos de legado de naturaleza real, al usufructo y a la comunidad hereditaria se debe poner enfrente el condominio, entendido éste como derecho de propiedad perteneciente a varias personas, lo que le sirve para concluir que era la naturaleza real del condominio el nexo de unión entre los otros tres institutos, en los que se verificaba el derecho de acrecer con la misma intensidad que en el principal, lo que denota su carácter de generalidad, así, a pesar de encontrarnos ante institutos diversos predomina la naturaleza de sus derechos, esencialmente reales, pertenecientes al mismo tiempo a varios sujetos[222].

[221] Siguen la misma opinión respecto al derecho de propiedad V.SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano, I, op.cit.*, pp. 428 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II, op.cit.*, pp. 4-5; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 225 y ss.

[222] Se muestra en contra de esta opinión E.RUIZ FERNÁNDEZ, en "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II, op.cit.*, pp. 500 y ss. que no se puede encasillar el

Por lo tanto, la premisa principal de su teoría respecto al derecho de acrecer en Derecho romano se explicaba sólo con la naturaleza real del derecho sobre el que se ejercita.

Ahora bien, para explicar nuestro instituto Robbe sostiene la necesidad de un segundo requisito extrínseco como es la pertenencia de uno de los derechos citados al mismo tiempo a dos o más personas; este requisito viene definido por el autor italiano como absolutamente necesario e indispensable para la verificación del acrecimiento, que consiste en la sola y simple unión de dos o más sujetos en un mismo derecho real –condominio, herencia, legado y usufructo– sin necesitar una figura específica o particular[223]; la obligatoriedad de este presupuesto consistía en que si alguno de los sujetos llamados unidos al mismo derecho real no podía o no quería adquirir por cualquier motivo su cuota y, tomando en consideración la intransmisibilidad de la llamada hereditaria, la parte vacante era adquirida por derecho de acrecimiento al resto de personas en proporción de la cuotas de cada uno.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A este respecto, Robbe afirma que esta simple unión entre sujetos encuentra su prueba en las fuentes como sucede en el supuesto de dos o más herederos instituidos por el testador singularmente en partes bien determinadas, en este caso, la pura y simple unión entre herederos recibía un mayor y más eficaz relieve de la explícita asignación hecha por el difunto a cada uno de los

condominio en el ámbito de los derechos reales al ampliar sus efectos al de los derechos personales.

[223] U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 157.

herederos, no ya de una cuota ideal sino propiamente de una porción material, en consecuencia, entre varios herederos unidos entre sí respecto a una herencia testamentaria, no hay absolutamente específica y particular relación de unión, los herederos resultaban pues solamente unidos entre sí en un mismo derecho como copartícipes de una herencia testamentaria, pero se debe excluir cualquier relación jurídica que no sea una simple unión. Esta afirmación también se puede hacer respecto de los colegatarios beneficiados por el *de cuius* a una misma cosa, como resulta de las fuentes *Gai* 2, 199; *Tit.Ulp*. XXIV, 12; I. 2, 20, 8. Asimismo, respecto al condominio confirma su opinión sobre la existencia de una simple unión entre condóminos, al igual que entre los otros cotitulares, si bien en este supuesto la atribución no es de una porción material de la cosa sino de una cuota ideal.

Continúa su teoría Robbe afirmando la inconsistencia y falta de fundamento de la explicación general dada por la doctrina mayoritaría al *ius adcrescendi* (*vid.supra*), en concreto hace referencia al derecho al total de cada uno de los coherederos, únicamente limitado por la concurrencia de los demás, esto es, encuentra polémico el concepto de un concurso que se formaba entre todos los llamados, en el cual el derecho de cada uno se extendía sobre una mayor parte de bienes si disminuían los miembros de aquél, pudiendo llegar en su caso al total de la herencia.

En opinión de Robbe esta idea está en contra de la máxima romana *duorum in solidum dominium esse non potest,* y los

argumentos a favor artificiosos, por lo que deben ser rechazados pues de lo contrario nos llevarían a negar en época clásica el propio derecho de acrecer en el condominio al igual que se negaba en el antiguo *consortium domesticum* romano.

Asimismo, Robbe confirma su opinión de que en las fuentes no se hace referencia alguna al *concursus*[224], cuya única función fue la formación de las cuotas cuando varias personas participaban de un mismo derecho sin determinar la partes, y es esta finalidad la recogida por los jurisconsultos romanos, si bien únicamente tenía sentido cuando a los copartícipes les eran atribuidas desde el principio partes bien determinadas, así lo afirma respecto a los *sui heredes* en el antiguo *ius civile*. En este sentido, manifiesta que si el derecho de cada uno fuese desde el principio integral, aunque fuese potencialmente, de manera que si quedase una cuota libre, la del que quedaba aumentase *ipso facto* hasta restablecer la propiedad solidaria, necesaria e inevitablemente se debería negar el derecho de acrecer.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Negada la teoría mayoritaria, Robbe expone la propia presentándola como la estructura jurídica natural, lógica y legítima del *ius adcrescendi*, en concreto hace referencia al modo de adquisición propio en la accesión.

[224] En el mismo sentido se expresa, P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II, op.cit.*, p. 16; P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI, op.cit.*, pp. 833 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, *op.cit*, pp. 436 a 440); G.SEGRÈ, "Sulla natura della comproprietà in diritto romano", en *RISG, VIII, op.cit.*, pp. 195 y ss-337 y ss.

En este sentido, Robbe[225] sostiene la analogía entre los dos fenómenos jurídicos del acrecimiento y la accesión como se demuestra en las fuentes romanas clásicas a propósito de los incrementos fluviales donde para explicar la accesión se utiliza con frecuencia el verbo *adcrescere*[226]; así, sobre la terminología afirma que se corresponde plenamente el significado literal de los dos términos, *accrescere* y *accedere*, pues los dos indican incremento o aumento en general[227]. De igual forma, confirma dicha analogía la identidad de naturaleza del derecho que se reconoce en ambos fenómenos jurídicos, en tanto que la accesión así como el acrecimiento se encontraban estrechamente ligados a un derecho

[225] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 55 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 158. En el mismo orden de ideas, sostienen que el derecho de acrecer es la ampliación de un derecho propio A.SCHEURL, *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechtn*, Erlangen, 1884, pp. 26 y ss-109 y ss.; G.SEGRÈ, "Sulla natura della comproprietà in diritto romano", en *RISG, VIII, op.cit.*, p. 337. Esta teoría no es negada ni desaprobada por P.BONFANTE, si bien opina que el acrecimiento general no es un aumento natural y espontaneo del propio derecho, sino la adquisición de un derecho ajeno que quedaba vancante, *vid.* P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI, op.cit.*, pp. 833 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso", op.cit*, pp. 436 y ss.).

[226] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 57 (nota 1); E.BOSCH CAPDEVILLA, "El concepto de derecho de acrecer", en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I, op.cit.*, p. 675; E.BOSCH CAPDEVILLA en *L'acreixement en el dret successori català, op.cit.*, pp. 13-14. D. 7, 1, 33, 1; D. 12, 4, 12; D. 19, 1, 13, 14; D. 41, 1, 30 pr.; D. 41, 1, 56 pr.

[227] Respecto a los término *accedere* y el *ius adcrescendi vid.* C.ACCARIAS, *Précis de droit romain: contenant avec l'exposé des principes generaux, le text, la traduction et l'explicaton des Institutes de Justinien, I, op.cit.*, pp. 636 y ss. ; W.M. ROSSBERGER, *Ius adcrescendi ex fontibus, op.cit.*, pp. 1 y ss.; U.RATI, "Rinascita della proprietà in tema di accessione", en *Studi Bonfante, I,* Milano, 1930, pp. 265 y ss.; G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano, op.cit.*, pp. 90 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 168 y ss.

real actuado o que había de actuarse inmediatamente que implicaba esencialmente y en todo caso una *communio*. Lo que viene explicado de la siguiente manera: el derecho de acrecer era para la *communio* lo que la accesión era para la propiedad.

Finalmente, respecto al fundamento y la naturaleza jurídica, Robbe afirma que tanto el *ius adcrescendi* como la accesión eran el resultado indispensable e imprescindible de los dos concurrentes caracteres fundamentales y esenciales de la propiedad romana y, en consecuencia también de la copropiedad: la elasticidad y la propiedad absorbente[228].

Como consecuencia de estas dos características, en cualquier situación de *communio* cuando dos o varios sujetos, cotitulares de un mismo y único derecho, aun limitados a una parte bien determinada, si uno por cualquier motivo faltaba dejando su cuota vacante, las de los otros no encontrando otros vínculos u obstáculos se expandían inevitablemente sobre el derecho ajeno *ipso iure*, por el efecto automático de la elasticidad propia de todo derecho real hasta que encontraba nuevos vínculos u obstáculos[229].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[228] V.SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano, I, op.cit.*, pp. 268 y ss.-441 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte I,* pp. 243 y ss.-*parte II, op.cit.*, pp. 90 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 240 y 261 ; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 180; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 211 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, I, op.cit.*, pp. 616 y ss.; G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano, op.cit.*, pp. 83 y ss.

[229] U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV, op.cit.*, pp. 91-92.

Respecto a la virtud absorbente de la propiedad romana significa que a través de ella se atraía la adquisición del derecho dejado libre, efectuándose el lógico y legítimo reabsorbimiento de éste en el derecho ampliado formando un todo único, además, todo lo expuesto debe ser relacionado con la idea de *communio* romana a fin de explicar el derecho de acrecer.

En conclusión, Robbe afirma la equivalencia entre la accesión y el *ius adcrescendi* pues ambos se configuraban como una ampliación natural y espontánea del propio derecho, esencialmente de naturaleza real, lo que llevaba automáticamente a la inmediata adquisición y reabsorción de un derecho ajeno que había quedado vacante.

Se muestra a favor de esta teoría Campani[230] al afirmar que el derecho de acrecer tenía carácter real, lo que se puede observar en el hecho de que la cuota vacante se añadiera no a la persona sino al resto de cuotas. A tal efecto, toma como base el supuesto de un coheredero que había vendido la herencia adquirida y, después de dicha venta se verificaba el acrecimiento, planteándose si el aumento favorecía al vendedor o al comprador. Campani resuelve la cuestión manifestando que en primer lugar la cuota vacante pertenecía siempre al vendedor en virtud del principio *semel heres, semper heres*; ahora bien, éste debía ceder siempre al comprador con la acción de la venta la porción acrecida, pues el objeto de la venta comprendía todo sucesivo emolumento proveniente incluso

[230] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, pp. 30 y ss.

del *ius adcrescendi*, además, como derecho real la cuota vacante debía necesariamente, salvo cláusula contractual en contra, acrecer por necesidad a quien ya tenía el resto de la herencia, en este caso, el comprador[231].

Una vez dado el concepto y establecido el régimen jurídico del acrecimiento mantenido por Robbe debemos hacer referencia a la nota más característica de esta teoría, esto es, la utilización en ciertas ocasiones en las fuentes del término acrecer en su sentido literal de aumento, nos referimos al fenómeno de la accesión, que como demostraremos no debe ser confundido con nuestro instituto, pues no es más que una falsa analogía, pues no es lo mismo un modo de adquirir derecho reales –la accesión– y el acrecimiento[232].

A este respecto, Pugliese[233] aun admitiendo ciertos elementos comunes, niega que la accesión y el acrecimiento pudieran reputarse como dos aspectos de un mismo fenómeno, para ello sostiene que la accesión implicaba la disminución de determinados límites materiales de la cosa provocando su unión, mientras que el acrecimiento significaba la disminución de determinados límites ideales de un derecho, lo que resultaba por tanto que la accesión era la unión material de dos cosas y el acrecimiento la unión ideal de dos derechos. Además, este argumento se apoya en las fuentes que utilizan el verbo *adcrescere* no en todas las accesiones sino

[231] D. 18, 4, 2; D. 18, 4, 2, 4.

[232] A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 607.

[233] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, p. 317.

únicamente en los incrementos fluviales, el aluvión[234] y en la *insula in flumine nata*, como se observa en el texto genérico de las fuentes D. 12, 4, 12.- *quod adcrevit rei donatae.*

En este orden de ideas, Scognamiglio[235] sostiene que la accesión, según una correcta perspectiva, debe distinguirse del acrecimiento; así, no es posible establecer una analogía entre ambos institutos jurídicos pues por accesión, como afirma la doctrina, debemos entender un modo de adquirir o un incremento objetivo de un derecho real preexistente con fundamento en la expansión natural de un derecho, lo que se distingue de la razón de ser que sustenta el acrecimiento[236].

Asimismo, Biondi[237] niega el fundamento del derecho de acrecer en el concepto de derecho real de condominio, pues el heredero sobre la herencia no tenía un derecho real y la propia herencia comprendía entidades incorporales incluso pasivas. En el mismo sentido, sostiene como falsa la analogía entre acrecimiento y accesión, debido a la diversidad de derechos sobre los que recae, en la accesión se adquiría cualquier cosa que pertenecía a otros o que era *nullius*, mientras que en el derecho de acrecer tenía lugar la extensión de un derecho potencialmente ya asumido. Ahora bien,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[234] S.RICCOBONO, "Nota sulla doctrina romana dell'alveo abbandonato", en *Studi Schupfer*, Roma, 1975, pp. 215 y ss.

[235] R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 5 (nota 5).

[236] L.BARASSI, *Diritto reali e possesso, I*, Milano, 1952, pp. 310 y ss.; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 607.

[237] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 435 (nota 1).

Biondi sí acepta una analogía con la elasticidad de la propiedad romana, como se afirma en la tesis de Robbe, así, ésta podía ser comprimida por límites, pero disminuyendo tales causas su poder se manifestaba en todo su esplendor pues se trataba de un derecho potencialmente absoluto; igualmente en la comunidad jurídica si faltaba alguno de los participantes el poder de los que quedaban se expandía automáticamente sobre el total, porque era atribuido por entero a todos[238].

Ahora bien, a la teoría de Robbe realiza una reprobación general Betti[239] en su recensión a la obra más importante de aquél sobre el derecho de acrecer; en este sentido toma como punto de partida la nota más esencial de la misma que se refleja en la aseveración "el *ius adcrescendi* tenía lugar cuando un mismo objeto de un derecho de naturaleza real, o ya actuado (condominio, usufructo) o que había de actuarse inmediatamente (comunidad hereditaria, legados *per vindicationem* y *per praeceptionem*) pertenecía al mismo tiempo a dos o más personas, de modo que si alguna de éstas renunciaba o no adquiría, la cuota que quedaba vacante acrecía automáticamente a la que ya pertenecía a los otros sujetos", el fallo de esta afirmación se encuentra precisamente en que el autor no se plantea la intrínseca diferencia entre las dos hipótesis de un derecho real ya actuado, y aquél que ha de

[238] En el mismo sentido se expresa J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 861 (nota 804).

[239] E.BETTI en su recensión a U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, en *BIDR, LI-LII, op.cit.*, pp. 433 y ss.

actuarse[240], además de despreciar las dificultades que constituían las situaciones de comunidad hereditaria, que no se pueden solucionar manifestando que ésta conllevaba la realización de un derecho de propiedad, pues que la llamada hereditaria otorgara el título a la *successio in ius*, no significaba que tal *successio* se agotará con la adquisición de un derecho real, como si la herencia fuese una cosa. La sucesión era y es mucho más, así, afirma Betti que "quien profundiza en la misma advierte inmediatamente la necesidad de superar la comunidad en el derecho adquirido para llegar a una comunidad en la relaciones cualificantes"; esta relación cualificante –la comunión y la llamanda conjunta– debía ser reconducida conceptualmente al momento de la adquisición, lo que viene a significar que no podía limitarse al derecho real ya actuado, que Robbe utiliza en su teoría para dar cuenta del mecanismo y funcionamiento del acrecimiento, sino que se debía asistir al momento genético de la comunión calificante o de la llamada común, incluso en el supuesto del condominio a consecuencia de su figura más antigua, cual era el *mancipium* justificado en una relación de fraternidad natural o espiritual.

Asimismo, Betti niega otra afirmación esencial de la teoría de Robbe y es aquélla referida a la accesión, así, otorga un carácter

[240] En este mismo orden de ideas R.SCOGNAMIGLIO en *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 66 afirma que debe negarse la idea que fundamenta el acrecimiento en un derecho real sobre el presupuesto de la unión de dos o más sujetos, pues esta concepción no tiene base ni en el Derecho romano ni en el actual, pues la regla según la cual el derecho de acrecer surgía de un derecho de naturaleza real ya actuado (condominio, usufructo) o que debía actuarse inmediatamente (herencia, legados con efectos reales) no es posible por la diferencia jurídica entre estas dos hipótesis.

instructivo a la comparación entre acrecimiento y accesión a fin de conocer el mecanismo del primero que es un autoacrecimiento del propio derecho, si bien superada esta superficial semejanza establece una diferencia de fundamento; en este sentido, la accesión dependía del principio de atracción necesaria, propio de la propiedad arcaica en los fundos, semejante a la soberania territorial, y venía a significar que todo cuanto se incorporaba al suelo caía sin posibilidad de pacto en contra bajo el dominio del suelo, por el contrario, el derecho de acrecer dependía de la legitimación de la adquisición, ya resultase de la posición del participe en una comunidad o, de una llamada conjunta a un mismo objeto, pues tanto la comunidad como la llamada conjunta eran virtualmente al total, provocando un concurso entre varios sujetos que determinaba el reparto de la cuotas, de manera que viniendo a faltar un miembro de éste las cuotas vacantes correspondían a los que participaban en la comunión o en la llamada.

Así, Betti sostiene que el trabajo de Robbe está tan concentrado en el mecanismo formal del acrecimiento que no llega a reconocer la importancia de las relaciones cualificantes que conformaban su legitimación; de aquí deriva su rechazo a la teoría que busca el origen del acrecimiento en la estructura arcaica del condominio, en el cual cada uno de los participes estaba legitimado al *solidum,* que es precisamente, en opinión de Betti, el fundamento de nuestro instituto.

Otra consecuencia de la omisión en la investigación de Robbe de las citadas comunión o llamada conjunta, esto es, de las

relaciones cualificantes como parte del derecho de acrecer aparece, en opinión de Betti, una vez que se pone todo el peso de nuestro instituto en el fenomeno de la elasticidad y en la absorción característica de los derechos reales.

Por todo lo expuesto, la conclusión de Betti es demoledora para la teoría de Robbe, al afirmar que la falta de una visión general de las relaciones cualificantes se hace sentir a lo largo de toda ella, lo que da como resultado una investigación corta y estrecha.

En nuestra opinión, Betti acierta plenamente cuando desestima la opinión de Robbe sobre los derechos reales y el fundamento y la naturaleza de nuestro instituto, afirmando que por el contrario el mismo se verificaba en función de la legitimación de la adquisición, derivada de una situación de comunidad o, de una llamada conjunta a un mismo objeto que eran virtualmente al total, creándose con ello un concurso efectivo para la distribución de cuotas y, viniendo a disminuir el mismo la cuota que quedaba libre acrecía a los que quedaban en proporción a sus propias porciones.

En el mismo orden de ideas, nos mostramos a favor de la opinión de Pérez Simeón[241] cuando afirma que la propuesta de Robbe no es convicente, esencialmente porque no tiene apoyo alguno en las fuentes romanas, pues no existen fragmentos que demuestren que los juristas romanos enfocaran el acrecimiento desde la perspectiva de los derechos reales.

[241] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 46 (nota 79).

1.2.- Teorías que niegan el carácter unitario

1.2.a.-Teoría de Bonfante: dos tipos de acrecimiento

Entre los autores que defiende una visión plural del derecho de acrecer destacamos la tesis que sobre el mismo presenta Bonfante[242], en la cual distingue entre un acrecimiento general y típico del Derecho romano, presente en la herencia y en la *communio* fundamentado en el título personal de heredero, que era el presupuesto para la adquisición patrimonial y en su origen además de la sucesión en la potetad soberana de la familia, y un acrecimiento especial establecido por la llamada en conjunto a la herencia y al legado realizada por el testador, basado por tanto únicamente en su voluntad.

A esta tesis, profundamente ligada a la idea sobre el origen histórico y el concepto dogmático de la herencia romana de

[242] P.BONFANTE, "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI, op.cit.*, pp. 837 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso", op.cit*, pp. 440 y ss.); P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV, op.cit.*, pp. 131 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 101 y ss.); P.BONFANTE, "Le critiche al concetto dell'originiara eredità sovrana e la sua riprova", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 224 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 316 y ss.

Bonfante, se adhieren plenamente autores como Solazzi[243], Albertario[244], Di Marzo[245], Longo[246] y SanFilippo[247], entre otros[248].

1.2.a.1.- Acrecimiento general, necesario, típico de la sucesión romana y acrecimiento especial

Con relación a la primera forma de acrecimiento Bonfante[249] sostiene que era general, necesario e independiente de la voluntad del *de cuius*, siendo el instituto normal en la herencia romana, y su fundamento la naturaleza del derecho hereditario.

[243] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 16 y ss.

[244] E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano*, *op.cit.*, pp. 213 y ss.

[245] S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 432 y ss.

[246] G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano*, *op.cit.*, p. 438.

[247] C.SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Napoli, 1946, p. 28.

[248] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I*, *op.cit.*, pp. 377-378. Sigue la teoría de P.BONFANTE aun con matices P.BELTRÁN DE HEREDIA en "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX*, *op.cit.*, pp. 1104 y ss.

[249] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 316; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 457. Respecto a este acrecimiento necesario R.SCOGNAMIGLIO en *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 28, sostiene que es el fundamento general del *ius adcrescendi* romano, incluso en el supuesto de existir una llamada en conjunto realizada por el testador, no obstante, este autor se muestra contrario a la tesis de P.BONFANTE exponiendo que la misma rompe arbritariamente la unidad inegable del fenomeno del acrecimiento.

Respecto al acrecimiento especial, al contrario que en el supuesto anterior, era dependiente de la voluntad del difunto[250], de aplicación común fuera del ámbito hereditario, por lo tanto, excepcional en éste, que se verificaba en la llamada cumulativa, *in solidum*, de varias personas en la misma cuota, denominada *coniunctio*, estableciéndose las partes por medio de un concurso establecido entre los llamados pues el difunto no había determinado nada.

En este sentido, según su opinión en realidad el acrecimiento tenía su legítima y simple explicación en la teoría que se desarrollaba sobre el concepto de la sucesión hereditaria. Los sucesores llamados a la herencia eran investidos de un derecho y de un título personal, el título de heredero y a consecuencia del mismo entraban en el patrimonio, así, al igual que el patrimonio era devuelto por entero al único heredero instituido incluso en el caso de asignación a una sola cuota, si faltaba alguno entre varios herederos, el coheredero o coherederos que quedaban extendían su derecho *ipso iure* sobre el total del patrimonio, pues al estar provistos del título de heredero, únicamente ellos podían tener derecho al patrimonio[251].

[250] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 316.

[251] Llegados a este punto P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 323, hace referencia al significado primitivo de la herencia, reconduciendo el título de heredero a la sucesión en la potestad soberana y a su analogía con la colegialidad de la magistratura romana, donde si renunciaba o moría el colega, el otro asumía el total de la autoridad, sin necesidad de una nueva investidura.

1.2.a.2.- Reacciones críticas a la opinión de Bonfante

En primer lugar, debemos hacer referencia a la opinión que al respecto de estos dos tipos de acrecimiento realiza Beltrán de Heredia[252] , en este sentido, construye una teoría ecléctica tomando como referente la certeza inicial de la tesis de Bonfante respecto al acrecimiento, si bien a continuación sostiene que no había una verdadera incompatibilidad entre ellos. Así, en el acrecimiento por llamada conjunta o voluntario se podía subsumir el necesario, de tal manera que, si no existiese tal conjunción en la delación, el derecho de acrecer se verificaría igualmente, automática y necesariamente a todos los coherederos, siendo la conjunción una simple superposición que daba lugar a una preferencia en el derecho de acrecer para algunos herederos para después pasar a los demás. Es a partir de aquí cuando entran en juego elementos de la tesis mayoritaria, al poner de manifiesto que las dos clases de acrecimiento planteadas por Bonfante no eran completamente diferentes y opuestas entre sí, pues entonces se rompería la unidad del fenómeno, al contrario, ambas tenían el mismo fundamento que no era otro que la totalidad a la herencia como consecuencia de la atribución de un título personal de heredero, con la única particularidad de la preferencia en la *coniunctio*.

[252] P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1106-1107.

A pesar de las diferentes adhesiones a esta teoría la mayoría de la doctrina continúa manteniendo, como afirma Vaccaro[253], la sustancial unidad de concepto y de fundamento de las dos diversas formas de acrecimiento.

En este sentido, la crítica de Vaccaro[254] a la teoría de Bonfante va encaminada a destacar que en realidad el derecho de acrecer en todas sus aplicaciones reposa sobre el mismo principio que tiene carácter universal, así, cada vez que un sujeto era llamado a una misma situación jurídica, potencialmente tenía la plenitud de la situación, derivando la división del número de personas que concurrían con él; trasladando esta afirmación al derecho hereditario, cada vez que había herederos llamados conjuntamente, bien por ley, bien por el propio testador, a una misma cosa, eran potencialmente titulares de todo y, disminuyendo por cualquier cusa el concurso entre coherederos los titulares que quedaban expandían su derecho hasta el total.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Asimismo, Vaccaro rechaza la teoría de Bonfante respecto a nuestro instituto al distinguir dos tipos de acrecimiento, uno

[253] R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 52 y ss., mantiene absolutamente la unidad del concepto de acrecimiento, si bien asimismo sostiene que por claridad expositiva se pueden asumir las dos supuestas especies de nuestro instituto entendidas como dos posturas diferentes de un mismo instituto. En concreto hace referencia al acrecimiento voluntario y al acrecimiento necesario, conceptos que vienen referidos a la voluntad o no del testador pero no al acrecimiento que por su propia naturaleza era siempre necesario.

[254] R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 85 y ss. En el mismo sentido se expresa B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 434 y ss.

general, necesario, independiente de la voluntad del difunto, y otro excepcional en la herencia resultante de la *coniunctio*. A esta afirmación Vaccaro argumenta que en realidad en la sucesión hereditaria, fuese testada o intestada, la llamada, *ope legis*, por necesidad jurídica era virtualmente al total en función de su naturaleza unitaria, lo que viene confirmado por dos principios, en primer lugar, no era posible que el heredero, cualquiera que fuese la causa de su llamada cumpliera una aceptación parcial, incluso instituido en más de una cuota[255], así, como la aceptación y la vocación eran virtualmente directas al total cuando al heredero que había aceptado le era deferida otra cuota de la misma herencia no era necesaria una nueva aceptación ni por tanto podía tener lugar la renuncia[256]; en segundo lugar, el testador no podía dejar parte de la herencia sin asignar entre los coherederos, al igual que no podía asignar a un único heredero una sola parte de as, pues en contra de la expresa voluntad del testador el heredero o herederos adquirían el total, así, si el testador había instituido al heredero *excepta re certa* o *ex certa re*, la jurisprudencia consideraba como no escrita tal mención, atribuyendo al heredero contra la efectiva voluntad del testador, el total de los bienes hereditarios[257].

Así, la tesis de Bonfante sobre una doble diversidad de fundamento desaparece, pues en definitiva el acrecimiento se

[255] D. 29, 2, 1; D. 29, 2, 2; D. 29, 2, 10; D. 29, 2, 80; C. 6, 30, 20; C. 6, 51, 1, 10b.

[256] D. 29, 2, 76; D. 29, 2, 35 pr.; D. 29, 2, 52, 1; D. 29, 2, 53 pr.; D. 29, 2, 53, 1; D. 29, 2, 80, 1.

[257] D. 28, 5, 1, 4; D. 28, 5, 9, 13; D. 28, 5, 75(74); D. 28, 6, 41, 8.

verificaba por una única razón, que varios coherederos tenían derecho al total del patrimonio, con independencia e incluso contra la voluntad del disponente; la única diferencia venía dada porque la llamada al patrimonio tenía lugar necesariamente *ope legis*, o bien en el supuesto de la *coniunctio* por voluntad del testador, mientras en el primer caso el *ius adcrescendi* se verificaba para todos los herederos, en el segundo se seguía el criterio de la llamada conjunta. Incluso si el testador había hecho distribución de cuotas, ésta se tendrá en consideración como criterio de división pero el derecho de cada uno continuará eventual y potencialmente por voluntad de la ley extensible al total.

Estas diferencias se explican en opinión de Vaccaro, no como hace Bonfante en diferentes institutos, sino como una duplicidad de aspectos de un único instituto, concepto o fundamento, como se afirma en los fragmentos recogidos en D. 32, 80, D. 7, 2, 1, 3, D. 7, 2, 3 y *Frag.Vat*. 79.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Así, el único valor que le otorga Vaccaro a la tesis de Bonfante es su explicación del acrecimiento necesario en el título de heredero, del que es consecuencia la atribución del patrimonio, de manera que, al igual que aquél es indivisible éste era atribuido por entero potencialmente a todos los herederos; de esta aseveración emerge la incompatibilidad entre las dos formas de delación, así, en definitiva se afirma que el acrecimiento necesario se explicaba en función de la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Con relación a esta polémica doctrinal, Guarino[258] en su recensión a la monografía de Vaccaro mantiene una posición ecléctica, al sostener que la misma goza de aceptables razones desde un punto de vista dogmático pero falla bajo su aspecto histórico; en este sentido, sostiene que a la tesis de la unidad del instituto acrescitivo le falta esencialmente dicha prospectiva histórica, que es el gran mérito de Bonfante, incluso negando su proposición sobre la originaria naturaleza de la *hereditas*. Así, se muestra de acuerdo con reducir a la unidad el acrecimiento necesario y el acrecimiento voluntario pues en uno y otro caso una cuota acrecía al coheredero al ser atribuida *in solidum* con otros coherederos, ahora bien, no encuentra satisfactoria las razones de Vaccaro para afirmar que en la herencia testamentaria, faltando la *coniunctio*, la cuota del que renunciaba debía acrecer a los coherederos incluso si el testador no lo había previsto, no lo había querido e incluso había dispuesto expresamente lo contrario.

En este sentido, Guarino admitiendo que la *coniunctio* fuese originaria y conatural al acrecimiento, manifiesta que se podría suponer que faltando aquélla la cuota del renunciante acrecía necesariamente al resto de coherederos testamentarios, si bien también se debe tomar en consideración que una disposición contraria al derecho de acrecer debía tener algún valor. Sin embargo, aun faltando la *coniunctio* el acrecimiento tenía lugar *etiam ignorante et invito testatore*, lo que significa que se debe concluir que en una primera fase nuestro instituto era necesario,

[258] A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario*

mientras que en una segunda fase pudo ser corregido indirectamente mediante la *coniunctio*. Por lo tanto, en su opinión es evidente que se produjo una estratificación de los dos estados del acrecimiento, lo que no difiere demasiado de la tesis defendida por Bonfante, llegándose a preguntar cuál es la diferencia sustancial que presenta Vaccaro bajo el punto de vista dogmático, salvo su alejamiento de la prospectiva histórica diseñada por Bonfante.

Asimismo, Biondi[259] considera infundada la doble distinción del acrecimiento, pues tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada encontramos un acrecimiento necesario e independiente de la voluntad del difunto. Esta afirmación está clara respecto a la sucesión *ab intestato*, si bien respecto a la testamentaria podemos encontrar diferentes supuestos, aun sin perder el referente de la necesidad jurídica de nuestro instituto; en primer lugar, sirva como ejemplo una disposición testamentaria por mitad de una herencia sin disponer nada para el resto, en este caso, se presupone la voluntad del disponente de querer atribuirle la cualidad de heredero, universal por su propia naturaleza, de manera que, sin límites a su derecho adquiría el total en virtud de la delación, en este supuesto se puede argumentar que se prescinde de la voluntad efectiva que no estaba en la base del acrecimiento; ahora bien, en otros casos

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

romano de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 304.

[259] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 224 y ss. Asimismo, B.BIONDI en *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 434 y ss., también hace referencia a acrecimiento propio e impropio si bien determina con claridad la unidad de concepto y naturaleza de nuestro instituto, por lo tanto, el uso de tales concepto vendría por razones de precisión terminológica.

también en la sucesión testamentaria respecto al derecho de acrecer la voluntad del testador se tomaba en consideración a través de la *coniunctio.* A partir de estas premisas, en contra de la teoría de Bonfante, sostiene que no se puede calificar al acrecimiento con base en la *coniunctio* como subordinado y especial, pues en todos los casos en que se verificaba el acrecimiento eran iguales los presupuestos así como los efectos derivantes del mismo circunscritos a la adquisición de la cuota vacante, pues nuestro instituto en todas sus aplicaciones tenía el mismo concepto y, en consecuencia, la misma aplicación universal.

Continuando con otras objeciones a la teoría de Bonfante, destacamos a Robbe[260] quien afirma tajantemente que las dos formas de *ius adcrescendi* romano no existían absolutamente como así lo afirman las fuentes. En este sentido, Robbe se opone absolutamente a los argumentos utilizados para fundamentar la primera forma del derecho de acrecimiento, el denominado como típico, así, cuando Bonfante sostiene que el aumento pertenecía siempre a quien era investido del título de heredero no está explicando nada, pues es claro que una persona debía estar provista necesariamente de un derecho o de un título personal como era el caso del heredero en el ámbito hereditario, si bien esto no era de particular verificación en la llamada primera forma acrecimiento sino común a cualquier tipo de *ius adcrescendi*.

[260] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 17 y ss.

De esta exposición podemos deducir la siguiente aseveración, nuestro instituto por su naturaleza jurídica presupone siempre la existencia de un título precedente, que unido a determinadas circunstancias da lugar a que una cuota aumente.

Igualmente, si seguimos con la crítica de Robbe, otro argumento de Bonfante rebatido es que la atribución del patrimonio hereditario a quien estaba provisto del título de heredero únicamente sirve para explicar la devolución de aquella parte del patrimonio específicamente asignada por el testador, o la extensión *ipso iure* del derecho del heredero sobre el total de la herencia cuando existía una institución hereditaria sin determinación de parte, pero no pueden explicar en modo alguno la atribución de todo el patrimonio hereditario a quien había sido instituido únicamente en una cuota, pues en opinión de Robbe el carácter básico de soberanía desde sus orígenes ha sido siempre el territorio, dentro del cual se ejercita y se desarrolla el poder, principio que en este caso quedaría quebrado, por tanto, sostiene finalmente respecto a esta modalidad de acrecimiento que, aun dejando a un lado el rechazo doctrinal mayoritario a la tesis que respecto a la herencia realiza Bonfante[261], las ideas expuestas serían suficientes para no aceptar la concepción sobre el *ius adcrescendi* denominado típico o general.

Ahora bien, debemos realizar el mismo ejercicio expositivo respecto al derecho de acrecer especial basado en la *coniunctio*, en este sentido, Bonfante lo presenta en el derecho hereditario casi

[261] *Vid*. U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 18 (nota 1), así como los autores citados.

como una derogación y una limitación del acrecimiento general, que tendría en los legados un campo de aplicación práctico más basto y de importancia mayor, donde no existía el acrecimiento típico y general de la herencia. A partir de esta argumentación muestra Robbe su opinión favorable a su absoluta ineficacia, así, afirma su inexistencia en los legados porque en los mismos la *coniunctio* no desarrolla una mínina necesaria función; en este sentido, en el legado *per vindicationem*, tenía lugar el *ius adcrescendi* siempre incluso cuando la cosa fuese legada a dos o más personal llamadas *disiunctim*, tal como se afirma en *Gai* 2, 199 y *Tit.Ulp*. XXIV, 12; por el contrario, en el legado *per damnationem*, por su propia naturaleza, se excluía el derecho de acrecer incluso si la cosa era legada a dos o más persona *coniunctim*, como se observa en *Gai* 2, 205 y *Tit.Ulp*. XXIV, 13.

En este mismo orden de ideas, Pugliese[262] afirma que la tesis de Bonfante respecto al acrecimiento no es satisfactoria pues sus apoyos se encuentran en teorías que no son pacíficas o demostradas, así, no resuelve el problema pues hace referencia a como se obtenía una cuota vacante y no a cuales eran las razones para hallar el modo de distribuirlas, además Bonfante exagera la importancia de la *coniunctio* en sede testamentaria y por el contrario descuida el estudio del acrecimiento entre legatarios *per vindicationem* que tenía lugar sin el citado llamamiento en conjunto.

[262] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 317.

1.2.b.- Teoría plural de Arangio-Ruiz y Voci

Esta teoría sobre la naturaleza jurídica de nuestro instituto otorga una diferente explicación en cada uno de los campos de aplicación del mismo; respecto a ésta, podemos encontrar sus orígenes en la Glosa[263], tal como afirma Robbe[264], y si bien es seguida por algunos celebres romanistas, Arangio-Ruiz[265] y Voci[266], entre otros[267], no es tan común como la tesis unitaria.

En este sentido, la idea fundamental se encuentra en la disparidad de razones para la verificación del *ius adcrescendi*, así, surgía en la herencia testamentaria del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; en la herencia intestada de la imposibilidad de una sucesión parcial; en los legados, de la llamada en conjunto o *coniunctio* de varios legatarios; y en el condominio de su primera concepción colectivista, esto es,

[263] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 405 y ss.

[264] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 5.

[265] V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 230 y ss.-529 y ss.

[266] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 729 y ss.; P.VOCI, *Il diritto romano, III, Diritto privato*, Milano, 1946, p. 263.

[267] Th.KIPP, *Das Römischen Recht*, Berlin, 1930, p. 304; H.SIBER, *Römisches Recht, II*, Berlin, 1928, p. 347; V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie, op.cit.*, pp. 471 y ss.

de la idea de extensión potencial de cada uno de los condóminos hasta abarcar el total de la cosa.

Desde una visión general, Arangio-Ruiz y Voci en sus respectivas tesis perfilan las citadas afirmaciones sobre el derecho de acrecer al distinguir el que se verificaba entre herederos testamentarios calificado por la incompatibilidad de los dos tipos de delación, el acrecimiento que se daba entre herederos intestados impuesto por la falta de *successio graduum,* el que tenía lugar entre legatarios explicado ahora sí por la llamada en conjunto y, por último, el acrecimiento entre condóminos al cual Arangio-Ruiz concede las características de la primitiva concepción colectivista del condominio[268].

Con relación a la teoría planteada, Voci[269] afirma que en el ámbito de la sucesión testamentaria debía distinguirse el *ius adcrescendi* puro y simple de aquél que venía del régimen de la *coniunctio.* En el primer caso, el acrecimiento se verificaba en función de la estructura del testamento civil y de su relación con la regla romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; diferente fundamento tenía el derecho de acrecer si procedía de la *coniunctio*, que se encontraba relacionado con el modo en que se había dispuesto la *heredis institutio*.

[268] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 317.

[269] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 731 y ss.

Continuando la opinión de Voci, respecto a los legados presenta dos casos opuestos, así, se verificaba el acrecimiento cuando había un legado *per vindicationem* y una llamada *coniunctio*, negándolo en el caso contrario. La razón venía porque el legado *per vindicationem* era fuente de copropiedad y, por lo tanto, un instituto que admitía el acrecimiento; asimismo, la *coniunctio* era requerida para la aplicación de nuestro instituto como principio general, pues la normativa general de la herencia no tenía cabida aquí. Por el contrario, se negaba en el legado *per damnationem* al ser un legado de obligaciones.

La conclusión de Voci en los legados es que no existía principio general alguno del derecho hereditario del cual se pudiese extraer la verificación o no del *ius adcrescendi*, bien al contrario, era la naturaleza de los derechos que surgían de los varios tipos de legados los que determinaban dicha posibilidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el campo de la sucesión intestada, el fundamento del acrecimiento estaba en que ante la presencia de llamados de una clase se excluía a los de la clase sucesiva, esto es, en el *ius civile* el agnado próximo descartaba al sucesivo, al igual que sucedía en la *bonorum possessio*; de tal manera que, en un caso y en el otro, si alguno de los llamados de la misma clase o grado no aceptaban, su cuota dejada libre se destinaba a aquéllos que asumían su parte.

Con relación a la *coniunctio*, Voci afirma que con este modo de delación hereditaria un grupo de personas relegaba a otras personas en el llamamiento que daba lugar a la verificación en su caso del acrecimiento. Respecto a esta llamada en conjunto, el autor

italiano niega la teoría tradicional que explica el acrecimiento a partir de la llamada potencial de cada heredero al todo, pues en su opinión esto hace referencia únicamente a la *coniunctio* y no a la sucesión en general[270].

Sin embargo, estas teorías basadas en la pluralidad de fundamentos del derecho de acrecer como sostiene Pugliese[271] no explican nuestro instituto de forma satisfactoria pues no dan razones al hecho de que en todos los casos se aplicaban los mismos principios[272].

Asimismo, se muestra crítico con ellas Robbe[273] al considerarlas completamente faltas de fundamento, así, afirma que si un mismo fenómeno es común a varios institutos, verificándose en los mismos de manera general y con características similares, esto no puede ser causado más que por una evidente razón común a los diferentes institutos jurídicos. El problema surge en buscar dicha razón.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[270] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p 732 (nota 7).

[271] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 317.

[272] Respecto a estas teorías que relacionan el *ius adcrescendi* y a las dos clases de delación debemos tomar en consideración la afirmación de P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 322,.en el sentido de que únicamente los autores más cautos y menos proclives a la abstracción prefieren renunciar a toda explicación respecto a la unidad del derecho de acrecer manifestando que en la sucesión testamentaria dependía de la máxima romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, y en la herencia intestada de la imposibilidad de tener una sucesión parcial.

[273] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 5 y ss.

A este respecto Robbe realiza una extensa reprobación a esta tesis en cada uno de los diferentes institutos, comenzando por la sucesión testamentaria y la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* afirma que la indiscutible incompatibilidad de las dos delaciones era únicamente relativa, simple y directa consecuencia del antiquísimo y originario principio fundamental del derecho hereditario romano *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, así, hace referencia a las numerosas excepciones al principio de la incompatibilidad derivadas o en estrecha relación con los límites de la desheredación impuestos al *paterfamilias*, en especial la recogida en *Gai* 2, 124[274] a los *sui* preteridos por el testador.

Por lo tanto, en su opinión es suficiente formular las posibles hipótesis que se verificaban para entender no sólo teórica sino prácticamente el significado y el exacto valor de la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; los sucesores intestados, en la parte residual del as hereditario no deferida a ninguno por el testador eran los *sui heredes*, así, si éstos eran regular y nominativamente desheredados por el *paterfamilias* el testamento era válido, en consecuencia, los *sui heredes*, aunque otro *suus* o un extraño fuese instituido *pro parte* quedaban excluidos

[274] *Gai* 2, 124.- *Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum: sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in uirilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres. quae de filia*

porque ésta era la clara voluntad del padre. En cambio, si los *sui heredes* eran preteridos el testamento era completamente nulo, y el otro *suus* o el extraño no tenía ni siquiera derecho a la parte a la cual había sido instituido por el testador. Al contrario, si no hay preterición de *sui heredes*, el *suus* o el extraño instituido únicamente *pro parte* recibía hasta el total de la herencia según se observa en los siguientes textos de las fuentes D. 28, 5, 13, 2; D. 28, 5, 13, 3 y I. 2, 14, 5[275]:

> D. 28, 5, 13, 2.- *Ulpianus libro septimo ad Sabinum. Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc revolvitur: ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit: nam hereditas eius residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti.*

> D. 28, 5, 13, 3.- *Ulpianus libro septimo ad Sabinum. Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus hereditariis eis adcrescit.*

> I. 2, 14, 5.- *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta haec; uncia, sextans, quadrans, triens,*

diximus, eadem et de nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus.

[275] D. 37, 11, 8 pr.; D. 49, 17, 12, 2; I. 2, 14, 7.

> *quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans deunx, as. non autem utique duodecim uncias esse oportet. nam tot unciae assem efficiunt quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit: neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.*

Continúa Robbe exponiendo que en el supuesto de institución *pro parte* no podían ser llamados en ningún momento los *agnati*, pues la sucesión de éstos desde el más antiguo Derecho romano exige la aplicación de dos principios recogidos en *XII Tab.- V, 4-5* y *Gai* 3, 9, de ellos de extrae que la frase *si intestato moritur* era entendida como morir intestado del todo y no sólo *pro parte*, pues aquél que muere intestado en parte no podía entenderse que moría intestado, en cuanto que fallece siempre con testamento. Es por ello que las fuentes afirman que tenía lugar la llamada intestada únicamente cuando aquélla *ex testamento* no existía o no podía efectuarse[276], y el heredero instituido *pro parte* recibía *potestate iuris* el total de la herencia, tomando en consideración que los agnados constituían una clase de sucesores secundaria, incapaz de obtener la verdadera y propia herencia sino únicamente el *familiam habere*.

[276] D. 29, 2, 39; D. 29, 2, 70; D. 50, 17, 89; C. 6, 59, 8.

Con relación a los herederos *ab intestato*, esta teoría afirma que es la imposibilidad de una sucesión parcial el fundamento del acrecimiento en esta clase sucesoria, afirmación que viene criticada por Robbe tomando en consideraci que eran los *sui* los verdaderos protagonista de esta clase de llamada sucesoria, y no los agnados, que podían ser preteridos por el testador conservándose la validez de la disposición *mortis causa*; respecto a la preterición de los *ceterae liberorum personae* el testamento era válido si bien los *sui* preteridos acrecían, esto es, se sumaban a los herederos instituidos en una parte viril o en la mitad, en función de que el otro instituido fuese un *suus* o un extraño, lo que se configura como excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* pues en realidad derivaba de este otro: *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*; ahora bien, en el mismo supuesto de hecho no se daba una excepción al principio de incompatibilidad de sucesiones, pues los agnados sólo sucedían si el *paterfamilias* moría totalmente intestado y sin *suus*. En resumen, en opinión de Robbe, la explicación de imposibilidad de sucesión parcial en la herencia intestada no aclara nada.

En los legados la crítica de Robbe se encamina a la explicación de la llamada conjunta de varios legatarios, a la que considera completamente falsa y sin base en las fuentes, pues como es sabido el derecho de acrecer tenía lugar en los dos tipos de legado *per vindicationem* y *per praeceptionem* incluso si la cosa fuese legada a varias personas *disiunctim,* y no se verifica en los

otros dos tipos de legados *per damnationem* y *sinendi modo* aun si la cosa fuese legada en conjunto[277].

En el condominio, la explicación del *ius adcrescendi* viene dada por la originaria concepción colectivista de este instituto jurídico, si bien en opinión de Robbe esta afirmación es inadmisible pues es contraria a las fuentes que afirman *duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest*[278], asimismo, se puede objetar que se considera como causa lo que no es más que un simple efecto del condominio.

1.3.- Teoría de la Glosa: la *coniunctio* y su relación con la incompatibilidad de delaciones, testamentaria e intestada

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La evolución del *ius adcrescendi* en el Derecho romano comenzó a tener a partir de la constitución "*De caducis tollendis*"[279] y con el trabajo posterior de la Glosa los caracteres que lo conforman en la actualidad.

En este orden de ideas, una vez establecidos los principios que fundamentaban y otorgaban su naturaleza al derecho de acrecer en el Derecho romano, que se encontraban en el propio sistema

[277] *Vid.* nota 220.

[278] D. 13, 6, 5, 15; D. 45, 3, 5; D. 49, 17, 19, 3.

[279] C. 6, 51.

sucesorio frente a la cual la voluntad del testador tendría un papel limitado, salvo en el testamento militar, debemos hacer referencia a la doctrina que sostiene un cambio de tendencia, así autores como Ermini[280], Scognamiglio[281], o Robbe[282] confirman que en derecho justinianeo y a través del trabajo de la Glosa la actitud dominante la tiene la *coniunctio*, pues se encontraba en decadencia el concepto de acrecimiento necesario.

A fin de llegar a esta conclusión, los glosadores tomaron en consideración las acepciones de los términos *coniunctim* o *disiunctim*[283] extraidos de la constitución justinianea "*De caducis tollendis*" donde ya tenían el mismo significado que se le daban en las fuentes en materia de legados, por lo tanto, si los herederos eran llamados conjuntamente la cuota vacante se destinaba únicamente a éstos, en cambio, si la institución era disyuntiva el acrecimiento tenía lugar a favor de todos.

Así, opina la doctrina mayoritaria[284] que la intención de Justiniano fue, sin duda, tratar únicamente a los herederos llamados

[280] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 398 y ss.

[281] R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.*, pp. 34 y ss.

[282] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 5 (nota 1).

[283] I. 2, 20, 8.

[284] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 398 y ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.*, pp. 34 y ss.; A.MARONGIU, voz: "Accrescimento" (derecho intermedio), en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 319.

en conjunto, entendiendo *coniunctim* en su sentido literal incluyendo a los herederos *verbis tantum coniuncti*.

Con este criterio, podemos afirmar que se facilitó encontrar una conjunción en la mayor parte de los casos en que las fuentes hacen referencia al acrecimiento y mucho más si el derecho de acrecer típico del Derecho romano se comienza a diluir[285]. Las razones que llevaron a tal conclusión no son sencillas de encontrar, si bien Scognamiglio[286] sostiene que posiblemente a los glosadores les debía parecer incomprensible que nuestro instituto operase necesariamente, incluso cuando el difunto se había declarado en contra de tal efecto.

Por lo tanto, la *coniunctio* era ya en el *ius comune* el fundamento del acrecimiento, extendiendo al máximo este concepto, para ello la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*[287] se indicaba como una presunta intención del testador y el derecho de acrecer era asimilado a una sustitución tácita.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[285] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 400 y ss. D. 28, 5, 63; D. 28, 5, 17, 1; D. 28, 5, 59, 3; D. 28, 6, 39, 2; D. 29, 1, 38; D. 37, 1, 3, 9; D. 37, 4, 12.

[286] R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.*, pp. 34 y ss.

[287] Respecto a la evolución general del principio de incompatibilidad entre sucesión testamentaria e intestada en la Glosa *vid.* G.ERMINI, "La regola "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*" nella glosa ordinaria al *Corpus iuris*", en *Scritti di Diritto Comune, op.cit.*, pp. 317 y ss.

En este sentido, Marongiu[288] afirma que parte importante del trabajo de los glosadores fue presentar la razón del derecho de acrecer en esta etapa en la *coniunctio* y en el principio que establece la incompatibilidad entre sucesiones. De hecho, se deben hacer diferentes consideraciones a nuestro instituto en la sucesión testamentaria y en la intestada a partir de la doctrina de los glosadores y los posglosadores, así, respecto a las llamadas conjuntivas en los testamentos en primer lugar los *coniuncti re et verbis* eran preferidos a aquéllos unidos *re* ó *verbis* únicamente, configurado como un *ius non decrescendi*, al igual que sucedía entre los llamados en conjunto *re tantum*; además, entre los llamados *verbis tantum* el acrecimiento operaba cuando entre los llamados no había determinación de partes; asimismo, el derecho de acrecer tenía lugar entre los instituidos disyuntivamente en virtud de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; por último, el acrecimiento era transmisible. Otras consideraciones de derecho hereditario en esta etapa que destaca Marongiu son las que hacían referencia a que los llamados colectivamente tenían preferencia a los unidos por una simple conjunción, o a la exclusión de las mujeres a favor de los varones instituidos del mismo grado.

Marongiu respecto al acrecimiento en virtud de la ley en el derecho intermedio sostiene que se fundamentaba en la simultaneidad y unidad de la llamada o la identidad del título,

[288] A.MARONGIU, voz: "Accrescimento" (derecho intermedio), en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, pp. 319 y ss.

además el acrecimiento conllevaba las eventuales cargas no estríctamente personales, si bien después de la adquisición no tenía lugar nuestro instituto.

En este sentido, Ermini[289] sostiene que existen dos casos que en opinión de la Glosa admitían el acrecimiento incluso sin conjunción de llamadas, explicándose en el respeto a la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, como se puede observar en D. 29, 2, 67 y D. 29, 2, 59. No obstante, Ermini opina que provoca confusión en la doctrina Accursio cuando cita el fragmento recogido en D. 29, 1, 37, apoyando el derecho de acrecer en la llamada en conjunto, idea que ha pasado al derecho moderno.

Esta evolución se irá desarrollando aun más a lo largo de los siglos hasta la desaparición en el derecho moderno del principio de la incompabilidad de delaciones así como del acrecimiento necesario frente a la afirmación de la naturaleza patrimonial de la sucesión hereditaria, reconduciendo totalmente nuestro instituto a los límites de la *coniunctio* entendida como la presunta voluntad del testador provocando una aplicación que pasó de ser general en Derecho romano a bastante reducida en sus supuestos[290].

[289] G.ERMINI, "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 405 y ss.

[290] En este sentido J.B.VALLET DE GOYTISOLO en *Estudios de Derecho Sucesorio, I, op.cit.*, p. 116, sostiene que el derecho de no decrecer, denominado de otro modo acrecimiento necesario, desapareció y fue borrado el principio de la incompabilidad de las sucesiones testada e intestadas en virtud de la Ley 1ª del título XIX del Ordenamiento de Alcalá, lo que no ha sido doctrina pacífica si bien es la posición que ha llegado a nuestros días y sobre

2.- Compatibilidad entre el derecho de acrecer y las dos clases de delaciones

Como es sabido, para el Derecho romano e incluso para los escritores extrajurídicos parece que era inconcebible la concurrencia y la contemporaneidad de las dos formas de delación, la testamentaria y la intestada, tal como se afirma en la conocida regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, si bien en el derecho actual la sucesión testamentaria y la *ab intestato* concurren con normalidad.

De vuelta al derecho histórico, a pesar de la afirmación en el Derecho romano se establecieron normas legales que dieron lugar a testamentos denominados por la doctrina como privilegiados, entre dichas excepciones destaca como la más estudiada por la doctrina el testamento militar, en este sentido, conforma su carácter el hecho de ser el más antiguo, y de ostentar un rango de privilegios plenos desde su forma exterior a las solemnidades internas pasando por los requisitos de la *testamenti factio attiva* y *passiva*[291].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la que se conforma nuestro Código Civil. *Vid*. P.BELTRÁN DE HEREDIA, "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX, op.cit.*, pp. 1105 y ss.; A.MARONGIU, voz: "Accrescimento" (derecho intermedio), en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 320.

[291] Para una visión general del testamento militar recomendamos el extenso y profundo estudio recogido en F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 17 y ss., así como los autores citados en el mismo.

La principal modificación que debemos tener en cuenta en la materia que nos ocupa es que a los militares les fue concedido disponer una llamada parcial en el testamento, *partim testatus, partim intestatus decedere*, concurriendo con los legítimos en la sucesión abierta con la muerte de aquéllos[292].

Respecto a la excepción que significó la regulación del testamento de los militares en la máxima romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* Senn[293] sostiene que la decisión imperial a favor de "fieles compañeros de armas combatientes de un enemigo común" fue tomada en aplicación de una noción de *utilitas publica*.

Este privilegio tuvo una importante influencia en el *ius adcrescendi*, pues la cuota vacante acrecía a los herederos legítimos y no a los testamentarios que quedaban, a no ser que se probase que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[292] V.ARANGIO-RUIZ, "L'origine del *testamentum militis* e la sua posizione nel diritto romano classico, en *BIDR, XVIII*, 1906, pp. 157 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, I*, Publicacione della Facolta di Giurisprudenza dell'Universitá di Camerino, 1974, pp. 519 y ss., reeditado en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, pp. 19 y ss., del cual se cita); G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano, op.cit.*, p. 304; M.AMELOTTI, *Il Testamento romano attraverso la praxis documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, pp. 81 y ss.; G.SCHERILLO, "D. 1, 4, 3 (Giavoleno, L. 13 "EP") e il testamento militare", en *Studi Volterra, III*, Milano, 1971, pp. 613 y ss.; V.GIUFFRÈ, *Il diritto militare dei Romani*, Bologna, 1980, pp. 5 y ss.; V.SCARANO, "Il *testamentum militis* nell'età di Nerva e Traiano", en *Sodalitas, III*, Napoli, 1984, pp. 1383 y ss.

[293] F.SENN, "La notion *d'heres suus*", en *RHD, XXXVI, op.cit.*, pp. 65-66.

la intención del testador era atribuir esta cuota vacante a otro[294], de lo que podemos extraer como primera consecuencia que nuestro instituto se verificaba únicamente por voluntad del testador, *voluntas militis pro iure servatur*.

En este sentido, Glück[295] sostiene que podía ser base del derecho de acrecer incluso la voluntad realmente expresa o presunta del testador, pues si ésta era la base del nuestro instituto en los coherederos o colegatarios llamados en conjunto a la sucesión de un pagano, en un soldado se configuraba como el único motivo del acrecimiento; si bien con la particularidad de no limitarse a una preferencia entre llamados sino ofreciendo un fundamento para el derecho de acrecer a todos los coherederos.

Así, si el soldado había instituido varios herederos separadamente y con distribución de cuotas, se entendía excluido el acrecimiento[296], siendo llamados a las cuotas deficientes los

[294] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, p. 91; G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano, op.cit.*, p. 312; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, pp. 400-401; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 209; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 497 y 697; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 337; E. BOSCH CAPDEVILA, *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado, op.cit.*, pp. 22 y ss.

[295] F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit*. p. 66. En el mismo sentido, P.BONFANTE en su comentario de la nota r, p. 71, de la citada obra afirma que la exclusión del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* así como del derecho de acrecer eran una consecuencia del sometimiento absoluto y pleno a lavoluntad del militar.

[296] En este sentido se expresa, E.ALBERTARIO en *Il Diritto romano, op.cit.*, p. 215, afirmando que el acrecimiento en este supuesto se encontraba eliminado.

herederos intestados, tal como se extrae en D. 29, 1, 6; D. 29, 1, 37 y C. 6, 21, 1:

> D. 29, 1, 6.- *Ulpianus libro quinto ad Sabinum. Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*

> D. 29, 1, 37.- *Paulus libro septimo quaestionum. Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ab alterum vellet totam redire hereditatem*[297].

> C. 6, 21, 1.- *Imperator Antoninus. Frater tuus miles si te specialiter bonis quae in paganico habebat heredem fecit, bona quae in castris reliquit petere non potes, etiamsi is qui eorum heres institutus est adire ea noluerit: sed ab intestato succedentes veniunt, modo si in eius loco substitutus non est et liquido probatur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Nam voluntas militis expeditione occupati pro iure servatur * ANT. A. FLORIO*

[297] P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 337, considera este texto probablemente interpolado.

*MIL. *<A 212 ACCEPTA V ID, SEPT.DUOBUS ASPRIS CONSS.>*[298]

Esta situación viene presentada por Solazzi[299] al afirma que cuando el *miles* había instituido dos herederos y uno de aquéllos viniera a faltar, la cuota vacante no aumentaba necesariamente al coheredero, sino que era devuelta a los sucesores intestados por el privilegio de compatibilidad de delaciones.

Ahora bien, si los instituidos eran tres, uno en la mitad del as hereditario y los otros dos en conjunto en la otra mitad, si uno de éstos últimos no adquiría, el hecho de estar ante un testamento dominado por la voluntad de testador, nos plantea la cuestión si el *miles* había preferido el acrecimiento o la llamada a los herederos intestados.

En este sentido, para los autores que defiende la llamada solidaria como fundamento del *ius adcrescendi* afirman que si el testador había establecido una *coniunctio re et verbis* se consideraba que su voluntad iba destinada a ordenar el acrecimiento de los llamados en conjunto excluyendo al instituido en la otra

[298] P.BONFANTE en F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.* p. 69 (nota 9) afirma que este texto está seriamente interpolado, comezando la misma por *modo si*. En el mismo sentido, S.SOLAZZI, "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, p. 103

[299] S.SOLAZZI, "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene, op.cit.*, pp. 100 y ss.

mitad de la herencia, como se afirma en la institución "*Maevius et Seius ex semisse heredes sunto*". Si bien por voluntad del testador se podía ampliar el ámbito del derecho de acrecer, ampliándolo al instituido en la mitad, e incluso excluirlo totalmente llamando a los herederos intestados, tal como se extrae de las fuentes romanas.

Y la misma decisión, se puede tomar en el supuesto de dar solución a una porción no recogida por el heredero, dando al liberto como muerto sin testamento, siendo deferida al patrono la *bonorum possessio*, como se observa en D. 38, 2, 42, 1:

> D. 38, 2, 42, 1.- *Papinianus libro 13 quaestionum. Castrensium bonorum Titium libertus fecit heredem, ceterorum alium: adita est a Titio hereditas: magis nobis placebat nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse. Verum illa quaestio intervenit, an omittente eo qui reliqua bona accepit perinde Titio adcrescant, ac si partes eiusdem hereditatis accepissententiarum verius mihi videtur intestati iure deferri bona cetera. Titius igitur heres non poterit invitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur, nec bonis ceteris, quae nondum ad causam testamenti pertinent.*[300]

[300] S.SOLAZZI en "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, *op.cit.*, pp. 102-103, afirma que las modificaciones sufridas por este texto en la etapa posclásica o por el trabajo de los glosadores nos da una nueva versión de la opinión de Papiniano.

En contra de esta opinión Solazzi[301] sostiene que a causa de las alteraciones sufridas tanto por D. 29, 1, 36, como por C. 6, 21, 1, en el testamento de los militares era necesaria una voluntad explícita y directa al acrecimiento o a la sucesión intestada, si bien no hay referencia a la *coniunctio* y su eficacia; además, se añade a la cuestión un rescripto de Caracalla que negaba el acrecimiento en la herencia de los militares a favor de la sucesión *ab intestato*. Por lo tanto, a partir de estas premisas, en su opinión, la solución viene dada desde el punto de vista de la lógica, así, en el testamento de los militares nada prueba que la institución de Mevio y Seyo en una misma cuota debiera excluir la sucesión intestada faltando uno de los dos, pues con la institución conjunta el soldado no había expresado su voluntad de negar a los herederos intestados la cuota vacante.

Esta conclusión en opinión Solazzi sirve para negar que el acrecimiento tuviese como base la llamada al mismo objeto, pues si bien la *coniunctio* se podía encontrar en un testamento militar, no daba lugar automáticamente al acrecimiento, pues éste era un fenómeno con fundamento en el propio carácter de la herencia romana.

Podemos rebatir la opinión de Solazzi a partir de la argumentación que sobre la cuestión realiza Glück al afirmar que cuando un testador nominaba varias personas como sus herederos,

[301] S.SOLAZZI, "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene, op.cit.*, p. 103

sin determinación de partes, su patrimonio continuaba como un objeto jurídico indiviso, constituyendo las partes un concurso de llamados, y siendo cada uno de ellos eventualmente llamado al total de la masa hereditaria, en sentido análogo el testamento de un soldado con fundamento en la voluntad presunta del testador dicha presunción iría a favor del acrecimiento entre coherederos, salvo que el sucesor intestado demostrara una voluntad contraria del soldado.

Mayores problemas presentaba el testamento del soldado que había instituido un heredero para la *res castrenses*, y otro para la *ceterae res*, si renunciaba el llamado a los bienes castrenses, así como los sucesores intestados, debemos plantear si tendría lugar el acrecimiento a favor del sucesor de los bienes comunes, además de conocer si se convertiría en un heredero voluntario u obligado.

Autores como Glück[302] o Solazzi[303] solucionan la cuestión tomando en consideración el texto de las fuentes D. 29, 1, 17, 1, si bien éste último lo considera interpolado:

> D. 29, 1, 17, 1.- *Gaius libro 15 ad edictum provinciale. Iulianus etiam ait, si quis alium*

[302] F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 64 y ss.

[303] S.SOLAZZI, "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene, op.cit.*, p. 107

> *castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi vel illi ipso iure debeatur. Quod si alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat et propter hoc is qui ex parte heres institutus est non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere.*

En este fragmento se presentan dos masas hereditarias diferentes, pues incluso los deudores hereditarios no podían solicitar el cumplimiento de obligaciones al coheredero que no correspondía, como se afirma en D. 16, 2, 16 pr.; asimismo, como afirma Solazzi, Gayo reconduce la doctrina de Juliano que hace referencia a *quasi duorum hominum duas hereditates*, según la cual se negaría el acrecimiento, pues el mismo tenía lugar entre dos cuotas de una misma herencia y no en dos herencias diferentes. Asimismo, autores como Solazzi y Glück afirman que tal como se extrae del texto citado, ante una herencia insolvente si el heredero llamado recusaba la masa de la herencia, el otro heredero debía o pagar todas las deudas, o abandonar toda la herencia a los acreedores.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta solución la entiende Glück extensible al supuesto de que el testador hubiese dispuesto únicamente para una parte incluso si existían varios herederos intituidos sin distinción de las masas hereditarias. En el primer caso, tomando en consideración que estamos ante un testamento militar, el sucesor intestado debía aceptar la parte de instituido en testamento, y en el segundo supuesto el acto lo debía realizar el otro instituido testamentario.

En este orden de ideas, Perozzi[304] manifiesta que la unidad de la herencia era mantenida sólo en cuanto un coheredero no adquiría la herencia, entonces la misma acrecía al otro, de manera que la citada unidad estaba subordinada a la voluntad de uno de los coherederos de aceptar el total de la masa hereditaria o que el patrimonio hereditario entero fuese puesto bajo el concurso de los acreedores.

Ahora bien, de la teoría expuesta se puede observar que sin la intervención del acrecimiento no tendría justificación jurídica, si bien este supuesto tenía caracteres diferentes al ordinario como afirma Glück, por el hecho de que en el testamento de un pagano, el coheredero que ya había adquirido su parte debía aceptar la que acrecía con las cargas inherentes, sin embargo, en el testamento militar se obtenía la elección de admitir el total o renunciar a ello.

Por último, en el orden militar en todos los casos en que los coherederos testamentarios pretendieran el acrecimiento debían admitir en éste una aplicación *ipso iure*, por necesidad jurídica,

[304] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 552

incluso contra su voluntad según el texto recogido en D. 29, 2, 53,1, pues su fundamento, naturaleza jurídica y caracteríticas son las mismas que en la sucesión ordinaria de los paganos, esto es, la *delatio* solidaria a la herencia, surgiendo las partes del concurso que se formaba entre la pluralidad de sujetos llamados.

3.- Conclusiones

Con relación a la naturaleza del *ius adcrescendi* nos mostramos a favor de la concepción unitaria del mismo, igual en todos los casos en los que se producía una cuota que quedaba libre y, en consecuencia un aumento en las otras, lo que no es óbice para el uso de reglas propias en cada supuesto de aplicación.

Así, como la mayoría de la doctrina afirma tenemos un derecho de acrecer entre coheredero testamentarios, intestados, legatarios o entre condóminos, entendido como la extensión potencial de cada una de las llamadas o cada derecho al total de la herencia, al total de la cosa legada o del objeto de la comunidad.

Centrando la cuestión, en sede sucesoria los herederos o legatarios llamados a una misma herencia o legado, gozaban del acrecimiento en virtud del poder de expansión a la totalidad del derecho que recibían; así, el desarrollo jurídico de la situación se conformaba con una llamada común a una pluralidad de sujetos dentro de una misma sucesión, cada uno con un derecho potencial

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

sobre el total de una cuota o herencia, donde la división de fracciones se producía a través del concurso efectivo formado entre los concurrentes, esto es, *concursu partes fiunt*. Así, si por cualquier circunstancia la limitación que significaba tal concurso venía a reducirse por la falta de uno de los coparticipes, y no entrado otro en su lugar, por ejemplo un sustituto, la cuota de aquéllos que quedaban aumentaba según el caso hasta el total, o bien hasta el máximo posible.

A este respecto, la naturaleza jurídica del derecho de cada uno coherederos o colegatarios causaba su expansión pudiendo llegar al total cuando desaparecían los límites que lo comprimían, haciendo depender el acrecimiento en todos los casos en los que se verificaba en el Derecho romano del carácter virtualmente integral del derecho de cada partícipe.

Trasladando esta afirmación a la llamada en conjunto realizada por el testador, debemos manifestar que la *coniunctio* no modificó los principios de aplicación de nuestro instituto, sino únicamente el modo en que operaba, así, hacemos referencia a una aplicación por grupos, primero se encontraban los llamados conjuntamente a una cuota, éstos tenían cada uno potencialmente derecho al total de dicha única cuota excluyendo a los entraños a dicho grupo que quedaban en un segundo plano; no obstante, al mismo tiempo existía un derecho de estos primeros llamados en conjunto al total de la herencia o cosa legada junto a otros grupos de llamados conjuntos, formando así otro concurso de coparticipes;

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

por último, todos ellos gozaban del mismo derecho al total contando incluso con los llamados en forma disyuntiva.

Por lo tanto, de lo expuesto se deduce que para admitir el acrecimiento entre varios coherederos o, colegatarios se debía tomar en consideración la llamada solidaria a una misma cuota de herencia o, a un mismo objeto legado, con independencia de que ésta tuviese lugar por la voluntad del disponente o por ley, si hacemos referencia únicamente a la herencia, pues en ambos supuestos recibían más cuanto menor era el número de coparticipes.

No obstante, como afirma Vaccaro la doctrina a partir de la situación objetiva presentada tiende a reconocer en la aplicación del derecho de acreder la figura de la *voluntas*, lo que se relaciona con la figura de la *coniunctio*.

En este sentido, la naturaleza del derecho de acrecer nos podía llevar a negar el acrecimiento en la determinación de partes iguales por parte del testador, pues es lo que establecen las fuentes en la mayor parte de casos, sin embargo, tomando en consideración la voluntad del testador en la distribución de cuotas se debe afirmar que la determinación de partes iguales en el testamento no tenía efectos distributivos, sino que servía como criterio de división en el concurso resultante de la llamada solidaria al total, lo que en consecuencia daba lugar sin duda, en supuestos específicos con llamadas solidaria al total, a la verificación del *ius adcrescendi*, como se afirma en D. 31, 41 pr., y D. 30, 16, 2.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este orden de ideas, continuando con la *coniunctio*, para establecer la aplicación del acrecimiento debemos seguir buscando la efectiva voluntad del testador mediante el estudio de la *mente pronuntiantis* cuando la disposición testamentaria desmostraba tal ambigüedad que no ofrecía facilidad para una interpretación literal, y por lo tanto para resolver la cuestión de la *coniunctio* y su relación con el derecho de acrecer.

A este respecto, como afirma Vaccaro hay que excluir un sistema rígido formalístico, en principio porque del testamento a menudo no era posible detectar fehacientemente la *voluntas testatoris*, y porque el fundamento del acrecimiento lo encontramos en el principio *res singulis in solidum relicta*, lo que venía a significar que se admitía incluso cuando la cuota o, el total de la herencia había sido atribuida a varios sujetos sin el criterio formal de la unión de varias personas en una misma proposición, en consecuencia, para establecer la vocación solidaria que conllevaba el acrecimiento se debía realizar una búsqueda de la voluntad del testador, en función de los criterios establecidos.

Otro ámbito de estudio respecto al acrecimiento en las disposiciones testamentarias lo encontramos en la *coniunctio* y en su relación con los herederos instituidos *sine parte*, en estos supuestos del estudio de las fuentes se deduce que se admite la *coniunctio* incluso en esta clase de herederos, así se observa en concreto del texto recogido en D. 28, 5, 64 (63). Una vez vez aceptada tal afirmación, la aplicación del *ius adcrescendi* era una cuestión de interpretación y de voluntad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En conclusión, las dificultades que podían surgir respecto a la relación entre la *coniunctio* y el derecho de acrecer se reducen a una *quaestio voluntatis*, esto es, de investigación del sentido de la misma emitida por el testador, si bien dicha búsqueda no debe realizarse en relación directa e inmediata hacia nuestro instituto, sino respecto a determinar la voluntad del testador a favor de una llamada solidaria a un mismo objeto, que se configuraba como uno de los presupuestos básicos del *ius adcrescendi*.

De todo lo expuesto, se puede concluir nuestra opinión favorable a la teoría de Vaccaro, coincidente con la doctrina mayoritaria, que sostiene un acrecimiento fundamentado en la llamada virtualmente universal, ya fuese en el supuesto de sucesión intestada como en la testamentaria, incluso en la determinada por la *coniunctio,* que si bien se encontraba bajo la influencia de la voluntad del testador y, por lo tanto se limitaba a una determinada cuota, era siempre virtualmente directa al total de la misma, incluso podía ir más allá por la idea de un derecho que supera la propia porción asignada alcanzado la totalidad de los bienes hereditarios.

Así pues, negamos las críticas a esta corriente de opinión centradas en manifestar que la universalidad de la herencia romana es una presunción que contrasta con la realidad, pues si había una llamada, por ley o por el testador a una determinada cuota es del todo incomprensible que se deba presumir la llamada al total, así como que no debía afirmarse tal cuestión pues el testador podía incluso negar en su herencia el *ius adcrescendi*. Asimismo, estos reproches polemizan con la presunta racionalidad de la aseveración

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

res singulis in solidum relicta, en el supuesto de un testador que había hecho una institución hereditaria *ex certa parte*.

En este orden de ideas, seguimos a Pugliese cuando afirma que las críticas en contra de la presunción de la voluntad del testador hacía un llamamiento universal del heredero o, legatario, al total de la herencia o cosa legada, aun cuando la disposición testamentaria determinaba un cuota cierta o, había excluído el acrecimiento, así como, aquéllas que rechazan el derecho integral de cada coheredero, o colegatario al total de la herencia o de la cosa legada, si bien ciertas fuentes niegan que una misma herencia o una propiedad pueda pertenecer a dos, esto es, *duorum in solidum dominium esse non potest*, hacen referencia en la mayoría de casos a la formulación inexacta o equívoca del *ius adcrescendi* olvidando su verdadera naturaleza y fundamento.

Con relación a la otra teoría unitaria desechamos la propuesta de Robbe y Campani que establece como premisa principal respecto al derecho de acrecer en Derecho romano que se explicaba únicamente desde la perspectiva de la naturaleza real del derecho sobre el que se ejercitaba. Además, Robbe sostiene la necesidad de un segundo requisito extínseco absolutamente necesario e indispensable para la verificación del acrecimiento consistente en la sola y simple unión de dos o más sujetos en un mismo derecho real –condominio, herencia, legado y usufructo–, lo que significaba que si alguno de los sujetos llamados al mismo derecho real, por cualquier motivo, no podía o no quería adquirir su cuota y, por el principio de la intransmisibilidad de la llamada hereditaria, la parte

vacante era adquirida por derecho de acrecimiento a resto de personas en proporción de la cuotas de cada uno.

A esta opinión se puede oponer que la propia herencia contenía entidades incorporales, incluso pasivas, así pues el heredero no tenía sobre la herencia un derecho real, lo que sirve para negar el fundamento del derecho de acrecer en el concepto de un derecho real.

No obstante, como afirma Betti el fallo principal de esta tesis se encuentra en que Robbe no se plantea la diferencia entre un derecho real ya actuado, y aquél que ha de actuarse, además no presta la atención que merece en su teoría a la dificultad de las situaciones de comunidad hereditaria. Así, parece deducirse que el trabajo de Robbe está orientado principalmente al mecanismo formal del acrecimiento y no llega a reconocer la importancia de las relaciones cualificantes del mismo como eran la comunión y la llamanda conjunta que conformaban su legitimación, lo que en consecuencia le lleva a negar el llamamiento *in solidum* que era el verdadero fundamento de nuestro instituto.

Asimismo, negamos absolutamente la opinión de Robbe que presenta la estructura jurídica natural, lógica y legítima del *ius adcrescendi* en referencia a la accesión, lo que explica afirmando que el derecho de acrecer era para la *communio* lo que la accesión era para la propiedad; sin embargo, como ha quedado demostrado no debe ser confundido con nuestro instituto, pues no es lo mismo un modo de adquirir derecho reales, como era la accesión y el derecho de acrecer; en este sentido, la accesión era la unión material de dos

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cosas y el acrecimiento la unión ideal de dos derechos, que por efecto de la llamada universal al total tenía lugar por la extensión de un derecho potencial al total ya asumido. Así, otro argumento que sirve para rebatir tal opinión es que las fuentes utilizan el verbo *adcrescere* únicamente en ciertos incrementos fluviales, en el aluvión y en la *ínsula in flumine nata*. Por lo tanto, posiblemente como afirma Betti únicamente se puede otorgar un carácter instructivo a la comparación entre acrecimiento y accesión a fin de conocer el mecanismo por el cual operaba nuestro instituto.

Finalmente, respecto al fundamento y la naturaleza jurídica, Robbe afirma que el *ius adcrescendi* era el resultado de los dos concurrentes caracteres fundamentales y esenciales de la propiedad romana, esto es, de la elasticidad y la propiedad absorbente.

Ahora bien, sí podemos aceptar en el derecho de acrecer en cierta medida el carácter elástico de la propiedad romana, como se afirma en la tesis de Robbe, así, en la comunidad hereditaria la falta de alguno de los coherederos ampliaba el derecho de los que quedaban automáticamente sobre el total, en virtud de la atribución al entero.

Finalmente, destacamos el rechazo a esta teoría fundamentada en la relación entre el el acrecimiento y los derechos reales, propuesta por Robbe y Campani, porque no tiene apoyo alguno en las fuentes romanas, donde no podemos encontrar texto alguno que así lo demuestre.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Asimismo, con relación a las teorías que afirman una visión plural de nuestro instituto, negamos la tesis que sobre el acrecimiento defiende Bonfante, entre otros, y que diferencia entre un acrecimiento general y típico del Derecho romano, necesario e independiente de la voluntad del *de cuius*, con fundamento en el título personal de heredero y, un acrecimiento especial, dependiente de la voluntad del difunto, de aplicación común fuera del ámbito hereditario, por lo tanto, excepcional en éste, cuyo origen era la *coniunctio,* por lo tanto, basado únicamente en la voluntad del testador. En este sentido, en su opinión el acrecimiento se desarrollaba sobre el concepto de la sucesión hereditaria, así, los sucesores en virtud del título de heredero extendían su derecho *ipso iure* sobre el total del patrimonio, pues únicamente ellos podían tener derecho al patrimonio si faltaba alguno entre varios herederos. Sin embargo, esta aseveración nada tiene de particular, pues para la verificación del acrecimiento quien gozaba del mismo debía estar provisto necesariamente de un derecho o de un título personal, en el trabajo que nos ocupa el de heredero, lo que no era obligatorio en la llamada primera forma de acrecimiento de Bonfante sino en cualquier tipo de *ius adcrescendi*.

Con relación a esta tesis, podemos afirmar que en la sucesión hereditaria, tanto en sede testamentaria como en la sucesión intestada, como ha quedado demostrado la llamada por necesidad jurídica era virtualmente al total en función de su naturaleza unitaria, causando que la doble explicación del acrecimiento desaparezca pues el acrecimiento se aplicaba porque varios coherederos tenían derecho al total del patrimonio, con

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

independencia e incluso contra la voluntad del disponente; estableciéndose la diferencia porque en la *coniunctio* intervenía la voluntad del testador, mientras que si no la había el *ius adcrescendi* se verificaba a favor de todos los herederos.

Asimismo, al contrario de lo que afirma la tesis de Bonfante, no se puede calificar el derecho de acrecer que nacía de la voluntad del testador, esto es, basado en la *coniunctio* como subordinado y especial, pues todos los supuestos de aplicación del nuestro instituto tenían iguales presupuestos y efectos, en función de su unidad de concepto así como de su uso universal en el Derecho romano.

Ahora bien, si hay un argumento que se pueda rebatir de la teoría de Bonfante es aquél que hace referencia al derecho de acrecer especial basado en la *coniunctio*, y que tendría en los legados el campo de aplicación de mayor importancia en el derecho hereditario, pues en ellos no tenía lugar el acrecimiento típico y general, así, en contra de esta afirmación lo primero que debemos tomar en consideración es que en el legado *per vindicationem*, el *ius adcrescendi* tenía lugar siempre incluso si la cosa era legada a dos o más personal llamadas *disiunctim* y, por el contrario, en el legado *per damnationem*, por su propia naturaleza, se excluía el derecho de acrecer aun si la cosa era legada a dos o más persona *coniunctim*.

Otra teoría plural sobre la naturaleza jurídica de nuestro instituto es la defendida por Arangio-Ruiz y Voci que otorga una diferente explicación en cada uno de los campos de aplicación del mismo. En ésta el *ius adcrescendi* tenía su fundamento en la herencia testamentaria en el principio *nemo pro parte testatus pro*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

parte intestatus decedere potest; en la herencia intestada en la imposibilidad de una sucesión parcial, así, el fundamento del acrecimiento estaba en que la presencia de llamados de una clase excluía a los de la clase sucesiva, esto es, en el *ius civile* el agnado próximo descartaba al sucesivo, al igual que sucedía en la *bonorum possessio,* de tal manera que si alguno de los llamados de la misma clase o grado no aceptaban, la cuota vacante era atribuida a aquéllos que sí asumían su parte; en los legados, nacía de la llamada en conjunto o *coniunctio* de varios legatarios, de manera que un grupo de personas relegaba a otras personas en el llamamiento dando lugar a la verificación del derecho de acrecer; y en el condominio de su primera concepción colectivista.

Este conjunto de opiniones que conforman la teoría no explican suficientemente el acrecimiento pues no aclaran porque en todos los casos en que se verificaba regían los mismos principios y se aplicaba una regulación de características similares, lo que no puede ser causado más que por la existencia de una razón común en los diferentes institutos jurídicos.

Por último, cabe destacar la evolución respecto a la naturaleza y fundamento del acrecimiento que fue realizada por el trabajo de los glosadores, los posglosadores así como el derecho posterior hasta llegar al derecho actual, en este sentido, la teoría relaciona claramente la *coniunctio* y la máxima romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

El desarrollo jurídico de nuestro instituto en el Derecho romano comenzo a partir del dictado de la constitución "*De caducis*

tollendis" donde ya se produce un cambio de tendencia, otorgando prioridad a la voluntad del testador que hasta entonces tenía un papel limitado respecto al derecho de acrecer.

A este respecto, los glosadores tomaron de la constitución justinianea "*De caducis tollendis*" las acepciones de los términos *coniunctim*, incluyendo a los herederos *verbis tantum coniuncti*, y *disiunctim*, con idéntico significado al que se le daban en las fuentes en materia de legados, motivo por el cual si los herederos eran llamados en conjunto, la cuota vacante se destinaba únicamente a éstos, en sentido contrario, si la institución era disyuntiva el acrecimiento tenía lugar a favor de todos.

Así, como afirma la mayoría de la doctrina, a la que seguimos, a partir de esta etapa el derecho de acrecer típico del Derecho romano se comienza a diluir, lo que sumado a las circunstancias anteriormente descritas provocaron que se identificara como conjunción la mayor parte de los supuestos de hechos en los cuales se podía aplicar según las fuentes el acrecimiento, ya que posiblemente a los glosadores les debía parecer absurdo el antiguo principio que establecía la aplicación de nuestro instituto necesariamente, incluso en contra de la voluntad del difunto declarada al efecto.

Por lo tanto, a partir del *ius comune* en la sucesión testamentaria la *coniunctio* era el fundamento del acrecimiento, siendo el mismo asimilado a una sustitución tácita; asimismo, el derecho de acrecer tenía lugar entre los instituidos disyuntivamente

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en virtud de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

Respecto al acrecimiento en virtud de la ley, a partir de esta etapa y durante el derecho intermedio nuestro instituto se fundamentaba en la simultaneidad y unidad de la llamada o la identidad del título y, significaba soportar las eventuales cargas que se produjeran con la sucesión siempre que las mismas no fuesen estrictamente personales.

Pero esta evolución jurídica se irá perfeccionado a través de los siglos hasta conformar el derecho de acrecer que conocemos en los códigos actuales, con la desaparición del principio de la incompabilidad de delaciones, así como del acrecimiento necesario frente a la afirmación de la naturaleza patrimonial de la sucesión hereditaria, de tal manera que nuestro instituto encuentra su campo de aplicación más importante dentro de los límites de la *coniunctio*, en consecuencia, de una aplicación general en Derecho romano nos encontramos ahora con unos supuestos limitados en los que se verifica, si bien ampara tanto la sucesión testamentaria como intestada, afirmación que se puede hacer a tenor del estudio de nuestro Código Civil así como de las codificaciones más próximas.

Un caso particular a lo establecido hasta el momento, lo encontramos en un supuesto del Derecho romano clásico que admitía la compatibilidad entre el derecho de acrecer y las dos clases de delaciones, hacemos referencia a ciertos casos que se apartan de la conocida regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A este respecto, en el Derecho romano se establecieron disposiciones testamentarias privilegiadas, entre dichas excepciones destaca el testamento militar como el más antiguo y por tener mayores privilegios.

El principal carácter a tener en consideración en esta sucesión extraordinaria, dictada posiblemente por el legislador en aplicación de una noción de *utilitas publica*, es que los militares podían disponer una llamada parcial en su testamento, *partim testatus, partim intestatus decedere*.

La influencia de este privilegio en el *ius adcrescendi* era clara pues a resultas de tal facilidad nuestro instituto se verificaba únicamente por voluntad del testador, *voluntas militis pro iure servatur*, de manera que, la cuota vacante acrecía a los herederos legítimos y no a los testamentarios que quedaban, salvo prueba de que la intención del testador era atribuir esta cuota libre a otro.

En este sentido, la voluntad del testador que servía de fundamento al acrecimiento podía ser expresa o presunta, pues en el testamento de un soldado esta voluntad se configuraba como el único motivo y fundamento del acrecimiento.

Las consecuencias prácticas de esta afirmación daba como resultado que, cuando el soldado instituía en su testamento a varios herederos separadamente y con distribución de cuotas, se debiera entender excluido el acrecimiento, cumpliéndose el llamamiento a favor de los herederos intestados.

A sensu contrario, confirma tal determinación en nuestra opinión y siguiendo a la doctrina mayoritaria, el hecho de que cuando un testador, en base a la legislación general, nominaba a varias personas como sus herederos, sin determinación de partes, su patrimonio continuaba como un objeto jurídico indiviso, formándose el concurso de llamados del que surgía la división de partes, siendo cada uno de ellos eventualmente llamado al total de la masa hereditaria, ahora bien, como esta afirmación se puede extrapolar al testamento militar, cuya fundamentación se encontraba en la voluntad presunta del testador, podemos considerar que se verificaba el acrecimiento entre coherederos testamentarios, salvo que el sucesor intestado demostrara una voluntad contraria del soldado.

El supuesto que presenta mayores dudas en su resolución podemos encontrarlo cuando el soldado había instituido un heredero para la *res castrenses*, y otro para la *ceterae res*, renunciando a los bienes castrenses tanto el primer llamado como los posteriores sucesores intestados, el derecho sucesorio encontraba una cuota vacante pendiente de asignar, en este caso nos debemos plantear la existencia o no del acrecimiento a favor del primer sucesor instituido en los bienes comunes, y si éste era un heredero voluntario u obligado.

En esta situación, lo primero que debemos tomar en consideración, tal como afirman las fuentes, es que nos encontramos con dos masas hereditarias diferentes, *quasi duorum hominum duas hereditates*, según la cual se negaría el acrecimiento, pues aquí no

había dos cuotas de una misma herencia sino dos herencias diferentes.

No obstante, de las fuentes se deduce que la unión de masas hereditarias era posible en virtud del derecho de acrecer, si bien en el testamento militar a diferencia del derecho sucesorio general se tenía la facultad de elección entre admitir el total, con las cargas, o renunciar a ello, en consecuencia, la citada unidad era una *quaestio voluntatis* de uno de los coherederos en orden a aceptar el total de la herencia.

Respecto a su verificación, salvo esta última particularidad, en la sucesión de los militares el acrecimiento tenía lugar *ipso iure*, por necesidad jurídica, incluso contra la voluntad del testador, con igual fundamento, naturaleza jurídica y caracteríticas que en la sucesión ordinaria de los paganos, que según nuestra opinión se encontraba en la *delatio* solidaria a la herencia, cuya división de cuotas se formaba del concurso efectivo que se formaba entre la pluralidad de sujetos llamados a la misma herencia o a una parte de la misma.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PARTE SEGUNDA

RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACRECIMIENTO

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 3.- Régimen jurídico del derecho de acrecer

Con relación a los principios que conforman el régimen jurídico de nuestro instituto autores como Robbe[305] y Vaccaro[306] sostienen que los mecanismos del acrecimiento emanan del concepto y fundamento racional del mismo, tienen carácter general y sirven tanto para el acrecimiento necesario como para el voluntario, para la sucesión legítima, testamentaria, sea en el sistema del *ius civile* y, en el régimen del derecho pretorio de la *bonorum possessio*.

Sin embargo, a pesar de esta clara afirmación cabe destacar la opinión en contra de Bonfante[307] que atribuye particularmente dicho régimen jurídico únicamente al acrecimiento típico, esto es, al acrecimiento necesario dependiente del derecho hereditario romano, si bien, en opinión de Vaccaro la presentación de tales principios

[305] U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 67, manifiesta tal opinión como una confirmación de su tesis respecto a la naturaleza jurídica del derecho de acrecer, en este sentido, considera los principios o, como las denomina cuatro características de nuestro instituto, una demostración de la naturaleza del derecho real que debe sustancial e indudablemente revestir el objeto del acrecimiento y de la estructura jurídica de la accesión que lo configura en modo específico, tesis que ya ha sido presentada en este trabajo y respecto a la cual hemos aportado nuestra opinión en contra.

[306] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 124 y ss.

[307] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 317.

demuestra su condición general y, de igual manera, Robbe sostiene un único tipo de *ius adcrescendi* existente en Derecho romano, entendiendo que las razones que llevan a Bonfante a tal afirmación son únicamente un excesivo y exagerado ardor por demostrar su propia tesis que no cuenta con apoyo alguno en las fuentes.

Esta regulación, objeto de estudio, puede ser descrita en referencia a los presupuestos necesarios para la verificación del acrecimiento, a la eficacia de esta institución y, a las consecuencias jurídicas de la misma para los herederos.

1.- La causa de vacancia de la cuota

Aun a riesgo de repetirnos insistiremos que en Derecho romano el derecho de acrecer tenía como presupuesto lógico para su verificación el que una cuota quedase vacante por deficiencia en el concurso tal como afirma la doctrina mayoritaria y como ha quedado establecido hasta el momento en este trabajo.

En las fuentes clásicas no hay incidios claros de relación específica de causas por la que, determinada la falta de uno de los llamados al concurso, se producía la vacancia de una cuota de la herencia y la aplicación del acrecimiento[308], siendo de naturaleza

[308] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 26; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, pp. 212-213; A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 334;

esencialísima tal falta de adquisición, era por tanto determinante la máxima *solo concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant*; precisamente los herederos como representantes del *de cuius* eran llamados a toda la herencia y, sólo el concurso del resto de herederos podía limitar dicho derecho pero, al faltar tal limitación, por cualquier causa, el que quedaba, o en su caso, los que quedaban, obtenían el total de los bienes hereditarios.

Al mismo tiempo, en la verificación de nuestro instituto debemos tomar en consideración que la cuota vacante *non sia mai stata acquistata*, pues si formado el concurso de coherederos y aceptando cada uno su cuota –es ésta un cuestión de vital importancia en la verificación de nuestro intituto pues como sostiene Voci[309] uno de los presupuestos para la verificación de nuestro instituto era precisamente el cumplimiento del acto de aceptación por parte de los herederos que quedaban en el concurso,

E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano, op.cit.*, pp. 213 y ss.; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, op.cit.*, pp. 537 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 119 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 226; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 690-691; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 720; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314; J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, op.cit.*, pp. 201 y ss.; J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 862; A.GUARINO, *Diritto privato romano, op.cit.*, p. 411; E.RICART, "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA, XLVIII, op.cit.*, p. 240 (=en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II, op.cit.*, pp. 883 y ss.); C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 140 y ss.; A.TORRENT, voz: "*Ius adcrescendi*", en *Diccionario de Derecho Romano, op.cit.*, p. 512.

ya fuese antes o después del hecho que causaba el acrecimiento– los bienes pasaban inmediatamente a formar parte integrante del patrimonio de aquél que había adquirido, que no podía repudiarla, conformándose la adquisición como irrenunciable salvo algunas excepciones como la *restitutio in integrum*, en consecuencia, tal y como afirma Campani[310] de lo expuesto se comprende con claridad que el acrecimiento no podía extenderse a cuotas ya adquiridas

Con relación a tales causas podemos citar *ab initio* y con carácter fundamental el siguiente pasaje extraido de las Instituciones de Gayo[311]:

> *Gai* 3, 12.- *Nec in eo iure successio est. ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit uel, antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Asimismo, se hace referencia a estas mismas circunstancias en multitud de supuestos jurídicos como se pueden observar en los

[309] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 691. Asimismo, S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 556 (nota 2); B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215.

[310] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, p. 27, en el mismo sentido *vid.* B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215; E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català, op.cit.*, pp. 22-48 y ss.

[311] C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi, op.cit.*, p. 372.

siguientes textos de las fuentes D. 38, 16, 9; D. 38, 17, 1, 9; *Pauli Sent*. 4, 8, 24 (26); *Tit.Ulp*. XXVI, 5[312]:

> D. 38, 16, 9.- *Marcianus 5 inst. ...quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et licet decesserint, antequam adcresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.*

[312] Son múltiples las fuentes que hacen referencia a las posible causas voluntarias que producen cuotas vacantes, lo que causa imposibilidad de citar todos los textos de las fuentes, así, además de los arriba mencionados, en el mismo sentido se expresan D. 28, 6, 6 referido a una sucesión testamentaria en la cual se ha omitido la disposición de una parte y en D. 35, 1, 26, 1, fragmento dedicado a la institución de un heredero bajo condición, *vid*. G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 20 (nota 4); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 689; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 241 y ss. Con relación al supuesto de acrecimiento recogido en D. 28, 5, 13, 1 y 2 cabe destacar la opinión de F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 585 y ss., en contra de sostener que el derecho de acrecer es el derecho de los sucesores llamados con otros a un total patrimonial de subintrar en la cuota que deja libre uno de esos llamados, lo que no debe confundirse con el supuesto de un llamado que recibe más de lo que expresamente se le había atribuido porque el testador no había dispuesto del total de su herencia; si bien las fuentes utilizan generalmente el término acrecimiento para definirlo, como se observa en D. 28, 5, 13, 3, sea la causa del incremento de la cuota, al igual que en el derecho de acrecer verdadero y propio, la indivisibilidad de la familia o la sucesión parcial según los principios del derecho civil romano. No obstante, es una cuestión polémica en la doctrina porque G.PUGLIESE en voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314, establece como una de las causas de vacancia de una cuota que el testador omitiese disponer de una parte de sus bienes.

> D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus 12 ad sab... itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*

> *Pauli Sent.* 4, 8, 24, (26).- *...si qui omiserint hereditatem vel in adeundo aliqua ratione fuerint impediti, his qui adierunt vel eorum heredibus omittentium portiones adcrescunt. Quod in herede instituto eum qui acceperat substitutum evenire non poterit: diversa enim causa est scripti et legitimi.*[313]

> *Tit.Ulp.* XXVI, 5.-*...et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars adcrescit his, qui adierint; quod si nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este mismo sentido, si bien referido a lo legados se expresan las Instituciones de Justiniano en I. 2, 20, 8:

[313] Este texto es comparado por la doctrina con D. 38, 16, 9, y con I. 3, 4, 4, tratando de explicar la falta de frases completas en unos u otros fruto del trabajo, bien de los compiladores, bien de los amanuenses, en este sentido *vid*. C.SCHULTING, *Jurisprudentia Vetus ante-Justinianea ex recensione et cum notis*, Lipsiae, 1737, p. 414 (nota 72); G.BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen*, Tübingen, 1911-1931, *IV* p. 158, *V* p. 8, *V* p. 67; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*,

> I. 2, 20, 8.-...*si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet...*[314].

En todas estas hipótesis, tal como afirma Pugliese[315] una cuota quedaba libre, bien porque no estaba previsto que en el lugar del llamado premuerto entrasen sus herederos, o porque en una sucesión legal no se producía la llamada a los parientes de grado posterior siempre que existiesen parientes en el mismo grado del llamado que no acudía a la herencia, o bien, porque en virtud del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* en la herencia testamentaria la cuota no adquirida no se podía asignar a los sucesores *ab intestato*.

Mas la idea fundamental que podemos observar del estudio de estos fragmentos y que se extrae con claridad es que cualquier enumeración es meramente ejemplificativa, por lo tanto, cualquier causa que determinara la alteración de miembros presentes en el concurso efectivo formado por coherederos o colegatarios hacía que la cuota vacante acreciera al resto de llamados.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

op.cit., p. 119 (nota 1); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 187 (nota 1), asimismo consultar la nota 738.

[314] Este pasaje debe ser atribuido a Gayo pues la expresión recogida en el mismo se identifica con el famoso jurista romano, *vid.* C.FERRINI, *Opere, II, Studi sulle fonti del Diritto romano*, Milano, 1929, p. 372.

[315] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, p. 314.

No obstante, podemos realizar una exposición de las razones más generales que provocan la aparición de una porción vacante de la herencia o legado que se pueden observan en las fuentes, y que han sido consideradas así por la doctrina más mayoritaria cuando afirman que si alguno de los *vocati* renunciaba a su cuota, no podía adquirirla por incapacidad o premoriencia, su parte acrecía a los demás llamados[316].

En este sentido, la más básica de las causas señalada era la muerte del llamado sucedida antes de la aceptación[317]; la

[316] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 26 y ss.; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, pp. 113 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 586 y ss.; V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, *op.cit.*, pp. 525 y ss.; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, pp. 187 y ss.; J.MARTÍ MIRALLES, "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP, XII, op.cit.*, p. 373; C.GANGI, *Il Legati nel Diritto Civile Italiano, I*, Roma, 1908, p. 259; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 456; C.GANGI, *Il Legati nel Diritto Civile Italiano, II*, Roma, 1932, pp. 375 y ss.; W.D'AVANZO, "Il diritto di accrescimento e la prescrizione estintiva del diritto di accettare l'eredità o di chiedere il possesso del legato", en *Rivista Diritto Privato Civile*, 1935, pp. 236 y ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, pp. 151 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 543; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 415; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 205; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 316; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 529; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 731; E.RUIZ FERNÁNDEZ, "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II*, *op.cit.*, p. 502; A.GUARINO, *Diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 411; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 144 y ss.; A.TORRENT, voz: "*Ius adcrescendi*", en *Diccionario de Derecho Romano, op.cit.*, p. 512.

[317] No es motivo específico de este trabajo, si bien siendo interesante conocer la regulación y aplicación de la normativa romana de la premoriencia en la herencia se recomienda la consulta de la siguiente bibliografía: V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, *op.cit.*, pp. 516-517;

premoriencia se verificaba cuando el heredero o legatario había premuerto al *de cuius,* incluso antes de la confección del testamento, se debe tomar en consideración que si tal falta sucedía una vez abierta la sucesión y aceptada la cuota no podemos hablar de derecho de acrecer, sino que entonces acontecía la transmisión de la cuota al heredero del heredero difunto.

Con relación al planteamiento que hemos realizado entre premoriencia y derecho de acrecer debemos hacer una distinción; nos mostramos de acuerdo con la mayoría doctrinal que confirma la aplicación del acrecimiento si el llamado a la herencia o legado había fallecido cuando se abría la sucesión, de manera que la cuota que le habría correspondido era distribuida entre el resto de herederos o legatarios que quedaban; mayores problemas plantea esta circunstancia cuando la premoriencia se producía antes de la redacción del testamento, esto es, con anterioridad a ser instituido un heredero o legatarios.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este caso, parte de la doctrina considera tal institución como inexistente, limitándose la cuestión a un simple cambio de contenido de la cuota[318]; otro sector dotrinal se opone a tal teoría, afirmando que se trata de una arbritaria restricción a las causas

W.D'AVANZO, "Il diritto di accrescimento e la prescrizione estintiva del diritto di accettare l'eredità o di chiedere il possesso del legato", en *Rivista Diritto Privato Civile*, *op.cit.*, p. 236.

[318] L.ENNECCERUS-Th.KIPP-M.WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II*, Marburg, 1928, p. 151; G.PLANCK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, 1930, pp. 417 y ss.; O.PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, pp. 1779 y ss.

productoras del acrecimiento[319], opinión con la que nos mostramos de acuerdo pues en la práctica, si el fallecimiento se había producido antes de la confección del testamento, o después, la designación de heredero así como la atribución de cuota no era posible, y por lo tanto, la solución jurídica a este supuesto hace referencia siempre al acrecimiento.

A este respecto, destacamos la opinión de Pérez Simeón[320] afirmando que el acrecimiento se aplicó ininterrumpidamente durante toda la historia del Derecho romano en el supuesto de vacancia de una cuota hereditaria cuando la disposición se tenía por *pro non scripta*[321], esto es, cuando la atribución desde el momento en que se otorgó el testamento ya era nula o ineficaz, considerando el ejemplo más perfecto de vicio inicial aquél en que el heredero habia fallecido en el momento de otorgar testamento, como se

Universitat d'Alacant

[319] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 586 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 151; W.D'AVANZO, *Delle successioni, I*, Firenze, 1941, p. 184; C.GANGI, "Il diritto d'accrescimento nella successione testamentaria secondo il nuovo codice civile", en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo (1940-1941)*, p. 251; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI* "*Le successioni*", *op.cit.*, p. 327; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, p. 151

[320] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, pp. 72 y ss.

[321] Numerosos son los textos que hacen referencias a este tipo de disposición testamentarias tanto referidas a herederos como a legatarios, entre otras *vid*. *Gai* 2, 199; *Gai* 2, 223; *Gai* 2, 229; *Gai* 2, 232; *Gai* 2, 235; *Gai* 2, 238; *Gai* 2, 286; *Gai* 2, 286 a; D. 29, 7, 14 pr.; D. 30, 16; D. 30, 34, 11; D. 30, 84, 8; D. 30, 101, 1; D. 30, 102; D. 30, 109 pr.; D. 31, 41 pr.; D. 34, 3, 11; D. 34, 5, 4; D. 34, 5, 5; D. 34, 8, 4 pr.; D. 34, 8, 1; D. 34, 8, 2; D. 34, 9, 26; D. 35, 2, 65; D. 40, 5, 26, 6; D. 50, 17, 73, 3.

recoge en la constitución *De caducis tollendis*, así, C. 6, 51, 1, 2; C. 6, 51, 1, 3:

> C. 6, 51, 1, 2.- *Imperator Justinianus.- Et cum triplici modo ea, quae in ultimis elogiis relinquuntur, contingebat deficere, consentaneum est et tempora eorum et nomina manifeste exponere, ut, quod vel tollitur vel reformatur, non sit incognitum. Ea enim vel his relinquebantur, qui in rerum natura tunc temporis, cum condebantur extrema elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus testatoribus, et ea pro non scripto esse leges existimabant: .... <a 534 d.K.Iun.Constantinopoli dn.Iustiniano pp.A.Iiii et paulino vc.Conss.>*

> C. 6, 51, 1, 3.- *Imperator Justinianus. In primo itaque ordine, ubi pro non scriptis efficiebantur ea, quae personis iam ante testamentum mortuis testator donasset, statutum fuerat, ut ea omnia maneant apud eos, a quibus fuerant derelicta, nisi vacuatis vel substitutus suppositus vel coniunctus fuerat adgregatus: tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant: nullo gravamine nisi perraro in hoc pro non scripto superveniente. <a 534 d.K.Iun.Constantinopoli dn.Iustiniano pp.A.Iiii et paulino vc.Conss.>*

Ahora bien, a continuación podemos añadir otras causas que, impidiendo la aceptación determinaban la verificación de nuestro

instituto respecto a la cuota dejada libre, así, citamos la renuncia[322] a su cuota del heredero o del legatario, en este supuesto entraba en juego la voluntad del sucesor, quien no quería su parte de la herencia o legado rechazándola en virtud de su cualidad de heredero, lo que daba lugar en la práctica a una cuota vacante y, por lo tanto, a la verificación de nuestro instituto.

Esta situación quedaba limitada a los herederos voluntarios, pues en el supuesto de los *heredes sui*[323], al recibir la herencia automáticamente no tenían posibilidad de renunciar, si bien a los herederos voluntarios se les concedía la opción de decidir entre aceptar o rechazar la herencia abandonando el título de *heres* lo que en virtud del derecho de acrecer significaba la expansión del derecho de los demás llamados en el concurso efectivo que conformaban el conjunto de coherederos o colegatarios[324], en este

Universitat d'Alacant

[322] Respecto a la renuncia se recomienda consultar la siguiente bibliografía: G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 807-808; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III*, *op.cit.*, pp. 201 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I*, pp. 483 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III*, *op.cit.*, pp. 309 y ss.; V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, *op.cit.*, pp. 517 y ss.; E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano*, *op.cit.*, p. 218; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 293 y ss.; S.SOLAZZI, "La renuncia dell'eredità e P.Col. 123.12", en *Arch. Giur., CL*, 1956, pp. 3 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972, pp. 657 y ss.); C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 210 y ss.

[323] Con relación al régimen de aplicación en la sucesión de los *heredes sui vid*. pp. 365 y ss.

[324] G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 808 ; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 293; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 587 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 119 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, p. 211.

sentido se manifiesta Murillo[325] al afirmar respecto al derecho general de propiedad que la renuncia era un acto unitaleral, muestra en este caso de la naturaleza autónoma del derecho de heredero, que no podía ser obstaculizada en su ejercicio por ningún tercero[326] pero que beneficiaba al resto de sucesores mediante el acrecimiento, esto es, los otros sujetos niembros del concurso no podían intervenir negativamente en la decisión del renunciante pero si gozar del aspecto positivo de su decisión.

Con relación a nuestro instituto, la citada manifestación de voluntad exigida por el Derecho debía plasmarse en un acto formal y expreso, sin surtir efectos jurídicos ni dar lugar en consecuencia al escenario ideal para que el acrecimiento se llevara a cabo, hasta que dicha formalidad era cumplida por el fallido heredero produciendo la vacante.

Esta aplicación efectiva del acrecimiento tenía como supuesto particular la renuncia realizada por un heredero en perjucio de acreedores, a este respecto, la cuota vacante ya no era completa sino que el aumento que recibían los coherederos que quedaban en la herencia era únicamente el resto después de ser satisfechas las deudas[327], lo que venía a constituir como afirma Ortín García[328] un límite al derecho de acrecer.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[325] A.MURILLO, *Disposición Jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos, op.cit.*, p. 103.

[326] Art. 395 Cc.

[327] D. 22, 1, 38, 4; D. 42, 8, 1; D. 42, 8, 6.

Asimismo, dentro de las posibilidades de renuncia a la herencia o legado de los sucesores encontramos como causa productora de cuota vacante y, en consecuencia, del acrecimiento la prescripción del plazo para aceptar[329], esto es, hacemos referencia a un supuesto de renuncia pasiva por parte del *heres* voluntario que no adquiría *ipso iure* si no que disponía de un plazo determinado para expresar su voluntad mediante la *aditio*, aceptando o renunciando; encontramos aquí diferencias con la renuncia activa por parte del sucesor, así, estas dos posturas no pueden equiparse, en primer lugar, porque la renuncia no tenía término de cumplimiento y, por otro lado, en la renuncia general era necesaria, como ha quedado establecido, una manifestación expresa de voluntad de no ser heredero, mientras que en la prescripción el heredero incluso podía desconocer la existencia misma de la herencia; no obstante, a pesar de estas diferencias jurídicas los efectos prácticos con relación al derecho de acrecer son idénticos, pues el heredero que renuncia y el que no acepta están dando lugar a sendas cuotas vacantes, el primero de ellos en el momento de formular su voluntad y el segundo al finalizar el plazo señalado, de manera que como es sabido, el resto de coherederos cuando asumen su parte, su voluntad abarca no sólo la cuota inicial sino toda

[328] C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, p. 218.

[329] Con relación a esta prescripción *vid.* V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, *op.cit.*, pp. 523 y ss.; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, p. 194; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, pp. 172 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 221 y ss.

porción de herencia a que pueda tener derecho, entre ellos el derecho de acrecer, sin ser necesaria una nueva aceptación.

Además, debemos hacer referencia a la incapacidad sobrevenida del *delatus*[330], esto es, cuando surgía una causa jurídica que impedía la aceptación, existiendo por el contrario otros llamados capaces de realizar tal acto de asentimiento.

El Derecho romano exigía como capacidad para ser heredero la denominada *testamenti factio pasiva* así como estar en posesión del *status civitatis* y el *status libertatis*. El concepto de *testamenti factio pasiva* hay que distinguirlo de la *capacitas* o el *ius capiendi*, siendo éste último mucho más restringido, ya que es posible tener el primero pero estar privado de la *capacitas*, esto es, por diversas causas se puede estar incapacitado para recibir la herencia; dicha circunstancia debía estar presente en la sucesión en el momento que debió tener lugar la llamada que no se produjo por la existencia de la situación de derecho que provocó la incapacidad e impidió la *delatio*[331].

Respecto a la incapacidad del sucesor para asumir la herencia era la ley la que determinaba las causas de la misma, siendo la consecuencia la misma en todos los casos, se creaba una cuota vacante que daba lugar a la verificación del derecho de acrecer al

[330] V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie, op.cit.*, pp. 518 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 683 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 154 y ss.

[331] C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, p. 155.

resto de coherederos que o bien ya habían aceptado su parte, o bien si gozaban de la capacidad para asumir su parte de la herencia o legado.

Con relación a esta afirmación expone su tesis particular contraria a la opinión mayoritaria Iglesias[332], en la misma respecto a nuestro instituto sostiene que la doctrina trabaja con nociones erróneas sobre el concepto de cuota vacante, en este sentido, toma como punto de referencia el que la razón del derecho de acrecer se encontraba en el llamamiento solidario, esto es, de todos al todo, pero matiza que si cada cual era llamado al total, la falta de un sujeto no podía considerarse como cuota vacante sino como persona vacante, de manera que, en este caso el derecho íntegro de los herederos efectivos, como únicos y verdaderos herederos, no era limitado por la realización del derecho potencial del que no concurría, ya que la división de cuota resultaba del concurso de todos los llamados al concurso efectivo de coherederos, así, termina afirmando que "Si hay acrecimiento –porque hay llamamiento *in solidum*–, no hay porción vacante, y si hay porción vacante, no hay acrecimiento".

En el mismo sentido, sostiene Biondi[333] que en la sucesión intestada no existe un incremento de la cuota, ya que cada heredero

[332] J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno*, *op.cit.*, p. 281; J.IGLESIAS, "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP, LXV*, 1981, p. 783. En el mismo sentido se expresa J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II*, *op.cit.*, pp. 527-528.

[333] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 415; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 205.

no tiene derecho a una cuota determinada, sino que la cuota era el resultado del concurso con los otros herederos, esto es, a menor número de ellos mayor será la cuota de participación correspondiente a cada uno.

1.1.- Causa particular de vacancia de una cuota: la indignidad para suceder y su relación con el *ius adcrescendi*

La denominada indignidad para suceder[334] en Derecho romano hacía referencia, según la doctrina, a los diferentes casos en que se concedía al fisco la facultad de reivindicar, *eripere, auferre*, bienes hereditarios que teniendo como destino un determinado sujeto, a causa de comportamientos imputables precisamente al mismo[335], se

[334] D. 34, 9.- *De his quae ut indignis auferuntur.*; C. 6, 35.- *De his quibus ut indignis auferuntur et ad senatus consultum Silanianum.*

[335] Respecto a las causas de indignidad *vid.* E.NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, pp. 43-232 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 717 (nota 1); B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 204 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 465 y ss.; B.BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1943, pp. 121 y ss.; S.SOLAZZI, "Osservanza della volontà testamentaria e indegnità", en *Scritti di Diritto Romano, IV*, Napoli, 1963, pp. 185 y ss.; B.M.REIMUNDO YANES, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*, Oviedo, 1983, pp. 13 y ss.; T.RICARDO RIBAS, "Indignidad y Desheredación", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II*, Orense, 1998, p. 183; O.MARLASCA, "Algunos supuestos de indignidad del heredero relacionados con la muerte violenta del *de cuius* en las fuentes romanas y su recepción en códigos posteriores", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II*, Orense, 1998, pp. 93 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 181 y ss. *Gai* 3, 220; *Gai* 3, 225; *Pauli Sent.* 5, 4; *Tit.Ulp.* XXX, 1; C. 9, 35; D. 11,

le privaba de ellos pues no era considerado digno de recibirlos, en este supuesto, la solución jurídica no pasaba por nuestro instituto sino que el fisco los reclamaba para sí.

Con relación a la indignidad parte de la doctrina[336] defiende que la regulación de la misma en Derecho romano no debe ser confundida con la recogida en los actuales códigos, así, en derecho moderno estamos ante una verdadera causa productora de acrecimiento pues su consecuencia es la aparición de una cuota vacante tomada como incapacidad sobrevenida al indigno para adquirir que le impide gozar de los bienes hereditarios recibidos, en este sentido Volterra expresa que hoy "la indignidad es una verdadera incapacidad, que en cuanto es declarada, rescinde con efecto *ex tunc* tanto la delación, como la eventual adquisición[337]".

No obstante, de vuelta al derecho histórico, en contra de esta opinión sostiene Glück[338] como uno de los casos en que el *ius*

7, 33; D. 29, 5, 15; D. 34, 9, 8; D. 34, 9, 16 pr.; D. 47, 10, 1; D. 49, 14, 1, entre otros.

[336] V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie, op.cit.*, pp. 518-519; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti, op.cit.*, pp. 202 y ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.*, p. 163.

[337] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 716 (nota 2).

[338] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 588. Asimismo, sostiene que el acrecimiento no tenía lugar en el supuesto de un cuota vacante por indignidad del *heres* F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, p. 164; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 555 (nota 2); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 692; P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 338.

adcrescendi era excluido la indignidad del llamada, subintrado en su puesto en vía extraordinaria otro, en este caso, el fisco.

En este mismo sentido se manifiesta Vaccaro[339] exponiendo en su tesis que si bien estamos ante una causa que dejaba libre una porción hereditaria, esto es, aunque la indignidad no determinaba una excepción en los presupuestos de nuestro instituto, estos casos eran sancionados singularmente desde las constituciones imperiales atribuyendo la cuota del indigno al fisco, en consecuencia, la cuota vacante tenía un destino determinado legalmente, por tanto el *ius adcrescendi* no tenía lugar; así, sostiene la falta del presupuesto necesario de cuota vacante, además de justificar que el heredero indigno según las fuentes, como se puede observar en el texto de Paulo D. 28, 6, 43, 3[340], bajo algunos aspectos continuaba siendo heredero[341].

[339] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 121.

[340] D. 28, 6, 43, 3.- *Papinianus libro primo definitionum . Iulius Longinus pater eos, quos sibi heredes instituerat, filio ita substituit "quisquis sibi heres esset": unus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo quod acceperat daret, ad substitutionem impuberis admissus utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat, an vero pro ea quam cepit, ita ut augeatur eius pars in substitutione? Respondi: qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur nec desinet heres esse, licet res quae relictae sunt auferuntur. Unde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quin immo etsi desineret heres esse, idem dicerem: quemadmodum intellegendum est in eo qui, cum scriptus esset heres, postquam adisset hereditatem in servitutem redactus est et postea libertate donatus. Cui permissum est ad substitutionem venire, quae ei in testamento fuerat relicta: licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit, percepturum.*

[341] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 121.

A este respecto, Nardi[342] en su importante teoría sobre la indignidad confirma la opinión de Vaccaro sore la cuestión afirmando que esta apropiación de bienes por parte del fisco romano únicamente hacía referencia a las ventajas patrimoniales de los sucesores hereditarios que había demostrado no merecer, en tanto que el indigno conservaba su posición jurídica.

Esta citada intervención estatal tenía carácter punitivo pues el Estado, movido por necesidades económicas, intervenía en aquellos supuestos de conducta inmoral o indigna contra el *de cuius* reivindicando el patrimonio hereditario, lo que demuestra su afán recaudatorio[343]

Así, en este supuesto se puede hablar de intervención estatal en aras del bienestar comunitario, en este sentido se expresa Torrent[344] al afirmar que la incapacidad del indigno se limitaba a no

[342] E.NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano, op.cit.*, p. 44; T.RICARDO RIBAS, "Indignidad y Desheredación", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II, op.cit.*, pp. 183 y ss. Matiza esta tesis afirmando que en este caso el Estado asumía la posición *in heredis loco*, si bien admite que tal posibilidad pudo ser tardia, incluso por acción de los glosadores R.HERRERA en "*Bona vacantia* y sucesión a favor del Estado en el Derecho romano y su recepción en el Derecho histórico español", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II, op.cit.*, p. 25.

[343] R.HERRERA, "Bona vacantia y sucesión a favor del Estado en el Derecho romano y su recepción en el Derecho histórico español", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II*, Orense, 1998, p. 26.

[344] A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 631. En el mismo sentido se expresan B.BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op.cit.*, p. 157; D.BARBERO, "Successioni-Indegnità a sucederé-Natura ed effetti-Inammissibilità dell'eccezione", en *Foro Padano, I*, 1950, pp. 847-848; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 685; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 181-182.

poder retener lo adquirido por la herencia, lo que tomando en consideración el *ius civile* debía dar como resultado que su cuota fuese atribuída a otros herederos mediante el *ius adcrescendi*, sin embargo, para que el castigo de uno no supusiera una ventaja para otros se tipificaba la indignidad como una sanción civil que privaba al sujeto sancionado, *heres* por el *ius civile*, de los bienes de la herencia a favor del fisco, así como del ejercicio de cualquier acción hereditaria que pudiera corresponderle, como podemos observar en D. 29, 5, 15 pr.:

> D. 29, 5, 15 pr.- *Marcianus libro singulari de delatoribus. Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an priore hereditas ad illum transferatur? Et ait Papinianus non esse hoc: nam poena illius huius praemium esse non debet.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En conclusión, nuestro instituto no encontraba campo de aplicación, pues siendo el heredero el primer llamado considerado indigno y una vez atribuida la cuota al fisco, faltaba el presupuesto necesario de la vacancia de una porción hereditaria.

2.- Características principales del acrecimiento

2.1.- Carácter automático, *ipso iure*

Es característica fundamental que el *ius adcrescendi* se verificara *ipso iure*, siendo por tanto irrenunciable, sin necesidad de una nueva aceptación por parte del coheredero o colegatario a quien la cuota vacante acrecía, tal como se observa en D. 37, 11, 2, 8 y C. 6, 51, 1, 10b:

> D. 37, 11, 2, 8.- *Ulpianus 41 ad ed. … nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei adcrescet: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrescit.*

> C. 6, 51, 1, 10b.- *Et hoc et nolentibus ipso iure adcrescat, si suas portiones iam agnoverint, cum sit absurdum eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, secundum quod et in divinis nostri numinis decisionibus statutum est.*

Así, no se podía renunciar a lo que se configuraba no como una segunda delación sino como la extensión del primer y único

llamamiento, cuya *delatio* tenía potencialmente un significado universal, que en la práctica venía a significar un aumento cuantitativo de la cuota que le correspondía al heredero.

En este sentido se manifiesta Albanese[345] confirmando que a partir de una herencia entendida como un todo unitario, se puede dar un concepto de acrecimiento en el cual la parte del que faltaba acrecía automáticamente, *ipso iure*, a los demás coherederos.

A este respecto, destaca la tesis de Glück[346] dentro del marco de su teoría general del acrecimiento, así sostiene con relación a la sucesión intestada que los llamados a la herencia eran eventualmente llamados al total, signo naturalmente de que los herederos *ab intestato* se limitaban unos a otros por la concurrencia efectiva, en consecuencia si uno de ellos dejaba una cuota libre, la cuota de los que quedaban acrecían *ipso iure* al resto; esta

[345] B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano...", *op.cit.*, p. 316. En el mismo sentido *vid.* G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 746; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 556; M.KASER, *Das Römische Privatech, II*, *op.cit.*, pp. 729 y ss.; F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), *op.cit.*, pp. 284 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 543; P.VOCI en, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 692; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, pp. 314-315; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 317; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 381; E.RICART, "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA, op.cit.*, p. 240 (=en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II*, *op.cit.*, pp. 883 y ss.); M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 68; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 402 y ss.

[346] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, pp. 605 y ss.

aseveración, favorable al automatismo del incremento en la cuota de los llamados que quedaban en la herencia con los bienes dejados libres, aun realizada respecto a un orden sucesorio determinado es fácilmente extrapolable a la sucesión testamentaria, siempre tomando en consideración los límites de la conjunción.

En este orden de ideas, Vaccaro afirma que como la llamada era potencialmente directa al total, la adquisición era desde su inicio potencialmente directa al total, y por tanto para adquirir la cuota vacante no tenía lugar una nueva aceptación, estando el derecho de acrecer implícito en la primera[347]; por lo tanto, se extrae que como lo único inescindible era el título, así, lo único inescindible era la adquisición, siendo exacto afirmar que el acrecimiento se puede definir como un no decrecimiento, ya que cuando se adquiría por este derecho se hacía no en base de un nuevo título sino en base a aquél ya existente[348].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Estos principios, como ya se ha afirmado, derivan del concepto y fundamento mismo del derecho de acrecer, por lo tanto, Vaccaro define el acrecimiento como el fenomeno jurídico por el cual cada uno de entre varios llamados a un mismo objeto hacía propia la cuota de aquél que no podía o no quería adquirirla, con fundamento en que cada uno de los llamados lo era al total y tenía un derecho potencial sobre toda la herencia que determinaba el concurso efectivo que se formaba entre los sujetos que formaban la

[347] D. 29, 2, 35 pr.; D. 29, 2, 53, 1; D. 29, 2, 76.

[348] *Vid*. nota 163.

delatio, en consecuencia, si faltaba alguno o algunos de los citados sujetos que limitaban dicho concurso, el derecho se expandía espontáneamente con necesidad jurídica, sin necesidad de una nueva aceptación.

En este orden de ideas, autores como Ferrini[349] y Di Marzo[350] sostienen la verificación *ipso iure* del acrecimiento en función del natural desarrollo del título de heredero sin necesidad de una nueva aceptación aun sin su conocimiento ni posibilidad de rechazo.

Se muestra conforme con la afirmación principal planteada y, por lo tanto, ratifica que el acrecimiento tenía lugar *ipso iure* Robbe[351], si bien su opinión es contraria a la teoría de Vaccaro relacionada con el significado y naturaleza esencial de este carácter del acrecimiento, así, obviando el derecho potencial al total de la herencia perteneciente a cada uno de los coherederos, nuestro instituto resultaba sobretodo de las dos concurrentes características fundamentales y esenciales de la propiedad romana: la elasticidad y la absorción.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido afirma lo inamisible y absurdo del razonamiento realizado por Vaccaro, así, rechaza en su teoría del acrecimiento tanto la llamada potencialmente directa al total como que la adquicisión *iure adcrescendi* se realice no en base a un nuevo

[349] C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, *op.cit.*, p. 605.

[350] S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 456.

[351] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 68 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 158.

título sino sólo en base a aquél ya existente, pues al contrario, para este autor nuestro instituto constituye un nuevo, particularísimo y especialísimo título en si mismo, como lo indica su independencia dogmática, su autonomía jurídica y su unidad que pertenece no a cualquier sujeto sino a aquéllos que ya poseen otro título que justifica el primero como el condómino, el coheredero y los colegatarios.

Si bien esta opinión de Robbe hay que incardinarla en su teoría general del acrecimiento que como ha quedado demostrado queda muy lejos de la doctrina general además de no ajustarse a nuestra propia tesis.

Una consecuencia de la aplicación de esta característica del acrecimiento la encontramos en la aseveración de Guarino[352] en el sentido de que la cuota que acrecía se repartía *ipso iure* entre el resto de sucesores, quienes si ya habían manifestado su voluntad de aceptar la propia cuota se veían privados de la posibilidad de sustraerse del acrecimiento, salvo la medida extrema de renuncia al total de la sucesión, esto es, a la cuota propia y a la acrecida.

Asimismo, una vez aceptado que nuestro instituto opera *ipso iure* también debemos concluir el efecto retroactivo de la adquisión por acrecimiento, en este sentido, se debe tomar en consideración el principio general de Derecho romano que ordena la retroactividad

[352] A.GUARINO, *Diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 411. En el mismo sentido se expresa A.TORRENT en voz: "*Ius adcrescendi*", en *Diccionario de Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 512.

en el ámbito del derecho sucesorio, lo que venía a significar que la eficacia del incremento de la cuota vacante a coherederos o colegatarios tenía lugar, no en el momento de la aceptación, ni en el de producirse la vacante, sino en el momento de la apertura de la sucesión, esto es, cuando se produjo la *delatio*, el fundamento de tal afirmación se puede encontrar en las fuentes en diversos textos, en concreto, D. 28, 5, 59, 7; D. 29, 2, 59; D. 35, 1, 26, 1 y D. 38, 16, 9[353].

2.2.- Necesidad del acrecimiento

El carácter de necesidad de nuestro instituto significaba que la adquisición por acrecimiento se verificaba sin conocimiento, contra la voluntad e incluso cuando ya había fallecido el heredero que había aceptado la cuota originaria transmitiendo ésta como parte de su herencia; este acrecimiento tenía por tanto eficacia retroactiva, en este sentido, el heredero desde el momento de la delación era titular del total del *as* hereditario que definitivamente adquiriese, y como ha quedado establecido el derecho de acrecer se extendía a favor del heredero del heredero o del heredero del legatario que había aceptado.

[353] F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, pp.110 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit., pp. 238-422 y ss.-462.

El acrecimiento se verificaba, como se ha señalado, *ipso iure* por necesidad jurídica, sin necesidad de una nueva aceptación y, llegado el caso, sin el conocimiento y voluntad, *etiam ignoranti et invito,* de aquél al que pertenecía la cuota vacante[354], incluso si había fallecido, como se recoge en D. 29, 2, 31 y D. 29, 2, 53, 1, e incluso en C. 6, 51, 1, 10 b arriba citado:

> D. 29, 2, 31.- *Paulus 2 ad sab. Heredi cum postumo instituto reliquae partes adcrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit non esse praegnatem, licet heres ignoret.*

[354] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, p. 172 ; A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 334; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, pp. 114 y 124; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 590; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit,* p. 401; A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain, I, op.cit.*, p. 496; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 696 ; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, p. 935; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, op.cit.*, p. 519; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 326; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 68; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 158; C.FERRINI, *Manuale di Pandette, op.cit.*, p. 605; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 720; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 425-426; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 317; J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 862; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 381; E.RICART, "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA, op.cit.*, p. 240 (=en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II, op.cit.*, pp. 883 y ss.); M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 68.

> D. 29, 2, 53, 1.- *Gaius 14 ad l. iul. et pap. Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt.*[355]

Con relación a esta característica de nuestro instituto Vaccaro[356] confirma que éste tenía lugar por necesidad, incluso contra la voluntad de aquél al que pertenece la cuota vacante, si bien experimenta durante el periodo clásico algunas excepciones.

En primer lugar, cuando el coheredero *suus* hacía uso del *beneficium abstinendi* el pretor concedía a los coherederos que ya habían aceptado o habían pedido la *bonorum possessio* del total, para evitar los efectos perjudiciales del acrecimiento, renunciar *ex novo* a la cuota ya adquirida[357].

Otro caso lo encontramos cuando la cuota había devenido vacante después de la *restitutio in integrum* de un menor, en ella Septimino Severo expresamente declara que el coheredero podía evitar el acrecimiento cediendo las cuotas a los acreedores, ya que

[355] Este texto se considera glosado por la doctrina, en este sentido *vid.* G.LA PIRA, "La sostituzione pupilare", en *Studi Bonfante, III*, Milano, 1930, p. 310 (nota 47); O.LENEL en *Palingenesia iuris civili, I*, Graz, 1960, col. 249 (nota 7); G.BESELER, "Einzelne Stellen" en *ZSS, XLIII*, 1922, p. 549; *Index Interpolationum II*, Weimar, 1931, p. 214.

[356] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 126.

[357] D. 29, 2, 55.

de no ser por esta regulación imperial se hubiese producido *ipso iure*[358].

Estas dos excepciones tenían la misma justificación jurídica por razones de equidad, así, el coheredero *suus* o el coheredero menor que, por medio del remedio extraordinario provisto por el pretor, como eran el derecho a abstenerse y la *integrum restitutio*, abandonaban la cuota ya adquirida, su coheredero entonces se encontraba en una situación desventajosa no pudiendo el mismo, como el *suus* o el menor hacer uso de los citados remedios.

Estas limitadas excepciones constituyen, en palabra de Vaccaro el precedente cronológico, si no lógico, de la más amplia excepción que introducirá Justiniano, por el cual en el ámbito de los legados, el acrecimiento tenía lugar únicamente si el legatario quería.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[358] La *restitutio in integrum*, fue un instituto creado por el emperador Adriano para un caso particular que posteriomente fue generalizado en el Derecho romano, la misma tenía diferentes denominaciones según los casos, en este sentido, encontramos: a) *maiorum*, concedida a mayores de veinticinco años para anular un daño causado por dolo, error, etc.; b) *menorum*, concedida a menores, para defenderse frente a actos dolsos de sus representantes; c) *in rem*, concedida frente a cualquier sujeto.

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.*

Frag. Aug. 2, 29; *Frag. Aug.* 2, 33; I. 2, 19, 6; D. 4, 4; C. 2, 2; C. 2, 51, 53.

Asimismo, como afirma Dernburg[359] el derecho de acrecer también actuaba incluso en contra de la voluntad del *de cuius*, en concreto hacemos referencia a la sucesión testamentaria, de manera que, al igual que aquél, en general, no podía evitar la sucesión hereditaria, así, no podía limitarla a una simple y única cuota de la herencia; como se planteará más adelante los mecanismos con los que contaba el testador para impedir el acrecimiento y que actuándose con preferencia a nuestro instituto evitaban las cuotas vacantes, eran la sustitución y la transmisión.

2.3.- *Portio portioni adcrescit, non personae*

Esta máxima, de carácter esencial, indica que el acrecimiento se verificaba en Derecho romano directamente en relación a la cuota, sin tomar en consideración al titular de la misma, a excepción del supuesto del legado de usufructo, que por su peculiaridad, acrecía a la persona[360].

[359] A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 334.

[360] A este respecto consultar la nota 155, así como F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, pp. 206 y ss.; J.MARTÍ MIRALLES, "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP, XII, op.cit.*, pp. 375 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 218-219; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 45 y ss.-381 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 160; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, pp. 315-316. *Frag.Vat.* 75 a 87; D. 7, 1, 33, 1; D. 44, 2, 14, 1.

La explicación a esta premisa de aplicación general a nuestro institución según opinión mayoritaria de la doctrina romanística la encontramos a tenor de la opinión de autores como Vaccaro[361], Robbe[362], entre otros[363], en que el acrecimiento operaba incluso después de la muerte del heredero o del legatario que ya había aceptado, esto es, a favor, de heredero del heredero o del heredero del legatario, lo que queda suficientemente explicado con la máxima *portio portioni adcrescit, non personae,* lo que justificaba en opinión de Vaccaro que el título de heredero no fuese susceptible de

[361] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 126.

[362] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, p. 70; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 158.

[363] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, p. 172 ; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 30; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 335; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, p. 114; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 696; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 556; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, p. 935; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, p. 401; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 326; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 315; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, op.cit.*, p. 519; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 692; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI* "*Le successioni*", *op.cit.*, p. 317; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 457; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 381; E.RICART, "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa.* Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA, op.cit.*, p. 240 (=en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II, op.cit.*, pp. 883 y ss.); M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 68.

incremento, sino únicamente sus efectos patrimoniales[364], así se puede observar en diferentes pasajes de las fuentes:

> D. 28, 5, 60 (59), 6.- *Celsus libro 16 digestorum. Si ita scriptum fuerit: "Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto: Titius, si intra tertias kalendas navis ex asia venerit, ex reliqua parte heres esto": videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit: nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse aut ex besse: ita sextans utique erit in pendenti et, si condicio exstiterit, ex besse heres erit, si non exstiterit, ille sextans Maevio adcrescet. Sed si decesserit Titius, antequam condicio exsistat, deinde condicio exstiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio adcrescet: nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit nec potest intellegi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit.*

> D. 29, 2, 83.- *Ulpianus libro 18 ad legem Iuliam et Papiam .Si totam an partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere adcrescere, quia rem non videtur habere.*

> D. 35, 1, 26, 1.- *Iulianus 82 dig. Cum eadem res alteri pure, alteri sub condicione legatur aut cum alter pure, alter sub condicione heres scriptus est, pars legati vel hereditatis*

[364] Esta misma opinión es compartida por C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, *op.cit.*, p. 605.

> *deficiente condicione adcrescit etiam heredi eius, cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas eius adita fuerit.*[365]

> D. 38, 16, 9.- *Marcianus libro quinto institutionum . Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et licet decesserint, antequam adcresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.*[366]

A este respecto, autores como Pacchioni[367] o Giffard[368] sostienen que en función de un derecho de acrecer fundamentado en las porciones y no en las personas, para distribuir la parte vacante entre los herederos capaces de adquirir se debía tener en consideración el momento de la adquisición de la cuota original,

[365] Este texto es considerado por la doctrina como gravemente modificado, no solamente está interpolado sino que se han eliminado párrafos del mismo, si bien para otros autores es plenamente genuino, *vid. Index Interpolationum II*, *op.cit.*, p. 308; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, p. 70 (nota 1).

[366] En el mismo sentido *vid. Pauli Sent.* 4, 8, 24, (26); C. 6, 51, 1, 10a; I. 3, 4, 4.

[367] G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 747. *Vid.* D. 37, 11, 2, 8.- *Ulpianus 41 ad ed... nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei adcrescet: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrescit.*

[368] A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain, I, op.cit.*, p. 496.

ignorando la capacidad de los citados coherederos en el momento de verificarse nuestro instituto.

Por ello, como afirma Ferrini[369] y ha quedado establecido la aplicación del acrecimiento tenía lugar incluso si uno de los herederos ya había fallecido cuando la cuota resultaba vacante; igualmente operaba nuestro instituto a favor del patrón constituido heredero a través de un siervo, recibiendo la porción en que no sucede el coheredero, incluso si entre la adquisición de la cuota originaria y la acrecida el siervo hubiese sido manumitido o vendido, como se observa en D. 29, 2, 80, 2, pasaje que también justifica la proporcionalidad del acrecimiento respecto a la cuota de institución:

> D. 29, 2, 80, 2.- *Paulus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam. Item si servus meus ex parte heres institutus sit pure, ex parte sub condicione, dato scilicet coherede, et iussu meo adierit, deinde eo manumisso condicio alterius portionis exstiterit, verius est non mihi esse adquisitam illam portionem, sed ipsum comitari: omnia enim paria permanere debent in id tempus, quo alterius portionis condicio exstet, ut adquiratur ei, cui prior portio adquisita est.*

[369] C.FERRINI, *Manuale di Pandette, op.cit.*, p. 605.

Asimismo, esta tercera característica viene explicada en opinión de Robbe[370] en otros fragmentos de las fuentes que hacen referencia al supuesto de venta de una cuota de la herencia por parte de uno de los coherederos; así, en D. 18, 4, 2 pr., y D. 18, 4, 2, 4, en este caso, el vendedor, así como su heredero estaban obligados a restituir al comprador incluso el acrecimiento que por alguna contingencia sobrevenida se verificara a su favor, así como cualquier otro incremento hereditario. La explicación y justificación viene asumida por la doctrina mayoritaria en función de las normas generales de la compraventa hereditaria, siempre que los contratantes no hubiesen establecido nada en contra o alguna cláusula de especial atención relacionada con la cuestión que nos ocupa; no obstante, para Robbe, coherente con su tesis del acrecimiento relacionada plenamente con los derechos reales, la explicación de tal resolución al caso concreto se encuentra en los fundamentales principios del *ius adcrescendi*; esto es, encontramos en primer lugar a un sujeto con un título personal, bien de *dominus*, *heres* o *legatarius*, pero que se realiza según la naturaleza jurídica de un derecho real y según la estructura jurídica de la accesión, por lo tanto, mientras el acrecimiento tenía lugar *ipso iure* a favor del vendedor que tenía el título, sirva como ejemplo, de heredero, o del heredero del heredero en caso de haber fallecido el primero, a pesar de la compraventa, la cuota sin embargo le pertenecía sustancialmente al comprador en cuanto que la cuota primigenia

[370] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, pp. 71 y ss. En este mismo orden de ideas *vid.* G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 30 y ss.

atraía de manera espontánea cualquier incremento o legítimo aumento.

> D. 18, 4, 2 pr.- *Ulpianus libro 49 ad Sabinum. Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.*

> D. 18, 4, 2, 4.- *Ulpianus libro 49 ad Sabinum. Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No obstante, cabe destacar la opinion que respecto a este supuesto de hecho dada por Biondi[371], en este sentido, afirma que el acrecimiento, según el axioma *portio portioni adcrescit, non personae*, se verificaba a favor del heredero del heredero siempre que el primero hubiese aceptado la herencia como se extrae de la fuentes, encontrando el caso de la venta de la herencia regulado en

[371] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 426; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 215-216.

los pasajes citados arriba[372], si bien también hay que tomar en consideración otras reglas y, en concreto, la opinión de Ulpiano a favor de juzgar caso por caso, pues en algunos supuestos, en caso de venta de la herencia el limite de la obligación del vendedor estaba únicamente a la cuota originaria tomando como fundamento para ello otro párrafo del mismo texto de Ulpiano, así, en D. 18, 4, 2, 1:

> D. 18, 4, 2, 1.- *Ulpianus libro 49 ad Sabinum. In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdatur, videndum erit. Et verius est hoc esse servandum quod actum est: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse*[373].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[372] Asimismo, para un estudio en profundidad de este instituto de Derecho romano *vid.* A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966, pp. 21 y ss

[373] En conexión con D. 50, 17, 34.

Respecto a este texto, Vaccaro[374], entre otros autores[375], no lo considera fundamental para explicar la máxima *portio portioni adcrescit, non personae*, sino únicamente una respuesta del jurista romano relacionada con el tiempo que debe tenerse en consideración para determinar el montante que debe entregársele al comprador, pues queda claro que Ulpiano en su respuesta no estaba pensando en el acrecimiento o en el aumento que podría acaecer a la cuota vendida por el heredero, sino que afirmaba que el momento citado no era ni la muerte del testador ni la adición de la herencia sino únicamente el momento de la venta; en realidad podía suceder que llegado el momento del contrato los bienes de la herencia hubiesen disminuido, en lógica consecuencia, el comprador no podía pretender más de aquello que existía en el momento del contrato, salvada la excepción de cualquier aumento sucesivo en la cuota vendida.

Del estudio de estos textos podemos deducir que, en el supuesto de no haber establecido cláusulas al respecto, el acrecimiento tenía lugar necesariamente en virtud del título de heredero que quedaba en la persona del vendedor a pesar de la enajenación; así, en este caso el derecho de acrecer no tenía lugar

[374] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 137-138.

[375] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette, (traducción italiana), XXIX, I, op.cit.*, p. 669; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 329-330. Asimismo, por último cabe destacar respecto a estos pasajes la opinión divergente de S.CUGIA en "Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità", en *Studi Besta, I*, Milano, 1937, p. 528, a favor de la opinión clásica de que es el momento de la adición el que se

ipso iure a favor del comprador ya que éste no podía tomar el lugar del primero, ni tan siquiera ser considerado *heredis loco*, por lo tanto, la cuota acrecía y era adquirida por el heredero, el cual en nuestra opinión tomando como fundamento el contrato de compraventa estaba obligado a restituirla al comprador de la herencia.

2.4.- Proporcionalidad del acrecimiento

La verificación práctica del *ius adcrescendi*, determinada la existencia de una cuota libre y por tanto pendiente de distribución, hacía referencia, una vez asumidas las restantes características que conforman el mismo, a la medida en que el incremento tenía lugar a favor de cada uno de los coherederos, en concreto ésta era proporcional a la cuota herederitaria de cada uno[376].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tiene que observar para determinar lo que pertenece al comprador, asimismo destacar diversas interpolaciones en los textos.

[376] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 212; V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie, op.cit.*, p. 532; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 555; E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano, op.cit.*, p. 213; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 720; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 543; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 693; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 317; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 529; E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català, op.cit.*, p. 21; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 85.

Estamos, como afirma Glück[377], ante una característica de nuestro instituto ordenada principalmente a la sucesión testamentaria, y que se puede explicar afirmando que como regla general la porción que quedaba libre era distribuida según la proporción de la cuota hereditaria de cada uno de los coherederos entre los que acrecía, tomando en consideración que dicha proporción podía venir determinada por el testador mediante la constitución de diferentes supuestos de llamamientos conjuntos, lo que podía modificar el reparto de los bienes, pues si uno de dicho *coniunctus* fallaba su parte se destinaba al resto de llamados con él, excluyendo a los *disiunctus*[378].

En este mismo sentido, afirma Pugliese[379] que la cuota vacante acrecía a la cuota de los coherederos en proporción al valor de las mismas, además podía suceder que alguno de los coherederos fuesen excluidos del acrecimiento, en concreto, se hace referencia a la sucesión testamentaria y a la llamada conjunta, ya que si el testador llamaba a algunos herederos en conjunto y separadamente a otros, faltando alguno de los primeros su cuota acrecía únicamente a aquéllos con los que había sido conjunto y no a los otros.

Así, queda demostrado que esta particularidad de nuestro instituto tiene relación principalmente con la sucesión testamentaria

[377] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 628 y ss.

[378] D. 28, 5, 64 (63).

[379] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314.

y, por ende, con los tres tipos de llamamientos en que se reflejaba la llamada conjunta –*coniunctio* o institución *coniunctim*–, la *coniunctio re tantum*, la *coniunctio re et verbis* y la *coniunctio verbis tantum*, por lógica en este supuesto, como afirma Robbe[380] se respetaba la presunta voluntad del difunto.

Por lo tanto, si bien la aplicación de nuestro instituto se establecía con independencia de la voluntad del difunto, sin embargo, en la distribución final de la cuota vacante tal como afirma Bonfante[381] se seguía la voluntad presunta o expresa del *de cuius*, de manera que si no había declarado nada al respecto, la división se hacía entre todos los coherederos proporcionalmente a la cuota de cada uno y, si por el contrario, había entrado en juego la llamada conjunta o, se había llamado a varios herederos a la misma porción e incluso en una misma porción y proposición, estas conjunciones se respetaban y la cuota dejada libre favorecía únicamente a los llamados en conjunto.

Esta distribución *pro portione hereditatis* queda recogida en las fuentes en D. 28, 5, 60 (59), 3 y D. 28, 5, 67 (66)[382]:

[380] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 73; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 158.

[381] P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 458.

[382] La regulación de este carácter del derecho de acrecer se puede extraer asimismo de los diferentes textos que componen C. 6, 51, 1, 10.- *De caducis tollendis.*

> D. 28, 5, 60 (59), 3.- *Celsus libro 16 digestorum. Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo coniunctim institutus sit, heres non est, pars eius omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit, neque refert, primo loco quis institutus an alicui substitutus heres sit.*

> D. 28, 5, 67 (66).- *Pomponius libro primo ad Quintum Mucium .Si ita quis heredes instituerit: "Titius heres esto: Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto", quamvis et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur.*

3.- Regulación de las cargas en el *ius adcrescendi*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

3.1.- Desde los orígenes del derecho de acrecer al derecho clásico

La suerte de la cargas que gravaban el acrecimiento es quizá la materia relacionada con nuestro instituto que más modificaciones sufrió a lo largo de la historia del Derecho romano, en este sentido se expresa Vaccaro[383] al afirmar el alto interés que tiene el estudio del iter temporal de la disciplina de las cargas, a través de la cual se puede observar las razones de la voluntad legislativa que llegó a

[383] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 129.

derogar la norma clásica que, derivada de superiores principios, no sólo era más simple sino más equitativa.

El punto de partida en el estudio de las porciones gravadas con cargas debe ser el periodo arcaico, en el mismo como afirma la doctrina[384] "probablemente las obligaciones activas y pasivas eran intransmisibles", por lo tanto, la transmisión hereditaria estaba limitada a las cosas corporales y, en consecuencia, la extensión del derecho que significaba el acrecimiento sobre la cuota vacante estaba limitada a las cosas corporales, si bien cuando la herencia amplia su campo de actuación, comprendiendo ya las cosas incorporales –débitos y créditos— el coheredero que asumía la cuota acrecida debía responder de los débitos hereditarios como consecuencia de la sucesión[385].

En este orden de ideas, Biondi[386] confirma la necesidad de asumir que las cargas forman parte de la sucesión hereditaria, así, en principio en el Derecho romano el coheredero debía responder por la cuota que se adquiría por derecho de acrecer.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[384] O.LENEL, "Zur geschichte der "*heredis institutio*", en *Essays in legal history*, Oxford, 1913, pp. 120 y ss.; V.KOROSEC, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht. Erster Teil: Das Zivil und Amtsrecht*, *op.cit.*, pp. 1 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 129 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, pp. 452 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 43; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 52-53.

[385] D. 29, 2, 38; D. 29, 2, 99; D. 29, 2, 61.

[386] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 433.

A este respecto y con carácter general, tanto coherederos como colegatarios debían responder de las cargas de sus cuotas así como de las porciones que le pudieran acrecer, siempre que las obligaciones se hubieran impuesto genéricamente a cargo de toda la herencia o legado y, en ningún caso personal o singularmente, así, se extraer de D. 31, 61 pr., en el cual el testador había gravado indistintamente a los coherederos con la prestación del legado:

> D. 31, 61 pr.- *Ulpianus libro 18 ad legem Iuliam et Papiam. Si Titio et Maevio heredibus institutis qui quadringenta relinquebat a Titio ducenta legaverit et, quisquis heres esset, centum, neque Maevius hereditatem adierit, trecenta Titius debebit.*

En este mismo orden de ideas, se afirma en D. 31, 49, 4, que si el testador hubiere mandado que se dé alguna cosa, o que se haga alguna obra, o que se dé un regalo, los obligados a quienes acrecía la parte de la herencia debían cumplirlo con arreglo a su porción:

> D. 31, 49, 4.- *Paulus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam. Si testator dari quid iussisset aut opus fieri aut munus dari, pro portione sua eos praestare, quibus pars hereditatis adcresceret, aeque atque cetera legata, placet.*

Cabe destacar un texto que por su redacción se puede incardinar entre los citados, pero que significa la ruptura de un

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

principio que respecto a las cargas permanece inalterable en todo el Derecho romano, así, D. 30, 122, 1:

> D. 30, 122, 1.- *Paulus libro tertio regularum. "Lucius Titius et Gaius Seius Publio Maevio decem dare damnas sunto": Gaius Seius heres non exstitit. Sabinus ait Titium solum legatum debiturum: nam Seium pro non scripto habendum esse. Haec sententia vera est, hoc est Titius tota decem debebit.*

De una lectura pormenorizada del pasaje, así como de las diferentes referencias que existen en la doctrina sobre el mismo podemos afirmar que hace mención a una carga impuesta sobre una porción recogida en una disposición que se debía tener como no escrita y, sin embargo, Sabino establece que el derecho de acrecer se verificaba *cum onere*, cuando en las disposiciones *pro non scriptis* se debe afirmar que el *ius adcrescendi* se verificaba por el derecho antiguo *sine onere.* A este respecto, Glück[387] sostiene que era la voluntad del difunto así como la lógica, la que exigía al pago pleno del legado, incluso si uno sólo de los obligados sobreviviese, pues al estar llamados en común y no haber determinación de partes, el legado gravaba en general a toda la herencia sin mención de persona obligada.

[387] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 600. En el mismo sentido C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, p. 401.

Asimismo, y ya que esta regulación se conformaba en sentido diferente en función precisamente del llamado a responder de la obligación, entre varios herederos si la carga estaba nominativamente impuesta a todos, aquél que adquiría por acrecimiento el total de la cuota responderá de toda la carga, tal como se expresa en D. 30, 16, 1:

> D. 30, 16, 1.- *Pomponius libro quinto ad Sabinum. Heres adiecto ei nomine cuiusdam, qui heres non sit, dare damnatus totum legatum debet: nam et si duos ex heredibus suis nominatim quis damnasset et alter hereditatem non adisset, qui adisset totum deberet, si pars eius qui non adisset ad eum qui adisset pervenerit*[388].

A tenor de este pasaje, destaca Vaccaro[389], opinión que comparte Pérez Simeón[390], y con la cual nos mostramos de acuerdo, que el régimen de las cargas era desde antiguo especialmente complejo; así, respecto a los legados hacemos referencia a la especial eficacia del legado *per vindicationem* pues por su regulación se constituía, frente al coheredero, en una verdadera

[388] Interpolación si pars-] en G.BESELER, "Einzelne Stellen" en *ZSS, XLIII*, *op.cit.*, p. 551.

[389] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 130.

[390] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 69 (nota 29).

separación de la cosa de la herencia, gravándola en su totalidad, por lo que el acrecimiento no le afectaba; el legado *per damnationem* podía obligar a todos, y al igual que antes el derecho de acrecer no le afectaba, o sólo a algunos de los coherederos, en este caso acreciendo sin cargas, dejando por tanto el legado ineficaz.

En consecuencia de todo lo expuesto, autores como Glück[391], Perozzi[392] Pugliese[393], Vaccaro[394], entre otros[395] manifiestan que si hacemos referencia a cargas sobre la herencia en su conjunto, tales como deudas hereditarias, legados o fideicomisos no nominativos e incluso de libertad, entonces el beneficiario del acrecimiento soportaba la misma en la medida proporcional a su adquisición. En este sentido, si una cuota de la herencia quedaba vacante, la misma acrecía a los coherederos con las cargas que hubiesen pertenecido al

[391] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, pp. 627-628.

[392] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 557.

[393] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, *op.cit.*, p. 315.

[394] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 130.

[395] M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III*, *op.cit.*, p. 174; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 51-52; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, p. 61; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, p. 401; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 432-433; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 222; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 721; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 324; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, pp. 68 y ss.

heredero que faltaba pues éstas acompañaban a la cuota hereditaria y no a la persona, en consecuencia, aceptando toda la herencia uno sólo de todos los coherederos debía soportar la totalidad de los legados y fideicomisos impuestos por el testador a cargo del total patrimonial.

Afirmación opuesta es la que podemos hacer cuando las cargas se habían impuesto por el testador personalmente, a un único heredero o legatario, de manera que faltado aquél la cuota que acrecía al resto de coherederos o colegatarios lo hacía *sine onere*, pues en lógica jurídica el que faltaba era el que personal y exclusivamente estaba gravado y no la sucesión[396], aseveración válida tanto para la sucesión testamentaria como para la intestada,

[396] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 130. En este sentido, parte de la doctrina sostiene que el principio según el cual la cuota vacante acrecía *portio portioni adcrescit, non personae* sirve para fundamentar que si el llamado que faltaba hubiera estado gravado con alguna carga particular, su cuota acrecía sin tal carga, *vid.* M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, p. 174. Con carácter general se puede consultar G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, p. 52; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, p.150; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 627-628; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti, op.cit.*, p. 61; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 557; A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain, I, op.cit.*, p. 496; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, op.cit.*, p. 519; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 315 ; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 433; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 222; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 721; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 324; J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 863.

como se refleja en los siguientes fragmentos D. 31, 29, 1; D. 31, 29, 2 y D. 31, 61, 1:

> D. 31, 29, 1.- *Celsus 36 dig. Quod alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille exstitisset heres.*

> D. 31, 29, 2.- *Celsus 36 dig. Si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, adcrescit, non praestabit legatum, quod iure antiquo capit*[397].

> D. 31, 61, 1.- *Ulpianus 18 ad l. 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...*

A este respecto, Vaccaro[398] sostiene que esta regla surge lógicamente de los principios mismos sobre los que se

[397] Este texto, en opinión de R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 131, ha sido objeto de multitud de interpretaciones, desde la glosa a la pandectística, a fin de conciliarlo con el nuevo y opuesto principio justinianeo según el cual el acrecimiento tenía lugar siempre *cum onere*. En este sentido, P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 329, cree probable que la inclusión de este texto en el Digesto no fuese más que un descuido de los compiladores.

fundamentaba el derecho de acrecer, esto es, el que adquiría la cuota acrecida lo hacía por derecho propio, por la natural expansión del mismo y en respuesta a la llamada originaria, así, su derecho no respondía de la persona que faltaba y su posición no podía configurarse como la de un sustituto del mismo, en consecuencia, no estaba obligado a cumplir las cargas que le gravaban personalmente, pues la obligación según el *ius civile* determinaba una situación estrictamente personal.

Como se expondrá más adelante, en derecho justinianeo esta normativa sufre una total modificación, probablemente como consecuencia de reminiscencias de la *lex Iulia et Papia* y su regla recogida en *Tit.Ulp.* XVII, 3 que establecía "*Caduca cum suo onere fiunt…*".

Sin embargo, como afirma parte de la doctrina[399] esta modificación ya era conocida con anterioridad, en concreto, a tenor

[398] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 131.

[399] G.DE CAQUERAY, "Les principes suivis quand un cohèritier recueillait la part de son cohèritier qui ètait vacante?", en *RHD*, *IV*, 1858, pp. 211 y ss.; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur.*, *XXIII*, *op.cit.*, pp. 150-151; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 598; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, *II*, *op.cit.*, pp. 746-747; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, *II*, *op.cit.*, p. 557; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 697; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 433; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 222-223; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 131 y ss. En contra de esta opinión se manifiesta S.SOLAZZI en "Attorno ai "caduca", *en Scritti di Diritto Romano*, *IV*, Napoli, 1963, pp. 330 y ss., pues en su opinión la regla *Caduca cum suo onere fiunt* estaba contenida en la misma Ley *Iulia et Papia*, Augusto encontró numerosas dificultades para poner en marcha sus leyes

de la continuación de D. 31, 61, 1, correspondía a un trabajo de la jurisprudencia correspondiente a la época de los Severos:

> D. 31, 61, 1.- *Ulpianus 18 ad l. iul. et pap.... 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 adcrescentem portionem.*

Este pasaje de Ulpiano presenta un supuesto de equivalencia jurídica, en este sentido, en primer lugar realiza una aseveración respecto de los herederos legítimos y el repudio de una porción hereditaria, con fideicomisos a su cargo, en este caso, el coheredero al que acrecía la cuota vacante no estaba obligado a pagar los fideicomisos, pues la porción le pertenecía sin cargas; si bien prosigue realizando una equiparación entre este caso de acrecimiento y la sustitución testamentaria al afirmar que poco después del Rescripto de Severo, en el cual se ordenaba a los sustitutos pagar los fideicomisos dejados a cargo del instituido,

matrimoniales, por lo que es verosímil que calmase las aprensiones de los ciudadanos contra la fiscalidad de sus disposiciones estableciendo con claridad que la cargas serían asumidas por quienes reivindicasen los bienes caducos, asimismo confirma su teoría en el hecho de que para establecer la misma regla en varios casos de indignidad, la jurisprudencia no fue suficiente, siendo necesarios los rescriptos imperiales y que en el ámbito de la indignidad la regla no paso sin discusiones.

también en el supuesto de verificación del derecho de acrecer, como sustituto, se adquirirá con su propia carga la cuota que acrecía.

Como afirma Glück[400], relacionando el citado pasaje con el tema de estudio del presente trabajo, este nuevo principio, que ordenaba un derecho de acrecer verificado con sus cargas, fue reconocido entre los herederos intestados, de manera que si con un *codicillus ab intestato* un heredero estaba nominativamente gravado, si rechazaba su cuota, los otros herededos intestados debían cumplir el fideicomiso.

Ahora bien, con relación a este texto, Justiniano en la constitución C. 6, 51 reforma esta situación poniendo de manifiesto que la situación de un sustituto y el acrecimiento no son semejantes, por lo tanto, la norma dictada por Severo para la sustitución no podía ser extendida por la jurisprudencia al acrecimiento, *a fortiori*, afirma Bonfante[401], así como parte de la doctrina[402], que el texto está probablemente interpolado pues considerar como un *quasi substitutus* al coheredero es una aseveración que en principio no hace confiar en la originalidad del pasaje, además aun asumiendo el texto como genuino, en opinión del autor italiano, éste hace

[400] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 598.

[401] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 328.

[402] A.FABRI, *Coniecturarum iuris civili, liber XVIII*, cap. XIV; S.DI MARZO, "Postille critiche ed esegetiche, en *Arch. Giur.*, *LXX*, 1903, p. 529. A este respecto B.BIONDI en *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 433, sostiene que el principio establecido en D. 31, 61, 1 se afirma en diversos pasajes de

referencia a la sucesión intestada; junto a la objeciones mostradas, también debemos hacer referencia a aquéllas de carácter formal que pretenden demostrar la inclusión por los glosadores del término *"sed"*[403].

Aun así, afirma Vaccaro[404] en este texto se elimina el obstáculo derivado del carácter personal de la obligación testamentaria, lo que en su opinión fue un gran paso de la legislación imperial en los casos en que los legados eran válidos, a pesar de la caída de la *heredis institutio*.

Para ilustrar tal opinión el autor italiano utiliza el texto recogido en D. 35, 1, 5, 1:

> D. 35, 1, 5, 1.- *Iavolenus 2 ex cass. Duobus eadem res, si heredi centum dedissent, legata est: si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur et pars eius, qui non dederit, alteri cum sua condicione adcrescit.*

Este fragmento trata de la condición potestativa que no debemos confundir con las cargas hereditarias, si bien Vaccaro

las fuentes, por lo que debe admitirse que no era extraño que el mismo, siendo admitido para los *caduca* se extendiera al acrecimiento.

[403] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 132.

[404] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 132.

opina que debe ser examinado por la analogía que presenta con el problema de las cargas en general; así, este caso establece que si una misma cosa era legada a dos sujetos, bajo condición de que paguen cien al heredero, uno de ellos podía obtener la mitad del legado pagando sólo cincuenta, y no cumpliendo el otro legatario la condición el primero podrá adquirir por acrecimiento la otra mitad únicamente si paga los otros cincuenta que faltan para cumplir la condición impuesta por el testador.

Es opinión mayoritaria[405] que la regulación que se toma y se plantea en el texto no era conforme a una rígida interpretación, pues el legado de uno y otro dependía del cumplimiento del total de la condición, de manera que aun pagados los cien de parte de ambos, los legatarios, ni uno ni el otro, podrían adquirir siquiera *pro parte* la cosa legada. Esta regulación, en opinión de Vaccaro[406] tendría como única razón la equidad. Asimismo, esta regla era una excepción al carácter del acrecimiento ya expuesto que hace referencia a la necesidad del mismo, pues en este caso la cuota acrecía únicamente si el legatario pagaba la otra mitad de la condición, esto es, nuestro instituto dependía ya de la voluntad del legatario.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[405] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXX-XXXII, I, op.cit.*, pp. 693 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 133.

[406] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 132.

En este caso particular Arndts[407] afirma que si un sujeto adquiría su parte del legado con un semi-cumplimiento de la condición, ya que no se tenía poder para obligarlo al pago del total, podía este colegatario contentarse con su parte aun interviniendo el acrecimiento.

En este sentido, se puede exponer la opinión de Ferrini[408] partiendo del contenido ordenado en D. 35, 1, 30, según el cual de dos colegatarios, uno había sido nominado puramente y el otro bajo condición, el llamado en sentido estricto podía adquirir *iure adcrescendi* la cuota del otro sin necesidad de cumplir la condición, por lo tanto, considera interpolado en D. 35, 1, 54, 1, las palabras *cum sua condicione,* que fueron añadidas en función de las normas de la constitución C. 6, 51, y las considera un contrasentido que daban como resultado que el acrecimiento se verificara siempre *cum onere*. Así, para Ferrini, la porción vacante acrecía al colegatario *sine onere* y uno de los colegatarios obtenía el total del legado pagando sólo la mitad de la condición.

A esta opinión se muestra contrario Vaccaro[409] tanto en las premisas como en las conclusiones, pues según sus palabras

[407] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXX-XXXII, I,* p. 694 (nota 96 de L.ARNDTS). En contra, K.A.SCHNEIDER, *Das altcivile und justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Julia et Papia*, Berlin, 1837, p. 79, sostiene la indivisibilidad de la *condictio* respecto al legado.

[408] C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi, op.cit.*, pp. 644-645.

[409] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 133.

"ripugna ammettere l'acquisto di tutto il legato con l'esecuzione parziale della condizione", así, contra la tesis de Ferrini sostiene que la hipótesis de los dos textos, D. 35, 1, 30 y D. 35, 1, 54, 1, son sustancialmente diferentes, en el primero de ellos la condición grava por entero únicamente a uno de los colegatarios, y por esto, faltado éste su cuota acrecía sin condición al que había sido llamado con él sin condición alguna; en el segundo de los casos, la condición venía impuesta en común a los dos colegatarios, en consecuencia, si uno no cumplía su parte, el otro para adquirir el total debía cumplir el total de la condición[410].

Con relación a la solución recogida en D. 35, 1, 54, 1, Guarneri Citati[411] sostiene que el texto esta muy interpolado, pues volviendo a la doctrina interpretativa más rígida, debemos tomar en consideración que en el legado *per vindicationem* si la condición no se cumplía por entero, ninguno de los colegatarios podía reivindicar su parte del legado, por lo que este pasaje debía hacer referencia en principio a un legado *per damnationem coniunctim*. Y demostrado que en tal legado la condición se dividía *statim a testatore*[412], en conclusión, cada uno que cumplía la condición por su parte podía pedir su cuota del legado; además, no verificándose en el legado *per*

[410] A.GUARNERI CITATI, "Il frammento 41 pr. D. 31 *Iavol.* 7 *Epist.* Ossia un caso particolare di accrescimento tra collegatari", en *Annali Palermo, I*, op.cit., pp. 403-423 y ss.

[411] A.GUARNERI CITATI, "La regola "*condicio*" dividitur enumeratione personarum nel diritto testamentario giustineaneo", en *Annali Palermo, I, op.cit.*, pp. 403 y ss.

[412] D. 35, 1, 56.

damnationem el acrecimiento, la cuota vacante quedaba en la herencia.

A las premisas utilizas en la construcción de esta tesis se opone Vaccaro[413] pues las afirmaciones relacionadas con el legado *per vindicationem* que niegan la posibilidad de reivindicar la parte a uno de los colegatarios no cumpliendo el total de la condición no está demostrada ni tiene apoyo en las fuentes[414], precisamente la idea contraria se deduce de D. 35, 1, 54, 1, así, confirma que el texto hace referencia originariamente a un legado *per vindicationem*, en el cual era concedido a varios legatarios satisfacer *pro parte* la condición impuesta a todos.

En conclusión y respecto a nuestro instituto Vaccaro[415] termina afirmando que en el legado *per vindicationem* tenía lugar el acrecimiento y la condición quedaba a cargo de todos los colegatarios, la cuota del que faltaba acrecía al colegatario, y desde el momento en que la condición se ponía en común, la cuota acrecía con su condición. Con relación a la advertencia de que tal solución

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[413] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 134.

[414] A.GUARNERI CITATI, "La regola "*condicio*" dividitur enumeratione personarum nel diritto testamentario giustineaneo", en *Annali Palermo*, *I*, *op.cit.*, pp. 393 y ss., para fundamentar su tesis utiliza el texto D. 35, 1, 23, sin embargo, R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 134, manifiesta que el supuesto de hecho es diferente, así, cuando la condición gravaba a un solo legatario no pueden escindirse, en cambio, si la condición gravaba a varios colegatarios, excepto que se tratase de un hecho indivisible, se podía exigir *pro parte* cumulativamente por cada uno de los colegatarios.

[415] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 134.

derogaba la regla de que el acrecimiento tenía lugar *ipso iure* necesariamente pues el legatario que había adquirido podía, rechazando cumplir la otra mitad de la condición, evitar el acrecimiento no parece adecuada, ya que se trata de un legado bajo condición potestativa, así, tiene un elemento de voluntariedad para la adquisición que determina y justifica la desviación del principio general.

Una vez establecido el régimen vigente en el derecho de acrecer, en concreto en el *iure antiquo*, del estudio de las fuentes se puede extraer que el régimen de la Ley Papia, esto es, la adquisición de la cuota acrecida *cum onere*, fue trasladado progresivamente al acrecimiento por el antiguo derecho. En este sentido se expresa Pérez Simeón[416], pues en su opinión dicho traslado comienza ya desde la época de Adriano; el fragmento más antiguo de acrecimiento con cargas es D. 35, 1, 54, 1, también se encuentra D. 31, 29 pr., en este caso tenemos una heredera cuya adquisición le correspondía por derecho antiguo si bien el testador le obligaba a cumplir el fideicomiso, respecto al mismo se duda de su originalidad pues en otros textos el mismo Celso –D. 31, 29, 1; D. 31, 29, 2– establece un derecho de acrecer sin cargas.

En este orden de ideas, se pueden encontrar todavía más pruebas en este sentido, así, tenemos textos con acrecimientos de derecho antiguo verificados con cargas para los coherederos, así, D. 31, 49, 4; D. 34, 8, 5; D. 48, 10, 14, 2; D. 40, 5, 26, 6 y el mismo

[416] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 69 (nota 29).

D. 31, 61, 1 que hace referencia a los sucesores intestados arriba citado y estudiado.

Toda esta literatura va en contra de lo ordenado por Justiniano a favor de que el acrecimiento *iure antiquum* era *sine onere*, lo que ha llevado a parte de la doctrina[417] a negar este traslado del principio *cum onere*, ahora bien, como afirma Pérez Simeón para sostener tal afirmación habría que declarar interpolados la mayoría de fragmentos citados, lo que sin ser descartable hay que tomar con precaución, por lo tanto, la conclusión de este autor va encaminada a descartar a las cargas como criterio para determinar si la adquisición se había producido por derecho antiguo o bien por *caducorum vindicatio*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[417] *Vid. supra.*

3.2.- Las cargas hereditarias en la *caducorum vindicatio* y su relación con el derecho de acrecer. Convivencia y evolución de los dos sistemas

Con las aprobación de las leyes caducarias[418] se establece una normativa diferente a la tratada hasta el momento con relación a las cargas que gravaban una herencia, así, cualquiera que fuese el adquiriente de una cuota caduca en virtud del *ius vindicandi* surgido de la Ley *Iulia et Papia* debía responder de todos los gravámenes de la cuota caduca (*cum onere legatorum et fideicommissorum*), incluso en el supuesto de cargas impuestas personalmente al

[418] Si bien no son parte de este trabajo las leyes caducarias significaron importantes variaciones en el régimen jurídico del derecho de acrecer, a este respecto *vid.* M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III, op.cit.*, pp. 305 y ss.; G.DE CAQUERAY, "Les principes suivis quand un cohèritier recueillait la part de son cohèritier qui ètait vacante?", en *RHD, IV, op.cit.*, pp. 210 y ss.; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, pp. 66 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXIX,I, op.cit.*, pp. 593 y ss.; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti, op.cit.*, pp. 63 y ss.; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, pp. 402 y ss.; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, op.cit.*, pp. 519 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 145 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 433; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 219 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 256 y ss.; S.SOLAZZI, "Attorno ai "caduca", *en Scritti di Diritto Romano, IV, op.cit.*, pp. 329 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 721; R.ASTOLFI, "I beni vacanti e la legislazione caducaria", en *BIDR, LXVIII*, 1965, pp. 326 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 325-326; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 935-936; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 694-695.

heredero o legatario vacante en contra de lo que sucedía en el *ius antiquum*[419], tal como podemos observar en *Tit.Ulp.* XVII, 3:

> *Tit.Ulp.* XVII, 3.- *Caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt: scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca*[420].

.

Otro matiz de esta reforma imperial lo encontramos en la afirmación "cualquier que sea el que adquiera", lo que significa que en todo caso, si los bienes correspondían finalmente al erario público en virtud de las leyes caducarias también respondía de las cargas, como se extrae de D. 30, 96, 1:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[419] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 597; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 327; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II, op.cit.*, p. 520; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 160; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 155; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 316; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 721; J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 863; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 68 y ss.

[420] En este texto se señala por la doctrina la existencia de diferentes anotaciones de los glosadores, en este sentido *vid.* G.BESELER, "*Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*", en *ZSS, XLV*, 1925, p. 457; G.BESELER, "Romanistische Studien", en *TJ, X*, 1930, p. 222.

> D. 30, 96, 1.- *Iulianus libro 39 digestorum. Quotiens lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres a quo relicta erant.*

Del estudio de este pasaje podemos afirmar que por aplicación de la *lex Iulia* siempre que los bienes caducos sean asignados finalmente al fisco, serán pagados los legados y los fideicomisos que serían obligatorios para el heredero a cuyo cargo habían sido dejados, al contrario, el fisco no respondía de los legados, si había obtenido los bienes hereditarios como vacantes[421].

Así, la regulación entre el sistema de los *ius caduca vindicandi* y el clásico del acrecimiento son sustancialmente diferentes ya que en este último si el testador había impuesto una carga personalmente a un sujeto determinado, no acudiendo a la herencia o legado, la cuota vacante acrecía *sine onere*.

Esta nueva regulación encuentra su justificación, en opinión de Vaccaro[422], en el diferente fundamento y carácter que tienen la *vindicatio ex lege Iulia et Papia* frente al *ius antiquum*, pues la adquisición de la cuota caduca por los *patres* no se apoyaba, como el *ius adcrescendi*, sobre razones de lógica jurídica, sino

[421] S.SOLAZZI, "Attorno ai "caduca", *en Scritti di Diritto Romano, IV, op.cit.*, p. 329. D. 34, 1, 2, 1.

[422] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 156. En el mismo sentido se expresa B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 219.

únicamente en el dictado de la ley; asimismo, la adquisición de la cuota caduca se consideraba como un lucro extraordinario, en consecuencia parece justo admitir, siguiendo un principio jurídico que continúa en la actualidad, que quien se beneficia de un lucro responda también de las cargas que gravan la cuota que la ley le otorga[423], especialmente en este caso que el ejercicio de la *caducorum vindicatio* estaba sometido a la voluntad del que tenía el derecho.

Así, concluye Vaccaro que la norma *caduca cum suo onere fiunt* encontraba su justificación en superiores consideraciones. La justificación era válida hasta que aquella norma actuaba en el sistema de las cuotas caducas, pero no lo es más cuando, como posteriormente hace Justiniano, se transpone en el viejo sistema del derecho de acrecer, injertando en un sistema basado en la lógica un cuerpo extraño que elimina el fundamento que tenían los principios del sistema antiguo. En este sentido, el nuevo sistema tuvo repercusión en la reforma justinianea del derecho de acrecer como una reminiscencia histórica del *ius caduca vindicandi* que se quería abolir.

En este mismo sentido se expresa Girard[424] en su tesis sobre las leyes caducarias y su relación con el derecho de acrecer pues en su opinión el derecho de las primeras está fundamentado sobre una base arbitraria totalmente diferente al del acrecimiento, en

[423] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 262; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 381.

[424] P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, p. 936.

consecuencia se rigen por una normativa diferente, en las leyes caducarias, en contraposición a nuestro instituto, la adquisición se concede a personas y no a cuotas, además es voluntaria y por último se opera con cargas.

Ahora bien, si bien el régimen del *ius adcrescendi* viene trastocado por la legislación caducaria de Augusto, el acrecimento verdadero, esto es, el acrecimiento tradicional, *vetus ius*, también denominado *ius antiquum* para distinguirlo del nuevo introducido por las leyes caducarias, se mantenía en ciertos casos[425], entre ellos, en las disposiciones nulas desde su origen que se tenían *pro non scriptis*, esto es, el derecho de acrecer se verificaba *sine onere*, excepto en algunos casos de fideicomisos[426], como es el supuesto de un *fideicommissum libertatis* que continuaba siendo válido aunque la cuota fuese considerada como no escrita[427] o, el legado impuesto con una donación que había escrito el mismo obligado a la misma, aun por encargo del testador, si bien según el senadoconsulto

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[425] U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 160; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 315; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, pp. 402-403; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 381; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 70 y ss.

[426] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, pp. 87 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 596; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 327 (nota 12); B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 221; S.SOLAZZI, "Attorno ai "caduca", *en Scritti di Diritto Romano, IV, op.cit.*, pp. 285 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 326-327; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, p. 936; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 72 (nota 36).

[427] D. 40, 5, 26, 6.

Liboniano se debía reputar como inexistente, debía ser cumplido[428]; asimismo, la antigua regulación se conservaba en todos los casos, incluso en los regulados por las leyes caducarias, a favor de los descendientes y ascendientes del testador hasta el tercer grado incluido[429]; cuando la herencia era deferida por sucesión *ab intestato* se aplicaba el derecho de acrecer según el antiguo derecho[430]; por último, esta situación se repetía en el testamento militar[431].

Ahora bien, Pugliese[432] cita otra derogación de la regulación de las leyes caducarias y, por lo tanto, el uso del antiguo derecho, cuando el heredero o legatario *coniunctus* con aquél, cuya cuota caducaba, tenía hijos, en este caso era preferido en la adquisición

[428] D. 34, 8, 5; D. 48, 10, 14.

[429] *Tit.Ulp*. XVII, 1; *Tit.Ulp*. XVII, 2; C. 6, 51. F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 596; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 221; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 326; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, p. 936; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 695; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 70.

[430] D. 31, 61, 1; D. 38, 17, 1, 9; D. 38, 17, 1, 10. A este respecto *vid.* G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, p. 85; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 597; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 221; S.SOLAZZI, "Attorno ai "caduca", *en Scritti di Diritto Romano, IV, op.cit.*, p. 316 (nota 13).

[431] *Gai* 2, 111. G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, pp. 90-91; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215.

[432] G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 316. En el mismo sentido *vid.* B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 215; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 160.

de la cuota, tal como se afirma en *Gai* 2, 207, es la propia Ley Papia la que indica que el colegatario conjunto, con hijos, fuese preferido a los herederos aun con hijos.

3.3.- La Legislación Justinianea

Respecto a las cargas, Justiniano abrogó formalmente las normas augusteas y restableció las antiguas reglas del derecho de acrecer en la constitución C. 6, 51, si bien respecto a las cargas continuaron vigentes las modificaciones de Augusto, de esta manera, se conservaba el principio de que las cuotas vacantes acrecían con las cargas que le correspondían, con excepción del acrecimiento fundado sobre una invalidez inicial de la disposición, esto es, en las cuotas que se tienen como no escritas se mantiene el antiguo derecho de acrecimiento *sine onere*[433], la justificación a

[433] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 115 y ss.-132 y ss.; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur.*, *XXIII*, *op.cit.*, p.152; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, pp. 602 y ss.; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, *II*, *op.cit.*, p. 747; V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, *op.cit.*, p. 472; A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain*, *I*, *op.cit.*, p. 497; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, *II*, *op.cit.*, p. 557; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 433; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 223-224; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto*, *I*, *op.cit.*, pp. 315 y 317; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano*, *I*, *op.cit*, p. 403; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI*, *I*, *op.cit.*, p. 161; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, *VI* "*Le successioni*", *op.cit.*, pp. 314-325 y ss.; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, p. 936; J. ARIAS RAMOS-J. ARIAS BONET, *Derecho Romano II*, *Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 863.

tales aseveraciones la encontramos en los siguientes pasajes de las fuentes:

> C. 6, 51, 1, 3.- *Imperator Justinianus. In primo itaque ordine, ubi pro non scriptis efficiebantur ea, quae personis iam ante testamentum mortuis testator donasset, statutum fuerat, ut ea omnia maneant apud eos, a quibus fuerant derelicta, nisi vacuatis vel substitutus suppositus vel coniunctus fuerat adgregatus: tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant: nullo gravamine nisi perraro in hoc pro non scripto superveniente. <a 534 d.K.Iun.Constantinopoli dn.Iustiniano pp.A.Iiii et paulino vc.Conss.>*

> C. 6, 51, 1, 4.- *Imperator Justinianus. Pro secundo vero ordine, in quo ea vertuntur, quae in causa caduci fieri contingebat, vetus ius corrigentes sancimus ea, quae ita evenerint, simili quidem modo manere apud eos, a quibus sunt derelicta, heredes forte vel legatarios vel alios, qui fideicommisso gravari possunt, nisi et in hunc casum vel substitutus vel coniunctus eos antecedat: sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen quod ab initio fuerat complexum omnimodo sentire, sive in dando sit constitutum sive in quibusdam faciendis vel in modo vel condicionis implendae gratia vel alia quacumque via excogitatum. neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei adnexum contemnit. <a 534 d.K.Iun.Constantinopoli dn.Iustiniano pp.A.Iiii et paulino vc.Conss.>*

> C. 6, 51, 1, 9e.- *Imperator Justinianus. Et hoc locum habere omni quidem modo in his, quae in causa caduci vel caduca secundum quod supra dictum est fiebant: in pro non scriptis autem non omnibus, sed quibusdam, quia eorum quaedam, etsi talia sunt, tamen cum suo onere veniebant, quae et nos in novi iuris compositione specialiter enumerari iussimus, ne quis veteris iuris prolixitatem quasi rebus necessariam vel pro eorum revolvat scientia. <a 534 d.K.Iun.Constantinopoli dn.Iustiniano pp.A.Iiii et paulino vc.Conss.>*

Asimismo, eran admitidas las excepciones que se producían cuando según el sentido de la disposición las cargas consistían en un *facere* y, la naturaleza de aquélla no pudiera ser cumplida sino por el coheredero faltante[434], así se observa en C. 6, 51, 1, 9c:

> C. 6, 51, 1, 9c.- *Imperator Justinianus. Sin vero talis est verborum conceptio et facti natura, ut quod relictum est ab alio adimpleri non possit, tunc, etsi lucrum ad aliquem pervenerit, non tamen et gravamen sequi, quia hoc neque ipsa natura concedit neque testator voluerit. quid enim, si iusserit eum in locum certum abire vel liberalibus studiis imbui vel domum suis manibus extruere vel pingere vel uxorem ducere? quae omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intellegitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat. <a 534*

[434] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, pp. 137-138.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 325.

d.K.Iun.Constantinopoli dn.Iustiniano pp.A.Iiii et paulino vc.Conss.>

A partir de esta afirmación debemos plantear las razones que llevaron al Emperador Justiniano a introducir las modificaciones en la regulación del *ius adcrescendi* tendentes a volver al antiguo derecho y, sin embargo, con relación a las cargas mantener en vigor los principios nacidos de las leyes caducarias.

En este sentido, Campani[435] sostiene que con la vuelta a las antiguas reglas generales de exención de cargas no siempre se hubiera podido favorecer la voluntad del testador, en un tiempo de frecuentes disposiciones con legados y fideicomisos, pues opina que los sujetos a quienes podía acrecer las cuotas vacantes ocupaban en el afecto del *de cuius* un lugar subsidiario, además, en virtud del principio superior de equidad no sería lógico que quien gozaba de un provecho en la institución no sufriese una perdida en su cuota a favor de legatarios y fideicomisarios.

Relacionada con esta cuestión presenta Campani en su tesis un problema que según sus propias palabras es de difícil solución, preguntándose si Justiniano reconoce como conforme a la voluntad del testador la regla utilizada en la *caducorum vindicatio*, porqué no se extendió a las disposiciones *pro non scriptis*; a este respecto, comienza por argumentar razones de tipo histórico para la exención

[435] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata, op.cit.*, pp. 133 y ss.

de las cargas en tales disposiciones, así también opina que sería una excepción y una particularidad a un regla general, no obstante, opina que el silencio del emperador hace referencia a que quien goza del acrecimiento no debía sufrir las cargas hereditarias más allá de lo que hubiera soportado el heredero faltante.

4.- Exclusión del acrecimiento

En el derecho sucesorio romano, a través de su evolución, se establecieron diversas causas que provocaban la supresión del *ius adcrescendi* del proceso hereditario a favor de otras figuras, consideradas por la jurisprudencia, más acordes con la equidad y los nuevos principios que regían la vida social y familiar. Estas instituciones son merecedoras de una mención individual a fin de exponer su intensa relación con nuestro instituto.

A este respecto, hacemos referencia a institutos jurídicos cuya regulación actual tiene sus orígenes y, en consecuencia se encuentra influenciada por la regulación romana, el *ius transmissionis*, la sustitución testamentaria y el derecho de representación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.1.- *Ius transmissionis*

Una de las figuras llamadas a evitar la verificación de nuestro instituto durante el periodo clásico del Derecho romano se explica con el desarrollo del principio de intransmisibilidad *mortis causa* de la *delatio* realizada al heredero, esto significaba que el heredero voluntario fallecido antes de aceptar su herencia, no transmitía dicho derecho a sus herederos[436].

El devenir histórico de esta norma tuvo importantes excepciones ya en derecho clásico mediante el trabajo realizado por el pretor atenuando el rigor civilista respecto a algunos supuestos jurídicos en los que existiendo algún impedimento objetivo en el ofrecimiento de la herencia y, presupuesta la intención del llamado de aceptar la misma se exceptuaban las citadas normas permitiendo al heredero del heredero tomar la decisión que hubiese correspondido al primero, hasta que en derecho justinianeo se ordenó definitivamente la atribución del derecho de transmisión de la llamada hereditaria[437].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[436] Respecto al inicial veto a la transmisión de la herencia y su posterior uso generalizado en Derecho romano sobre la cuestión se recomienda consultar la obra de F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 508 y ss., así como la bibliografía y fuentes señaladas en la misma.

[437] Con relación al régimen jurídico del *iure transmissionis vid.* M.ALBALADEJO, "La sucesión *iure transmissionis*", en *ADC*, 1952, pp. 912 y ss.; M.ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, 14.1*, Madrid, 1989, pp. 284 y ss.; J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI, op.cit.*, pp. 196 y ss.; J.RIBAS, "La "*transmissio*" de la delación en

A este respecto, podemos encontrar en la doctrina distintas posiciones que hacen referencia a la transmisibilidad de la *delatio* desde el derecho clásico hasta llegar al derecho justinianeo; de este modo, Schulz[438] niega absolutamente la transmisibilidad en esta etapa, retrasando la aparición de tal derecho hasta Justiniano; sin embargo, otros autores[439] encuentran en diversos remedios otorgados

Derecho romano clásico", en *BIDR, XXXIII-XXXIV,* 1991-1992, pp. 289 y ss.; J.L.FERNÁNDEZ ALVAREZ-C.C.PASCUAL DE LA PARTE, "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", en *ADC,* 49, 1996, pp. 1541 y ss.; A.ALEMÁN, "La Capacidad sucesoria del transmisario en el *ius delationis*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, Orense, 1998, pp.119 y ss.

[438] F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), *op.cit.*, pp. 200 y ss.

[439] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 204 y ss.; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti, op.cit.*, pp. 39 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 323 y ss.-333 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 114 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 493 (nota 2); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 303 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 378-379; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 508 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 552; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, pp. 101 y ss.; C.FERRINI, *Manuale di Pandette, op.cit.*, p. 593; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 181 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 528 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 722; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 505 y ss.; G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano, op.cit.*, pp. 304 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 857; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 686 y ss.; J.RIBAS, "La "*transmissio*" de la delación en Derecho romano clásico", en *BIDR, XXXIII-XXXIV,* 1991-1992, pp. 293 y ss.; A.ALEMÁN, "La Capacidad sucesoria del transmisario en el *ius delationis*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, Orense, 1998, pp. 121 y ss. D. 4, 1, 6; D. 4, 44, 24, 2; D. 29, 2, 30 pr.; D. 29, 2, 84; D. 29, 2, 86 pr.; D. 29, 5, 3, 30; D. 29, 5, 4; D. 37, 1, 14; D. 37, 4, 4, 3; D. 37, 4, 5; D. 37, 10, 12; D. 37, 11, 5 pr.; D. 37, 11, 6; D. 37, 11, 10; D. 37, 11, 12; D. 38, 2, 6, 1; D. 38, 2, 42, 3;

por el Derecho excepciones al citado principio, que otorgan al heredero del heredero el derecho a aceptar o renunciar la herencia que hubiese pertenecido al primer llamado, entre ellas destacan:

a) *Transmissio ex capite in integrum restitutionis*, a favor de los sucesores del herederos fallecido en situación que no era posible aceptar, dando lugar a una posible *in integum restitutio*.

b) *Transmissio theodosiana ex iure sanguinis*, otorgada a descendientes del heredero que había muerto antes de la apertura del testamento.

c) *Transmissio ex capite infantia*, a favor del padre del heredero muerto *in potestate*; la misma también tenía lugar en el supuesto de un hijo menor de siete años fallecido sin haber aceptado la herencia, incluso si el hijo no se encontraba bajo la patria potestad del padre.

d) Excepción puntual a la intransmisibilidad del derecho de aceptar la herencia era la espera de nacimiento de un *nasciturus*, lo que excluía la delación si existían otros herederos.

D. 38, 17, 1, 1; D. 38, 17, 2, 10; D. 41, 1, 6; C. 2, 50; C. 6, 30; C. 6, 30, 19; C. 6, 51, 1, 5.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

e) Otro caso, ocurría cuando el heredero aun teniendo intención de aceptar no lo hizo, pues estamos ante un supuesto de asesinato y se está a la espera del cumplimiento del senadoconsulto Silaniano.

f) La hija del patrono era institutida heredera por un liberto en testamento impugnado por falsedad, en el proceso fallece la hija, se concedía al heredero la *bonorum possessio* y no la restitución.

Todos estos casos tenían como punto en común su influencia en nuestro instituto pues a partir del momento en que se produce la transmisión de la llamada a aceptar la herencia al heredero la cuota no devenía vacante lo que evitaba, como afirma la doctrina mayoritaria[440], la aplicación del *ius adcrescendi*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[440] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 26; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, p. 212; F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur.*, *XXIII*, *op.cit.*, p. 164; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 588; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, *II*, *op.cit.*, pp. 705 y 746; G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, p. 41; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 124; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, p. 22; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 420; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto*, *I*, *op.cit.*, p. 314; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, *I*, *op.cit.*, p. 691; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, *VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 338; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 862; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, pp. 424 y ss.

Haciendo referencia concreta a la sucesión intestada, Glück[441] manifiesta en el mismo sentido expresado respecto a la sucesión en general que por medio de una extraordinaria transmisión del derecho hereditario a la llamada, se limitaba el derecho de acrecer en los herederos intestados.

En este orden de ideas, Bosch Capdevilla[442] plantea la preferencia del derecho de transmisión sobre el derecho de acrecer, en los casos en que se admitía, en función del derecho que tenía el llamado fallecido sin aceptar ni repudiar, el *ius delationis*, que formaba parte de su patrimonio y, por lo tanto, era susceptible de transmisión a sus herederos, al igual que sucede en el derecho actual. No obstante, la vacancia de la cuota podría llegar a producirse cuando los herederos del instituido, por premoriencia, incapacidad, repudio o cualquier causa, no llegaban a serlo ellos mismos, o bien cuando aceptando la herencia del transmitente, repudiaban la del causante, lo que era posible pues en la masa hereditaria del transmitente encontramos el *ius delationis* de la herencia del primer causante cuyo ejercicio negativo daba como resultado una porción libre. Lo que viene explicado por Bosch Capdevilla afirmando que el *ius transmissionis* no excluye necesariamente el derecho de acrecer, únicamente tiene una preferencia sobre el.

[441] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 605-606.

[442] E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 278 y ss.-346.

En sentido general, afirman la mayoría de opiniones doctrinales citadas que el derecho de acrecer tenía lugar mientras el derecho a aceptar fue absolutamente intransmisible *hereditas delata, nondum adquisita non transmittitur ad heredes*, sin embargo, llegada la etapa clásica –a partir del siglo II d.C. – las excepciones citadas respecto a este principio cambian el escenario jurídico para nuestro instituto, y más todavía cuando posteriormente Justiniano dispone un mayor número de ellas, como fue la *Transmissio ex iure patris*, a favor del padre otorgada cuando el *filius familias* rechazaba la herencia, o la *Transmissio ex iure deliberandi,* con la cual Justiniano ordenó con carácter general que tanto en la herencia testamentaria como en la intestada, el heredero que falleciese durante el *statium deliberandi*, o bien, hubiese muerto sin haber transcurrido el plazo sin tomar decisión alguna respecto a la herencia, transmitiera a sus sucesores el derecho a aceptar o renunciar, durante el tiempo que faltase para completar el plazo.

Estos fueron los antecedentes de la regla de carácter general que a partir de Justiniano afirmaba la transmisión de la llamada a la herencia, por lo tanto, la cuota no se podía considerar verdaderamente vacante si el testador o la ley, como en este caso, llamaba a la misma un nuevo concurrente, de manera que si no existía una cuota libre pendiente de atribuir no se podía aplicar el acrecimiento.

En conclusión, salvo en los supuestos de transmisión de la *delatio*, todos los herederos llamados en el momento del

fallecimiento tenían derecho a decidir respecto a la adquisición de la herencia en sentido positivo o negativo, si bien únicamente en éste último supuesto se produce la cuota vacante y por ende la verificación del derecho de acrecer.

4.2.- La sustitución testamentaria

Como ha quedado establecido, era la vacancia de una cuota hereditaria la que daba lugar a la verificación de nuestro instituto, si bien no se producía tal circunstancia cuando en la sucesión testamentaria, el testador previniendo que la *heredis institutio* no se cumpliera disponía una sustitución a la misma –*substituto=sub statuo*–[443], de manera que el sujeto llamado a sustituir al primer

[443] La sustitución hereditaria hace referencia al reemplazo de un heredero por otro, nombrado por el testador en previsión de que el primer llamado, bien porque no quería o no podía, no adquiría su parte de los bienes. El contenido de la sustitución en el testamento podía ser modificada cuantas veces quisiera el testador, lo que denota la autonomía de cada una de las instituciones, como se afirma en D. 28, 6, 30, lo que trae como consecuencia que las condiciones referidas a la primera designación de heredero no afectasen a la sustitución, asimismo, respecto a la normativa que regulaba tal institución podemos señalar que la declaración de indignidad del sustituto hacía nula la sustitución, asignando la cuota vacante al fisco, como se expresa D. 29, 5, 15. La sustitución testamentaria es una figura jurídica intimamente relacionada con el derecho de acrecer tanto en la antigüedad como en el derecho actual, pues ambos evitan la vacancia de una cuota hereditaria, no obstante, debemos hacer notar que la esencia del acrecimiento es el llamamiento a la totalidad del objeto lo que en consecuencia provoca una única delación y aceptación, en tanto que en la sustitución vulgar pueden existir diversos llamamientos a dos o más objetos, con una diferente aceptación para cada una de las porciones, motivo por el cual podrían llegar a confundirse por lo que la doctrina ha realizado un importante trabajo de clarificación. Asimismo, podemos relacionar acrecimiento y sustitución con otras

llamado era preferido al coheredero en la cuota vacante, tal como se afirma en D. 37, 11, 2, 4:

> D. 37, 11, 2, 4.- *Ulpianus libro 41 ad edictum. Defertur bonorum possessio secundum tabulas primo gradu scriptis heredibus, mox illis non petentibus sequentibus, non solum substitutis, verum substituti quoque substitutis, et per seriem substitutos admittimus. Primo gradu autem scriptos accipere debemus omnes, qui primo loco scripti sunt: nam sicuti ad adeundam hereditatem proximi sunt, ita et ad bonorum possessionem admittendam.*

En este sentido, la mayoría de autores[444] y entre ellos Vaccaro[445] confirman como un impedimento al acrecimiento el

instituciones que modifican el modo así como el montante a adquirir, sirva como ejemplo la disposición testamentaria condicional o la sustitución recíproca e incluso el mismo *ius transmissionis*. Respecto a la sustitución y su regulación en general *vid.* V.VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, *op.cit.*, pp. 550 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 319 y ss.; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 737 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 558 (nota 1)-559 y ss.; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, pp. 697 y ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, pp. 96 y ss.; C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, *op.cit.*, pp. 607 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 160 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 529 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, pp. 732 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, p. 398; E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 282 y ss.-346; E.BOSCH CAPDEVILLA, "El concepto de derecho de acrecer", en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I*, *op.cit.*, pp. 689 y ss.

[444] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 27; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 212; F.GLÜCK,

supuesto de que el testador hubiera instituido un sustituto, pues hasta que no faltase incluso el citado sustituto no podía tener lugar el derecho de acrecer, como se afirma en D. 37, 11, 2, 8.-

> D. 37, 11, 2, 8.- *Ulpianus libro 41 ad edictum. Si duo sint heredes instituti primus et secundus, secundo tertius substitutus, omittente secundo bonorum possessionem tertius succedit: quod si tertius noluerit hereditatem adire vel bonorum possessionem accipere, reccidit bonorum possessio ad primum. Nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei adcrescet: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrescit.*

Del estudio de este pasaje se extrae que el testador había previsto como hipótesis la deficiencia del primer llamado y había

Commentario alle Pandette, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 588; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 705 y 746; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 555 (nota 2); G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 314; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 419-420; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 691; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 338; G.LONGO, *Manuale elementare di Diritto romano, op.cit.*, pp. 312-313; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 722; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 862; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 946 y ss. ; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 396 y ss.; E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català, op.cit.*, pp. 246 y ss.

[445] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 121 y ss.

previsto la solución mediante una sustitución, esto es, Primo y Segundo habían sido instituidos herederos, pero además el testador había instituido a Tercero como sustituto de Segundo, prescindiendo Segundo de la posesión de los bienes sucedía Tercero, mas si éste no hubiere querido adir la herencia o, incluso recibir la posesión de los bienes, recibía Primo el total de la herencia por derecho de acrecer sin tener necesidad de pedir la posesión, por lo tanto, se niega el acrecimiento hasta que faltase incluso el sustituto.

En este sentido, la sustitución del heredero era en opinión de Campani[446] el único medio que poseía el testador para impedir el derecho de acrecer, no demasiado común en derecho antiguo, pero que más adelante resultó un verdadero instrumento para eludir las rígidas prescripciones de las leyes caducarias. Por tanto, una vez establecida la institución de un sustituto por parte del testador únicamente la falta del mismo provocaba la cuota vacante y el acrecimiento a resto de coherederos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Con relación a esta aseveración, destacamos el trabajo que sobre el acrecimiento realiza Bosch Capdevilla[447] en el cual matiza esta opinión citando a la tradición jurídica que hace referencia en sentido propio a una preferencia y no a una exclusión de la sustitución vulgar respecto al derecho de acrecer[448] como afirman

[446] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 57 (nota 11).

[447] E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 247 y ss.

[448] Respecto a la preferencia de la sustitución sobre el acrecimiento, existen supuesto de excepción a esta regla general por disposición expresa o

ciertos autores[449], dando para ello diversas razones, así, una disposición expresa como es la sustitución debía y debe prevalecer sobre una tácita; además, la sustitución surgía de una disposición del testador, verdadero artífice de la relación jurídica que nace con la sucesión, en tanto que el acrecimiento procedía de una disposición legal; el acrecimiento debía considerarse ya desde el Derecho romano como un remedio subsidiario, que se verificaba únicamente en el supuesto de que el testador no hubiera previsto el destino de las cuotas vacantes; asimismo, el que se subrogaba en el lugar del otro ocupaba el mismo lugar que el sustituido lo que llevaba a excluir el acrecimiento y por último, nombrado un sustituto se vuelve a cumplir la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* pues la porción dejada libre iba destinada al sustituto instituido en el testamento.

En opinión de Bosch Capdevilla, la tesis fundamental que sirve para afirmar la exclusión del acrecimiento por la sustitución testamentaria, se puede resumir en que el si el testador nomina un sustituto significa que desea impedir la verificación del derecho de acrecer, como una prohibición táctica del mismo con el objetivo de excluir la llamada a la totalidad propia de nuestro instituto, ahora bien, a esta argumentación responde este mismo autor que la interpretación de la voluntad del testador es difícil de probar, asimismo, la llamada universal no se excluye por ser nombrado un

tácita del testador, *vid.* E.BOSCH CAPDEVILLA, *L'acreixement en el dret successori català*, *op.cit.*, pp. 252 y ss.

sustituto, pues el mismo ocupa el lugar del primer llamado en toda la extensión de la institución, por lo tanto, no descarta la solidaridad.

Respecto a esta cuestión, en nuestra opinión la doctrina mayoritaria lo que afirma es que el derecho de acrecer no podía tener lugar en el caso de la institución de un sustituto por el testador hasta que incluso éste mismo faltase, lo que no está en contraposición de manera alguna con la tesis que presenta Bosch Capdevilla; así, en ningún caso se niega definitivamente el acrecimiento en la sucesión; de igual manera, sostienen que el testador cuando instituye un sustituto, por si sólo, en ningún momento pretende eliminar el llamamiento a la totalidad de la herencia. En conclusión, nos encontramos ante una polémica en cierto modo ficticia pues de las fuentes se deduce con claridad que si bien el sustituto tenía preferencia en el caso de que una cuota quedase vacante, por el juego de las normas sucesoria si faltaba aquél el acrecimiento se verificaba con normalidad.

Concreta la cuestión Bortolan[450] al relacionar el acrecimiento y los diferentes tipos de sustitución, en este sentido, comenzando por la sustitución vulgar[451] –la citada hasta el momento– dictada por

[449] J.CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, VI*, *op.cit.*, pp. 199 y ss.; M.ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo 10.2*, Madrid, 1989, p. 41 (nota 65).

[450] G.BORTOLAN, *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, *op.cit.*, pp. 38-39.

[451] G.DE CAQUERAY, "Les principes suivis quand un cohèritier recueillait la part de son cohèritier qui ètait vacante?", en *RHD, IV*, *op.cit.*, pp. 216 y ss.; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 458-459;

el testador en previsión de que el primer instituido no pudiera o no quisiera aceptar la herencia o no se transmitiera la *delatio*[452], en este supuesto no se podía tener una cuota vacante, ni en consecuencia el derecho de acrecer, pues la cuota del que faltaba era atribuida al llamado por sustitución, además se permitía que al primer sustituto le sustituyera otro y, al segundo sustituto un tercero y, así sucesivamente, de manera que incluso el más lejano de ellos sucedía según el orden dispuesto en el testamento si bien todos sustituían al primer llamado según la regla *substitutus substituto est substitutus instituto*; el momento que se debe tomar en consideración respecto a la llamada *ex substitutione* se hacía depender del conocimiento cierto de que el instituido en primer lugar no adquiría su parte, o en su caso el total de la herencia, éste coincidía con la muerte del testador, si ya durante la vida del mismo la primera institución quedaba sin valor, o bien, con el día de la renuncia, muerte o incumplimiento de la condición por el primer llamado.

Continúa Bortolan su relación del acrecimiento con la sustitución *pupillare*[453], esta hace referencia a la disposición

P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 163 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 296 y ss.; S.SOLAZZI, "*Vulgaris substitutio*", en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972, pp. 249 y ss. *Gai* 2, 174; *Gai* 2, 175; *Gai* 2, 178; *Gai* 2, 181; *Tit.Ulp.* XXII, 33; *Tit.Ulp.* XXII, 34; D. 28, 5, 42; D. 28, 6; D. 35, 2, 1, 13; I. 2, 15 pr.; I. 2, 15, 3.

[452] I. 2, 15.

[453] La verificación del *ius adcrescendi* en la sustitución pupilar es una cuestión polémica en la doctrina romanística, a este respecto podemos afirmar que la sustitución se encontraba y se encuentra relacionada con el acrecimiento (*vid. supra*), en un doble sentido, así, a la vez que niega el derecho de acrecer al resto de coherederos del que falta a la herencia, en el pensamiento de los juristas romanos, la herencia del pupilo se consideraba una parte condicionada de la herencia paterna, razón por la cual el sustituto pupilar, coheredero a su

realizada por un padre de familia que, testando a favor del hijo y temiendo la muerte de éste antes de la pubertad establecía de una forma solemne por testamento y no por codicilo hasta el derecho justinianeo[454], quien debía sucederle mediante una sustitución, ya fuese porque no llegase a ser heredero o bien porque siendo ya heredero moría antes de alcanzar la pubertad, evitando que una cuota o la herencia entera en su caso vacase y, por ende, el derecho de acrecer, si bien, cuando el hijo adquiría la *testamenti factio activa* en la pubertad la sustitución perdía su razón de ser, igualmente sucedía cuando el testamento resultaba ineficaz.

Otro supuesto a tener en consideración era la sustitución *quasi pupillare o exemplar*[455], reservada al ascendiente paterno cuando por circunstancias de locura o deficiencia mental se impedía testar al heredero, incluso aquí el acrecimiento no podía verificarse

vez del impúber, adquiría *iure adcrescendi* el patrimonio del pupilo, en este sentido *Vid.* G.LA PIRA, "La sustituzione pupillare", en *Studi Bonfante, III*, Milano, 1930, pp. 271 y ss., así como los autores citados en el mismo.Con relación a la sustitución pupilar en general, G.DE CAQUERAY, "Les principes suivis quand un cohèritier recueillait la part de son cohèritier qui ètait vacante?", en *RHD, IV, op.cit.*, pp. 217 y ss.; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 459-460; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 170 y ss.; A.LÓPEZ PEDREIRA, *Pupillaris Substitutio. Del Derecho romano al artículo 775 del Código Civil Español*, Madrid, 2006, pp. 25 y ss. *CICERO*, *Pro Cluentio*, 11; *CICERO*, *De Oratore*, I, 39; *CICERO*, *De Inventione*, II, 42; *Gai* 2, 179; *Gai* 2, 182; *Gai* 2, 277; *Tit.Ulp.* XXIII, 8; C. 6, 58, 10; D. 5, 2, 8, 2; D. 18, 4, 2, 2; D. 18, 4, 2, 4; D. 28, 6, 1, 1; D. 28, 6, 3; D. 28, 6, 4 pr.; D. 28, 6, 10, 5; D. 28, 6, 31 pr.; D. 29, 2, 42 pr.; D. 31, 88, 17; D. 34, 5, 24; D. 35, 2, 5; D. 36, 1, 28, 2; D. 42, 5, 28; I. 2, 16.

[454] *CICERO*, *De Oratore*, II, 32, 141; D. 28, 6, 1, 1; D. 36, 1, 78; D. 36, 1, 79.

[455] G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, p. 745; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 460-461. P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 213 y ss. D. 28, 6, 14; D. 29, 1, 41, 4; D. 29, 1, 41, 5; C. 6, 26, 9; I. 2, 16,1.

pues la cuota era imposible que quedase libre, ya que la sustitución dispuesta por el ascendiente lo era por cuenta y nombre del heredero propio.

A partir de esta idea general, debemos completar la misma sosteniendo que al igual que la voluntad del testador podía en un principio negar el acrecimiento imponiendo la figura del sustituto, esa misma regulación podía ser modificada con el mismo sistema, esto es con una voluntad contraria del *de cuius*, tal situación sucedía cuando se había dipuesto que la sustitución fuese válida únicamente cuando faltasen todos los coherederos llamados en primer lugar, así se manifiesta Vaccaro[456] con su expresión sólo "*si tota hereditas vacasset*", tal como se sostiene en D. 28, 6, 30:

> D. 28, 6, 30.- *Iulianus libro 78 digestorum. Quidam testamento proculum ex parte quarta et quietum ex parte dimidia et quarta heredem instituit, deinde quieto florum, Proculo Sosiam heredes substituit, deinde, si neque Florus neque Sosia heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta coloniam Leptitanorum et ex quarta complures heredes substituit in plures quam tres uncias: quietus hereditatem adiit, Proculus et Sosia vivo testatore decesserunt: quaeritur, quadrans Proculo datus ad quietum an ad substitutos tertio gradu pertineat. Respondi eam videri voluntatem patris familias fuisse, ut tertio gradu scriptos heredes ita demum substituerit, si tota*

[456] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 122.

> *hereditas vacasset, idque apparere evidenter ex eo, quod plures quam duodecim uncias inter eos distribuisset, et idcirco partem quartam hereditatis de qua quaeritur ad quietum pertinere*:[457]

Este texto presenta el supuesto jurídico de un testador que instituye testamento en una cuarta parte a Proculo, y en la mitad y de la otra cuarta parte a Quieto, sustituyendo como herederos Floro a Quieto y Sosia a Proculo; asimismo, para el caso de que ni Floro ni Sosia fuesen herederos sustituyó en tercer grado por la mitad y la cuarta parte a la colonia de los leptitanos, y para la otra cuarta parte a muchos herederos por más de las tres onzas; Quieto adió la herencia, falleciendo Proculo y Sosio en vida del testador, la pregunta se presentaba en los siguientes términos ¿la cuarta parte dada a Proculo le pertenecerá a Quieto, o a los sustitutos en tercer grado? responde el jurista en el sentido de que parece que fue ésta la voluntad del padre de familia, esto es, la sustitución era válida

[457] Este pasaje y la compleja cuestión solucionada en el mismo es motivo de polémica doctrinal desde una perspectiva filológica, si bien algunas de estas opiniones afectan el contenido del remedio mismo; en este texto Juliano llega a la conclusión, no negada por los críticos que, en referencia a la voluntad testamentaria no debía tener lugar la sucesión en los sustitutos de tercer grado sino que la cuota vacante se atribuía *iure adcrescendi* al coheredero instituido en primer lugar, si bien es necesario seguir el procedimiento interpretativo que conduce a conocer la precisa voluntad del testador. A este respecto, R.VACCARO DELOGU afirma que en dicho texto la voluntad se observa en el hecho de que entre los sustitutos de tercer grado se habían distribuido más de las doce onzas, esto es, van más allá del total del as, siendo voluntad del disponente llamar a los sustitutos de tercer grado, no por falta de una sola parte del as hereditario, sino únicamente vacante el total del as. *Vid*. W.RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925, pp. 47 y ss.; G.BESELER, "*Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*", en *ZSS, XLV*, 1925, p. 472; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 123.

únicamente si hubiese vacado toda la herencia, lo que traía causa evidente del hecho de haber distribuido entre ellos más de las doce onzas, por lo tanto, la cuarta parte de la herencia pertenecía por derecho de acrecer a Quieto.

En el mismo sentido se expresa Campani[458] si bien hace depender la solución de la voluntad expresa del testador, así, sostiene la distinción entre la sustitución realizada individualmente a un faltante o aquélla donde se instituía sustituto un sujeto de todos los herederos en conjunto. Las disposiciones testamentarias eran diferentes en estos dos casos, pues si el testador habiendo instituido herederos a Mevio, Ticio o Sempronio añadía en el testamento como sustituto a cada uno de ellos a Cayo, no hay duda de que faltando cualquier de aquéllos la sustitución debía prevalecer sobre el acrecimiento. Por el contrario, si el testador instituía herederos a Mevio y Sempronio y como sustituto a Ticio, viniendo a faltar únicamente o Mevio, o Sempronio, la cuota que pertenecía a cada uno de éstos quedaba vacante, prevaleciendo en este caso el acrecimiento a la sustitución como resultado de la locución usada por el testador en la disposición testamentaria, de tal manera que sólo entraba la sustitución si faltaban los dos herederos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.3.- Derecho de representación

Cuando hacemos referencia a causas que impiden la verificación del derecho de acrecer en la sucesión legítima cabe destacar que parte de la doctrina[459] entiende que al igual que la sustitución excluye al acrecimiento en la sucesión testamentaria, así el derecho de representación lo excluye en la intestada.

De este modo, en esta última clase de sucesión hereditaria las figuras llamadas a excluir nuestro instituto eran la *transmissio*, la *indignitas* y el *ius repraesentationis*, mientras que en la sucesión testamentaria la misma función se cumplía por la *transmissio*, la *indignitas* y el *ius substituttionis*.

Con relación al derecho de representación de los herederos intestados, según la opinión dominante de la doctrina es que todos los llamados a la herencia de un mismo grado lo eran al mismo todo, de tal manera que la parte de un no adquiriente, si no tenía lugar la llamada sucesiva o derecho de representación que otorgaba el acrecimiento en el ámbito de la estirpe, se verificaba en las personas del resto de coherederos así como de sus herederos, esto es, se otorgaba preferencia al derecho de representación sobre el acrecimiento.

[458] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, p. 27.

[459] F.DE CILLIS, "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII, op.cit.*, p. 164.

En sentido opuesto, Vaccaro[460] manifiesta en su teoría del acrecimiento que el mismo si bien era excluido tanto por el derecho de transmisión de la delación hereditaria como por la institución de un sustituto testamentario no sucedía lo mismo con la delación sucesiva, prevaleciendo en su caso el derecho de acrecer.

Sirva este sencillo planteamiento como base para el estudio en profundidad que será desarrollado en este trabajo en un apartado posterior sobre la *successio ordinum et graduum,* al cual nos remitimos[461].

5.- Conclusiones

Con relación a los principios que conforman el régimen jurídico de *ius adcrescendi* se debe afirmar, con apoyo en las fuentes, que los mismos tenían carácter general, cumpliendo su ámbito de actuación tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria, en el sistema del *ius civile* y, en el régimen del derecho pretorio de la *bonorum possessio*.

[460] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 124.

[461] *Vid*. pp. 592 y ss.

La primera premisa a tener en consideración con relación a la normativa que regía nuestro instituto era establecer la causa de vacancia de una cuota por deficiencia en el concurso como presupuesto lógico e imprescincible para su verificación, que tenía como carácter esencial que *non sia mai stata acquistata*.

En las fuentes romanas no hay una relación específica de causas que determinaran la vacancia de una cuota de la herencia y la aplicación del acrecimiento, por lo que debemos afirmar que con carácter fundamental cualquier causa que determinara una modificación del número de miembros del concurso efectivo formado por coherederos o colegatarios tenía la capacidad de provocar que una cuota quedase libre y, por lo tanto, acreciera al resto de sujetos.

No obstante lo expuesto, afirmamos que con carácter general la premoriencia, la renuncia, o la incapacidad del llamado producía una cuota vacante, y en consecuencia la verificación de nuestro instituto.

Así, citamos en primer lugar la muerte del llamado sucedida antes de la aceptación, incluso antes de la confección del testamento, pues si la situación acontecía una vez aceptada la herencia no tenía lugar el acrecimiento, sino que la cuota se transmitía al heredero del heredero fallecido.

Una cuestión particular se plantea cuando la premoriencia se producía antes incluso de ser instituido un heredero o legatarios, por lo tanto, con anterioridad a la redacción del testamento, según

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la doctrina consideramos ésta una disposición *pro non scripta*, y podemos afirmar que no influye en la aplicación del derecho de acrecer si el fallecimiento se había producido antes de la confección del testamento, o después, pues la designación de heredero así como la atribución de cuota no era posible en ningún caso, y por lo tanto, la solución jurídica iba siempre dirigida hacia la verificación del acrecimiento.

Otra circunstancia jurídica con posibilidad de causar una cuota vacante era la renuncia voluntaria a su cuota por parte del heredero o del legatario entendida como un derecho autónomo del sucesor, quien rechazaba su parte de la herencia o legado en virtud de su título de heredero, en consecuencia la parte que le correspondía quedaba libre y era atribuida por acrecimiento al resto de coherederos o colegatarios en proporción a sus propias cuotas. Los límites de esta situación venían proporcionados por la imposibilidad de renuncia de los *heredes sui*, si bien el resto de sucesores se beneficiaba de la misma mediante el acrecimiento.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Las formalidades de la renuncia y su relación con el acrecimiento eran de obligado cumplimiento en el Derecho romano, extremadamente formalista desde sus inicios, de manera que ésta debía materializarse en un acto formal y expreso, sin surtir efectos jurídicos hasta que el fallido heredero cumpliese dicho trámite, sólo entonces se entendía producida una cuota vacante.

Con relación a esta situación debemos destacar el supuesto práctico de aplicación del acrecimiento cuando se llevaba a término la renuncia por el heredero en perjucio de acreedores, pues entonces

los coherederos recibían el resto de lo que quedaba en la herencia después de ser satisfechas las deudas.

Otro supuesto particular dentro de la renuncia como causa productora de cuota vacante se encuentra en la prescripción del plazo para aceptar, la diferencia con el caso anterior es que estamos ante una renuncia pasiva por parte del *heres* voluntario que no adquiría en el plazo determinado para ello; no obstante, a efectos prácticos de su relación con el derecho de acrecer tenía las mismas consecuencias que la renuncia activa, así, tanto el heredero que renunciaba como el que no aceptaba causaba que una porción de la herencia quedase vacante, la única diferencia consistía en el tiempo en que se producía, el primero de ellos en el momento de la renuncia, y el segundo al finalizar el plazo señalado, originando así la expansión del derecho de los demás coherederos o colegatarios hacia el total o el máximo de cuota posible mediante el instituto jurídico del acrecimiento.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Asimismo, causaba una cuota vacante la incapacidad sobrevenida del *delatus*, entendida como cualquier razón jurídica que impidiera la aceptación al heredero llamado en primer lugar. En este sentido, era imperativo que el heredero estuviera en posesión, según el Derecho romano, de *testamenti factio pasiva*, del *status civitatis* y el *status libertatis*.

Ahora bien, el concepto de *capacitas* o el *ius capiendi*, significaba que se debía estar capacitado para recibir la herencia, pues en caso contrario, la incapacidad al aparecer en la sucesión impedía la llamada. En Derecho romano se determinaban las causas

de incapacidad del sucesor para asumir la herencia por la ley, con la misma consecuencia en todos los casos, una cuota vacante y la verificación del derecho de acrecer a favor del resto de coherederos que sí gozaban de la capacidad legal suficiente para asumir su parte de la herencia.

Una causa particular de incapacidad era la indignidad para suceder del heredero, quien a causa de comportamientos imputables precisamente al mismo se le privaba de los bienes hereditarios al no ser considerado digno de recibirlos, subintrado en su puesto en vía extraordinaria el fisco, de esta afirmación se deduce con claridad que el derecho de acrecer venía excluido en este caso.

En este mismo sentido, si bien es cierto que se cumple un presupuesto esencialísimo del acrecimiento, pues estamos ante una porción hereditaria que quedaba libre, la indignidad era sancionada desde las constituciones imperiales atribuyendo la cuota del indigno al fisco, por lo tanto, se puede afirmar que la cuota vacante tenía un destino atribuido por la ley, lo que no hacía necesaria la labor de solución del *ius adcrescendi.*

A este respecto, corrobora esta afirmación el hecho de que según las fuentes en algunos aspectos el indigno continuaba siendo heredero por el *ius civile*, así, como afirma la doctrina la apropiación de bienes por parte del fisco romano estaba dirigida claramente a las ventajas patrimoniales de los sucesores hereditarios, en tanto que el indigno conservaba su posición jurídica; así, el Estado reivindicaba el patrimonio hereditario, así como le negaba el ejercicio de cualquier acción hereditaria que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

pudiera corresponderle, movido por necesidades económicas, castigando conductas inmorales o indignas contra el *de cuius*, con un claro afán recaudatorio, aun como sostiene parte de la doctrina asumiendo el bienestar comunitario.

Concluyendo respecto a la indignidad, la atribución de cuotas ordenadas por la legislación romana tenía como consecuencia que nuestro instituto no encontrara campo de aplicación, pues faltaba el presupuesto necesario e imprescibile de la vacancia de una porción hereditaria.

A partir de este punto de partida del régimen jurídico del *ius adcrescendi* debemos hacer referencia a las denominadas características principales del mismo.

El *ius adcrescendi* en Derecho romano se verificaba *ipso iure*, pues como afirman las fuentes era irrenunciable para el coheredero o colegatario, de manera que no se necesitaba una nueva aceptación por parte de aquél a quien la cuota vacante acrecía.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta aseveración se fundamenta en que el primer y único llamamiento tenía potencialmente un significado universal, configurándose el acrecimiento como una extensión del mismo que se adquiría no en base de un nuevo título sino en base a aquél ya existente que se expandía espontáneamente por necesidad jurídica, así, en la práctica venía a significar un aumento cuantitativo de la cuota que le correspondía al heredero o legatario, tanto en la sucesión testamentaria, aun tomando en consideración los límites de la conjunción, como en el ámbito de la sucesión intestada donde los

herederos se limitaban unos a otros por la concurrencia efectiva al ser llamados a la herencia potencialmente al total, en consecuencia, si una cuota quedaba libre, las porciones del resto aumentaban *ipso iure*.

Como consecuencia de la aplicación *ipso iure* encontramos que los coherederos que habían manifestado su voluntad de aceptar la propia cuota no podían sustraerse del acrecimiento, salvo que se renunciara al total de la porción que le correspondía al final, esto es, a la cuota propia y a la acrecida.

Otro efecto a tener en consideración es la retroactividad de la adquisición por acrecimiento lo que significa que la eficacia del incremento de la cuota vacante a coherederos o colegatarios tenía lugar, no en el momento de la aceptación, ni en el de producirse la vacante, sino en el momento en que se produjo la *delatio*.

En conexión con lo expuesto hasta ahora se encuentra el carácter necesario del *ius adcrescendi*, en virtud del cual se verificaba sin conocimiento, contra la voluntad e incluso cuando ya había fallecido el heredero que había aceptado la primera cuota, *etiam ignoranti et invito,* pues de la eficacia retroactiva se extrae que desde el momento de la delación al heredero ya era titular del total del *as* hereditario que definitivamente adquiriese.

La necesidad del acrecimiento durante el periodo clásico encuentra algunas excepciones justificadas jurídicamente por razones de equidad, entre ellas cuando un *suus* hacía uso del *beneficium abstinendi* el pretor concedía al resto de coherederos que

sí habían aceptado, o pedido la *bonorum possessio*, renunciar *ex novo* a la cuota ya adquirida así como a la que podría aumentarle; en el mismo orden de ideas, cuando la cuota quedaba vacante por la *restitutio in integrum* de un menor el coheredero podía evitar el acrecimiento cediendo las cuotas a los acreedores.

Otra regla característica del acrecimiento es la establecida por la regla *portio portioni adcrescit, non personae,* de carácter esencial, que indica la ordenación en Derecho romano de nuestro instituto directamente a la cuota, con excepción del legado de usufructo que acrecía a la persona.

Esta premisa de aplicación general operaba incluso después de la muerte del heredero o del legatario que había ya aceptado, esto es, a favor, de heredero del heredero o del heredero del legatario, por lo tanto, debemos manifestar que por efecto de su fundamento en la porciones y no en el título de heredero, para distribuir la cuota que había quedado libre entre los capaces de adquirir se debía estar al momento de la adquisición de la cuota original, pues era la capacidad de los coherederos en ese entonces la que determinaba la aplicación del derecho de acrecer.

La misma conclusión establecida para el heredero del heredero en función de la regla *portio portioni adcrescit, non personae* se puede establecer en el supuesto del patrón constituido heredero a través de un siervo, recibiendo la porción en que no sucede el coheredero, incluso si en entre la adquisición de la cuota originaria y la acrecida el siervo hubiese sido manumitido o vendido.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El *ius adcrescendi* se completaba mediante su cumplimiento en proporción al valor de la cuota hereditaria de cada uno de los coherederos o colegatarios de aquél que faltaba.

Esta consecuencia jurídica para los herederos se explica en esencia en la sucesión testamentaria, ya que en ésta la distribución de cuotas que determinaba el montante individual del acrecimiento podía venir ordenada en la disposición mediante la constitución de llamamientos conjuntos, de manera que si el que faltaba era uno de de los *coniunctus* su parte era asignada a los llamados con él, excluyendo al resto instituidos separadamente, por lo tanto, en este supuesto se respetaba la presunta voluntad del difunto expresada a través de la *coniunctio re tantum*, la *coniunctio re et verbis* y la *coniunctio verbis tantum*.

Las fuentes consagran el principio de distribución *pro portione hereditatis* admitiendo que se seguía en su realización efectiva la voluntad presunta o expresa del *de cuius*, de manera que si no había declaración al respecto, por estar ante una sucesión intestada o una testamentaria si determinación de partes, la división se hacía entre todos los coherederos proporcionalmente a la cuota de cada uno, pero si se había dispuesto algún tipo de llamada conjunta se respetaba y la cuota dejada libre favorecía únicamente a los llamados en conjunto, lo que no entra en colisión sino que se complementa con la regla general de aplicación del acrecimiento sin conocimiento e incluso en contra de la voluntad del fallecido.

Termina de configurar la eficacia de la institución así como las consecuencias jurídicas para los herederos la regulación de las

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cargas que gravaban la cuota objeto del *ius adcrescendi*. En este sentido, debemos afirmar que las modificaciones en la regulación de estas cargas tienen interés en orden a conocer las razones que llevaron al legislador a derogar la norma clásica que como afirma la doctrina no sólo era más simple sino más equitativa.

Así, la evolución de esta normativa debe tomar como punto de referencia la necesidad de asumir que las cargas formaban parte de la sucesión hereditaria, así, en principio en el Derecho romano el coheredero debía responder de las mismas por la cuota que se adquiría por derecho de acrecer; por lo tanto, con carácter general siempre que las obligaciones se hubieran impuesto genéricamente a cargo de toda la herencia o legado, los titulares de los citados derechos debían responder de las cargas de sus propias cuotas así como de las que pudieran acrecer, negándose tal afirmación en el supuesto de gravamen personal o singular.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por lo tanto, las cargas impuestas sobre la herencia en su conjunto entendiendo por tales las deudas hereditarias, legados o fideicomisos no nominativos e incluso la libertad, obligaban al beneficiario del acrecimiento a soportar las mismas en proproción a su cuota en virtud del principio *portio portioni adcrescit, non personae*.

No sucedía así en el supuesto de cargas impuestas por el testador personalmente a un único heredero o legatario, si faltaba éste su cuota acrecía al resto *sine onere*, pues el que faltaba era el que personal y exclusivamente estaba gravado y no la sucesión en si misma.

La explicación jurídica a esta norma de actuación surge sin duda de los mismo principios que sirven de fundamento al derecho de acrecer, así, quien adquiría una cuota por acrecimiento lo hacía por derecho propio, por la natural expansión del mismo y en respuesta a la llamada originaria, en consecuencia su derecho no podía ser responsable en ningún momento de la persona que faltaba y, siguiendo a la doctrina, su posición no era la de un sustituto del mismo, pues la carga hereditaria según el *ius civile* venía determinada por una situación estrictamente personal.

Los tipos de cargas sujetos a la herencia en general y a las distintas cuotas en particular, según las fuentes romanas, podían ser impuestos por el testador mandando que se diera alguna cosa, o que se hiciera alguna obra, o que se diera un regalo, obligando a los titulares de derechos hereditarios, en el caso que nos ocupa en particular a quienes acrecía la cuota vacante, a cumplirlo con arreglo a su porción.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Un caso específico a resolver dentro de las cargas se encuentra en las disposiciones *pro non scriptis* en las cuales el *ius adcrescendi* se verificaba desde el derecho antiguo *sine onere*, permaneciendo este principio inalterable durante todo el Derecho romano, si bien a este respecto, se encuentran excepciones donde la voluntad de difunto así como la lógica hacían que el derecho de acrecer se verificaba *cum onere* en una disposición que se debía tener como no escrita cuando los llamados lo eran en común sin determinación de partes, pues las disposición a título particular

gravaba en general a toda la herencia sin mención de persona obligada.

A sensu contrario, si los llamados a la carga lo eran todos nominativamente, aquél que adquiría el total de la cuota por derecho de acrecer seguía obligado a cumplir de igual manera el total de la carga.

La especial complejidad del sistema de atribución de cargas en el acrecimiento se hace patente en los legados, donde debemos distinguir la eficacia del legado *per vindicationem,* que por su propia naturaleza se constituía en una verdadera separación de la cosa de la herencia, con un carga a la misma en su totalidad, así, el acrecimiento no sufría cambios en su regulación del legado *per damnationem* que tenía dos posibles actuaciones, si obligaba a todos, el derecho de acrecer no se afectaba, pero si únicamente hacía referencia a algunos de los coherederos, acrecía sin cargas, y el legado resultaba completamente ineficaz.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Las modificaciones sufridas por la regulación de las cargas en el acrecimiento aparecen con toda su amplitud con las leyes caducarias, si bien se puede afirmar que las fuentes dan muestras de que en ciertos supuestos el cambio ya se había producido con anterioridad a tenor del trabajo de la jurisprudencia desde la época de Severo.

Con la aprobación de las leyes caducarias, en el sistema de cargas hereditatarias con relación al *ius adcrescendi,* se establece una normativa diferente a la del *iure antiquo,* que ordenaba a

cualquiera que fuese el adquiriente definitivo de una cuota de la herencia que resultaba caduca, en virtud de la normativa de la Ley *Iulia et Papia* y en concreto del *ius vindicandi,* satisfacer todos los gravámenes que pesaban sobre la citada cuota; esta afirmación extendía su ámbito de eficacia a las cargas impuestas personalmente al heredero o legatario que fallaba en la herencia o legado, en el mismo orden de ideas, si los bienes finalmente eran destinados al erario público, en cumplimiento de las leyes caducarias, también éste respondía de las cargas; en definitiva, el beneficiado por el cumplimiento de todas aquéllas imposiciones que pesaban sobre la herencia o los legados tenía asegurados sus derechos legalmente en cualquier caso tal como manifiestan las fuentes "cualquiera que fuese el adquiriente" en contra de lo que sucedía en el *ius antiquum*.

Por lo tanto, queda clara la diferente regulación entre el sistema de los *ius caduca vindicandi* y nuestro clásico derecho de acrecer en el cual si existía una carga impuesta personalmente a un coheredero o colegatario que no intervenía, por cualquier causa en la sucesión, su cuota vacante cumplía la normativa general del acrecimiento, aumentando la parte de los otros *ipso iure*, por necesidad jurídica, *portio portioni adcrescit, non personae*, en proporción a la cuota de cada uno de los otros que participaban en la herencia o legado y, por último, acrecía *sine onere*.

La razón jurídica que lleva a afirmar tal determinación es sin duda el diferente fundamento y carácter de la *vindicatio ex lege Iulia et Papia* frente al *ius antiquum*, pues si bien hay diferencia en el origen del derecho a asumir la cuota caduca o vacante, la primera

por imperativo legal mientras la segunda se apoyaba en la lógica jurídica, principalmente la distinción se encuentra en la voluntariedad de la solicitud *caducorum vindicatio*, así como que la adquisición de la cuota caduca era un lucro extraordinario, en consecuencia quien se beneficia de un lucro debe responder también de las cargas que lo gravan.

El régimen establecido para las cuotas caducas nacidas de la la legislación caducaria de Augusto no tenía aplicación en el acrecimiento tradicional que se mantenía en ciertos supuestos, verificándose tal como se hacía en el *ius antiquum sine onere*, entre ellos, en las disposiciones nulas desde su origen o, *pro non scriptis*, en las cuales las cuotas vacantes acrecían sin cargas excepto en algunos casos de fideicomisos, asimismo, se conservaba el antiguo derecho de acrecer en todos los casos a favor de los descendientes y ascendientes del testador hasta el tercer grado incluido, igualmente cuando en la sucesión *ab intestato,* y por último, en el testamento militar.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A estos casos generalmente aceptados por la doctrina hay que añadir un supuesto recogido en la propia Ley Papia que ordenaba la preferencia del colegatario instituido en conjunto con otro, con hijos, respecto a los herederos aun si éstos también tuviesen hijos.

Esta complicada situación de reglas generales de aplicación respecto a las cargas y derecho de acrecer que conllevaron la promulgación de las leyes caducarias fue afrontada por la legislación justinianea tomando como primera medida abrogar formalmente las normas augusteas, restableciendo las antiguas

reglas habituales del acrecimiento en la constitución C. 6, 51, con excepción de las cargas donde continuaron en vigor las modificaciones por las que una cuota vacante acrecía con todos los gravámenes que le correspondía. No obstante, se exceptuaba tal regulación del acrecimiento en las disposiciones *pro non scriptis*, donde continuaba el antiguo derecho de acrecimiento *sine onere*, por razones de tipo histórico, así como porque quien aprovecha el acrecimiento no debía soportar las cargas si no lo hubiera hecho el heredero que faltaba; otra salvedad aparecía cuando las cargas en el acrecimiento consistían en un *facere*, y por lo tanto, no podía ser cumplida sino por el coheredero faltante.

Las razones del mantenimiento de esta legislación, por el Emperador Justiniano, contraria a las que regían las normas de exención de cargas en el acrecimiento se pueden encontrar en que por el antiguo derecho no siempre se favorecía la voluntad del testador, así, la vida y la disposición de la propia muerte se habían complicado a lo largo del tiempo en Roma, que en la época de Justiniano eran frecuentes las disposiciones a título particular y los fideicomisos, por lo que la legislación debía ajustarse a tal realidad, además, por el principio de equidad aquél que se aprovechaba de un lucro debía pagar las obligaciones de su cuota.

El *ius adcrescendi* es un instituto de aplicación general en el Derecho romano desde sus orígenes que llega, aun con una regulación específica diferente, hasta las codificaciones actuales, a partir de este *status* debemos presentar ciertos institutos jurídicos que bien por identidad de funciones o, bien porque evitaban algún

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

presupuesto que configuraba el acrecimiento tenían como consecuencia la exclusión del mismo.

A favor de estas otras figuras jurídicas se debe sostener que eran más acordes con la equidad y los nuevos principios que regían la vida social y familiar.

El primero de los institutos llamados a excluir el *ius adcrescendi* durante el periodo clásico del Derecho romano está relacionado con el *ius transmissionis*, en concreto con el principio que negaba la posibilidad al heredero voluntario, fallecido antes de aceptar su herencia, de transferir su derecho a aceptar a sus propios herederos, no obstante esta norma fue exceptuada por el pretor ya en derecho clásico en diversos supuestos en los que se debía cumplir necesariamente la existencia de un impedimento objetivo en orden a la aceptación, además de dar por presunta la voluntad del *delatus* a favor de la aceptación.

Esta permisividad con la prohibición de transmitir la delación hereditaria tenía influencia en el acrecimiento desde el momento en que al trasladar la llamada a aceptar la herencia que pertenecía al primer heredero a otro que sí podía aceptarla, el presupuesto de la cuota vacante no existía por lo que ya no era necesaria la aplicación del *ius adcrescendi* para dar solución al problema jurídico que se planteaba.

Por lo tanto, el *ius adcrescendi* en Derecho romano tenía lugar mientras el derecho a aceptar fue absolutamente intransmisible *hereditas delata, nondum adquisita non transmittitur*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ad heredes, pero en la etapa clásica la normalización de excepciones a este principio limitó ostensiblemente la utilización de nuestro instituto.

Esta situación se mantendría inmutable hasta que con Justiniano se disponen un mayor número de supuestos permitidos de transmisión de la delación sucesoria, entre ellas la *transmissio ex iure deliberandi*, que permitía con carácter general y en los dos tipos de sucesión hereditaria transmitir a los sucesores del heredero el derecho a aceptar o renunciar la llamada hereditaria. A partir de Justiniano se dictaminó definitivamente la transmisión de la llamada hereditaria, en consecuencia, no había cuota vacante si la ley llamaba un nuevo concurrente a aquella porción que quedaba libre y, sin cuota vacante, no había acrecimiento.

Otro instituto que formaba parte del derecho hereditario y que evitaba la aplicación del *ius adcrescendi* era, y es en la actualidad, la sustitución testamentaria, fundamentado en la voluntad expresa del testador, que se configuraba como una previsión de éste ante la contingencia de una *heredis institutio* no cumplida disponiendo un sustituto, al que se otorgaba preferencia respecto al coheredero, por lo tanto, el derecho de acrecer tampoco en este caso tenía necesidad de actuar. La única posibilidad de verificación del derecho de acrecer en la sustitución testamentaria se presentaba cuando faltaba incluso el sustituto dispuesto por el testador.

En la sustitución testamentaria podemos encontrar diferentes tipos, en primer lugar la sustitución vulgar dictada en previsión de que el primer instituido no pudiera o no quisiera aceptar la herencia

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

o no se transmitiera la *delatio*; además, existía la sustitución *pupillare*, realizada por un padre de familia quien en su disposición testamentaria a favor del hijo, en previsión de la muerte de éste antes de la pubertad establecía una sustitución solemne, hasta que en derecho justinianeo se permitió el codicilo, esta sustitución tenía el límite temporal del momento en que el hijo adquiría la *testamenti factio activa,* si bien, también podía suceder que el testamento resultara ineficaz; otro supuesto era la sustitución *quasi pupillare o exemplar*, reservada al ascendiente paterno cuando por locura o deficiencia mental no podía testar el heredero; todos estos casos tenían en común que el acrecimiento no podía verificarse al no existir una cuota vacante, pues el nombramiento de un sustituto por parte del testador hacía que a la misma fuese llamado un nuevo concurrente.

La relación entre la sustitución testamentaria y el derecho de acrecer se debe establecer a partir de la premisa principal que niega el derecho de acrecer en el supuesto de que el testador, en su disposición, nombrase un sustituto, o incluso más de uno, a su heredero, hasta que incluso éste faltase; esta aseveración comúnmente aceptada por la doctrina, no sirve en ningún caso para negar definitivamente el acrecimiento en la sucesión testamentaria romana con sustitución, pues el testador no pretendía con la institución de un sustituto excluir el llamamiento potencial a la totalidad de la herencia o legado, así, el sustituto tenía preferencia ante una cuota vacante, si bien por el juego de las normas sucesoria si faltaba incluso aquél el acrecimiento se verificaba con absoluta normalidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La regulación de la sustitución debemos completarla afirmando que al igual por voluntad expresa del testador en un principio se podía negar el acrecimiento mediante la figura de un sustituto, esa misma voluntad del *de cuius* podía imponer condiciones propias a la disposición, ordenando que la sustitución fuese válida únicamente "*si tota hereditas vacasset*". En este sentido, se distinguen dos disposiciones testamentarias diferentes, la realizada individualmente a un heredero fallido en la herencia o aquélla donde se instituía a un sujeto como sustituto de todos los herederos en conjunto, pues en este último caso si había dos institutitos juntos y un sustituto común a los dos, únicamente si faltaban los dos primeros llamados se llamaba al sustituto, tomando relevancia el derecho de acrecer entre los herederos en virtud de la locución utilizada por el testador en el testamento.

Por último hacemos referencia al derecho de representación en relación con el derecho de acrecer en la sucesión legítima, en este caso, al igual que la sustitución evitaba el acrecimiento en la sucesión testamentaria, el derecho de representación lo excluía en la intestada.

Con relación al *ius adcrescendi* y al derecho de representación de los herederos intestados, se debe afirmar que la doctrina se divide entre dos opciones contrapuestas, la primera de ellas establece que todos los llamados a la herencia de un mismo grado lo eran al total, así, faltando uno de ellos a la aceptación de la parte que le correspondía, el derecho de acrecer general tenía lugar a favor del resto de coherederos, siempre que no tomará

eficacia la llamada sucesiva o derecho de representación que otorgaba el acrecimiento en el ámbito de la estirpe, pues en este caso se otorgaba preferencia al derecho de representación sobre el acrecimiento.

En sentido opuesto, otra corriente doctrinal opina a partir de la misma premisa de llamamiento al todo de los herederos, que si bien el acrecimiento venía excluido por la transmisión de la delación hereditaria y, por la institución de un sustituto en la sucesión testamentaria, no sucedía lo mismo con el derecho de representación o delación sucesiva, respecto al cual hasta bien adelantado el Derecho romano continuó prevaleciendo el derecho de acrecer.

Esta disyuntiva se ha trasladado al estudio posterior respecto a la *successio ordinum et graduum.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PARTE TERCERA

EL *IUS ADCRESCENDI* EN LA SUCESIÓN *AB INTESTATO* ROMANA

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 4.- El derecho de acrecer en el antiguo *ius civile*

1.- *Sui heredes*

El derecho de acrecer tenía como presupuestos básicos la existencia de una llamada a heredar realizada a una pluralidad de sujetos, así como una falta de adquisición[462] que determinaba que una cuota de la herencia quedase libre; su ámbito de aplicación se extendía tanto en la sucesión testamentaria como en la *ab intestato*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[462] W.M. ROSSBERGER, *Ius adcrescendi ex fontibus*, *op.cit.*, pp. 39 y ss.; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I, op.cit*, p. 400; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 334-335 y 510; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 605 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 323 y ss.-333 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 205; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 7 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 134 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 414 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 689 y ss.; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 43 y ss.

La normativa vigente en la sucesión intestada[463] en la época arcaica se encuentra recogida, aunque de forma muy escueta, en distintos fragmentos de la Ley de las XII Tablas[464], que hacen

[463] En Derecho romano la denominación de sucesión intestada es más correcta que la de sucesión legítima, pues para los romanos los *legitimi* sólo eran los herederos llamados por la ley, especialmente por las XII Tablas, en contraposición a aquéllos a los que se les atribuía los bienes hereditarios con fundamento en otras fuentes jurídicas, así legítimos no son ni los *sui*, que eran llamados por la costumbre anterior a las XII Tablas, ni los *bonorum possessores*, ni la madre y los hijos llamados a sucederse recíprocamente *ex senatus consultis*, V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 536 (nota 2); V.ARANGIO RUIZ-A.GUARINO-G.PUGLIESE, *Il diritto romano*, Roma, 1980, p. 191.

Sobre el concepto de sucesión *vid.* C.LONGO, "L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto Romano", en *BIDR, XIV, op.cit.*, pp. 150 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 471 y ss.; B.BIONDI, "La legittimazione processuale nella azioni divisorie romane", en *Annali Perugia*, 1913, pp. 36 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 83 y ss.-157 y ss.; G.SEGRÈ, "*Obligatio, obligare, obligari* nei testi della giurisprudenza clasica e del tempo de Diocleziano", en *Studi Bonfante, III*, Milano, 1930, pp. 571 y ss. (=en *Scritti Varii di Diritto Romano*, Torino, 1952, pp. 347 y ss.); G.BORTOLUCCI, "La *hereditas* come *universitas* e successione nella personalità giuridica del defunto. Sviluppo storico e critica dei concetti", en *BIDR, XIII, op.cit.*, pp. 150 y ss.; E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano, op.cit.*, pp. 211 y ss.; B.BIONDI, *Successione testamentaria-Donazioni, op.cit.*, pp. 489 y ss.; R.AMBROSINO, "*Successio in ius-successio in locum-successio*", en *SDHI, II, op.cit.*, pp. 170 y ss.; B.BIONDI, "*Universitas* e *Successio*. Saggio di anticritica, di storia e di dommatica romana", en *Studi De Francisci, IV*, Milano, 1956, pp. 19 y ss.; F.SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), *op.cit.*, pp. 200 y ss.; U.ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, Milano, 1965, pp. 1 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 143 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 670; G.PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 683 y ss.; M.A.SOSA RIED, "Adquisición y Subrogación: convergencias y diferencias", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales)*, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

[464] Se sigue la reconstrucción del texto de las XII Tablas recogida en la obra de C.RASCÓN-J.M.GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1996.

referencia al conjunto de bienes y relaciones que formaban la

De la Tabla V, referida al orden legal *ab intestato*, se conservan dos versiones, no coincidentes entre sí, que han motivado una gran discusión doctrinal sobre el orden sucesorio *ab intestato* en la época de las XII Tablas, en *Coll.* 16, 4, 1-2 y *Tit.Ulp.* XXVI, 1.-...s*i intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*, y en *Rhet. ad Her.* I, 23 y *CICERO, De Inventione*, II, 50, 148.- *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto.* En esta segunda, como se aprecia, se omite el inciso *cui suus heres nec escit*, esto es, no aparece referencia alguna al *heres suus* en la regulación de la sucesión intestada romana; de ellas, la primera, tanto por ser un texto jurídico y utilizar el término *familia*, más antiguo que *familiae pecuniaque*, como por su mayor rigor, al tratarse de una recopilación de normas y principios jurídicos romanos, tiene mayor aceptación doctrinal; en este sentido, U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV, op.cit.*, pp. 22 y ss.; B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano...", *op.cit.*, pp. 271 y ss.; S.SOLAZZI, "L' *in iure cessio hereditatis* e la natura dell' antica *hereditas*", en *IURA, III*, 1952, pp. 36 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972, pp. 371 y ss.); M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, p. 101; A.WATSON, *Rome of the XX Tables. Persons an Property*, Princenton-London, 1975, pp. 60 y 66; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 8 y ss.; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II, op.cit.*, p. 4 (nota 4); G.COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio, I. La structtura originaria de "gerere pro herede"*, Milano, 1987, pp. 109 y ss.; M.H.CRAWFORD, *Roman Statutes, II*, London, 1996, pp. 640 y ss.; M.TALAMANCA, "L'acquisto dell'eredita da parte dei "*gentiles*" in XII Tab. 5.5", en *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne-Hommage à la memoire de André Magdelain*, Paris, 1998, p. 448 (nota 5); B.M.REIMUNDO YANES, "Nociones básicas introductorias", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, Orense, 1998, p. 35; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, Orense, 1998, p. 66; C.LÓPEZ RENDO, "La sucesión intestada en la Ley de las Doce Tablas", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I*, Burgos, 2000, pp. 543 y ss.; A.CASTRO, *Herencia y Mundo Antiguo. Estudio de Derecho Sucesorio Romano, op.cit.*, pp. 120 y ss.; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum natus..., op.cit.*, 2002, p. 27. Doctrina contraria es la sostenida por M.F.LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizione delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942, pp. 48 y ss. (*vid.* recensión de A.GUARINO en *SDHI*, 1944, pp. 406 y ss.); A.GUARINO, "La *Lex XII Tabularum* e la tutela", en *Le Origini Quiritarie*, Napoli, 1973, pp. 240 y ss. (=en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 31 y ss.); E.VARELA, "La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica", en *Estudios jurídicos en homenaje a Álvarez Suárez, op.cit.*, pp. 552 y ss.; A.M.MANZO, "L'organizzazione gentilizia nelle Dodici Tavole", *en Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana, III*, Copanello, 1984, pp. 100 y ss.

familia romana, y el destino que debía darse a los mismos en caso de sucesión *mortis causa*; por tanto, de ellos se extrae el orden de llamamientos a la herencia en el caso de que un *paterfamilias intestato moritur*[465]:

> *XII Tab.- V, 4.- Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. 5.- Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*[466].

Como puede comprobarse, la legislación decenviral establece que el primer grado en la sucesión intestada lo ocupa el *heres suus* del *de cuius*, que adquiría la herencia *ipso iure* y sin necesidad de *aditio*.

La sucesión del *heres suus, ipso iure* y sin necesidad de *aditio* era la norma consuetudinaria vigente en la época de las XII Tablas, así del contenido de la Tabla V se desprende que la legislación decenviral sólo regulaba la situación jurídica que se producía

[465] Es la muerte del *paterfamilias* lo que inicia el sistema establecido en el *ius civile* aplicable a la sucesión, ya que según D. 29, 2, 27, "*hereditas viventis non datur*", respecto a esta cuestión *vid*. M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), *op.cit*., pp. 192 y ss., así como D. 18, 4, 1; D. 29, 2, 19; D. 41, 5, 1.

[466] Este texto fue posteriormente interpretado por *Gai* 3, 1.- *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent*, y recogido literalmente por *Tit.Ulp*. XXVI, 1.- .... *id enim cautum est lege Duodecim Tabularum hac: si intestato moritur, cui suus heres nec est, adgnatus proximus familiam habeto*. También aparece citado parcialmente en D. 28, 2, 9, 2; D. 50, 16, 162; D. 50, 16, 195, 1; D. 50, 16, 220 pr.

cuando alguien moría intestado y no tenía herederos propios, ya que si existían, con base en una idea profundamente arraigada en la sociedad romana, les correspondería la masa hereditaria, además el precepto decenviral no asigna el nombre de heredero al agnado próximo ni a los gentiles, quienes *familiam habento*, siendo la interpretación posterior la que hizo que fueran considerados verdaderos herederos[467].

De tal manera, respecto de la relación entre el orden sucesorio de los *sui heredes*[468] del antiguo *ius civile* y nuestro

[467] *Vid. Gai* 3, 1.- *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent*; H.WAGNER recensión a H.L.W.NELSON, "Überlieferung, aufbau und Stil von *Gai Institutiones*" en *IURA, XXXII*, 1981, p. 254; J.GAUDEMET, "Tentatives de systematisation du droit a Rome", en *INDEX, XV*, 1987, p. 87 (=en ANTIQVA, 62, Paris, 1992, pp. 333 y ss.); M.MEINHART, "Die datierung des *Sc. Tertullianum*, mit einem beitrag zur Gaiusforschung", en *ZSS, LXXXIII*, 1966, pp. 127 y 131; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 830; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum natus...*, *op.cit.* p. 30.

[468] El concepto y desarrollo de la expresión *heres suus* ha sido ampliamente tratado por la doctrina al ser básico a la hora de comprender en toda su magnitud el sistema sucesorio romano, *vid.* entre otros, FESTO, *Epitome de Paulo Diácono*, 99, lin. 18; P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV*, *op.cit.*, pp. 97 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, *op.cit.*, pp. 101 y ss.); C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 27 y ss.-335 y ss.; O.KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht, II*, Leipzig, 1901, p. 2880; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 755 y ss. ; G.LA PIRA, "La sostituzione pupilare", en *Studi Bonfante, III*, *op.cit.*, pp. 273 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 163; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali*, *op.cit.*, p. 26; H.J.WOLFF, "Die Pupilarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des "*Heres*"-Begriffs und der römischen Rechtswissenchaft", en *Studi Riccobono, III*, *op.cit.*, pp. 467 y ss.; W.H.KIRK, "*Suus heres*", en *ZSS, LVIII*, 1938, pp. 161 y ss.; F.LEIFER, "Altrömische Studien. VI. "*Suus heres*" und älteres Libraltestament", en *Fs. Koschaker, II*, Weimar, 1939 (reimpresión en Leipzig, 1977), pp. 233 y ss.; M.F.LEPRI, "Ancora qualche parola a proposito di *sui* e

instituto, hay que establecer que la aplicación del acrecimiento no era posible[469] ya que estaríamos ante una clase de herederos llamados necesarios[470], y por tanto, al producirse el incumplimiento

di *adgnati*", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 299 y ss.; E.BETTI, "*In iure cessio hereditatis*", "*successio in ius*" e titolo di "*heres*", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 596 y ss.; A.GUARINO, "*Sui* e *adgnati* nelle XII Tabulae", en *Annali Catania, III*, 1949, pp. 204 y ss. (=en *Le Origini Quiritarie*, Napoli, 1973, pp. 254 y ss. y en *Pagine di diritto romano*, *IV*, Napoli, 1994, pp. 128 y ss.); H.LÉVY-BRUHL, "*Heres*", *en RIDA, III, op.cit.*, pp. 150 y ss. (=en *Mélanges Fernand De Visscher II, op.cit.*, pp. 137 a 175); U.VON LÜBTOW,, "Die entwichlungsgeschichtlichen Grundlagen des römisches Erbrechts", en *Studi De Francisci, I, op.cit.*, pp. 416 y ss.; F.SENN, "La notion *d'heres suus*", en *RHD, XXXVI, op.cit.*, pp. 59 y ss.; J.IGLESIAS, *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno, op.cit.*, pp. 246 y ss.; H.LÉVY-BRUHL, "Observations sur le regime succesoral des XII Tables", en *RHD, XLVIII*, 1946, pp. 142. y ss. (=en *Nouvelles ètudes sur le très ancíen Droit Romain*, Paris, 1947, pp. 35 a 50); U.ROBBE, "Le definizioni della fonti della hereditas ed i suoi due significati. *La in iure cessio hereditatis*", en *Studi Donatuti*, Milano, 1973, pp. 1063 y ss.; A.MAGDELAIN, "Les mots *legare* et *heres* dans la Loi des XII Tables", en *Hommage Schilling*, Paris, 1983, pp. 159 y ss.; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 321 y ss.; M.FUENTESECA, "*Proprietas, Possessio* y *Actio Publiciana*", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, op.cit.*, pp. 418 y ss.; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 15 y ss.; A.CASTRO, "Contribución al estudio de a sucesión intestada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos", en *INDEX, XXXIX, op. cit*, pp. 224 a 228.

[469] *Vid.* R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 7; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 134 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 159; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.*, p. 19; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 691 y ss.; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 42.

[470] Hay que distinguir a este respecto, entre *heredes necessarii* y *heredes sui et necessarii*, siendo los primeros los esclavos instituidos y liberados en una misma disposición testamentaria, contándose entre los segundos los descendientes, hijos, hijas, nietos y nietas, que estén bajo la potestad del *pater* en el momento de su muerte, por lo que incluye esta categoría a la esposa casada *cum manu* en *iustae nuptiae,* pues para el *ius civile* se encuentra *in loco filiae*, y la nuera casada con el hijo que no estuviera bajo la potestad del *pater,* así, *Gai* 3, 2; *Gai* 3, 3; *Ep. Gai* 2, 3, 6; D. 4, 4, 7,

de los dos presupuestos básicos, la llamada a la herencia y la falta de adquisición por parte del *delatus*, la cuota hereditaria no podía devenir vacante:

> I. 2, 19, 1.- *Necessarius heres est servus heres institutus: ideo sic appellatur, quia, sive velit sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit. unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius eius heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur vel distrahantur vel inter eos dividantur. pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sui sibi adquisierit ipsi reserventur: et quamvis non sufficiant bona defuncti creditoribus, iterum ex ea causa res eius, quas sibi adquisierit, non veneunt.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

> I. 2, 19, 2.- *Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius, filia, nepos neptisque ex filio et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est ut pater eius vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus aut qualibet alia ratione liberatus potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre*

10; D. 28, 2, 11; D. 29, 2, 38; D. 29, 2, 55; D. 29, 2, 57 pr.; D. 29, 2, 99; D. 38, 16, 1, 2; D. 38, 16, 1, 4; I. 2, 13 pr.

> *quodammodo domini existimantur. unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.*

Al respecto afirma Biondi[471] la simplicidad del *ius adcrescendi* en el sistema sucesorio del *ius civile*, en el cual la participación en la herencia correspondía a los herederos, cuando existían varios llamados en una cuota que se formaba a tenor del número efectivo de los mismos, esto es, tomando en consideración únicamente los sujetos que habían aceptado y, por lo tanto, participado en la división de la herencia; así, en esta primera clase de herederos, el acrecimiento no podía tener lugar, puesto que para poder aplicarlo una cuota de la herencia debía quedar libre, ya fuese por incapacidad del heredero para adquirir su cuota, como ocurre en la *capitis deminutio* máxima y media, o porque no hubiera querido aceptarla, haciendo en este caso uso de su derecho a renunciar a la misma; con relación al derecho de acrecer, en los *sui*, la clase de incapacidad que suponía la *capitis deminutio* máxima y media, carecía de valor pues su consecuencia era la perdida de la condición de *suus*, por tanto, un *suus* esclavo, o no ciudadano, suponía una contradicción de términos; respecto de la renuncia de su cuota de la

[471] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 205; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 193 y ss. y 415.

masa hereditaria, por la cualidad de heredero necesario no podía haber renuncia en el orden de los *sui*, al menos hasta que el pretor concedió a los mismos el *ius abstinendi* de la herencia, por lo que únicamente después de otorgado este derecho se cumplirían los requisitos necesarios para admitir el acrecimiento, como se estudiará posteriormente.

La explicación a esta afirmación la encontramos en las particularidades de este orden sucesorio, así, una de las características básicas de los *heredes sui* era que adquirían la herencia *ipso iure etiam ignoranti*[472], sin necesidad de *aditio* e inmediatamente después de la muerte del *paterfamilias;* en este sentido lo expresa *Gai* 2, 156-157:

> *Gai* 2, 156.- *Sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiaue, nepos neptisue ex filio et deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt: sed uti nepos neptisue suus heres sit, non sufficit eum in potestate aui mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius uiuo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisue in locum sui patris succedunt.*

[472] *Tit.Ulp.* XXII, 24; *Pauli Sent.* 4, 5, 5; *Coll.* 16, 3, 5-6; C. 6, 30, 3; D. 38, 16, 14; I. 3, 1, 3. D. 29, 4, 1, 7.- *Ulpianus 50 ad ed. Qui sunt in potestate statim heredes sunt ex testamento...,* esta primera parte del pasaje del Digesto está interpolada, como establece G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, p. 18, ya que su redacción responde a un principio justinianeo que explica la adición de la herencia por parte de los *sui* cuando se inmiscuyen realizando actos de gestión en la misma.

> *Gai* 2, 157.- *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo, siue uelint siue nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.*

El carácter automático de la adquisición de la herencia por parte de los *sui heredes* tenía su fundamento en la organización agnaticia de la familia romana, considerada como un grupo sometido al poder paterno, formada por un *paterfamilias* y todos los sujetos sometidos a su *potestas*[473].

[473] En la familia romana, era el *paterfamilias* el que permitía la cohesión entre los miembros de grupo familiar, el mantenimiento del orden en el mismo y el respeto a las normas que regían la vida de la comunidad doméstica, siendo asimismo el sumo sacerdote de la propia religión doméstica, para ello contaba con la *potestas* que ejercía sobre todos los sujetos que formaban parte de la familia, pudiendo adquirir el *status familiae* bien de forma natural, esto es, con el nacimiento, o por medio de actos jurídicos, como la *conventio in manu*, la *adoptio* o la *adrogatio*, como se extrae de D. 50, 16, 195, 2.- *Ulpianus 46 ad ed. ....familiam dicimus plures personas, quoae sunt sub unius potestate...*; SÉNECA afirma en *Epistulae Morales ad Lucilium* 5, 47, 14 que la familia es una república en pequeño, en la que el *pater* ostenta un *imperium domesticum*, comparable al *imperium magistratual.* V.ARANGIO-RUIZ-A.GUARINO-G.PUGLIESE, *Il diritto romano*, *op.cit.*, p. 129 afirman que la familia romana en la época arcaica era un verdadero microorganismo político-económico, formado por hombres, animales y cosas materiales, con *sacra* familiares propios y organizado como una unidad bajo el poder absoluto del *paterfamilias*, A.GUARINO, asimismo, en *Diritto privato romano*, *op.cit.*, pp. 268-269 afirma que "La parentela naturale tra i membri della "familia" aveva un rilievo puramente sociale. Dal punto di vista del diritto rilevava essenzialmente la dipendenza dei componenti dal "*paterfamilias*", *Vid.* E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano, op.cit.*, pp. 127 y ss.; U.COLI, "Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma", en *SDHI, IV, op.cit.*, p. 98 (=en *Scritti di Diritto Romano, I, op.cit.*, p.

En conexión con esta tesis, la forma de deferirse la herencia al *suus heres* plantea una doble posibilidad, que es objeto de opiniones contrapuestas en la doctrina, en orden a establecer si era la delación a la herencia por parte del *ius civile* lo que llevaba a asumir al *suus heres* la herencia del *paterfamilias*, o bien, con fundamento en el *consortium* doméstico anteriormente citado a la muerte del padre no tenía lugar la *delatio* a la herencia intestada sino que éste recibía de forma automática la libre administración de los bienes originándose una continuación en el dominio como si ya en vida del *pater* hubiera sido considerado dueño[474].

242); F.HERNÁNDEZ TEJERO, "Sobre el concepto de "*Potestas*", en *AHDE, XVII*, 1946, pp. 605 y ss.; A.GUARINO, "Notazioni romanistiche", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 21 y ss.; F.LANFRANCHI, "Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione", en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953, pp. 741 y ss.; C.CASTELLO, "Il pensiero giustinianeo sull'origine degli *status hominium*" en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953, pp. 197 y ss.; G.GALENO, voz: "Parentele e affinita. (Diritto Romano e vigente)", *NNDI, XII*, 1965, pp. 390 y ss.; F.DE COULANGE, *La ciudad antigua*, (traducción española), Barcelona, 1979, pp. 101 y ss.; P.VOCI, "Storia della "*patria potestas*" da Augusto a Diocleziano", en *IURA XXXI*, 1980, pp. 98 y ss. (=en *Studi di diritto romano*, Padova, 1985, pp. 397 y ss.); G.LOBRANO, *Pater et filius eadem persona, per lo studio della patria potestas*, Milano, 1984, pp. 25 y ss.; J.IGLESIAS, *Roma. Claves Históricas*, *op.cit.*, pp. 101 y ss. ; J.IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 96 y ss.; G.FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica, dall'età arcaica al principato*, Torino, 1995, pp. 7 y ss.; E.POLO ARÉVALO, "Influencia del matrimonio y condición ciudadana de los padres en el *status civitatis* y *familiae* de los hijos", en *Actas del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, 2003, pp. 585 y ss.

[474] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 291 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 32 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 209 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, *op.cit.*, pp. 24 y ss.; B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano...", *op.cit.*, pp. 208 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, pp. 717 y ss.; C.LÓPEZ RENDO, "La sucesión intestada en la Ley de las Doce Tablas", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I*, *op.cit.*, pp. 555 y ss.; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 578.

De esta manera, el derecho que servía de fundamento para que los *sui heredes* tomaran posesión de la herencia del *paterfamilias* fallecido intestado estaba en clara conexión con el concepto de familia que se tenía en la sociedad romana y, por tanto, en el *ius civile*; así, los *heredes sui* recibían la herencia *ipso iure*, sin intervención de su voluntad e incluso en contra de la misma *omni modo, sive velint, sive nolint*; a este respecto, como ha quedado establecido, podemos encontrar dos posiciones distintas en la doctrina, sobre cual era el medio que llevaba a tal aseveración, esto es, o bien para adquirir la herencia *ipso iure* se producía una llamada o vocación a la misma sin que se manifestara, a pesar de ello, acto de voluntad por parte de los *sui heredes,* o bien por el contrario no existía *delatio*[475] ni *aditio* en la adquisición de la

[475] D. 50, 16, 151.- *Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.* A este respecto hay que distinguir dos acepciones del término *delatio,* en primer lugar en el citado texto del Digesto se define la delación a la herencia de un modo general como el ofrecimiento a un sujeto de la posibilidad de aceptar la herencia, que en la sucesión intestada sucedía a la muerte del pater, existiendo entre tanto un patrimonio sin titular hasta el momento de la aceptación y adquisición de la herencia, la denominada *hereditas iacet,* sin embargo, en los *sui heredes,* que adquirían de forma automática, no podía tener lugar una delación en este sentido, siendo por el contrario necesaria en el supuesto de herederos voluntarios, de esta manera, cuando se producía el fallecimiento del padre de familia, los descendientes del mismo eran considerados como naturales continuadores en los *corpora* e *iura*, teniendo lugar lo que C.LÓPEZ RENDO en "La sucesión intestada en la Ley de las Doce Tablas", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I, op.cit.*, p. 563 califica como sucesión interna familiar, justificando así que la Ley de las XII Tablas omitiera a los *sui heredes* como el primero de los ordenes sucesorios, asumiendo la legislación decenviral lo que era un pensamiento plenamente aceptado en la conciencia social y jurídica romana, no siendo hasta más tarde al reconocer el pretor el *ius abstinendi* a favor del *heres suus* cuando hubiera sido posible hablar de delación de la herencia en este sentido. No obstante, existe la posibilidad de asumir un concepto abstracto de delación entendida como llamada o vocación a la herencia, sin formar parte de la misma la opción de aceptar o no, en este caso

herencia de los *sui heredes*, en este sentido, podemos encontrar autores a favor de alguna de estas dos posiciones:

a) Los *sui heredes* adquirían por medio de la *delatio* la herencia *ab intestato* del *paterfamilias* pues a la muerte del mismo el *suus* adquiría inevitablemente la masa hereditaria, estando obligado a la misma incluso contra su voluntad por efecto de la pura delación[476],

sería posible admitir que los *sui heredes* adquirían la herencia por efecto de la *delatio*, a la que algunos autores añaden el adjetivo de "pura", quizá para hacer notar la diferencia de significado con el texto recogido en el Digesto. *Vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, Napoli, 1902, pp. 34 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 607 (nota 5); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, Napoli, 1933, pp. 222 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, pp. 133 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 525 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 490 y ss.-578 (nota 8); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 203 y ss.; B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano...", *op.cit.*, pp. 329 y ss.; A.TORRENT, "*Consortium ercto non cito*", en *AHDE, XXXIV*, *op.cit.*, pp. 484 y ss.; A.TORRENT, *Venditio hereditatis, op.cit.*, pp. 46 y ss.; A.TORRENT, "Cronología, finalidad y desaparición de la *In iure cessio hereditatis"*, en *Studi Volterra, III*, Milano, 1971, pp. 237 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 675; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 335 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 80; A.CASTRO, "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "*aditio*", en *IURA, XLVII*, 1996, pp. 49 y ss.; A.CASTRO, "Aproximación posesoria al concepto y estructura de la *hereditas*", en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 91, Madrid, 1998, pp. 125 y ss.; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, pp. 577 y ss.

[476] P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 227 y ss., establece presenta su tesis afirmando que el *suus* adquiría el título personal de *heres*, único, varón y púber, que recibía no sólo el patrimonio hereditario sino también una serie de elementos extrapatrimoniales, tomando la posición jurídica del difunto, quedando todos los demás miembros de la familia sometidos a su autoridad la sucesión hereditaria una continuación en la cabeza de la familia, *vid.* P.BONFANTE,

sin manifestación de voluntad al respecto tal como señala D. 38, 16, 14:

> D. 38, 16, 14.- *Gaius 13 ad I. iul. et pap. In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt.*

En el mismo orden de ideas, Voci[477] establece en primer lugar que la herencia –formada tanto por elementos patrimoniales como extrapatrimoniales– pertenecía a los hijos varones que, como

Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit., pp. 77 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, I "Diritto di famiglia"*, Milano, 1963, pp. 5 y ss.*;* P.BONFANTE, "Teorie vecchie e nouve sulle formación sociali primitive", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 18 y ss.; P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV, op.cit.* pp. 97 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 101 y ss.); P.BONFANTE, "Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano en el diritto moderno", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 152 y ss.; P.BONFANTE, "Le critiche al concetto dell'originiara eredità sovrana e la sua riprova", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 188 y ss.; P.BONFANTE, "La *successio in universum ius* e la *universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 250 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 5 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 133-134; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, pp. 717-718.

[477] P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 525 y ss**.;** P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 490 y ss. Sigue la misma opinión A.TORRENT, "*Consortium ercto non cito''*, en *AHDE, XXXIV, op.cit.*, pp. 484 y ss.; A.TORRENT, *Venditio hereditatis, op.cit.*, pp. 46 y ss; A.TORRENT, "Cronología, finalidad y desaparición de la *In iure cessio hereditatis"*, en *Studi Volterra, III, op.cit.*, pp. 237 y ss.; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 701; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* pp. 675-676.

herederos *sui* conformaban la primera clase de sucesores; además con fundamento en el consorcio familiar creado a la muerte del *pater* se consideraban herederos necesarios recibiendo todos el total de la herencia, asimismo, con relación a la delación hereditaria, afirma que al principio era la sucesión intestada la regla general y en consecuencia, en el origen del *ius civile*, en el caso de los *heredes sui,* al no ser necesaria la aceptación ni poder renunciar a la masa hereditaria coincidían el momento de la delación y el de la adquisición: "dove c'è questa, c'è insieme quello". De manera que el autor concluye la existencia de ambas instituciones de forma simultánea, y así lo expresa cuando afirma que "l' acquisto avviene necesariamente nella misura stabilita dalla delazione: qualsiasi dichiarizione contraria del delato non ha rilevanza per il diritto". Solamente con la generalización de la sucesión testamentaria y la posterior concesión por el pretor del *beneficium abstinendi* se puede hablar de una separación entre *delatio,* entendida como ofrecimiento a aceptar la herencia, y la *aditio* de la misma.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

b) En contra de la tesis expuesta existe otra corriente doctrinal que defiende que los *sui heredes* eran los naturales continuadores de la familia sin ser necesaria la *delatio* ni la *aditio* para adquirir la herencia de *pater* fallecido, a este respecto La Pira[478] establece, a

[478] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 18 y 168. Siguen esta misma opinión C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 288 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 31 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 551 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, "Osservazioni sul sistema della successione legitima nel

propósito de su interpretación del fragmento I. 3, 1, 3[479], que los *sui heredes* ocupaban el puesto de herederos necesarios, incluso ignorándolo ellos mismos, por tanto sería impropio hablar de delación de la herencia en el caso del *heres suus*, pues la necesidad de su llamada a la herencia, conllevaba la necesidad de su adquisición, este autor expone que: "Al *suus* la eredità non viene *deferita* (offerta), come all'estraneo: questo momento della delazione –necessario per gli eredi volontari– non può per lui aver luogo. E non è vero, perciò, che a lui la eredità sia deferita e da lui acquistata nel momento stesso, nè che tra il momento della delazione e dell'acquisto vi sia nel suus coincidenza. La delazione è, concettualmente, un prius rispetto al quale l'acquisto è un *posterius*: si deferisce ciò che non è ancora di nessuno; la delazione suppone sempre sia pure un attimo solo di intervallo dall'acquisto. Ora un *prius* e un *posterius* circa l'acquisto della eredità, pel *suus*, no ci può essere. Dalla morte del padre al subentrare del *suus* nella posizione giuridica di lui, non c' è intervallo alcuno: si tratta di due fatti sincroni".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

diritto dei papiri", en *Studi Cagliari, V*, 1913, pp. 69-93 (=en *Rariora*, Roma, 1946, reed. Camerino 1970, pp. 123-148 y en *Scritti di Diritto Romano I*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell Università di Camerino, 1977, pp. 466 y ss.); R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 7-8.

[479] I. 3, 1, 3.- *Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes et, licet furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus adquiritur nobis, ex his causis et furiosis adquiri potest. et statim morte parentis quasi continuatur dominium: et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus adquiritur suis heredibus hereditas: nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso iure.*

Esta opinión se fundamenta en que el *suus* era el verdadero heredero, subintrando en la posición jurídica que tenía el *paterfamilias*, siendo por tanto el continuador de la familia tal y como se extrae del funcionamiento del organismo familiar romano, y la consecuencia de ello se recoge en el principio *in suis non est successio* establecido en D. 38, 16, 1, 8:

> D. 38, 16, 1, 8.- *Ulpianus 12 ad sab. Sciendum est autem nepotes et deinceps interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit. quod ita procedit. si pater familias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas. idem erit dicendum et si filius ex asse sub condicione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus non impleta condicione decesserint: nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et iuliano et Marcello placet.*

De igual manera, Biondi[480] establece que la sucesión *ab intestato* romana tenía como base una idea de familia

[480] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 38-159-214 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-*

profundamente arraigada ya desde el Derecho romano arcaico, por lo que las XII Tablas, con fundamento en la familia patriarcal regida por un principio de comunidad familiar, colocaba a los *sui* como los primeros llamados a la herencia del *pater*, y así, afirma este autor respecto a los *sui*: "che ai romani sembra che essi non succedano in una situazione che prima non avevano ma continuano quella precedente", pues para ellos, verdaderos herederos no tenía lugar llamada por ley, ni por tanto podía haber aceptación, pues esta última supone en esencia una voluntad de adquirir la herencia, lo cual resultaba claramente ineficaz, ya que los *sui heredes* lo eran de forma natural, y ostentaban *sive velit sive nolit* la cualidad hereditaria, sin que pudieran renunciar a la misma como directos continuadores del *paterfamilias* que incluso en vida del mismo estaban considerados como copropietarios del patrimonio familiar y todo según la *naturalis ratio* y la *lex tacita* que atribuyen la herencia del progenitor a los hijos[481].

Para Magdelain[482], el *suus* era el heredero del padre por derecho propio, recibiendo el patrimonio doméstico sin dilación, sin realizar ningún acto de posesión o de aceptación ya que en el momento de la muerte de su *paterfamilias* se transformaba su expectativa hereditaria en una titularidad jurídica efectiva, así, los bienes nunca quedaban en situación de *vacantia*; este autor

Familia-Sucesiones, *op.cit.*, p. 830; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 377 (nota 21).

[481] D. 48, 20, 7 pr.

[482] A.MAGDELAIN, "Les mots *legare* et *heres* dans la Loi des XII Tables", *op.cit.*, pp. 170 y ss.

establece que el nombre de *heres* se aplicaba inicialmente sólo a los extraños nombrados por el *pater* en su testamento que debían aceptar la herencia y a los agnados próximos que recibían bienes en el caso de inexistencia de *sui* y sólo más tarde a los *sui*[483].

Ahora bien, en opinión de Magdelain si bien los *sui* recibían bienes del difunto y a falta de éstos lo hacían los agnados, tenían distinto título de adquisición porque mientras los *sui* los obtenían de pleno derecho, los agnados debían aceptar la herencia, con fundamento jurídico en el concepto de familia que se tenía en el derecho arcaico según el cual se podía afirmar que los *sui* eran en cierto modo *dominii* del patrimonio familiar, gozando en vida del *paterfamilias* de un derecho latente que a la muerte de éste se producía una *continuatio dominii*:

> D. 28, 1, 11.-. *Paulus 2 ad sab. In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint*

[483] M.PÉREZ SIMEÓN en *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 19 (nota 14) niega que de las fuentes jurídicas se pueda deducir la hipótesis de A.MAGDELAIN, de las que parece derivar una "evolución contraria".

> *heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.*

Con relación a lo expuesto consideramos más acertada la opinión que niega la existencia de *delatio* en la sucesión hereditaria de los *sui heredes*, pues admitimos que el *heres suus*, aún en vida del padre, era considerado en cierto modo como *dominus* del patrimonio familiar, y en buena lógica, a la muerte de éste, al ocupar dicho puesto preeminente en la familia *proprio iure* se colocaba en la posición jurídica que tenía el *de cuius*, continuando por fuerza de la tradición romana la familia, en consecuencia, los bienes fundamentales en la economía familiar eran adquiridos *ipso iure* por sus descendientes que hacían realidad un latente derecho de propiedad que ya tenían en vida del padre, no *ex novo*, sino como una *continuatio dominii*.

Por esta razón la legislación decenviral no realizaba referencia al *suus heres* más que para señalar que hacer si a la muerte del *paterfamilias* no existían herederos suyos. De esta manera sucederían todos los *sui* y la cuota asignada a cada uno de ellos resultaría del concurso necesario que se producía entre los mismos desde el momento de la muerte del *paterfamilias*, basado en un derecho paritario que era potencial a la totalidad del as hereditario, y limitado por la concurrencia de los demás herederos; si bien la apertura de la sucesión intestada, y por tanto, la formación del citado concurso efectivo podía producirse en un momento posterior al fallecimiento del *pater*, tanto en el supuesto

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de estar a la espera de un *suus postumus*, o si el testamento fuera declarado nulo o inválido[484].

En conclusión, por causa del carácter automático y necesario de la adquisición hereditaria de los *sui heredes* no existía la posibilidad de que llegaran a cumplirse los requisitos básicos del acrecimiento, que eran la existencia de una llamada *in solidum* a heredar, y una falta de adquisición por parte de alguno de los coherederos, de tal manera que la situación de cuota vacante que venía a solucionar nuestro instituto, otorgando un destino determinado a ciertos bienes hereditarios, no se presentaba.

Con respecto al primero de los requisitos, si asumimos que no había *delatio* a los *sui heredes* en el sentido de llamada a la herencia por ser considerados incluso en vida del padre casi como dueños de los bienes de la familia, y *a fortiori*, ni siquiera la había con la acepción de ofrecimiento de la masa hereditaria debido a su incapacidad para aceptar o renunciar a la herencia, no se producía en ningún caso una llamada solidaria a todos los *sui* para recibir la herencia *ab intestato* del padre, pues a la muerte del mismo lo que se constituía era un concurso formado por todos ellos, sobre la base de un derecho paritario y potencial a la totalidad, cuya única

[484] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* pp. 7 y ss. Se muestran a favor de la tesis del concurso efectivo en los *sui heredes* A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 534; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 705; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento...*, *op.cit.*, pp. 133 y ss.

limitación se encontraba en la concurrencia de los derechos del resto de coherederos.

Con el mismo sentido, el segundo de los requerimientos tampoco era posible, pues la adquisición *ipso iure* y la imposibilidad de renunciar a la propia herencia impedía que una cuota de la misma pudiera devenir vacante, por tanto, si no había cuota sin titular no podía desplegar su eficacia el derecho de acrecer que tenían los demás coherederos sobre la citada cuota, ya que la función básica del *ius adcrescendi* era regular la atribución a los coherederos de una o varias cuotas vacantes[485].

1.1.- La relación entre el *beneficium abstinendi* y el *ius adcrescendi*

Universitat d'Alacant

1.1.a.- Situación jurídica previa a la concesión del *beneficium abstinendi*

Universidad de Alicante

Como ha quedado establecido anteriormente, el *ius adcrescendi,* en el orden de los *sui heredes* no tenía posibilidad alguna de desplegar su eficacia. Esta circunstancia derivaba del

[485] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 7-8; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento..., op.cit.*, pp. 134; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 302; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 193 y ss.

carácter necesario de la adquisición que tenían los llamados en el primer orden sucesorio citado en las XII Tablas con referencia a la herencia intestada, que en situaciones adversas podían llegar a provocar una serie de perjuicios a los *sui iuris*, siendo el principal de ellos de carácter patrimonial; hacemos referencia al que tenía lugar con la adquisición *ipso iure etiam ignoranti,* y por tanto, sin necesidad de *aditio,* de una herencia *damnosa* ante la cual no se tenía ninguna oportunidad de renuncia[486] debido a la confusión patrimonial entre el patrimonio del difunto y del heredero que se operaba en el momento de la adquisición hereditaria, con la consiguiente extinción de relaciones recíprocas entre ambos, y que conllevaba que se presentase una situación grave como era la responsabilidad ilimitada por las deudas del padre que recaían en el heredero[487].

Así, en la regulación romana del antiguo *ius civile* se podían distinguir tres clases de herederos, tal como establece *Gai* 2, 152:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[486] A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 607 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.,* pp. 477 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 221 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 17; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 157 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 213 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.* pp. 702 y 723; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op. cit,* pp. 701 y ss.; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 335-336; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 384 y ss.; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali,* Torino, 1993, pp. 161-162.

[487] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano,* parte seconda, *op.cit.*, p. 323; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.,* pp. 423 y ss.

> *Gai* 2, 152.- *Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei.*

En cada una de dichas categorías las consecuencias de la adquisición hereditaria eran diferentes, de tal manera que dejando a un lado los herederos voluntarios que, por efecto de la necesidad de un acto voluntario de adquisición, asumían la herencia con todas las consecuencias establecidas por la ley, la adquisición automática establecida por el *ius civile* para las otras dos clases podía tener graves consecuencias para quienes la recibían.

De esta manera, el *heres necessarius*, cuya naturaleza de heredero surge de la sucesión testamentaria, pues como se establece en *Gai* 2, 153 era el esclavo instituido heredero *cum libertate* por su amo, que tenía la consideración de heredero necesario porque a la muerte del testador quisiera o no, obtenía la libertad y por la formula "*Stichus servus meus liber heresque esto*" o bien "*heres liberque esto*" simultáneamente se convertía en heredero del *dominus* fallecido[488]; sin embargo, esta situación, como afirma

[488] La manumisión y la institución de heredero se debían realizar de forma simultánea tal como establece *Gai* 2, 186. Posteriormente Justiniano, tomando en consideración la opinión de Atilicino, estableció que era suficiente con la institución de heredero del esclavo, quedando implícita la manumisión del mismo, *vid*. C. 6, 27, 5; I. 2, 14 pr.; I. 1, 6, 2. Estas exigencias debían tener como sujeto pasivo a un siervo propio del testador que estuviera bajo su dominio en el momento del fallecimiento, ya que si el *dominus* lo hubiera liberado en vida, únicamente devenía heredero si aceptaba la herencia; en la misma línea, si una vez realizado el testamento el testador enajenaba al esclavo, se consideraba una institución de esclavo ajeno, adquiriendo la

Biondi[489] en multitud de casos estaba inspirada en el egoísmo, pues cuando un sujeto tenía muchas deudas y, por tanto le era difícil encontrar heredero voluntario, legítimo o testamentario, con la intención de evitar que a su muerte su patrimonio fuese vendido a su nombre, sufriendo su memoria la perdida de prestigio que esto suponía, instituía heredero a un esclavo, al que libertaba en la misma disposición, que al no poder renunciar a la herencia, la *bonorum venditio* se hacía a nombre de dicho heredero asumiendo todas las cargas que de esto derivaba, de forma que debía responder con todo el patrimonio hereditario y, en caso de que éste fuese insuficiente, a consecuencia de la ejecución personal establecida en el Derecho romano podía incluso volver a la esclavitud por causa de su insolvencia[490].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

herencia, conforme a la voluntad del nuevo amo según los principios generales que regían la adquisición de los esclavos, como se recoge en *Gai* 2, 188. *Vid.* B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 214.

[489] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 213. De igual opinión, C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 40; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 14 y ss.-251 y ss.; A.GUARINO, "*Gai* 2,155 e il "*beneficium*" dell' "*heres necessarius*", en *SDHI, X*, 1944, pp. 240 y ss. (=en *Pagine di diritto romano, VI*, Napoli, 1995, pp. 475 y ss.); J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 385; H.ANKUM, "La classicité de la *separatio bonorum* de l'*heres necessarius* en droit romain", en *Studi Grosso, II*, 1968, pp. 566 y ss.

[490] *Gai* 2, 154.- *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet seruum suum primo aut secundo uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona ueneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex uenditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo uitio, sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur; sed alio iure utimur.*

En el mismo sentido, los *heredes sui et necessarii* eran los hijos, sin distinción de sexo, y los descendientes que se encontraban bajo la potestad del *paterfamilias* en el momento de su muerte, que adquirían *omnimodo sive velint sive nolint* ya fuera por testamento o por la ley, lo hacían de forma automática no pudiendo renunciar a su parte de la herencia[491]; de tal manera que, estos herederos se encontraban en igualdad de condiciones con el esclavo manumitido *cum libertate* con las mismas gravosas consecuencias, por lo que podían llegar a sufrir de igual forma una grave situación de ignominia[492]. Así, por el rigor del antiguo *ius civile*, ante una herencia en la cual el pasivo era mayor al activo, y por efectividad de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, se encontraban con la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[491] B.BIONDI en *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 215, hace referencia en este asunto concreto a su concepción de la herencia de los *sui* como una natural continuación o sucesión automática, de esta manera, al no ser necesario ningún traspaso entre padre e hijos, se debía admitir como consecuencia que no era posible la renuncia a la herencia del *paterfamilias*, ya que la cualidad hereditaria estaba tan estrechamente ligada a la de hijo, que refutar la cualidad de heredero era lo mismo que rechazar la cualidad de hijo.

[492] B.BIONDI en *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 215 y 218-227 y ss., afirma que la situación de los *heredes necessarii*, fuera *suus* o esclavo manumitido, en época arcaica cuando no eran frecuentes los casos de herencia cargada de deudas, no debía parecer grave pero, con el paso del tiempo, al ser conscientes de sus severos efectos en las personas, sobre todo después de las guerras púnicas, momento en que eran frecuentes los desordenes patrimoniales, se debieron superar las concepciones arcaicas sobre la necesidad de adquirir la herencia, permitiendo quebrantar los antiguos principios jurídicos ahora contrarios a dicha obligatoriedad de la adquisición hereditaria, dicha reacción tuvo lugar de forma gradual por la práctica del pretor, cuando al mismo se le presentaban casos que llevaban a tal exigencia.

obligación altamente desventajosa de tener que responder con sus propios bienes de las deudas del difunto[493] .

La situación planteada tenía soluciones diferentes en función del tipo de sucesión, así, en la sucesión testamentaria se podían evitar los perjuicios económicos que causaba una herencia *damnosa* en el patrimonio del *suus heres* instituido heredero en testamento por el *pater,* si éste añadía la cláusula *si volet*[494] al testamento, la

[493] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 426 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, *op.cit.*, pp. 32 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 209 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 218; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 553; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 850; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.* pp. 686-687; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 388 y ss.; A.CALZADA, "Una aproximación a la *aditio mandato creditorum*", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes*, Burgos, 2000, pp. 59 y ss.

[494] *Gai* 2, 154; *Gai* 2, 155; *Tit.Ulp*. XXII, 24 ; D. 28, 5, 4 pr.; D. 28, 5, 87, 1; D. 28, 7, 12; D. 28, 7, 15; D. 29, 2, 57, 2. Al respecto B.BIONDI en *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 218 y ss. establece que la reacción contra las gravosas circunstancias que derivaban de la situación de los *heredes necessarii* comenzó en la jurisprudencia romana por vía de la interpretación, así Sabino excluyó que un esclavo insolvente fuera declarado infame, pues en dicho evento no intervenía su propia voluntad sino que era una *necessitate iuris,* asimismo también se admitió que la institución de heredero, tanto *suus* como esclavo, se hiciera bajo la condición *si volet*, dando lugar a la posibilidad de renunciar a una herencia perjudicial para los intereses del heredero, además con la misma finalidad, se podía añadir alguna condición potestativa lícita, lo que lleva a este autor a afirmar que "La posibilita di aggiungere tale condizione dimostra como la giurisprudenza non veda nell'acquisto degli *heredes necessarii* qualche cosa di assoluto ed inderogabile, giacchè, se così foie, quella condizione si doveva considerare come illecita". Acerca de la opción apuntada de que anteriormente, en la sucesión testamentaria y con fundamento en el *ius civile,* ya habría sido aplicado un instituto con la misma finalidad que la del *beneficium abstinendi,* cual era la institución del *heres suus* bajo condición potestativa, hay corrientes doctrinales contrarias, a favor *vid.* A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 607 (nota 4); C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano,* parte seconda, *op.cit.*, pp. 33-34; S.SOLAZZI,

cual tenía la virtud, como afirma Arangio-Ruiz[495] de transformar al heredero necesario en voluntario. Sin embargo, en el *ius civile* arcaico no existía tal disposición, no pudiendo el *heres suus* sustraerse de su cualidad de heredero necesario y en consecuencia, como se ha establecido, debía responder de los débitos hereditarios más allá del activo de la herencia.

A este respecto, Solazzi[496] afirma que el *heres suus et necessarius*, en el citado momento histórico del Derecho romano, no tenían ninguna opción para evitar asumir la herencia a la que había sido llamado, pues se hacía heredero *ipso iure*, aun contra su

Diritto ereditario romano, II, op.cit., pp. 15 y ss. (nota 4); R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 16 (nota 3), en contra se manifiesta G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 49 y ss.-57 y ss. cuando afirma que ante la necesidad de paliar los efectos de la adquisición *ipso iure* de la herencia por parte del *suus*, el *ius abstinendi* no daba una respuesta completa que eliminara todos los efectos patrimoniales de la adquisición, por tanto la jurisprudencia adoptó como medio idóneo al fin citado la institución condicional que sí impedía la obligatoriedad de la adquisición que pasaba entonces a depender de la voluntad del *suus* instituido, este autor, justifica su opinión en base a las distintas funciones que tienen los dos institutos, pues de ningún texto se puede extraer dicha teoría, así, el derecho de abstención otorgado por el pretor, a fin de eliminar los inconveniente de la adquisición necesaria de la herencia paterna por parte del *suus heres*, no consiguió eliminar tales perjuicios, surgiendo la necesidad de recurrir a un instituto que sí los eliminase totalmente, ante esta situación G.LA PIRA plantea que aunque ninguna ley introdujo explícitamente la condición potestativa como remedio, la misma fue trabajo de la jurisprudencia "ad introdurlo man mano nel sistema ereditario". De igual opinión *vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 603 y ss. Además C.A.VOGEL, "Über die bedingte Erbeinsetzung von *sui heredes* nach *ius civile*", en *ZSS, LXVIII*, 1951, pp. 490 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 578; C.BEDUSCHI, *Hereditatis aditio, I, L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana clásica*, Milano, 1976, pp. 41 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 210-211.

[495] V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 533.

[496] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 221 y ss.

voluntad; así, en caso de no poder satisfacer a los acreedores del difunto por insuficiencia del patrimonio que éste había dejado y, no teniendo bienes propios para responder de los deudas hereditarias, el *suus* podía llegar a sufrir la ejecución personal, o en su caso, tenía la obligación de vender en nombre propio los bienes hereditarios, y salir de esta situación siendo declarado infame.

Con relación a esta idea, Bonfante[497] afirma que "L'erede sucede nella *bona* o *mala fides* del difunto (relativamente al possesso), sucede ne'debiti e ne responde anche oltre l'ammontare del patrimonio ereditario (*hereditas damnosa*)", planteando que mientras en la generalidad del derecho privado el patrimonio (*bona*), está formado exclusivamente por el patrimonio neto, esto es, el activo una vez detraídas del mismo las deudas que existieran, en la regulación hereditaria cuando se habla de *bona* se deben incluir los débitos[498], de todo lo cual se extrae que cuando las circunstancias de la herencia llevaban a que el montante de las deudas fuera mayor que el activo, como ha quedado establecido, respondía con su propio patrimonio, esto es, *ultra vires hereditatis,* pero estos perjuicios fueron mitigados en un principio para posteriormente con el paso del tiempo ser anulados, mediante la introducción de ciertos institutos, en primer lugar con la *restitutio*

[497] P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV, op.cit.* pp. 122 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 130 y ss.).

[498] D. 37, 1, 1; D. 37, 1, 3 pr.; D. 50, 16, 39, 1.

in integrum[499], destinado a los impúberes y a herederos menores de veinticinco años, para después llegar al *beneficium abstinendi* para los *heredes sui et necessarii*[500], el *beneficium separationis*[501] para el

[499] *Gai* 2, 163; D. 4, 4, 7, 5; D. 4, 4, 7, 9; D. 29, 2, 11; D. 29, 2, 57, 1; *Frag. Aug.* 2, 26; *Frag. Aug.* 2, 27. Los impúberes podían favorecerse del *beneficium abstinendi* incluso si ya habían realizados actos que supusieran aceptar la condición de herederos; en los menores de veinticinco años, sus actos de inmisión, que hubieran supuesto no poder ejercitar el *beneficium abstinendi*, producían efectos limitados, pues a pesar de estar obligados a consecuencia de sus acciones tendentes a asumir la herencia, se ponían sus intereses a salvo a través de la *restitutio in integrum*. *Vid.* G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, *op.cit.*, pp. 27 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 608; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 39; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 478; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 229 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 220; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 581 y ss.

[500] El pretor, consciente de la necesidad del distinguir al esclavo del *suus heres*, introdujo la posibilidad del abstenerse de la herencia del padre, lo que cristalizó en el *ius abstinendi*, el cual no se aplicaba al esclavo instituido *cum libertate* por su *domine*. *Vid.* S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 8 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 536; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 578-579; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 723; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit*, p. 702.

[501] *Gai* 2, 155.- *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem siue postea, ipsi reseruentur; et quamuis pro portione bona uenierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non uenient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, uelut si ex eo, quod Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona uenierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona uenire soleant.* De igual redacción I. 2, 19, 1. Al respecto de este instituto existen diversas corrientes doctrinales, entre ellas A.GUARINO en "*Gai* 2,155 e il "*beneficium*" dell' "*heres necessarius*", en *SDHI, X*, *op.cit.*, pp. 240 y ss. (=en *Pagine di diritto romano, VI, op.cit.*, pp. 475 y ss.), donde afirma que el beneficio consistía en la limitación del concurso de los acreedores hereditarios a los *bona defuncti*, tal como se extrae de *Gai* 2, 155, siempre que el *servus necessarius* no se hubiera inmiscuido en la herencia, pues de otra forma, al igual que el *heres suus et necessarius*, no podría sustraer sus bienes de la ejecución patrimonial, debiendo responder con el total de su patrimonio, asimismo J.IGLESIAS en *Derecho Romano, op.cit.*, p. 385 sostiene que el

esclavo *heres necessarius* y el *ius deliberandi*, para terminar por fin con el beneficio especial de derecho sucesorio concedido por el emperador Adriano como se observa en *Gai* 2, 163.

Con la misma finalidad, fue regulado por Justiniano el *beneficium inventarii*[502], según el cual, el heredero que aceptaba la herencia limitaba su responsabilidad por las deudas del *de cuius* a los objetos que fueron inventariados como contenido de aquélla, esto es, respondía en opinión de la mayoría doctrinal *cum viribus hereditatis*, y no *pro viribus hereditatis*, conclusión a la que se llega, en opinión de Iglesias[503], sondeando el espíritu de la legislación justinianea, y no aferrándose al tenor literal de las

pretor en su labor de dar soluciones prácticas, basadas en la equidad, concedió al esclavo instituido *cum libertate* el *beneficium separationis*, según el cual, éste podía reservarse para si todo lo adquirido tras la muerte del patrono, ya fuera la adquisición anterior o posterior a la venta de los bienes, por el contrario S.SOLAZZI en *Il concorso dei creditori nel diritto romano, IV*, Napoli, 1943, sostiene que la eficacia del *beneficium separationis* radicaba, en derecho clásico, sólo en la exclusión de posteriores *bonorum venditio* una vez realizada la primera venta en conjunto de todo el patrimonio del heredero, así también afirma el origen posgayano de *Gai* 2, 155, al que considera glosado en su totalidad. *Vid*. F.KNIEP, *Gai institutionum commentarius secundus,* Jena, 1914-1917, p. 290; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 553 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 481 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 252 y ss.; S.SOLAZZI, "Glosse a Gaio", *Terza Puntata,* en *SDHI, VI, op.cit.*, pp. 335 y ss.; A.GUARINO, "Il *Beneficium Separationis* dell'*heres necessarius*", en *ZSS, LX*, 1940, pp. 185 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 227 y ss.; H.ANKUM, "La classicité de la *separatio bonorum* de l'*heres necessarius* en droit romain", en *Studi Grosso, II, op.cit.*, pp. 571 y ss.; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 324-325.

[502] C. 6, 30, 22; I. 2, 19, 6.

[503] J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 390 (nota 115).

palabras *in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant*[504], en la práctica la introducción del *beneficium inventarii* supuso una menor importancia del *beneficium abstinendi,* pues ya no estaban afectados, en caso de tener que vender la herencia, los bienes del heredero[505].

Una tesis interesante respecto de los remedios con los que contaban los *sui heredes* para evitar una sucesión a la que estaban obligados, pero que les suponía graves perjuicios la realiza Castro[506] cuando afirma que la *usucapio pro herede* debía admitirse ya desde antiguo posible contra todo aquél que no tomara posesión de la herencia, lo que incluía al *suus heres* al cual facilitaba un instrumento jurídico de derecho primitivo con las mismas consecuencias que tenía el *ius abstinendi* en derecho pretorio, así, se podía eludir una herencia cargada de deudas únicamente no entrando en posesión de la misma permitiendo su despojo por un tercero; en contra de esta teoría se puede argumentar que si ya desde el Derecho romano arcaico le era posible al *suus heres* no asumir una *hereditas damnosa,* el pretor no habría sentido la necesidad de introducir un nuevo instituto de derecho pretorio con la misma finalidad. De igual manera, con base en *Gai* 2, 58.- *Suo et*

[504] C. 6, 30, 22, 4.- *Imperator Justinianus. Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant et legis falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. (a 531 d. Vk. Dec. Post consulatum lampadii et orestis vv. Cc.)*

[505] M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* p. 687.

necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest[507]., se establece que la *usucapio* no era posible contra los herederos necesario.

A continuación se realiza una exposición que demuestra que el *ius abstinendi,* los motivos de su creación y su posterior desarrollo cuentan con una base sólida en las fuentes jurídicas como opción principal otorgada al *heres suus* para solucionar la situación gravosa creada por su obligación de admitir la herencia del *paterfamilias*, aun si estaba formada por más deudas que bienes.

1.1.b.- El *beneficium abstinendi* como remedio a una injusticia

Con el paso del tiempo, posiblemente durante el último siglo de la República[508] para poner fin a una situación abusiva para los *heredes sui et necessarii,* el pretor en base al *ius honorarium* y por

[506] A.CASTRO, "Aproximación a la *usucapio pro herede*", en *RIDA, XLVI*, 1999, p. 197.

[507] Igual idea se recoge en *Gai* 3, 201.

[508] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 477; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 80; A.CASTRO, "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "*aditio*", en *IURA, XLVII, op.cit.*, pp. 49 y ss.

razones de equidad, les concedió el *ius abstinendi*[509], tal como se recoge en varios textos de las fuentes jurídicas:

> *Gai* 2, 158.- *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona ueneant*[510].

[509] C.FADDA en *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 34, afirma que este derecho fue concedido por el pretor para proteger a la familia de una vida disipada del *paterfamilias*, en una época de lujos introducidos en Roma después de las exitosas guerras contra los imperios de Oriente. *Vid.* F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 235 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 224; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 219; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 235 y ss.

[510] C.FADDA en *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 34-35, sostiene que este pasaje de Gayo es difícil de conciliar con el pensamiento romano respecto a la familia, pues en el mismo se establece que la finalidad del *ius abstinendi* era evitar la promoción de la venta de los bienes hereditarios por los acreedores a nombre del hijo, lo cual, como indica el autor "la cosa non era troppo pietosa per la memoria paterna", pues el respeto a la fama del *pater* era una idea inherente en los sujetos que formaban la sociedad romana, *a fortiori*, el emperador Antonino, ante una opinión pública que rechazaba la posición de hijo que se abstenía afirmó explícitamente en C. 2, 11, 7.- *Imperator Antoninus. Nemo ob id, quod bonis paternis se abstinuit, infamis est. * ant. a. demetrio. * <a 205 pp. v id. ian. antonino a. et geta utrisque ii conss.>*, aunque también afirma el autor que en una época anterior, el *beneficium abstinendi* debió ser frecuentemente utilizado, lo que se puede deducir del celebre reproche de Cicerón a Antonio, por abstenerse de la herencia del padre muerto antes del 68 a.C.: *CICERO, Philippics* II, 16.-*...hereditatem patris non adisse*, tiene el mismo sentido el texto de PLINIO El Joven recogido en *Epistularum* II, 4. En contra de esta opinión P.VOCI en *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 578 (nota 8) sostiene como incierto que la costumbre rechazara la abstención de un hijo, de tal forma que con base en D. 42, 5, 28.-*...Filii pudori parcitur...* afirma que debió ser un sentimiento digno de respeto por la sociedad romana, lo cual se deduce de la particular protección que obtenía por parte del Derecho. *Vid.* A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 607 (nota 5); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 478 (nota 1); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 221 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 219-220; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 335.

> *Tit.Ulp.* XXII, 24.-...*Sed iure praetorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur; necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur.*

> *Frag. Aug.* 2, 24- *Sed sui heredes licet repudiare non possint hereditatem, quia statim fiunt heredes, tamen abstinere possunt praetoris beneficio.*

> I. 2, 19, 2.-...*necessarii vero ideo dicuntur quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.*

Este instituto se encuentra recogido en las fuentes jurídicas con diferentes denominaciones, cabe destacar que el nombre por el que actualmente se le conoce de *beneficium abstinendi* no es un término clásico, lo que se deduce del hecho que aparece una sola vez en D. 29, 2, 71, 4, mientras que la jurisprudencia clásica utilizaba conceptos como *ius*[511], *facultas*[512], o *potestas*[513]; este *beneficium* concedido por el pretor, se configuraba como el derecho del heredero *suus* de abstenerse de realizar cualquier acto del que pudiera colegirse su voluntad de conservar la herencia, el mismo

[511] D. 28, 5, 87, 1; *Appendix legis rom. Wis.* I, 5.

[512] D. 29, 2, 57 pr.

[513] *Gai* 2, 160 a 163; *Tit.Ulp.* XII, 24; D. 29, 2, 11; D. 29, 2, 57 pr.

era concedido incluso a la mujer *in manu*[514] como consecuencia de su cualidad de ser *sua heres*, por el contrario era necesaria una cláusula edictal para ser reconocido este derecho a las personas *in causa mancipii*[515], *servi loco habetur*, considerándose no válida su institución como herederos si en el mismo testamento no eran liberados del *mancipium*[516].

Al respecto, Fadda[517] sostiene que para la verificación eficaz del *beneficium abstinendi* no era necesaria una solicitud del *heres suus* al pretor, al procónsul o al magistrado correspondiente, sino que bastaba con la no realización de acto alguno por parte del heredero que supusiera una inmisión en la herencia del *pater*, incluso el *suus* que había manifestado su intención de abstenerse de la herencia, perdía el beneficio si posteriormente a su declaración realizaba actos de injerencia en los asuntos hereditarios[518]. Se hace

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[514] *Gai* 2, 159.

[515] *Gai* 2, 160.

[516] *Gai* 1, 123; *Gai* 1, 138; *Gai* 3, 114. *Vid*. C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 40; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 225; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 220.

[517] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 35 y ss. De igual opinión S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 226 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...*, *op.cit.*, p. 158 (nota 3); B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 220; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 580. *Vid*. D. 26, 8, 21; D. 29, 2, 12; *Frag. Aug*. 2, 25; *Gai* 2, 163.

[518] Lo cual se extrae del siguiente pasaje: D. 29, 2, 71, 4.- *Ulpianus 61 ad ed. Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit. Vid*. D. 29, 2, 20, 4; D. 29, 2, 42, 3; D. 29, 2, 91; C. 6, 31, 2.

referencia por tanto, a lo que Voci[519] denomina *non miscere se hereditati paternae*, no obstante, esto no es óbice para que en ocasiones, para dar mayor claridad al proceso, los sujetos que deseaban abstenerse de la herencia realizaran una declaración ante testigos[520].

Por el contrario, Dernburg[521] sostiene que era suficiente para obtener el *beneficium abstinendi* una simple declaración del hijo que deseaba abstenerse de la herencia del *paterfamilias*.

Mantiene una posición ecléctica Bonfante[522] cuando afirma que este beneficio "si chiede" sin necesidad de formalidad alguna, de esta manera, bastaba tanto con una declaración del heredero al respecto, como la abstención de hecho, no siendo necesario el beneplácito del pretor para que desplegara toda su eficacia. De esta aseveración destaca el verbo utilizado, señalado arriba, por la confusión que puede conllevar, ya que de su sentido lingüístico tan válida era la petición como la no injerencia, por lo cual es posible

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[519] P.VOCI en *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 580 (nota 13) afirma que se utiliza el término *immixtio* por razones de comodidad pues el mismo no tiene reflejo en las fuentes jurídicas. *Vid.* V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 553; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* pp. 686-687; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 384 y ss.

[520] D. 11, 7, 12, 7; D. 29, 2, 20, 1.

[521] A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 607-608.

[522] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 479.

que quisiera decir "se obtiene" quedando su tesis al respecto más acorde con la naturaleza de este beneficio.

Con relación a esta polémica doctrinal, la opinión de Fadda esta más acorde con las fuentes que reflejan el contenido pasivo del *beneficium abstinendi*, lo que se evidencia en la suficiencia del silencio del hijo, tal como se establece en D. 29, 2, 12 y C. 2, 38, 1:

> D. 29, 2, 12.- *Ulpianus 11 ad ed. Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive maior sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati...*

> C. 2, 38 , 1.- *Imperatores Severus, Antoninus. Si vos paternae hereditati non miscuistis, ob eam rem testificatio necessaria non fuit, cum fides veritatis verborum adminicula non desideret...*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No obstante, la variedad de herederos posibles para el Derecho romano daba como resultado una variedad de supuestos prácticos de aplicación, en tanto que era necesario para disfrutar del *beneficium abstinendi* que el heredero mayor de edad no participara en los asuntos hereditarios, a los impúberes se les concedió la facultad de obtener la abstención de la herencia incluso si ya se habían inmiscuido en los bienes hereditarios, tal como se extrae de D. 29, 2, 57 pr., así como de D. 29, 2, 11:

> D. 29, 2, 57 pr.- .- *Gaius 23 ad ed. provinc. Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam 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 immiscuerint.*[523]

> D. 29, 2, 11.- *Pomponius 3 ad sab. Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas fit, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.*

A tenor de esta regulación, recogida en las fuentes, era indiferente que los actos de inmisión se hubieran cumplido por él mismo o por su tutor, en cualquier caso los impúberes obtenían el *beneficium abstinendi*[524]; de modo análogo, los menores de veinticinco años que se hubieran inmiscuido en la herencia, perdiendo así su derecho a abstenerse, como ya ha quedado establecido anteriormente, recuperaban este derecho obteniendo la *restitutio in integrum* contra los actos de inmisión que hubieran llevado a cabo, como se establece en D. 4, 4, 7, 5 y D. 29, 2, 57, 1:

[523] S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 229 comienza este pasaje con las palabras *suis et*, sin embargo, las mismas no fueron recogidas más tarde en la recopilación justinianea realizada en el Digesto.

[524] D. 2, 11, 15; D. 12, 6, 61; D. 26, 7, 2, 1; D. 26, 8, 21; D. 29, 2, 44; D. 29, 2, 89; D. 36, 1, 81; D. 42, 1, 44; D. 42, 5, 6, 1; D. 42, 5, 6, 2; D. 42, 5, 28; D. 42, 8, 24.

> D. 4, 4, 7, 5.- *Ulpianus 11 ad ed. ...non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit,...*[525]

> D. 29, 2, 57, 1.- *Gaius 23 ad ed. provinc. Sed tamen et puberibus minoribus viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem parentis appetierint, ex generali edicto quod est de minoribus viginti quinque annis succurrit, cum et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte edicti in integrum eos restituit.*[526]

En conclusión, una vez asumida la posibilidad de que el *beneficium abstinendi* concedido por el pretor desplegase su eficacia, el *heres suus* podía pedir un *tempus ad deliberandum* para decidir sobre la aceptación o renuncia de la herencia[527] del *pater*; sobre el mismo Voci[528] sostiene que no era una aplicación normal

[525] O.LENEL en "Textkritische Miszellen" en *ZSS, XXXIX*, 1918, p. 137 opina que de este pasaje se deduce que la obligación de conceder el *beneficium abstinendi* alcanzaba incluso al *servus cum libertate institutus*, sin embargo se muestra contrario a tal afirmación S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 230 (nota 1).

[526] S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 230 (nota 2) considera este texto un glosa. Al respecto de la restitución del menor que había cumplido actos de inmisión *vid*. D. 4, 4, 3, 2; D. 4, 4, 7, 9; D. 4, 4, 29, 2; D. 38, 2, 6, 3; D. 46, 3, 90; *Appendix legis. Rom. Wis*. I, 5; *Frag. Aug*. 2, 27 a 33.

[527] D. 28, 8, 4; D. 28, 8, 7 pr.; D. 28, 8, 8.

[528] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 581 (nota 18).

del *ius deliberandi*, con base en la *interrogatio in iure*[529] promovida por los acreedores, sino que en estas circunstancias era el mismo *suus* quien debía solicitar la concesión de la *deliberatio*.

La concesión de este derecho por el pretor tenía como principal efecto remediar los problemas que surgían a raíz de la adquisición *ipso iure* de la cuota hereditaria por parte de los *sui heredes*, pues los bienes hereditarios ya no se vendían a nombre de los *sui heredes*, lo cual hubiera tenido como consecuencia la declaración de la condición infamante en su persona, sino que dicha venta se realizaba a nombre del padre[530]; a este respecto Voci[531] afirma que muy pronto el *ius abstinendi* no sólo era válido para dar solución a la situación de hecho planteada, sino que era eficaz en cualquier otro caso en que el *suus* no quisiera aceptar la herencia paterna.

Universitat d'Alacant

[529] Para una visión general de la *interrogatio in iure vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 169 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 160 y ss.-pp. 232 y ss.; S.DI PAOLA, *Confessio in iure, I*, Milano, 1952, pp. 72 y ss.; C.SANFILIPPO, "*Interrogatio in iure*", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, p. 671; N.SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, Torino, 1973, pp. 131 y ss.; C.BEDUSCHI, *Hereditatis aditio, I, op. cit.*, pp. 169 y ss; L.DI LELLA, "Sulla *interrogatio in iure* "*an heres sit vel quota ex parte*", en *Sodalitas, VI*, Napoli, 1984, pp. 2791 y ss.

[530] D. 42, 5, 28.- *Pater familias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt:...*

Gai 2, 158.-*...abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona ueneant.*

[531] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 578.

La concesión del *beneficium abstinendi* pretendía eliminar el carácter de *heredes necessarii* de los *sui*, situándolos en la misma posición que los herederos voluntarios[532], como se deduce del estudio de D. 30, 89 y D. 29, 2, 20, 4:

> D. 30, 89.- *Iulianus 36 dig. Nam nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur. praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.*

> D. 29, 2, 20, 4.- *Ulpianus 61 ad ed. Papinianus scribit filium heredem institutum qui se bonis paternis abstinuit volgo putare quosdam, si a statulibero pecuniam accepit, a creditoribus conveniendum, sive nummi peculiares fuerint sive non fuerint, quia ex defuncti voluntate accipitur, quod condicionis implendae causa datur. iulianus autem et si non abstinuit, idem existimavit. ita demum autem pro herede gessisse ait papinianus, si solus heres sit: ceterum si coheredem habeat et coheres adiit, non est cogendus, inquit, is qui accepit a*

[532] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 36-37; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 50; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 235-236; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 159; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 553; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 578 y ss.; A.CASTRO, "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "*aditio*", en *IURA, XLVII, op.cit.*, pp. 49 y ss.

> *statulibero actiones creditorum suscipere: nam cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure praetorio, quod emancipatus consequitur qui hereditatem repudiavit*[533]*, quo facto statuliber filio nominatim pecuniam dare iussus potuisset non heredi dando ad libertatem pervenire. itaque tunc pro herede geri dicendum esse ait, quotiens accipit quod citra nomen et ius heredis accipere non poterat.*

Con respecto a estos fragmentos, Robbe[534] sostiene que parece forzada o, en todo caso, una simple ficción jurídica la equiparación que hacen los textos de Juliano y Ulpiano de la abstención del *suus heres* con la libertad del heredero voluntario para aceptar o renunciar a la herencia, afirmando que la abstención del *suus* más que una renuncia se configuraba como un abandono voluntario de los bienes por parte de su propietario, esto es, era una *derelictio*[535], cuyo régimen jurídico cumplía con mayor eficacia uno de los requisitos de la abstención, como era la permanencia del título de heredero en la cabeza del *suus heres*, esto venía a significar que mientras con la renuncia se perdía en un mismo acto la herencia y la cualidad de heredero, con el cumplimiento de la *derelictio* se abandonaban los bienes de la herencia pero se conservaba el

[533] G.BESELER en *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, IV*, *op.cit.*, p. 43 cree interpolada esta frase, al contrario S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 235 (nota 4) afirma que la misma forma parte del texto originario.

[534] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, p. 160.

[535] Con relación a la *derelictio vid.* S.ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933, pp. 3 y ss.; L.VACCA, *"Derelictio" e acquisto delle "Res pro derelictio habitae"*, Milano, 1984, pp. 45 y ss.

nundum nomen heredis, aunque vacío de todo su contenido patrimonial.

Por el contrario, Fadda[536] afirma al respecto "quel che è l'*aditio* o la *pro herede gestio* per l'estraneo, è l'*inmixtio*[537] per il *suus*", así, la abstención hereditaria de un *suus* se equiparaba a la renuncia[538] de su cuota hereditaria que realizaba un heredero voluntario.

Sigue esta misma opinión Solazzi[539] al afirmar que la *inmixtio* se hacía efectiva con los mismos criterios que empleaba la *pro herede gestio*, de manera que, incluso cree probable que los clásicos utilizaran ejemplos de un instituto para aclarar al otro y, los posclásicos no distinguían la terminología entre uno y otro, así cuando un *suus* se abstenía también se utilizaba el término *pro herede gerit*.

Se debe completar esta tesis manifestando que existían comportamientos del *suus* que no se consideraban inmisión en la herencia ya que se hacían independientemente de su cualidad de

[536] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 36.

[537] A.BERGER, voz: "*Immiscere se*", en *Encyclopedic dictionary of Roman law*, 9, Philadelphia, 1953, pp. 1110 y ss.

[538] Con relación a la equiparación de la abstención del *suus* con la renuncia a la herencia a través de la evolución del Derecho romano *vid.* G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 292 y 295; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 266-267; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 229-230.

[539] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 226 y ss.

heredero, sirva como ejemplo la petición de alimentos al liberto paterno[540], ya que este derecho se tenía por la cualidad de hijo y no por la de heredero[541].

Se muestra contrario a esta última opinión La Pira[542] al afirmar que, la idea de una adquisición hereditaria necesaria e independiente de la voluntad de aceptar o de la inmisión del *suus heres*, fue modificada por lo compiladores en el sentido de que los *sui* no eran considerados herederos *ex testamento* si no se inmiscuían en los asuntos hereditarios, así, los efectos que todavía perduraban a pesar de ejercer el *beneficium abstinendi* se consideraban como causados por los actos de inmisión del *suus*; como consecuencia de esta teoría, la comparación que realiza Fadda entre la *aditio* o la *pro herede gestio* con la *immixtio*, era verdadera únicamente en el derecho justinianeo, pues el principio de la inmisión fue sin duda introducido por los compiladores con el fin de transformar al *suus heres* en heredero voluntario[543].

Con relación a su regulación y efectos, el *beneficium abstinendi* tenía eficacia en el derecho pretorio, aunque estaba dotado de plenos efectos civiles, formando parte de un nuevo

[540] D. 29, 2, 73.

[541] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 220 y ss.

[542] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 51.

[543] D. 36, 1, 28, 3.- *Iulianus 40 dig. Si pater filium, quem in potestate habebat, heredem scripserit et ab eo petierit, ut hereditatem sempronio restitueret, isque suspectam sibi esse dicet, poterit ex trebelliano senatus consulto hereditas restitui. quare et si non immiscuerit se hereditati, nihilo minus actiones, quae ei et in eum competebant, ad sempronium transferentur.*

derecho sucesorio que trataba como herederos a los *bonorum possessores*, e intentaba paliar las graves consecuencias que el *ius civile* deparaba a los *sui heredes* como consecuencia de estar obligados a la adquisición de la herencia, así, no les otorgaba la consideración de *heredes* que les correspondía por el antiguo derecho[544], si bien *ius civile* conservaba siempre y necesariamente el título de heredero[545] aunque su naturaleza se configuraba en el derecho pretorio como un *nudum nomen heredis*.

[544] D. 11, 1, 12 pr.- *Paulus 17 ad ed. Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit se heredem esse, tenebitur: nam ita respondendo pro herede gessisse videtur. sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit, succurrendum est ei: quia hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco.* S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 235 (nota 2) manifiesta sus dudas respecto a si este pasaje es genuino, sin embargo, a pesar de ello el mismo hace referencia a un principio clásico del Derecho romano.

[545] D. 29, 2, 57; D. 40, 5, 30, 10. R.VACCARO DELOGU, en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 17 (nota 1) afirma que en base al *ius civile* eran asumidas algunas consecuencias de la adquisición necesaria de los *sui heredes* siempre que fueran compatibles con el *beneficium abstinendi* otorgado por el pretor, *a fortiori*, en la sucesión testamentaria, a pesar de la abstención del heredero necesario, éste asumía como propias las manumisiones, la sustitución pupilar, y el fideicomiso universal de la herencia, otro efecto es la permanencia de su cualidad de hijo, así el *suus* que se abstiene conserva el *ius sepulchri*, los *bona libertorum* y el derecho a las *operae libertorum ex iureiurando, vid.* D. 11, 7, 6 pr.; D. 14, 5, 5, 2; D. 28, 3, 17; D. 28, 6, 2, 1; D. 28, 6, 2, 12 ; D. 29, 2, 20, 5; D. 29, 2, 40; D. 29, 2, 42 pr.; D. 36, 1, 28, 3; D. 40, 4, 32; D. 40, 5, 22, 2; D. 42, 5, 28; D. 47, 12, 10. *Vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 36 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 49-50; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 238-239; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 158; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 221 y ss. ; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 536; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 723; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 586; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 479-480; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 385.

No obstante, existen algunos pasajes de las fuentes jurídicas – *Gai* 3, 67; D. 11, 7, 6 pr.; D. 23, 2, 67 pr.– en los que se duda de esta afirmación, si bien Solazzi[546] demuestra al respecto que no son textos genuinos.

Por tanto, una vez ejercido el derecho de abstenerse por parte del *suus*, aquél que adquiría en su lugar obtenía la *bonorum possessio* de los bienes, pero nunca la herencia civil, lo que se deduce de los textos de la compilación justinianea que otorgaban la *bonorum possessio* a favor del sustituto, del coheredero y del heredero legítimo desde el momento en que el pretor considera al abstenido como, en cierto modo, renunciante a su cuota hereditaria[547].

El efecto práctico de la abstención era que el pretor, considerando al *suus* que se abstenía como si no fuese heredero, le negaba las acciones hereditarias, tanto activas como pasivas[548], así,

[546] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 144 (nota 4); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 238 y ss.-240 y ss.

[547] D. 29, 4, 1, 7; D. 38, 2, 6, 2 ; D. 38, 17, 2, 8; D. 42, 1, 44; C. 6, 58, 6. *Vid*. P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 536; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 225; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 701-702.

[548] D. 11, 1, 12; D. 20, 6, 11; D. 26, 7, 2 pr.; D. 28, 6, 12; D. 29, 2, 20, 4; D. 29, 2, 38; D. 29, 2, 40; D. 29, 2, 41; D. 29, 2, 42 pr.; D. 29, 2, 57 pr.; D. 29, 2, 87, 1; D. 29, 2, 99; D. 37, 7, 8; D. 37, 7, 9; D. 42, 5, 28; C. 5, 51, 4, pr.; C. 6, 31, 1; C. 7, 75, 2; C. 7, 75, 3; C. 12, 62, 4. *Vid*. A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 609; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 36 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 235 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata…*, *op.cit.*, p. 50; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 479; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 17; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, p. 159 y 163; B.BIONDI,

respecto a la persona del abstenido, éste podía invocar la *denegatio actionis*, o *exceptio* ante los acreedores del *de cuius* que intentaran ejercitar sus acciones frente al heredero, de igual modo, se negaban al *heres* las acciones que habían pertenecido al fallecido; a mayor abundamiento, si el *heres suus* tomaba para sí cualquier cosa de la herencia una vez declarada su intención de abstenerse de la misma cometía el delito de *furtum*, tal como se establece en D. 29, 2, 71, 9[549], así, tanto en este supuesto como en el caso de que el *suus* dañara, de cualquier manera, el patrimonio hereditario decaía el derecho a abstenerse[550]; por todo lo expuesto, los legatarios no podían realizar actuación alguna contra el abstenido[551].

Ahondando más en la configuración de este derecho a abstenerse de la herencia, hay que destacar que el mismo se trasladaba a los herederos de aquél que tenía el derecho de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Diritto ereditario romano, op.cit., pp. 221 y ss.-416; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 536; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 723; C.BEDUSCHI, *Hereditatis aditio, I, op.cit.*, pp. 159 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 80.

[549] D. 29, 2, 71, 9.- *Ulpianus 61 ad ed. Haec verba edicti ad eum pertinent, qui ante quid amovit, deinde se abstinet: ceterum si ante se abstinuit, deinde tunc amovit, hic videamus an edicto locus sit. magisque est, ut putem istic sabini sententiam admittendam, scilicet ut furti potius actione creditoribus teneatur: etenim qui semel se abstinuit, quemadmodum ex post delicto obligatur?.*

[550] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 580. *Vid.* D. 29, 2, 71, 3.

[551] D. 28, 6, 12; D. 36, 4, 1, 4. *Vid.* P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 585.

abstenerse, de tal manera, Solazzi[552] afirma que junto a la herencia adquirida *ipso iure*, se transfiere a los herederos, ya fueran necesarios o voluntarios, el derecho de abstenerse que el *suus* no había llegado a ejercitar, como se extrae de D. 29, 2, 7, 1[553], texto que hace referencia a la sucesión de un nieto a su abuelo al haber fallecido el hijo antes de conocerse la delación hereditaria; *a fortiori*, incluso aunque el primer heredero hubiese tenido conocimiento de la delación, la solución dada al supuesto era inmutable, pues era suficiente con no realizar actos que supusieran su aceptación de la condición de heredero, conservando de esta manera su derecho a abstenerse que transmite a sus propios herederos.

Respecto a esta tesis, Voci[554] modifica el alcance de la misma afirmando que la solución dada por Paulo en el citado pasaje del Digesto no debe extenderse al heredero extraño, pues el *beneficium abstinendi* tiene un marcado carácter personal, como resulta de D.

[552] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 272; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 225-226.

[553] D. 29, 2, 7, 1.- *Paulus 1 ad sab. Si filius prius quam sciret se necessarium exstitisse patri heredem decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur.* Con relación a este pasaje del Digesto, S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 272 (nota 2) afirma que la extensión tanto a herederos voluntarios como necesarios de la posibilidad de abstenerse de la herencia se complica en el derecho justinianeo, ya que el término "*necessario*" se puede interpretar como un inofensivo glosema o, por contrario, como una interpolación restrictiva, significando esta última opción una modificación de los principios clásicos que informaban la interpretación del citado texto.

[554] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 581 (nota 20). De igual opinión *vid.* P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 478; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 220.

42, 5, 28, así, este autor sostiene que el emperador Justiniano en C. 6, 30, 19 pr.[555], a pesar de dar una visión más general del problema hace referencia únicamente al *suus* del *suus*.

Ya en derecho justinianeo, el ejercicio por parte del *suus heres* del *ius abstinendi* suponía que aquél cesaba *ipso iure* en su condición de heredero[556], pero no ya por derecho pretorio, sino con plena eficacia reconocida; además siempre que los acreedores no hubieran vendido los bienes, el *suus* podía retirar la declaración de abstención en el plazo de tres años; en el caso de los impúberes, este plazo comenzaba el día en que se cumplían los cuatro años dentro de los cuales podía pedir la *restitutio in integrum*; evidentemente, si ya se había procedido a la venta de los bienes, la situación era irrevocable en términos generales, ya que si en el momento de la venta el *suus* era menor se podía invocar la *restitutio*[557].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[555] C. 6, 30, 19 pr.- *Imperator Justinianus Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus iulii pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. * iust. a. demostheni pp. * <a 529 recitata septimo in novo consistorio palatii iustiniani. d. iii k. nov. decio vc. cons.>*

[556] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 723; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 586-587; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* p. 687.

[557] C. 6, 31, 6. A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 610; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 39; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 247 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 480; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 580 y ss.

De esta afirmación, puede extraerse que anteriormente a la reforma de Justiniano, esto es, ya desde el derecho clásico, al no existir un plazo establecido, hubiera sido posible revocar en cualquier momento la declaración de abstención[558].

Se muestra contrario a esta tesis Solazzi[559], pues con fundamento en los textos recogidos en D. 19, 2, 15, 9 y D. 26, 7, 46, 1, que hacen referencia a un pupilo que se abstuvo de la herencia, pero que retoma los bienes a causa del ejercicio de la *restitutio in integrum*, sostiene que dicha restitución no hubiera sido necesaria si, como afirma parte de la doctrina, hubiese bastado con retirar su declaración de abstención; esta misma teoría se puede extender a distintos supuesto, en concreto a la concesión de una *missio in bona* por parte del magistrado a los acreedores del difunto, ya que la misma no cesaba con la retirada por parte del heredero abstenido de su declaración en tal sentido, sino que se producía una *restituio in integrum* acompañada de la petición de un *tempus ad deliberandum*[560].

Por último, era posible que el *heres suus* así como el heredero voluntario negociase la renuncia a ejercer su derecho a abstenerse

[558] D. 28, 8, 8. P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 479; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 744; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 221; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 580-581; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, pp. 946 y ss.

[559] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 248 y ss.

[560] Igual conclusión se deduce de C. 6, 31, 6.

con los acreedores[561] siendo el pacto válido incluso si éste se había llevado a cabo en vida del *pater*.

1.1.c.- El *ius adcrescendi* con relación a la cuota de quien se abstiene

La actuación del *beneficium abstinendi* por parte de los *sui heredes,* con independencia de su regulación, ponía de manifiesto la necesidad de que hacer con la herencia, o en su caso, con la cuota del abstenido, a este respecto y, dependiendo del caso concreto se podían dar distintas soluciones que comprendían desde la venta de los bienes con la finalidad de satisfacer a los acreedores hereditarios, hasta que desplegara su eficacia el derecho de acrecer, en este último caso el puesto del abstenido en la sucesión debía ser ocupado por cualquier otro sujeto. Así, podemos encontrar los siguientes supuestos de hecho relacionados con el *ius adcrescendi*:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[561] D. 2, 14, 7, 18; D. 2, 14, 44; D. 26, 7, 59. *Vid*. S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 250-251; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 220; O.LENEL, "Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie", en *ZSS, LI*, 1931, p. 10 (nota 2-3).

1.1.c.1.- El *suus heres* como único llamado a la herencia *ab intestato*

En opinión de parte de la doctrina, en caso de existir un único *heres suus et necessarius* la herencia era deferida como si nunca hubiera sido heredero, de tal manera que, en caso de sucesión testamentaria entraban a la herencia los sustitutos[562] si los hubiera y, si el *suus* había sido instituido sin sustituto se abría la sucesión *ab intestato* a los herederos legítimos[563].

Si la sucesión se había producido *ab intestato,* eran llamados los posteriores herederos legítimos[564], por tanto, se producía una delación sucesiva con fundamento en el derecho pretorio que se concretaba, como ha quedado establecido anteriormente, en que aquél que adquiría en lugar del abstenido obtenía la *bonorum possessio* de los bienes, pero nunca la herencia civil, pues a consecuencia de principio *semel heres semper heres* el *suus heres* era considerado siempre heredero del *de cuius* por el *ius civile*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[562] D. 42, 1, 44.

[563] D. 38, 2, 6, 2.

[564] D. 38, 17, 2, 8.- *Ulpianus 13 ad sab. Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. africanus et publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire et tunc ei obstent, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*

D. 38, 17, 2, 10.- *Ulpianus 13 ad sab. Si bonorum possessione accepta filius emancipatus abstinuerit se hereditate per in integrum restitutionem, verum est senatus consultum posse locum habere: sed si fuerit rursus immixtus, rursus debet mater abstinere.*

Esta afirmación, ha sido objeto de amplia polémica pues la llamada al segundo orden de los herederos intestados suponía, según los principios de la sucesión intestada, que no existían *heredes sui*, lo que en el supuesto de abstención de un *suus* era una condición que no se cumplía; al respecto Fadda[565] afirma que "certamente la delazione agli *adgnati* secondo la legge decemvirale supone che non *non vi siano* eredi *sui*": <*cui suus heres nec escit*>. Ma naturalmente non si doveva dimenticare, che l' istituto dell'astensione doveva modificare questi antichi principi, a'quali ripugna".

[565] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, p. 37. Siguen la misma opinión A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 610; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 225 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 479; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 582-583. En contra de esta opinión G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 51 (nota 2) afirma que la delación sucesiva de la herencia en el caso de abstención por parte de *suus*, defendida por C.FADDA, únicamente era válida en el derecho justinianeo, de igual opinión G.TURIEL DE CASTRO en "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, *op.cit.*, p. 80 sostiene que sólo en derecho posclásico, cuando se hizo realidad la fusión entre la normativa civil y el derecho pretorio, la herencia rehusada por el abstenido implicaba una verdadera vocación civil a los siguientes herederos, asimismo *vid.* M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.* p. 687.

Contrario a esta opinión, Solazzi[566], siguiendo a Beseler[567], manifiesta que el sustituto o el heredero *ab intestato* no podía recibir ni siquiera la *bonorum possessio* de la herencia del abstenido, basando su opinión en que los textos que afirman que la herencia dejada libre por el abstenido era asumida por los sustitutos, o en su defecto, por los herederos legítimos están seriamente interpolados[568], por el contrario, este autor sostiene que los bienes del *suus* abstenido eran vendidos a los acreedores o reivindicados por el Estado[569], tal como se extrae del texto de Papiniano recogido en D. 38, 9, 2:

> D. 38, 9, 2.- *Papinianus 6 resp. Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii*

[566] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 242 y ss. *Vid.* P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 479-480**;** C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I*, 1951, p. 368 (nota 3); G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, *op.cit.*, p. 80.

[567] G.BESELER, "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II*, Milano, 1930, pp. 81 y ss.

[568] G.BESELER en "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II*, *op.cit.*, pp. 81 y ss. justifica su opinión en las interporlaciones sufridas por los siguientes pasajes de las fuentes justinianeas: D. 29, 4, 1, 7; D. 38, 2, 6, 3; D. 38, 17, 2, 8; D. 42, 1, 44; C. 6, 58, 6.

[569] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 100 (nota 4) y 242 y ss., además en el mismo trabajo, p. 244 (nota 4) afirma que más adelante, en el derecho justinianeo, se admitió una devolución general de los bienes al resto de sucesores del *suus* abstenido, lo que tendría su origen clásico en dos razones, en primer lugar "*il non immiscere se*" era la condición básica para obtener la *bonorum possessio contra tabulas* en los casos de D. 37, 4, 14 pr. y D. 38, 2, 50, 5, y por otra parte, en el casi-acrecimiento a que tenían derecho los coherederos del abstenido.

> *non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset: nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. igitur fisco*[570] *vacantia bona recte deferri placuit.*[571]

Sigue la misma opinión Robbe[572] cuando con fundamento en el citado pasaje de las fuentes manifiesta que la abstención del *heres suus* no suponía en ningún caso la concesión de la *bonorum possessio* a los restantes sucesores, esto es, no había una delación sucesiva con base en derecho pretorio.

A este respecto, mantiene una posición ecléctica Talamanca[573] pues mantiene que ante la abstención del *suus heres*, se abría la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio* de los bienes de la herencia, que pertenecían en primer lugar al sustituto instituido en testamento, y si éste no existía la podían pedir los legitimados a solicitar la *bonorum possessio sine tabulis*, si ningún sujeto cumplía la *agnitio bonorum possessionis*, se producía la *bona vacantia*, que podían ser reclamados por el fisco, y de no ser así, los acreedores

[570] B.BIONDI en *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 226 (nota 1) afirma que el texto genuino citaba al *aerarium*, término que fue sustituido por los compiladores por *fiscus*.

[571] G.BESELER en "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II, op.cit.*, p. 82 reconstruye el final del texto de la siguiente manera: "*populo igitur vacantio bona rell.*"

[572] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 159 (nota 2).

[573] M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* pp. 686-687.

podían promover la *bonorum venditio* a nombre del causante a fin de evitar que la condición infamante recayera sobre el *suus*.

1.1.c.2.- Pluralidad de *sui heredes* llamados *ab intestato* a la herencia

Como anteriormente se había establecido, en el orden sucesorio de los *sui* no era posible la aplicación del *ius adcrescendi*, sin embargo, desde el momento en que el pretor reconoce y otorga el *ius abstinendi* a los *sui heredes* encontramos un verdadero acrecimiento, ya que el *suus* abstenido era considerado como renunciante a la herencia del *paterfamilias* dando lugar a una cuota sin dueño a la cual se debía dar destino.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De esta manera, una situación cuyos elementos eran una pluralidad de *sui* llamados a un mismo objeto, donde uno o algunos de ellos se abstenía de entrar en la cuota que le correspondía, debía ser resuelta con la aplicación efectiva del *ius adcrescendi*, pues a efectos prácticos en ese momento aparecían una o más cuotas de la herencia vacantes, así, el derecho pretorio por medio del *beneficium abstinendi* creaba una nueva causa de falta de un heredero además de la muerte, la no aceptación y la incapacidad, que ya se contemplaban por el *ius civile* siempre que el heredero no fuera un *suus* del *de cuius*; esta solución era adecuada tanto en el caso de la sucesión *ab intestato* como en la testamentaria cuando el *suus* que

se abstenía había sido instituido en testamento junto con otros coherederos, unidos por una llamada solidaria a la herencia.

Este razonamiento, como afirma Vaccaro[574] nos lleva a afirmar que la cuota del abstenido acrecía *ipso iure* al coheredero, sin embargo, como el abstenido era considerado siempre heredero *ius civile,* la asignación de la cuota a quien correspondía tenía su fundamento en el derecho pretorio[575].

En la hipótesis apuntada, no tendría lógica jurídica que un mismo sujeto fuese heredero civil en una parte de la herencia y *bonorum possessor* de otra, por tanto, para evitar dicha situación anómala, el coheredero no abstenido debía optar, o bien por pedir la *bonorum possessio* del total, esto es, de la cuota que ya tenía asignada en principio y de la cuota hereditaria dejada vacante por el abstenido, o renunciar tanto a la propia cuota ya asumida como a la del *suus* abstenido, esto es, al total que le correspondía.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[574] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 17 y ss. En el mismo sentido, C.ACCARIAS, *Précis de droit romain: contenant avec l'exposé des principes generaux, le text, la traduction et l'explicaton des Institutes de Justinien, I, op.cit.*, pp. 924 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 161; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 582; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* pp. 686-687. En contra A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303.

[575] En este sentido, en la práctica jurídica la antítesis entre *ius civile* y el *ius honorarium* era resuelta con una subsistencia formal del primero y una material eficacia del segundo que cristalizaba en que la abstención del *suus* era identificada como la renuncia de un heredero voluntario e inversamente la *inmixtio* del *heres suus* suponía la aceptación de la herencia, *vid.* J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 850; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 221 y 229.

Con relación a esta afirmación, Biondi[576] sostiene que entre varios *sui*, si uno se abstenía mientras que los demás habían cumplido actos de gestión en calidad de herederos respecto de la herencia, ciertamente el pretor conforme a los principios del *beneficium abstinendi*, no consideraba al abstenido heredero del *paterfamilias*, admitiendo de esta manera que el resto de herederos asumieran la cuota dejada libre, lo que conducía a un cambio en los principios generales del acrecimiento romano, entre los que destacaban la adquisición *ipso iure*, sin conocimiento e incluso contra la voluntad del coheredero, de la cuota que quedaba vacante, sin embargo, en este caso se le concedía al no abstenido la posibilidad de aceptar el total, o de abstenerse asimismo del total, de tal manera que el derecho de acrecer en su vertiente civil venía a ser modificado por el *ius honorarium*.

Continuando esta opinión, Voci[577] a partir de la idea según la cual el *suus* no abstenido adquiría a título de acrecimiento la cuota de su coheredero abstenido, matiza que en esta situación se producía lo que denomina acrecimiento sujeto a un régimen particular, ya que una de las características del *ius adcrescendi* era que acaecía *ipso iure*, pero en el supuesto de la abstención de un *suus* se derogaba en cierto modo el régimen normal del acrecimiento al permitir al coheredero decidir entre asumir el total de la herencia o renunciar a la misma, si bien no se podía renunciar únicamente a

[576] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 206; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 416-417.

[577] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 583-584.

la cuota acrecida, esto es, no se autorizaba el acrecimiento puro y simple, lo que se justifica en que un beneficio concedido por el pretor, que suponía una ventaja para algunos, no podía modificar la situación de un tercero sin la voluntad del mismo.

Esta idea tiene su reflejo en las fuentes jurídicas, que recogen como cierto que el pretor atribuía *ex novo* la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio* y adquirir el total, o de renunciar a todo al coheredero que cuando se abstuvo el *suus*, había realizado algún acto de inmisión en la herencia o, si era un heredero extraño ya había manifestado que adquiría la herencia[578], tal como se establece en D. 29, 2, 55 y en D. 29, 2, 56:

> D. 29, 2, 55.- *Marcianus 2 reg. 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. 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.*[579]

[578] S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 245 (nota 1) afirma que esta misma elección se aplica en el supuesto de que "*pupillus parenti suo heres extitit et fideicommissam hereditatis partem restituit, mox abstinetur paterna hereditate*", tal como se expresa en D. 36, 1, 81.

[579] Este pasaje es considerado por la doctrina como gravemente interpolado por los compiladores, *vid.* G.BESELER, "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II, op.cit.*, pp. 81 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 245 (nota 4) y 246 (nota1); R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*

> D. 29, 2, 56.- *Ulpianus 57 ad ed. Si is qui immiscuit se hereditati decessisset, deinde alter se abstinet, eadem condicio deferenda est heredi eius quae et ipsi, quod Marcellus ait.*[580]

En ambos fragmentos, a partir de la situación creada por la abstención del *suus*, se menciona expresamente la solución otorgada por el pretor tanto a herederos necesarios como extraños, dicha opción les era concedida incluso si habían fallecido en el momento posterior de la abstención del *suus*, pues en este caso se le transmitía a su heredero la misma decisión que le hubiese correspondido a él.

La razón para fundamentar que la solicitud de la *bonorum possessio* por parte del coheredero no abstenido debía ser tanto de la cuota propia, como de la que le acrecía, deviene de que la llamada a la sucesión, tanto en el citado instituto pretorio como en la herencia civil eran virtualmente universales, esto es, al total de la herencia, así afirma Vaccaro[581] que como el único heredero no

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

p. 18 (nota 3); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 167 (nota 1).

[580] O.LENEL en *Palingenesia iuris civili, I, op.cit.*, p. 1074 col. 702 (nota 2) atribuye el texto a Paulo.

[581] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 18 (nota 2).

podía ser heredero *pro parte*, el único *bonorum possessor* no podía serlo *pro parte*[582].

Sin embargo, este escenario se complicaba cuando el coheredero que había adquirido su cuota *iure civili* no deseaba aceptar la posibilidad que se le ofrecía *iure honorarium*.

A este respecto, algunos autores sostienen la obligatoriedad de la decisión entre una u otra de las posibilidades otorgadas por el pretor, en este sentido Bonfante[583] manifiesta que "Ai coeredi il pretore impone la condizione o di accettare la quota del coerede astenuto (*adgnoscere*, perché essi non possono accettarla che como *bonorum possessores*) o di rifutare la quota in cui essi sono stati istituiti.", pudiendo los acreedores establecer un plazo para que el *heres suus* tomara la decisión que le conviniera haciendo posteriormente declaración de la misma.

En contra de esta opinión, sostiene Vaccaro[584], con fundamento en D. 37, 1, 3, 3.- *Ulpianus 39 ad ed. Invito autem nemini boronum possessio adquiritur*, que no se puede imponer al

[582] D. 29, 2, 2; D. 29, 2, 55; D. 38, 15, 4 pr.

[583] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 480. Asimismo, S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 245 y ss.

[584] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 19. De igual opinión se muestra A.GUARINO en recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX*, *op.cit.*, p. 303 cuando afirma que el coheredero del *suus* abstenido, como consecuencia de la posibilidad de elección concedida por el pretor, no puede considerarse *invitus* con relación a la *adgnitio bonorum possessionis*. Asimismo, *vid.* U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, p. 165.

coheredero la solicitud de la *bonorum possessio* del total, configurándose la decisión como una facultad; en consecuencia, si *iure civili* había recibido su cuota del patrimonio hereditario y, no se le podía obligar a renunciar a la misma, se planteaba la cuestión de que hacer con la cuota del *suus* abstenido incluso cuando el coheredero que no se abstenía cumplía un acto de inmisión una vez tenía conocimiento de la abstención de otro *suus*, no gozando por tanto a partir de ese momento de la protección del pretor, pues ya no le era concedida la opción de renunciar al total que le correspondía[585]. La solución a este problema pasa por admitir que la cuota del abstenido era asignada necesariamente al coheredero *iure adcrescendi*.

En relación con el derecho de acrecer en caso de abstención del *suus heres*, Solazzi[586] a propósito de la opinión de Bonfante sobre el uso del término *adgnoscere*, sostiene que dicha expresión únicamente se podía utilizar cuando no estaba referida a la verdadera herencia, ya que el coheredero que aceptaba las cuotas podía ser comparado a un *bonorum possessor* en el sentido que recibía la tutela pretoria con las acciones útiles[587], pero ni solicitaba ni obtenía la *bonorum possessio*, más bien el coheredero soportaba una acrecimiento de derecho pretorio y si quería conservar su

[585] D. 29, 2, 38.

[586] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 100 (nota 4) y 245 (nota 3).

[587] Con relación a las acciones útiles *vid.* C.ACCARIAS, *Précis de droit romain: contenant avec l'exposé des principes generaux, le text, la traduction et l'explicaton des Institutes de Justinien, II*, Paris, 1891, pp. 786 y ss.

propia cuota debía decidir entre rechazar ésta o asumir la del *suus* abstenido, de esta manera afirma que la devolución de la cuota del abstenido no ocurría con la concesión de la *bonorum possessio* sino por acrecimiento pretorio.

Con relación a esta teoría, Vaccaro[588] opina que Solazzi no hace una correcta distinción entre la regulación originaria del derecho de acrecer y la posterior concesión del pretor a los coherederos que en el momento de la abstención del *suus* ya hubiesen realizado un acto de inmisión o, si era un heredero extraño ya había aceptado, pues a éstos para evitarles los efectos perjudiciales del acrecimiento, el pretor les concedió la posibilidad de pedir *ex novo* la *bonorum possessio* del total o la renuncia al mismo[589], no obstante, Vaccaro se muestra coincidente con la idea de que la devolución de la cuota vacante al coheredero se hacía por derecho de acrecer, pues de la posibilidad de decidir si renunciaba al total, esto es, a su propia parte y a la del *suus* abstenido, derivaba la aplicación necesaria del régimen del acrecimiento; dicha situación provocaba una contraposición de intereses, pues tanto el coheredero *suus* que ya se había inmiscuido, o el extraño que ya había adido la herencia se encontraban, tal como sostiene Vaccaro

[588] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 20.

[589] U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 165 y ss., se manifiesta a favor de la tesis de R.VACCARO DELOGU, cuando afirma que por razones de equidad y para evitar los efectos dañosos del acrecimiento el pretor concedió al coheredero que no hubiese querido pedir la *bonorum possessio* del total, la posibilidad de renunciar a su propia cuota, lo que en la práctica suponía el poder ejercer *ex novo* el *beneficium abstinendi* perdido con

contra toda expectativa, en una situación de desfavor promovida por una situación de favor otorgada por el pretor a los herederos *suus* al otorgarles el *beneficium abstinendi*, ya que una vez verificado el acrecimiento los no abstenidos debían responder de las deudas hereditarias que gravaban las cuota del abstenido, por tanto, para restablecer la situación con equidad concedía a los coherederos que debían recibir las cuotas vacantes, y que no deseaban solicitar la *bonorum possessio*, la posibilidad de renunciar incluso a su propia cuota adquirida *iure civili*, ofreciéndoles *ex novo* la *facultas abstinendi* que habían perdido con la *immixtio*, o si era un heredero extraño con su primera aceptación.

En este mismo sentido, Bonfante[590] sostiene que el derecho de acrecer era el título por el cual el coheredero recibía la cuota que había quedado vacante a causa del ejercicio del *beneficium abstinendi* por un *suus*, ya que al otorgarle el pretor la posibilidad de rechazar, junto con su propia cuota, la del *suus* abstenido quedaba clara la aplicación del régimen del acrecimiento, pues para poder rechazar un derecho antes tenía que haberse asumido, o por lo menos, se debía tener la posibilidad de hacerlo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la *immixtio*, el autor fundamenta su idea en los siguientes textos de la fuentes jurídicas: D. 29, 2, 55; D. 29, 2, 56; D. 29, 2, 61; D. 36, 1, 81.

[590] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 338.

El régimen del acrecimiento que se verificaba en estos supuestos, se encuentra recogido de modo explícito en las fuentes[591], en primer lugar en D. 42, 1, 44:

> D. 42, 1, 44.- *Scaevola 5 resp. Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore et condemnata est: postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt: quaeritur, an hi ex causa iudicati teneantur. rescripsit dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est.*[592]

En este texto, con la afirmación *bona defuncti...ad coheredes pervenerunt*[593] encontramos, en opinión de Robbe[594], el fundamento

[591] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 20; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 161-162.

[592] Es inconcebible observar en el pasaje el uso de la expresión *rescripsit*, en vez de *respondit* que era la expresión adecuada para denominar a la opinión dada por un jurisconsulto romano, *vid.* U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 162 (nota 1). Con relación a la interpolaciones sufridas por este pasaje *vid.* G.BESELER, "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante*, *op.cit.*, pp. 81 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 242.

[593] G.BESELER en "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II, op.cit.*, pp. 81 y ss. sostiene que el párrafo *ab sustitutum vel* es espurio, lo cual se demuestra en que Scevola está decidiendo sobre un caso concreto referido a una acción contra una pupila, con intervención de su tutor, y que fue condenada, pero como posteriormente los tutores la abstuvieron de los bienes de la herencia, estos fueron adjudicados al sustituto, si lo hubiere, o a los coherederos.

[594] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 161-162.

más claro para justificar que es el derecho de acrecer el mecanismo jurídico adecuado para resolver el caso que se plantea.

Idéntica conclusión se deduce del tenor literal de D. 29, 2, 38:

> D. 29, 2, 38.- *Ulpianus 43 ad ed. Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter posteaquam prior abstinuit*[595] *immiscuit se, dicendum est hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat: qui enim scit aut scire potuit illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea condicione adire videtur.*

[595] G.BESELER en "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II*, *op.cit.*, pp. 81 y ss. sostiene que la expresión *posteaquam prior abstinuit* es una interpolación de los compiladores, y que con ella se presenta una limitación al ejercicio del *ius abstinendi*, esta opinión es rebatida por R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 21 al establecer que el texto hace referencia únicamente a la opción que concedía el pretor al coheredero que ya se había inmiscuido en la herencia, o al que había aceptado solicitar la *bonorum possessio* del total o renunciado a su propia cuota; asimismo G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata*... *op.cit.*, p. 53 reconstruye el texto de la siguiente forma: <*non*> *postaquam prior abstinuit immiscuit se*, pues en consonancia con su teoría, la *immixtio* pertenecía al derecho justinianeo, por el contrario R.VACCARO DELOGU afirma que esta conclusión "è poco persuasiva" pues con la admisión del *ius abstinendi*, la *immixtio* equivaldría, aun de forma tácita, a una renuncia al ejercicio del citado derecho, además este autor establece que la verdadera doctrina justinianea establece que con el paso del tiempo y la consiguiente equiparación entre *suus heres* y heredero voluntario la *immixtio* sería el modo de adquisición de la herencia, en paralelo con la *pro herede gestio*, y si el *suus* no cumplía alguno de estos trámites en ningún caso era considerado heredero. Con respecto a este pasaje G.BESELER, G.LA PIRA y R.VACCARO DELOGU admiten como interpolada la última frase del texto, esto es, desde *qui enim* al final. *Vid.* S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 22 y ss.; S.SOLAZZI, "*Unum testamentum duarum hereditatum*", en *LABEO, I*, 1955, pp. 192 y ss. (= en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972, pp. 598 y ss.).

En este fragmento se indica que el coheredero que adquiría el total de la herencia respondía de las cargas de la misma sin hacer referencia alguna a la *bonorum possessio*, lo que demuestra a juicio de Vaccaro[596] que la cuota llegaba al coheredero por vía de acrecimiento, esta misma opinión se admite en un caso similar al *beneficium abstinendi* reflejado en D. 29, 2, 61[597], en este fragmento se resuelve la cuestión de que hacer con una cuota hereditaria que quedaba vacante por la *in integrum restitutio* de un menor, en concreto el emperador Severo determinó que el coheredero dispuesto a asumir la cuota vacante no podía ser obligado a soportar las cargas de la parte del menor, sino que se podía otorgar la posesión de los bienes a los acreedores, Vaccaro defiende que en este caso era aplicable el derecho de acrecer, por el contrario, con anterioridad al dictamen del citado emperador si una cuota quedaba vacante por la *restitutio in integrum* de un menor, el coheredero estaba obligado a responder de las deudas de la herencia que gravaban la cuota del menor al hacerse efectivo *ipso iure* el derecho de acrecer[598].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[596] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 20.

[597] D. 29, 2, 61.- *Macer 1 de off. praesid.- 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.*

[598] Existe una clara analogía entre la *restitutio in integrum* de un menor y la abstención de un *heres suus*, pues en los dos casos se daba la exclusión de una herencia que ya había sido adquirida, así como un remedio a los perjuicios que esto ocasionaba otorgado por el pretor con plena validez en el *ius honorarirum*, y por último en los dos supuestos el heredero conservaba para el *ius civile* su título de heredero ya que *non est sine herede, qui heredem habet,*

Así, el régimen de aplicación y las consecuencias del derecho de acrecer en el supuesto de la abstención de uno de los *sui heredes* llamados a la herencia *ab intestato* del *paterfamilias* se puede reconstruir a partir de otros pasajes de las fuentes jurídicas, así en D. 29, 2, 99:

> D. 29, 2, 99.- *Pomponius 1 sen. consult. Aristo in decretis frontianis ita refert: cum duae filiae patri necessariae heredes exstitissent, altera se paterna abstinuerat hereditate, altera bona paterna vindicare*[599] *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 abstinuerat.*[600]

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

licet abstinentem se, aún más, en las fuentes es frecuente que la *restitutio* contra la adición de un menor sea definida con el término *abstinere hereditate. Vid.* F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 256 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 21 (nota 3); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 168 (nota 1); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 337-338. D. 4, 2, 21, 5; D. 4, 4, 7, 5; D. 4, 4, 7,10; D. 38, 17, 1, 10; D. 38, 17, 2, 10.

[599] R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 21 hace notar que en este texto no se hace referencia alguna a la *bonorum possessio* sino que se utiliza el término *vindicare*.

[600] Con respecto a la interpolaciones sufridas por este pasaje *vid.* S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 238 (nota 1); R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 22 (nota 1).

De este texto se deduce en opinión de Vaccaro[601], el sistema jurídico de la abstención desde sus orígenes a su desarrollo posterior, de esta manera, al principio los *sui* eran herederos necesarios *ipso iure* desde la muerte del causante, y en virtud de las Ley de las XII Tablas el contenido tanto de los créditos como las deudas hereditarias se dividían, *ipso iure*[602], en porciones hereditarias siendo asignadas a cada uno de los herederos en proporción a su cuota de participación hereditaria[603], con la evolución del derecho, más adelante en el supuesto de que uno de los herederos necesarios, haciendo uso de la facultad concedida por el pretor, se abstuviese de su cuota, únicamente las cosas corporales que componían dicha cuota pasaban *iure adcrescendi* a los coherederos, de suerte que, según el *ius civile* quedaba titular de las obligaciones tanto activas como pasivas el abstenido, sin embargo, para no frustrar la eficacia del *beneficium abstinendi* no se daba contra ellos acción, siempre que no hubieran realizado ningún acto de inmisión en la herencia, si bien a los impúberos se les concedía la facultad de abstenerse, aunque se hubiesen inmiscuido en la herencia (*vid. supra*), otorgando al efecto en ambos casos las oportunas excepciones.

Ahora bien, el problema se planteaba cuando las obligaciones de la cuota del abstenido eran asumidas por los coherederos que

[601] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 22.

[602] *Vid.* nota 144.

[603] *XII Tab.* V, 9; C. 2, 3, 26; C. 3, 36, 16.

habían recibido por acrecimiento los bienes de la herencia limitados a las cosas corporales, en este sentido, Vaccaro[604] confirma la importancia de D. 29, 2, 99, pues en el mismo la hija que no se abstenía estaba dispuesta a aceptar todas las cargas de la cuota de su hermana[605], pero como tal posibilidad dependía únicamente de la voluntad del coheredero, a fin de evitar que el coheredero adquiriese de la cuota del abstenido sólo las cosas corporales, el pretor establece, caso por caso, la concesión de la acciones utiles a favor y en contra del coheredero no abstenido en el cual se había hecho efectivo el acrecimiento[606]; así, como la eficacia del *ius adcrescendi* podía ocasionar graves perjuicios a los coherederos no abstenidos, que debían responder de todas las deudas de la herencia, el pretor *ex novo* concede la alternativa ya citada de pedir la *bonorum possessio* del total o renunciar al total en el caso que ya hubieran realizado algún acto de inmisión en la herencia si fueran herederos necesarios o, hubieran adido si fuesen herederos voluntarios[607]. Por tanto, si los coherederos no solicitaban tal beneficio al pretor, el acrecimiento tenía lugar necesariamente

[604] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 23.

[605] Este pasaje hacia referencia originariamente al *Senatusconsulta Vellaeanum* que impedía la intervención de las mujeres, así, esta decisión tomada por el pretor fue anulada en virtud del citado senadoconsulto, *vid.* O.LENEL, *Palingenesia iuris civili, II*, *op.cit.*, p. 149 col. 806 (nota 1); F.P.BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, II, 2*, Leipzig, 1985, p. 373.

[606] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 206; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 225.

[607] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 23.

adquiriendo todas las cuotas que le correspondían, respondiendo de sus deudas y, atrayendo sobre ellos posibles consecuencias gravosas tanto en su vertiente económica como para su estimación social pública.

Relacionado con la misma idea encontramos en D. 29, 2, 98 un fragmento de Scevola donde se confirma la asignación del total de la herencia que había quedado vacante al heredero que no se abstiene, debiendo responder por ello de todas las cargas hereditarias:

> D. 29, 2, 98.- *Scaevola 26 dig. Quae neptis suae nomine, quam ex seia habebat, sempronio tot dotis nomine spoponderat et pro usuris in exhibitionem certam summam praestabat, decessit relicta seia filia et aliis heredibus: cum quibus sempronius iudicio egit condemnatique pro portionibus hereditariis singuli heredes, inter quos et seia, sempronio caverunt summam, qua quisque condemnatus erat usuris isdem, quae ad exhibitionem a testatrice praestabantur: postea excepta seia filia ceteri heredes abstinuerunt hereditate beneficio principis et tota hereditas ad seiam pertinere coepit. quaero, an in seiam, quae sola heres remansit et omnia ut sola heres erat, pro eorum quoque portionibus, qui beneficio principali hereditate abstinuerint, utilis actio dari debeat. respondit pro parte eorum, qui se abstinuissent, actiones solere decerni in eam, quae adisset et maluisset integra hereditaria onera subire.*

Universidad de Alicante

Del estudio de este fragmento, Vaccaro[608] concluye que con fundamento en las fuentes jurídicas justinianeas, se puede afirmar que la cuota del coheredero acrecía con aquélla que correspondió al *suus* abstenido y había quedado vacante por la ejecución voluntaria de un remedio pretorio por otro coheredero, por lo cual aquél debía responder de todas las cargas hereditarias, ya que había adquirido al final del *iter* sucesorio el total de la herencia.

Sigue la misma opinión Robbe[609] al manifestar su acuerdo con la tesis de Vaccaro, así, sostiene con fundamento en las fuentes que el *ius adcrescendi* tenía lugar en el supuesto de abstención de un *heres suus*, aunque matiza la citada proposición al añadir que el acrecimiento tenía lugar según su propia naturaleza, estructura jurídica y características. En esta última afirmación subyace la distinta visión que tienen uno y otro autor sobre el origen y la naturaleza de nuestro instituto, así entiende Robbe[610] que el acrecimiento derivaba de un derecho real, única base de su origen y desarrollo, no teniendo ninguna relación con el título de heredero, pues en ese caso, el *nundum nomen heredis* que quedaba en la cabeza del coheredero abstenido podía impedir la eficacia del acrecimiento al conservar siempre su influencia en derecho civil, por el contrario Vaccaro[611] encuentra la naturaleza jurídica del

[608] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 21.

[609] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, p. 163.

[610] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, pp. 163 y 165.

[611] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 7 y ss.

acrecimiento dentro del ámbito de la regulación hereditaria siempre con fundamento en las fuentes jurídicas que recogían las normas que regían el derecho sucesorio romano, opinión que consideramos más acertada.

Contrario a la teoría expuesta y, por lo tanto a esta aplicación extraordinaria del acrecimiento en el orden sucesorio de los *sui heredes* se manifiesta Guarino[612], al considerar excesiva tal afirmación, más aun no justificada en los textos, ya que si bien es cierto que en D. 29, 2, 38 no se hace referencia a la *bonorum possessio* tampoco hace ninguna alusión al acrecimiento *ius civile*, más bien se muestra ambiguo al establecer que el coheredero *non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat;* de igual modo, D. 29, 2, 99 no precisa el significado de *adgnoscere* entendido como *adgnitio bonorum possessionis* recogido con toda claridad en D. 29, 2, 55, si bien este autor no hace aclaración alguna respecto al título jurídico por el cual recibían la cuota del abstenido los coherederos citados en los casos resueltos en los citados fragmentos de las fuentes.

Otra cuestión que se plantea con relación al *beneficium abstinendi* es establecer si el acrecimiento tenía lugar *iure civile* o desplegaba su eficacia con fundamento en el derecho pretorio.

[612] A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303.

A este respecto, Vaccaro[613] relaciona el problema con la capacidad del *suus* no abstenido de poder ejercitar respecto de las cuotas del abstenido las acciones civiles, o por el contrario, únicamente le estaban permitidas las acciones útiles, así, afirma que al principio el acrecimiento –que tenía lugar sólo con relación a cosas corporales– se verificaba en la esfera del *ius civile*, aunque siempre en los límites de la eficacia del *ius abstinendi*, pues el título de heredero era siempre civil, siendo incongruente que un sujeto recibiera una cuota en virtud del *ius civile* y otra *ius honorarium*, de esta manera justifica su opinión en que después de la aplicación de las normas dictadas por el pretor era el *ius civile* la fuente de derecho que determinaba la situación del heredero, y puesto que la concesión del *ius abstinendi* vaciaba de todo su contenido patrimonial al título de heredero, la cuota del abstenido se podía considerar sin titular para el *ius civile*, por tanto, era totalmente posible la aplicación del derecho de acrecer como instituto propio del derecho civil romano[614].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[613] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 24.

[614] Con respecto a esta manifestación B.BIONDI en *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, p. 63 establece que las fuentes jurídicas clásicas ciertamente no eran compartimentos estancos y que las decisiones del pretor debían influir en los institutos del *ius civile*. Así, la eficacia de forma simultánea en el tiempo del *ius civile* y el *ius honorarium* debía conllevar claramente una interrelación entre estas dos fuentes del Derecho romano, razón por lo cual la aplicación de institutos de uno u otro origen en una misma situación jurídica, como era la asignación de una cuota hereditaria que había quedado vacante, es una posibilidad defendida por algunos autores hasta que, como es sabido, con el paso del tiempo se produjo una confusión entre ambos derechos y como consecuencia la eliminación de los problemas suscitados, de los cuales nuestro caso es sólo un ejemplo. Sobre algunos institutos pretorios con incidencia en el ámbito civil *vid.* L.MITTEIS, *Römisches privatrecht bis*

Es precisamente en las fuentes jurídicas, en el ámbito del derecho hereditario, donde encuentra Vaccaro[615] ejemplos documentados de situaciones en las que tenían consecuencias civiles el ejercicio del derecho a abstenerse otorgado por el pretor al *suus heres*; así, con fundamento en el senadoconsulto Tertuliano, se admite que la herencia de un hijo sea devuelta a la madre *iure civili* en el supuesto que los *sui* se hubieran abstenido de la misma, no impidiendo el hecho de que el *nundum nomen heredis* perteneciera a los *sui* la delación a la madre del causante, tal como se expresa D. 38, 17, 2, 8.-... *matrem venire et tunc ei obstent, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*

auf die Zeit Diokletians. 1, Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen, op.cit., pp. 54 y ss.; S.RICCOBONO, "La fusione del "*ius civile*" e del "*ius honorarium*" in unico ordenamento", en *Fs. Zitelmann, XVI*, 1922, pp. 503 y ss. (extracto en *LABEO, XXXV*, 1989, pp. 215 y ss.).

[615] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 25.

Universidad de Alicante

Contrario a esta tesis se manifiesta La Pira[616] al considerar este fragmento interpolado, pues según su opinión "La controversia cui ivi si allude doveva avere il seguente contenuto: poichè il diritto che alla madre viene attribuito dal senato consulto Tertulliano è un diritto civile, è chiaro como esso non possa essere attuato quando ci sia mezzo un diritto civile poziore. Così, quando la madre è preceduta da *sui*, questi, esendo eredi *ipso iure*, anorchè si astengano dall'eredità escludono la madre dalla successione *iure civili* del figlio" quedando a la madre la posibilidad de pedir la *bonorum possessio unde cognati* siempre que el *suus* no la hubiera pedido anteriormente.

En el mismo orden de ideas, Vaccaro cree probable que el acrecimiento *iuri civili* también tuviera lugar en el caso del menor restituido *in integrum* una vez que se había verificado la aceptación, incluso era probable que en un fideicomiso hereditario, una vez promulgados los senadoconsultos Trebelliano e Pegasiano, el acrecimiento tuviera lugar a favor del fideicomisario, a pesar de

[616] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 281-282. Esta misma opinión es seguida por S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 235 (nota 3), 243-244 (nota 1) quien considera falso el párrafo "*ut puta abstinuit se hereditate*" pues utiliza el término *abstinuit* cuando en este caso, gramaticalmente el sujeto de la frase debía ser *sui heredes*, también el fragmento "*et tunc ei obstent, quotiens rem haberent*" pues la redacción correcta sería *obstare* y *haberent* después de *obstent*, por último también es espúrea la solución de la polémica en nombre de la equidad "*quae sententia aequior est*", no obstante este autor no niega la voluntad de Africano y de Publicio de pretender salvar las expectativas hereditarias de la madre.*Vid.* G.BESELER en "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II, op.cit.*, p. 82; *Index Interpolationum, III*, Weimar, 1935, p. 72; C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, pp. 371-372; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 160 (nota 1).

conservar siempre el heredero fiduciario el título de heredero; Robbe[617] reafirma esta tesis pues en su opinión D. 38, 17, 2, 8, y el derecho de la madre sirve como cimiento a la aplicación efectiva del acrecimiento *iure civili*, asimismo, en otro supuesto se encuentra reflejado que para el supuesto de la abstención de un pupilo, con relación al fideicomisario, tenía lugar directa e indudablemente el acrecimiento a favor de este último, si bien, como ha quedado establecido el fiduciario conservase el título de heredero, así se observar en D. 36, 1, 81:

> D. 36, 1, 81.- *Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum. Si pupillus parenti suo heres extitit et fideicommissam hereditatis partem restituit, mox abstinetur paterna hereditate: optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem quoque pupilli adgnoscat aut toto discedat. aut omnimodo bona vendenda sunt, ut id quod superfluum est pupillo servetur, et, si in solidum bona venire non possunt, omnimodo actiones fideicommissario denegandae erunt: erat enim in potestate illius universum suscipere et si quid plus erit, pupillo servare.*

En resumen, en todos los supuestos que se han expuesto el *nundum nomen heredis*, vacío de contenido patrimonial, suponía que en la práctica el titular del mismo no era considerado heredero

[617] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, pp. 167-168.

pudiendo ser verificados tanto el acrecimiento civil como la delación sucesiva sobre la cuota vacante[618].

En el mismo orden de ideas, con relación a la naturaleza civil o pretoria del acrecimiento, Robbe[619] admite que una vez confirmada la certeza de la permanencia del título civil de heredero en la persona del abstenido, en consecuencia debía responder *iure civili* ante los acreedores, pero para no frustrar la finalidad del *beneficium abstinendi* el pretor no otorgaba acciones a éstos para demandar a aquél, si bien, en base a una práctica jurídica basada en la equidad, debía asimismo proteger los intereses de los acreedores, para ello les concedió acciones útiles contra el heredero no abstenido que había asumido el total de la herencia, tal como se establece en el fragmento del Digesto D. 29, 2, 99.- *Aristo in decretis frontianis ita refert... sanctum cassium praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat denegaturumque ei quae se abstinuerat,* en el cual Pomponio recoge la facultad que tienen los acreedores de ejercitar acciones útiles, sin citar en ningún momento las acciones civiles posibles, de igual modo en D. 29, 2, 98.- *...: postea excepta seia filia ceteri heredes abstinuerunt hereditate beneficio principis et tota hereditas ad seiam pertinere coepit. quaero, an in seiam, quae sola heres remansit et omnia ut sola heres erat, pro eorum quoque portionibus, qui beneficio principali hereditate abstinuerint, utilis actio dari debeat. respondit pro parte eorum, qui se abstinuissent,*

[618] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 225.

[619] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 163 y ss.

actiones solere decerni in eam, quae adisset et maluisset integra hereditaria onera subir, Scevola responde en sentido afirmativo a la pregunta que se le plantea con relación a la corrección de dar la acción útil contra Seya, que quedó siendo única heredera, respecto a las porciones de los que se habían abstenido; sin embargo, la anterior exposición sobre la concesión por parte del pretor de las acciones útiles tanto a favor como en contra al coheredero no abstenido no influía en modo alguno en que el *ius adcrescendi* tuviera lugar *iure civili*, ya que a pesar de que la abstención de *suus heres* era eficaz por el *ius praetorium*, tenía un evidente reflejo en el derecho civil romano sin llegar a superponerse al mismo.

En contra de la aplicación del acrecimiento *iure civili* en la cuota vacante por la abstención de un *suus* manifiesta Solazzi[620] que ante una herencia sin coherederos, o en la cual todos los coherederos habían ejercido el *ius abstinendi –cui heres non extabit–*, se procedía a la venta de los bienes a los acreedores, pues en su opinión de D. 29, 2, 38, D. 29, 2, 55, D. 29, 2, 56 se deducen una serie de normas que tenían su fundamento en el sistema pretorio de la *bonorum venditio* que determinaban que si era cierto que no existía ningún heredero posible los bienes eran asumidos y vendidos por los acreedores, sin embargo, como esta solución era contraria al espíritu del sistema jurídico romano, se procuraba proporcionar los medios para no llegar a dicha situación, buscando a este fin un heredero que asumiera la herencia, y no quisiera sustraerse a las acciones de los acreedores, así este autor hace referencia a una

[620] S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 246-247.

dicotomía respecto a las deudas que cargaban la herencia, ya que, o bien el heredero no abstenido respondía del total de la herencia, o en caso contrario los bienes eran vendidos al mejor postor, pero como esta última solución no era deseada eran concedidas por el pretor a favor del heredero no abstenido y contra él mismo las acciones útiles ya mencionadas, como se deduce de D. 29, 2, 99, pues de las acciones civiles quedaba titular el *suus* abstenido, así expresa que "Ma praticamente coi mezzi pretorii si otteneva lo stesso risultato che con l'accrescimento fra coeredi nel diritto civile"[621].

A este respecto, Voci[622] niega que el régimen del acrecimiento aplicado en el supuesto de abstención de un *suus* fuera consecuencia del régimen de la ejecución patrimonial, pues en su opinión, siguiendo a Solazzi, la afirmación de que la ejecución debía siempre englobar el total de los bienes es contraria a lo que recogen las fuentes jurídicas; con relación a la cuestión original de la naturaleza civil o pretoria de las acciones procesales, toma como punto de partida la verificación del derecho de acrecer en función de la voluntad del coheredero, al poder tomar o rechazar el total, pero no la cuota acrecida pura y simple, como ha quedado

[621] Se opone a esta tesis R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 26 cuando afirma que lo único que puede deducirse del texto recogido en D. 29, 2, 99 de forma inequívoca es que antes de la actuación del pretor Cassio estaba en vigor un sistema distinto al de las acciones útiles modificado por la actuación de Cassio, correspondiendo dicho texto a una fase más avanzada del Derecho romano, cuando el contenido de la herencia fue más allá de la cosas corporales y del fraccionamiento de deudas y créditos, lo que llevó a la necesidad de regular *ex novo* las relaciones respecto a la cuota del abstenido.

demostrado anteriormente, esta última cuota acrecida la recibía el coheredero claramente no por derecho civil y, como un mismo sujeto no podía ejercer acciones civiles por una cuota originaria y acciones pretorias por la acrecida, en consecuencias las acciones que pertenecía al coheredero no abstenido, con fundamento en D. 29, 2, 99 eran integralmente pretorias.

Así, en materia de *beneficium abstinendi*, derecho de acrecer y sucesión *ab intestato*, Voci toma en consideración las opiniones recogidas en los siguientes textos de la fuentes D. 28, 3, 17; D. 29, 4, 1, 7; D. 38, 2, 6, 2; D. 38, 17, 2, 8; C. 6, 58, 6, relacionados con las distintas formas de asumir, bien como *bonorum possesor* o como heredero civil la cuota del abstenido, y el hecho de que esta diferencia en el título de ocupación no tuviera importancia porque la *tuitio* o defensa era siempre pretoria, por lo tanto, no eran necesario guardar las limitaciones establecidas por el *ius civile* en el tema de sucesión en la delación. A pesar de lo establecido en estos fragmentos, las fuentes no tratan con profusión la tutela otorgada por el pretor a aquéllos que tomaban el puesto del *suus* abstenido, sin embargo, sí queda claro que el pretor concedía acciones ficticias a quien tenía un título civil y la *bonorum possessio* a quien no podía tener más que un título pretorio, no obstante, en su opinión no era posible encajar el régimen derivante del acrecimiento en el supuesto de abstención de un *suus heres* en el ámbito de la *bonorum possessio*.

[622] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 583 y ss.

1.2.- *Postumi*

1.2.a.- *Vocatio ab intestato* de los *postumi*

Gayo en el Comentario tercero de sus Instituciones, recoge el orden de llamamientos a la sucesión intestada comenzando con la mención de los *sui heredes* como el primero de ellos; en esta categoría integró el jurista al descendiente póstumo del *paterfamilias*, tal como se afirma en *Gai* 3, 4:

> *Gai* 3, 4.- *Postumi quoque, qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.*

En este texto se confirmaría que la capacidad del *postumus suus* para suceder *ab intestato* fue admitida ya desde las XII Tablas[623]. La misma idea se encuentra recogida en varios pasajes de

[623] P.BONFANTE, en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 367, afirma que el derecho sucesorio del *nasciturus* está reconocido desde las XII Tablas y no hay razón "di contestare quanto risulta dai testi"; U.ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937, pp. 32-33; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, p. 135; U.ROBBE, voz: "*Postumi*", *NNDI, XIII*, 1960, pp. 434 y ss; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 7-8.; M.BALESTRI FUMIGALLI en "*Spes vitae*", en *SDHI, XLIX*, 1983, p. 339,

la compilación justinianea, los cuales expresan que la legislación decenviral ya contenía la *vocatio ab intestato* del *qui in uteru sunt*:

> D. 38, 16, 3, 9.- *Ulpianus 14 ad sab. Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus...*

> D. 38, 16, 6.- *Iulianus 59 dig.....quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*[624],

> C. 6, 55, 4.- *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Intestato defuncto postumum suum heredem quam sororem licet consanguineam haberi potiorem ordo successionum lege duodecim tabularum factus nimis evidenter*

Universidad de Alicante

matiza que las XII Tablas admitían dentro de ciertos límites al *conceptus* como sucesor *ab intestato* del *paterfamilias*, mientras el *ius civile* lo incluía en el orden de los *sui heredes*, superando así la exigencia de certeza que exigían los juristas clásicos respecto a la *heredis institutio*.

[624] E.ALBERTARIO afirma en *"Conceptus pro iam nato habetur"*, en *BIDR, XXXIII*, 1923, p. 13 (=en *Arch. Giur., IC*, 1928, pp. 151 y ss. y en *Studi di diritto romano I: persone e famiglia*, Milano, 1933, pp. 3 y ss.) que este texto se encuentra interpolado e inspirado en la sistemática compilatoria que pretende acercar y fundir la herencia y la *bonorum possessio*, dudando incluso que la cuestión tratada por Juliano fuera la *bonorum possessio* del nieto póstumo; respecto a este texto *vid.* W.RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, *op.cit.*, pp. 47 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 67 y ss.; S.SOLAZZI, "Le tracce di un commento agli Scritti di Salvio Giuliano", en *Studi Besta, I*, Milano 1937, pp. 23 y ss.; Y.THOMAS, "Le "ventre" corps maternel, droit paternel" en *La valeur. Le Genre humain, XIV*, 1986, p. 217.

*demonstrat. * diocl. et maxim. aa. et cc. Marcellae. * <a 293 s. vi id. dec. aa. conss.>*

C. 6, 55, 3.- *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Ut intestato defuncto filius ac nepos ex alio, qui mortis eius tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris pariter succedant, evidenter lege duodecim tabularum cavetur…*

Sin embargo, y a pesar de lo que se puede deducir de la lectura de los citados fragmentos, algunos autores sostienen que el llamamiento del *postumus* fue obra de la jurisprudencia posterior a las XII Tablas[625]; en este sentido, afirma Fadda[626] que la expresión *ex lege XII Tabularum,* recogida en la compilación justinianea, no haría referencia sólo a las disposiciones contenidas en la legislación decenviral sino también a la interpretación que se hizo de ella en

[625] A.PERNICE, *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrbundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimpresión Tübingen, 1963), p. 190; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 140-141; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, pp. 707-708; B.BIONDI, *Successione testamentaria-Donazioni*, *op.cit.*, pp. 114-115; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 402; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 533; F.LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, *op.cit.*, pp. 55 y ss.

[626] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, p. 141, siguiendo a A.PERNICE, *Labeo: Römisches Privatrecht im..., op.cit.*, p. 198. *Vid.* P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.* p. 67; M.BRETONE, "Il giureconsulto interprete della legge", en *LABEO, XV*, 1969, pp. 307 y ss.; M.J.GARCIA GARRIDO-F.REINOSO, *Digestorum similitudines, III*, 1604, Madrid, 1994, pp. 428 y ss.; R.DOMINGO, *Estudios sobre el primer capítulo del edicto pretorio. II. El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993, pp. 31 y ss; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, pp. 35 y ss.

época posterior, no pudiendo atribuir el origen del llamamiento a la ley con absoluta certeza.

A este respecto, se debe partir de una premisa básica, pues como afirma Arangio-Ruiz[627], las XII Tablas no son lo que se conoce modernamente como una codificación, ni siquiera es una reglamentación completa del sistema jurídico vigente en la época, de tal manera que no es posible hacer una reconstrucción del antiguo derecho quiritario, ya que muchas instituciones esenciales del derecho arcaico no se mencionaban o si lo hacían era de forma "incidental" para regular alguna norma diferente a la originaria.

En el mismo sentido Voci[628], manifiesta, con relación al orden sucesorio en la herencia *ab intestato*, que es improbable que las XII Tablas, por lo escueto de sus normas, especificaran que personas formaban el orden sucesorio de los *sui* ya que ni siquiera mencionaban su derecho a suceder al *pater*[629], que se daba por supuesto como norma consuetudinaria vigente en el momento de la redacción de la ley decenviral, señalando sólo que personas recibirían la herencia en caso de que el *paterfamilias* falleciera

[627] V.ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, *op.cit.*, pp. 64 y ss. *Vid.* W.KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, (traducción J.M.Miquel), Barcelona, 1982, pp. 32-33.

[628] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 9 y ss., y 402; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 5 y ss.

[629] Con relación a algunas precisiones terminológicas y al posible orden sucesorio que se establecía en las XII Tablas *vid.* L.AMIRANTE, "Sulle XII Tavole. Un'ipotesi di lavoro: le "séquense" e l'ordine delle norme decemvirali", en *INDEX, XX*, 1992, pp. 205 y ss.

intestado sin *heredes sui*; *a fortiori*, tampoco era probable que en ellas se hiciera mención a los derechos sucesorios del *postumus*, en palabras del autor "che le XII tavole non parlassero del *postumus heres*, si desume non solo da Gelio (*Noct. Att*. 3, 16, 12), ma pure dal fatto, già rilevato, che esse non statuiscono directamente sul diritto dei *sui heredes*", sin embargo, a partir del precepto mencionado por Gelio perteneciente a las XII Tablas, que admite como legítimo el hijo nacido en los diez meses siguientes a la muerte del padre, la *interpretatio* otorgaba al *nasciturus* los mismos derechos que a los ya nacidos, siendo admitido a la herencia del padre.

Igualmente, fijando la cuestión en el régimen hereditario del *postumus*, Polo Arévalo[630] afirma que hay que tener en consideración que las normas contenidas en las XII Tablas eran prescripciones muy sencillas en su estructura y bastante concisas en el contenido, y lo más probable es que no hicieran referencia al póstumo, ya que ni siquiera lo hacían respecto de los *sui*, lo que no quiere decir que éste no fuera considerado como *heres suus* del *pater* en la época decenviral, ya que igual que la sucesión de los *sui* se presuponía en las XII Tablas por ser una idea arraigada en la sociedad romana[631], también el *postumus suus* sería un *filius* desde que se conocía la existencia de su concepción, y considerado *heres*

[630] E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, pp. 36-37.

[631] P.VOCI en *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 10, afirma que el derecho a la herencia de los *sui* se encuentra fuertemente arraigado en la conciencia social romana como parte de un derecho natural con base en razones de sangre y en vínculos parentales.

en el momento de su nacimiento, al ser igualmente una idea latente en la sociedad de la época; por tanto, a pesar de no estar la misma recogida en la ley, el desarrollo de la jurisprudencia debió ser inmediato, así, afirma esta autora "la inclusión del póstumo entre los *heredes sui* no debía ser una innovación jurisprudencial sino más bien una ratificación o confirmación expresa de algo que ya se encontraba en la conciencia social y en el espíritu de la legislación decenviral", lo que se puede deducir de la lectura de un fragmento de las *Noctes Atticae* de Aulo Gelio en el cual se menciona una norma de las XII Tablas que confería la cualidad de *iustus filius* al hijo póstumo siempre que hubiera nacido dentro de los diez meses siguientes al fallecimiento del padre; con relación a esta norma, Fadda[632] asume el contenido de esta disposición decenviral pero matiza que sólo regulaba la filiación legítima de los hijos póstumos, siendo la jurisprudencia posterior quien la interpretó para afirmar los derechos sucesorios del *postumus suus*, pues una vez reconocida la paternidad legítima, la consecuencia más relevante es que se obtenían los derechos hereditarios del *paterfamilias* fallecido:

[632] C.FADDA en *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, p. 142, precisa que aunque en todo el Derecho romano existen varios preceptos que afirman los derechos favorables del *conceptus*, por el contrario también se encuentran disposiciones y lagunas legales en contra de tal condición concedida al concebido, citando como ejemplos la falta de penalidad del aborto y de los crímenes contra el feto. En el mismo sentido se manifiestan E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.* pp. 711-712; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 402; F.LAMBERTI, en *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, *op.cit.*, pp. 82 y ss., afirma que la consideración de los póstumos como *heredes sui* no debía figurar en las XII Tablas sino que fue establecida por la jurisprudencia posdecenviral por medio de una ficción a fin e perpetuar automáticamente la práctica de los *sacra* del difunto.

> *GELIO, Noct. Att. 3, 16, 12.- Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent; sed divum Hadrianum causa cognita decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse; idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.*

A este respecto La Pira[633] hace referencia al problema que surgía cuando después de ser otorgado el testamento sobrevenían, por un hecho nuevo, otros *sui* al testador y así, sostiene que "questi posti esistono non solo quando i *sui* siano già nati, ma anche quando siano soltando concepiti. Il concepimento determina il sorgere di un nuevo posto di *suus* nella familia"; esta afirmación, aunque referida a la sucesión testamentaria, es de aplicación igualmente en la intestada; así, este autor parte de que el testamento y la familia eran términos indisolubles en el Derecho romano y, por tanto, el primero debía reflejar en sí mismo, como un espejo, la constitución de la

[633] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata ..., op.cit.*, p. 87.

familia, debiendo hacer referencia a todos los *sui* existentes en el momento de su redacción.

Para afirmar la cualidad de *filius* del póstumo desde el momento de su concepción, es cuestión básica la regla de fijación del *status*; referente a la misma, Albertario[634] afirma que del estudio de las diversas fuentes jurídicas se deduce que el *status libertatis*[635] de una persona, concebida *ex iustis nuptiis*, se determina en el momento de su concepción y no en el de su nacimiento; por contra se tiene en cuenta el momento del nacimiento si se trata de un *vulgo*

[634] E.ALBERTARIO, *"Conceptus pro iam nato habetur", op.cit.*, pp. 6 y ss. *vid.* P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 91 y ss; A.GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *"Nasciturus.* El *status* jurídico del concebido*"*, en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X*, 1997-1998, pp. 289 y ss.

[635] *Gai* 1, 11.- *Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt.*

Gai 1, 89.- *Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur, liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum.*

Tit.Ulp. V, 10.- *In his, qui iure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur: in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis veluti si ancilla conceperit, deinde manumissa pariat, liberum parit nam quoniam non legitime concepit, cum editionis tempore libera sit, partus quoque liber est.*

Ep. Gai 1, 4, 9.- *Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant: qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumant eo tempore, quo nascuntur. Ac proinde de legitima coniunctione conceptus, etiamsi mater eius statum mutet, id est, si ancilla fiat, ille, qui legitime conceptus est, ingenuus nascitur: nam qui non de legitimo matrimonio concipitur, si mater eius ex ancilla, dum praegnans est, libera facta fuerit, liber nascetur; si vero ex ingenua ancilla praegnans facta fuerit, servus nascitur, quia non legitime, sed vulgo conceptus est.*

conceptus, así manifiesta que "il momento del concepimento opera nel primo caso con exclusione del momento della nascita: il momento della nascita opera nel secondo caso con exclusione del momento del concepimento", siendo consecuencia de la adquisición del *status libertatis* en el momento de la concepción el *ius postlimini* concedido al concebido tal como se refleja en D. 1, 5, 26:

> D. 1, 5, 26.- *Iulianus 69 dig. Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.*

Universidad de Alicante

Este mismo principio se afirma en los textos jurídicos con respecto a la concesión del *status civitatis*[636] y del *status familiae*[637]. Respecto al primero, de las fuentes se deduce que el *status civitatis*[638], entendido como la posición que ocupaba un hombre libre dentro de la *civitas*, lo tenía el concebido siempre que sus

[636] *Gai* 1, 90; D. 1, 5, 18.

[637] D. 1, 5, 11; D. 1, 6, 8.

[638] D. 4, 5, 11.

progenitores se hubieran unido *ex iustis nuptiis*, si bien había que esperar al nacimiento en el supuesto de *vulgo conceptus*, de esta manera, las consideraciones desarrolladas para el *ius libertatis* son válidas para este *status*.

Con relación al *status familiae*, Albertario manifiesta que el mismo era adquirido en los mismos términos que los dos anteriormente citados, lo que se puede comprobar en ciertos textos relacionados con la emancipación y la adopción que vendrían a confirmar su tesis, así, sirva como ejemplo que únicamente el hijo concebido antes de la tercera emancipación del padre queda bajo la potestad del abuelo, igual que si hubiera nacido con anterioridad a ese momento[639].

De todo lo expuesto cabe afirmar que la aplicación más importante de la expresión *"ex conceptionis tempore statum sumunt"*, esto es, el que la concepción determinara el *status familiae* de un póstumo tenía su principal reflejo en el derecho sucesorio, de tal manera, si la cualidad de *heres suus* era fijada en el momento de la concepción, en lógica consecuencia el *ius civile* también debió reconocer al *postumus suus* la plena capacidad de suceder[640].

[639] *Gai* 1, 135. *Vid.* I. 1, 12, 9; D. 1, 7, 14.

[640] Con relación a la sucesión testamentaria E.ALBERTARIO en *"Conceptus pro iam nato habetur", op.cit.*, p. 11 afirma que hay numerosos fragmentos de las fuentes que sostienen la capacidad del *postumus suus* para suceder por testamento, sin embargo, esta posibilidad no se le reconoce al *postumus alienus*, *vid. Gai* 1, 147; *Gai* 2, 241; *Gai* 2, 242.

Polo Arévalo[641], siguiendo a Albertario, manifiesta que por la regla de fijación de *status*, el póstumo consolida su condición jurídica en el momento de su concepción, adquiriendo en este caso, el *status* de *filiusfamilias*; esta fijación sería la garantía de que si el póstumo nacía con las condiciones exigidas[642], existiría el vínculo

[641] E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, p. 44.

[642] Los requisitos exigidos para que el póstumo naciera con la cualidad de *heres suus* del *paterfamilias*, y ser llamado por tanto a la herencia *ab intestato*, debían concurrir desde su concepción al momento de su nacimiento: debía haber sido concebido *ex iustis nuptiis*, con anterioridad a la muerte del causante y nacer en tiempo y forma. Respecto a las *iustae nuptiae* de sus progenitores, era este vínculo del *ius civile* el que hacía al póstumo *iustus filius* del *pater* y obtener la cualidad de *suus*, al respecto E.ALBERTARIO en, *"Conceptus pro iam nato habetur", op.cit.*, p. 12, manifiesta que para que el póstumo concurriera a la sucesión intestada debía ser un *postumus suus*, pues el *ius civile* no admitió en ningún momento la posibilidad de instituir heredero un *postumus alienus*, tal como se afirma en *Gai* 2, 241, éste debía esperar al momento de su nacimiento para la fijación de su *status*, este autor afirma que "questa possibilità, recisamente e ripetutamente negata dai giuristi romani, è proclamata solamente da Giustiniano".

El *postumus* debía ser concebido antes de la muerte del *de cuius* pues por la regla de *status* era en ese momento cuando se establecían los lazos familiares con su progenitor, pues es lógico pensar que si la mujer se queda embarazada después de la muerte del marido el hijo no será de éste ni será *filiusfamilias* ni por tanto *heres suus*, este requisito ha sido estudiado por algunos autores tratando de justificarlo en las XII Tablas que según su opinión exige que en algún momento hubieran coexistido el heredero y el causante, lo cual no se cumple en el caso del descendiente póstumo, y para solucionar se habría acudido por vía de interpretación a la ficción de que la coexistencia se entendía cumplida si a la muerte del causante el heredero ya estaba concebido, *vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, p. 142; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 367 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 47; F.LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, *op.cit.*, pp. 71-72 y 82 y ss.; P.CATALANO, *Diritto e persona. Studi su l'origine e attualità del sistema romano I*, Torino, 1990, pp. 1965 y ss; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, pp. 50 y ss.; M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), *op.cit.*, pp. 185 y ss.

potestativo entre éste y el padre, y cualquier circunstancia, distinta a la falta de nacimiento, sería ajena al concebido que ya tenía fijado su *status*. Así, si el *pater* moría antes del nacimiento del hijo póstumo, éste nacía *heres suus* y concurría a la herencia con el resto de descendientes ya que el fallecimiento del padre no afectaba a su *status*.

En conclusión, y cualquiera que sea la opinión que se asuma respecto a la polémica citada, el *postumus suus* desde la época arcaica formaba parte de los *heredes sui* en la sucesión *ab intestato* del *de cuius*[643].

Con relación al nacimiento en tiempo y forma, para ser considerado jurídicamente persona, debía separarse completamente del claustro materno, *vid.* C. 6, 29, 3; D. 5, 2, 6 pr.; D. 25, 4, 1, 1; D. 28, 2, 12, pr.; D. 35, 2, 9, 1; D. 38, 8, 1, 9 y D. 38, 17, 1, 5; debía presentar apariencia de humanidad, *vid.* D. 1, 5, 14; D. 28, 2, 12, 1; *Pauli Sent.* 4, 9, 3 y *Pauli Sent.* 4, 9, 4; y vivir separado de la madre, *vid.* D. 38, 8, 1, 8; D. 50, 16, 129; C. 6, 29, 2; C. 6, 29, 3; *Pauli Sent.* 4, 9, 6, además G.IMPALLOMENI, "In tema de vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità", en *IURA, XXII*, 1971, pp. 99 y ss.

Asimismo, se exigía como prueba de la paternidad legítima del hijo póstumo que el nacimiento se verificase en un plazo máximo de diez meses a partir de la muerte de padre; es esta una presunción jurídica basada en opinión de F.LAMBERTI en *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, *op.cit.*, p. 76, en las tesis de filósofos, médicos, retóricos y juristas; respecto a la duración general de la gestación humana, *vid.* al respecto L.FERRERO, *Storia del pitagorismo nel mondo romano (dalle origini alla fine della republica)*, Torino, 1955, p. 324 y ss.; J.CARCOPINO, *Virgile et les origines d'Ostie*, Paris, 1968, pp. 93 y ss., además HIPÓCRATES, *Peri heptameron, IV*; ARISTÓTELES, *Historia Animalium VII, 4*; PLINIO El viejo, *Historia Natural* 7, 5, 38; CENSOR, *De die natali liber ad Q. Caerellium, IX, 1*. Si el hijo nacía en este intervalo de tiempo era considerado *iustus filius* del *pater* y formaba parte del grupo de los *sui*, si por el contrario, el nacimiento tenía lugar en tiempo posterior se excluía al póstumo de la herencia legítima del padre, *vid.* D. 38, 16, 3, 11.

[643] E.ALBERTARIO en *"Conceptus pro iam nato habetur" op.cit.* p. 12, afirma que ya se admitiera desde las XII Tablas o bien prontamente por

Es necesario precisar que ocupaba el lugar de *heres suus* pero únicamente en el caso de que naciera, esto es, *si fuerit editus*[644], pues aunque se le tuviera en consideración desde su concepción, para la adquisición de los derechos sucesorios se debía esperar al nacimiento, momento en el cual adquiría la capacidad jurídica para suceder.

Por otra parte era condición *sine qua non* para incluir al póstumo dentro de la categoría de los *sui heredes* el *que in potestate futuri forent* del padre si éste no hubiera fallecido, tal como se recoge en *Gai* 3, 4 (*vid. supra*) donde el jurista afirma la existencia del futuro vínculo agnaticio entre padre e hijo[645].

interpretación jurisprudencial del texto de la ley, lo cierto es el origen remoto de esta norma del *ius civile,* asimismo manifiesta que la finalidad de este reconocimiento se basaba en la idea de que la herencia romana no es un instituto exclusivamente patrimonial, así E.CUQ en *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.,* p. 140 sostiene que la capacidad de suceder del *postumus suus* fue reconocida enseguida para impedir la extinción del culto doméstico y para eliminar a los agnados en la sucesión, de igual opinión C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano,* parte prima, *op.cit.,* p. 143; F.LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana, op.cit.,* p. 65. *Vid.* P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.,* p. 523.

[644] *Gai* 1, 147; *Gai* 3, 4; *Tit.Ulp.* XXII, 15; D. 1, 5, 7; D. 10, 2, 11; D. 28, 3, 6 pr.; D. 38, 16, 1, 8; D. 38, 16, 1, 11; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 3, 11; D. 38, 16, 6; D. 38, 16, 7; C. 6, 55, 4; I, 1, 13, 4; GELIO, *Noct. Att.* 3, 16, 12.; U.ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana, op.cit.,* pp. 32-33; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.,* p. 135; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.,* pp. 33 y ss.

[645] Se confirma de esta forma que para los juristas romanos el punto de unión en el grupo de los *heredes sui* era la sumisión a la potestad paterna, que estaba presente en los ya nacidos y futura en los concebidos, *vid. Tit.Ulp.* XXII, 15.- *Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sun,* de este pasaje afirma E.ALBERTARIO en *"Tituli ex corpore Ulpiani"*, en *Studi di diritto romano, V: Storia, metodologia, esegesi*, Milano, 1937, pp. 491 y ss. (versión anterior en *BIDR,* 1922) que es un glosema, pues al intentar explicar lo que se

Los derechos sucesorios reconocidos al *postumus* en el *ius civile*, tanto en la sucesión *ab intestato* como en la testamentaria, se configuraban como una llamada eventual, pues sus derechos favorables al mismo eran reservados hasta su nacimiento, siendo en este momento cuando se igualaban al resto de los *sui heredes*, esto es, adquirirían la herencia paterna *ipso iure*, *omni modo*.

Afirma Robbe[646] que el póstumo, como heredero necesario de *paterfamilias*, no podía renunciar a la herencia, ya no por la manifiesta imposibilidad física sino por imposibilidad jurídica a renunciar en esta clase de herederos, siendo por tanto del todo imposible que se pudiera aplicar el acrecimiento general sobre el que hemos venido tratando hasta el momento, esto es, al no ser posible la existencia de una cuota vacante no podía verificarse el *ius adcrescendi*, ya que éste no sólo es el presupuesto lógico sino la razón de ser del mismo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No obstante, como quedará de manifiesto más adelante respecto al nacimiento de un póstumo *suus* aparece un nuevo campo de actuación de nuestro instituto relacionado con el régimen de la *delatio*.

entiende con *postumi liberi* el glosador habría añadido el párrafo *<id est, qui in utero sunt>*.

[646] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e...., op.cit.*, p. 136.

En este orden de ideas, Vaccaro[647] afirma que esta llamada eventual no era la atribución de un derecho sino una reserva del mismo, que tenía distintas consecuencias según el número de miembros de los que constaba la familia; por una parte, si el *conceptus nondum natus* era el único *suus heredes* quedaba suspendida la delación de la herencia a favor de los *adgnati*[648]; y si por el contrario, había varios *sui* entre los cuales el *postumus* era uno más, se le debían reservar una o varias cuotas de la herencia, según un sistema de presunciones establecido por la jurisprudencia que se estudiara en el próximo punto.

Esta vocación eventual se configuraba como una reserva de derechos que le serían atribuidos en el momento del nacimiento, tal como se afirma en D. 38, 16, 3, 9-10:

> D. 38, 16, 3, 9.- *Ulpianus 14 ad sab. Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si*

[647] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 8. En el mismo sentido *vid.* O.LENEL, "Zur geschichte der "*heredis institutio*", en *Essays in legal history*, *op.cit.*, pp. 123 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 23; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, p. 137; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 43; M.BALESTRI FUMIGALLI, "*Spes vitae*", *op.cit.*, p. 339; A.GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, "*Nasciturus.* El *status* jurídico del concebido", en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X*, *op.cit.*, p. 284; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum...*, *op.cit.*, pp. 184 y ss.; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 42 (nota 72).

[648] *Tit.Ulp.* XXVI, 3; D. 5, 4, 3; D. 29, 2, 30, 1, la segunda parte de este texto esta interpolada como se establece en el *Index Interpolationum II*, *op.cit.*, pp. 212-213; D. 38, 7, 5, 1; D. 38, 16, 3, 9.

> *fuerit editus. inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus est et uterus, vel patrui filius unus natus et qui in utero est.*

> D. 38, 16, 3, 10.- *Ulpianus 14 ad sab. Est autem tractatum, pro qua partem faciat, quia ex uno utero plures nasci possunt. et placuit, si in rerum natura certum sit hanc, quae se dicit praegnatem, praegnatem non esse, ex asse iam esse heredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans heres fit. quare si medio tempore decesserit, integram hereditatem ad heredem suum transmittit*[649].

Asimismo, Vaccaro[650] afirma que la capacidad del póstumo en la sucesión intestada ya debería estar admitida desde las XII Tablas, y se expresa en el sentido de reconocer que al mismo tiempo o poco después, se debería haber reconocido la *testamenti factio pasiva* del *postumus suus,* pues al ocupar el mismo un puesto entre los *heredes sui*, la jurisprudencia antigua ya debía considerar que era necesario que el póstumo fuese incluido en el momento de su redacción en el testamento del *pater.* Así, al igual que en el resto de *sui* ya nacidos debía ser instituido o desheredado en el mismo, bajo pena, si eran

[649] Con relación a este fragmento G.LA PIRA, en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 167 y A.LATORRE SEGURA, "*Uxor praegnas relicta*", en *LABEO, I*, 1955, p. 200, entienden que el texto está interpolado porque la parte inicial no concuerda con el resto de texto de Ulpiano.

[650] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 8.

preteridos, de nulidad del testamento[651], esto es, se aplicaba la regla *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*[652], y en caso de preterición de un póstumo, se procedería a la apertura de la sucesión intestada.

Originariamente, con anterioridad al reconocimiento de la *vocatio ab intestato* del *postumus suus*, se planteaba el problema de la aplicación del citado principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* al póstumo. Este principio obligaba al *paterfamilias* bien a instituir herederos a los miembros de la familia que eran *sui* en el momento en que otorgaba testamento, o bien a mencionarlos para desheredarlos[653], no bastando la simple omisión para excluirlos

[651] *Tit.Ulp.* XXII, 18; *Gai* 2, 130; *Gai* 2, 131; *Ep. Gai* 2, 3, 2.

[652] *Gai* 2, 123; *Gai*, 2, 131; *Tit.Ulp.* XXII, 14; *Tit.Ulp.* XXIII, 2; C. 6, 29, 2; C. 6, 29, 3; D. 28, 2, 8; D. 28, 2, 14 pr.; D. 28, 2, 29, 10; D. 28, 2, 30; D. 28, 2, 31; D. 28, 3, 1; D. 28, 3, 3 a 6; D. 28, 3, 19 pr.; D. 29, 2, 84; I. 2, 13 pr.; *CICERO, De Oratore*, I, 57, 241; *CICERO, De Oratore*, I, 38, 175 "*...possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.*". *Vid.* al respecto V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 545 y ss.; U.ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, *op.cit.*, pp. 1 y ss.; C.LÓPEZ RENDO, *Fundamento de la regla "sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi" en el ius civile*, Oviedo, 1991, pp. 3 y ss.; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum...*, *op.cit.*, pp. 77 y ss.; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, pp. 47 y ss.

[653] Si los *sui* eran preteridos por el testador, el testamento era nulo *ab initio*, no teniendo eficacia las disposiciones contenidas en el mismo y abriéndose entonces la sucesión intestada. *Vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, p. 603; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 27 y ss.; U.ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, *op.cit.*, pp. 21 a 38; G.VISMARA, "Appunti intorno alla "*heredis institutio*", en *Studi Besta, III*, Milano, 1939, pp. 307 y ss.; J.KLIMA, "*Querela inofficiosi testamenti*", en *Atti Congresso Internazionale di Diritto romano e di storia del diritto de Verona, I*, Milano, 1948, pp. 100 y ss.; G.STOLFI, "Concetto dell´erede", en *Studi Carnelutti III*, 1950, pp. 605 y ss.; J.GAUDEMET, "*Testamenta ingrata et pietas Augusti*", en *Studi Arangio-*

del testamento; esto es, a los descendientes bajo su *potestas* no podía preterirlos en el testamento[654]; su aplicación era muy rigurosa, pues regía respecto de los descendientes que estuvieran bajo la patria potestad del testador al momento de la redacción del testamento[655]; el problema se planteaba con el nacimiento de un

Ruiz, III, Milano, 1952, pp. 115 y ss. (=en *Études de Droit Romain, II*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell´Università di Camerino, pp. 201 y ss.); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 339 y ss.; G.ARCHI, "Contributo alla critica del *Corpus Iuris*, Cod. 6, 23, 24 e Inst. 2, 20, 34, in tema di *heredis institutio*", en *IURA V*, 1954, pp. 171 y ss.; M.MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, Palermo, 1962, pp. 5 y ss.; A.OTERO, "La mejora", en *AHDE, XXXIII*, 1963, pp. 5 a 25; A.BURDESE, voz: "Diseredazione", *NNDI, V*, 1960, pp. 1114 y ss.; L.DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione testamentaria*, *op.cit.*, pp. 9 y ss.; F.CAMACHO DE LOS RIOS, "*Exheredatio*. Aproximación a un proceso de recepción", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 189 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, pp. 195 y ss.

[654] Se aplicaba en este caso la regla Catoniana por la cual se consideraba sin efecto aquéllo que no hubiera sido válido si hubiera muerto el testador justo en el momento posterior a la redacción del testamento, F.CAMACHO DE LOS RIOS, "*Exheredatio*. Aproximación a un proceso de recepción", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 189 y ss.

[655] G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 88 y ss. formula el siguiente principio "il *paterfamilias* debe aver riguardo, nel suo testamento, alle posizioni di *sui heredes* esistenti nel momento in cui egli testa: non può, invence, avere riguardo a quelle che potessero sucesivamente sorgere ex novo nella familia. Quando tali nuove posizioni sorgano, il testamento non è più conforme alla costituzione della familia e viene, preciò, revocato *ipso iure*", así en el caso de que surgiera un hecho nuevo del que derivara la existencia de un nuevo *suus*, tanto la desheredación como la institución serían *supervacuum*, porque ni la primera elimina, ni la segunda absorbe una posición de *suus* que en el momento de la confección de testamento no existía, tal como se establece en *Gai* 2, 140. En el mismo sentido, E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum...*, *op.cit.*, p. 76, manifiesta que en origen este principio no afectaba a personas que pudieran entrar en la categoría de *sui* en el futuro, siendo por tanto superflua por tanto cualquier disposición al respecto de desheredar a alguien que no era considerado heredero. A partir de la *lex Iunia Vellaea* era factible tanto la institución de herederos como la desheredación de los descendientes que en el momento de testar no formaban parte de la categoría de *sui*, porque les precedía algún descendiente. *Vid. Gai* 2, 131; *Gai* 2, 138 a 143.

póstumo que ni había sido instituido heredero ni desheredado por el *paterfamilias* ya que no era en el momento de la redacción del testamente *suus* actual del causante[656]. Así, el nacimiento de un *postumus suus* traía consigo un cambio de circunstancias que afectaba a un testamento que había sido válido *ab initio*[657], pues el póstumo en origen no estaba considerado *suus* de *paterfamilias*, pero que devenía nulo. Esta modificación en la composición de miembros de la familia acaecía una vez muerto el testador, planteándose un problema sin solución posible, pues aquel no había podido cumplir con el citado principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* porque tanto si hubiera sido instituido en el testamento, o por el contrario hubiera sido desheredado, al no estar considerados *suus* del *paterfamilias*, cualquier disposición testamentaria era ineficaz afectando al testamento de nulidad, y si era preterido en el testamento, llegando a nacer, al gozar de *status* de *suus* se producía la ruptura del testamento[658].

[656] E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, pp. 78-79 afirma que el *conceptus* originariamente no se consideraba *suus* del testador, lo que se puede observar cuando en las fuentes se establece un distinto régimen jurídico en el caso en que se hubiera preterido a un hijo nacido o a un póstumo; si la preterición afectaba a un ya nacido, el testamento era *inutile* o *nullus momenti* puesto que la institución de heredero y el testamento son nulo *ab initio* y los herederos instituidos no podrían adir la herencia, sin embargo, si el preterido era un hijo póstumo el testamento se denominaba *ruptum*, siendo válido siempre que el póstumo no llegará a nacer, por tanto desplegaba toda su eficacia pudiendo los herederos instituidos adir la herencia. *Vid.* D. 28, 2, 29, 10; D. 28, 2, 30; D. 28, 2, 31; D. 28, 3, 1; *Gai* 2, 123.

[657] En caso de no producirse el nacimiento del póstumo nunca existió una nueva posición de *suus*, y por lo tanto el testamento nacido válido seguía siéndolo. *Vid.* C. 6, 29, 2.

[658] *Vid.* D. 28, 3, 1. E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, p. 79.

Sin embargo, a esta situación vino a poner remedio el reconocimiento desde su concepción de la capacidad del *postumus* como *heres suus* en la sucesión *ab intestato,* ya que este cambio debió influir en la regulación de la sucesión testamentaria, considerando que si los póstumos eran *heredes sui,* la regla *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* les era de aplicación, pudiendo por tanto ser instituidos o desheredados en el testamento del *paterfamilias* a fin de evitar la regla *adgnatione postumi rumpitur testamentum;* no obstante, parte de la doctrina[659] es reacia a tal posibilidad, al entender que el póstumo originariamente estaba considerado como persona incierta, pues las personas pertenecientes a esta categoría no podían ser instituidas herederas, ni recibir legados, así como tampoco se les podía nombrar un tutor[660]; para estos autores debió ser una labor tardía de la jurisprudencia encaminada a remediar las situaciones injustas producidas por la aplicación práctica de la regla *sui heredes instituendi sunt vel*

[659] W.FRANCKE, *Das Recht Der Notherben und Pflichttheilsberenchtigten*, Göttingen, 1831, pp. 18 y ss.; K.A.SCHMIDT, *Das formelles Recht der Notherben*, Leipzig, 1862, pp. 3 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, II*, Milano, 1906, pp. 420 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 543; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 708; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 801; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 68 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 383; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 152; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano,* parte prima, *op.cit.*, pp. 153 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 603 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 194; M.J.GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano (Casos, Acciones, Instituciones), op.cit.*, pp. 793 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, pp. 788 y ss.

[660] *Tit.Ulp.* XXII, 4; *Gai* 2, 238; *Gai* 2, 240; I. 2, 20, 25.

exheredandi la que posibilitó el nombramiento válido de un póstumo en el testamento romano, ya que como se deduce de lo expuesto hasta ahora, la verificación rigurosa de esta regla ocasionaba inevitablemente la ruptura del testamento paterno, pues al ser persona incierta no se la podía instituir ni desheredar, provocando por tanto que no se cumpliera la última voluntad del testador.

Al respecto, Fadda[661] matiza que para poder instituir heredero al *postumus* se derogó la prohibición de nombrar herederos a personas inciertas: "La deroga era facile, perchè si trattava di un essere già ritenuto esistente agli effetti della successione legittima. Considerato esistente per un verso, doveva esserlo anche per gli altri tanto più quando il considerarlo tale era una necessità imposta dal danno che poteva derivare dall'averlo considerato esistente la prima volta"

Contrario a esta opinión mayoritaria, afirma Robbe[662] que la posibilidad de instituir heredero al *postumus suus* en el testamento paterno estuvo admitida desde la época arcaica. Para justificar su teoría se basa principalmente en el origen primitivo del principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi,* cuya formulación habría nacido con vocación general y absoluta, posibilitando su aplicación no sólo a los hijos del testador ya nacidos sino también a

[661] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 150 y ss.

[662] U.ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, *op.cit.*, pp. 21 a 38.

los póstumos; este origen remoto fue demostrado por La Pira[663] en contra de la posición mayoritaria[664] existente hasta entonces.

[663] G.LA PIRA, en *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 3 y ss., manifiesta que "l'esigenza di istituire o deseredare i *sui* procede da una necessità giuridica derivante dalla posizione familiare del *suus*. È, perciò, una esigenza originaria ed organica, che ha base nella stella costituzione familiare adgnatizia e che sta a fondamento di tutto il diritto ereditario. Non si tratta, infatti, di un portato storico, nè di un primo addentellato della considdetta successione necessaria contra il testamento, ma di un principio che è immanente alla originaria struttura della hereditas".

[664] La doctrina mayoritaria anterior al desarrollo de su teoría por G.LA PIRA, mantenía el origen jurisprudencial del principio, que se habría introducido para limitar la arbitrariedad a la hora de testar que tenía el *paterfamilias*, *vid. CICERO*, *De Oratore*, I, 38, 175 (*vid. supra*), además W.FRANCKE, *Das Recht des Notherben und Pflichttheilsberenchtigte*, *op.cit.*, pp. 16 y ss.; K.A.SCHMIDT, *Das formelle Recht des Notherben*, *op.cit.*, pp. 3 y ss.; F.SCHRÖDER, *Das notherbenrecht, I, Das recht vor der Novelle 115*, Heidelberg, 1877, pp. 43 y ss.; Th.SCHIRMER, "Das Familien-Vermögen und die Entwickelung des Noterbrechts bei der Römern", en *ZSS*, *II*, 1881, pp. 165 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII*, *II*, *op.cit.*, pp. 417 y ss.; O.KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Privatrecht*, *II*, *op.cit.*, pp. 1875 y ss.; E.HÖLDER, "Die Stellung des römischen Erben", en *ZSS*, *XVI*, 1895, pp. 277 y ss.; C.APPLETON, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et authenticité des XII tables*, Paris, 1903, pp. 97 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 286 y ss.; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 773 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 508 y ss.; P.BONFANTE, "Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco", en *Rivista di storia antica e scienze affini*, *XIII*, Messina, 1910, pp. 380 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii*, *I "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 337 y ss.); U.COLI, "Il testamento nella legge delle XII Tavole", en *IURA*, *VII*, *op.cit.*, pp. 34 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, II*, *op.cit.*, pp. 652 y ss.). Siguen esta tesis de forma más matizada, S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 601; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 508 y ss; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 337 y ss.; J.M.MIQUEL, "Preterición y argumento histórico", *comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de* T.PERALTA ESCUER *(Derecho y argumentación histórica)*, Lleida, 1999, pp. 57 y ss. Por otro lado, F.LAMBERTI, en *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, *op.cit.*, p. 117 (nota 1), atribuye a este principio un origen arcaico aunque no originario. L.DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necesaria*, *op.cit.*, pp. 9 y ss. y A.SANGUINETTI "Considerazioni sull'origine del

Asimismo, Robbe[665] se opone a la doctrina mayoritaria que consideraba al póstumo como persona incierta, precisando que sólo el *postumus alienus*[666] fue considerado persona incierta en el derecho clásico, entrando el *postumus suus* entre las *personae certae*[667]. Precisa Robbe que la aplicación del principio *sui heredes*

principio "*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*", en *SDHI, LIX*, 1993, pp. 259 y ss., sostienen que fue una elaboración de la jurisprudencia republicana.

[665] Autores anteriores a U.ROBBE ya habían defendido la teoría de que el *postumus suus* no entraba en la categoría de las *personae inciertae*, *vid.* C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi*, *op.cit.*, pp. 131 y ss.; defiende la misma tesis F.BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, *op.cit.*, pp. 501 y ss.

[666] Gayo manifiesta expresamente la nulidad de la institución de heredero de un póstumo extraño y la ineficacia del legado establecido a su favor, precisamente por ser *est enim incerta persona*, *Gai* 2, 241.- *Postumo quoque alieno inutiliter legatur. est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato quoque filio conceptus nepos extraneus postumus est; item qui in utero est eius, quae iure ciuili non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intellegitur.*

[667] E.ALBERTARIO en *"Conceptus pro iam nato habetur" op.cit.* p. 14, afirma que el *postumus suus* en derecho clásico era un *certa persona*, dejando clara su capacidad de suceder *ab intestato*, siendo la concesión de esta capacidad a cualquier *postumus legitimus* reconocida únicamente en la legislación justinianea, así encontramos la Constitución "*De incertis personis*", C. 6, 48, 1 en la que se consideraba al *postumus suus* como persona incierta; U.ROBBE con relación a la misma, entiende que se justifica su promulgación por una transformación del concepto de póstumo, pues al desaparecer la exigencia de la concepción del mismo en el momento de la confección de testamento, siendo suficiente la exigencia de que esté concebido en el momento de la muerte del testador, el concepto de *postumus suus* designa en derecho justinianeo una persona no sólo futura, sino inexistente y desconocida para el testador cuando otorga el testamento, de la que no puede conocer ninguna característica que permita su individualización, estuviese incluido en la categoría de las personas inciertas, U.ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, *op.cit.*, pp. 138 y ss. Por el contrario E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum...*, *op.cit.*, p. 99, afirma que fue la regla general de fijación del *status* en derecho justinianeo lo que provocó la transformación del concepto de *postumus suus*, ya que desaparece la distinción entre *postumus suus* y *alienus*, ya que ambos fijaban su *status* en el momento del nacimiento, aun así lo relevante es que Justiniano permite la institución de

instituendi sunt vel exheredandi en el supuesto de que existiera un hijo póstumo no fue construido en vía de interpretación como una excepción a la regla general que afirma la incapacidad de las personas inciertas, sino que tiene su basamento en el principio *conceptus pro iam nato habetur*[668], recogido en las fuentes clásicas.

1.2.b.- Reserva de los derechos hereditarios al *postumus*

Como se ha podido constatar, en la sucesión *mortis causa*, la esperanza de nacimiento de un póstumo que cumpliera los requisitos para ser *heres suus* del *de cuius*, daba lugar a variaciones dentro del orden sucesorio, tanto en la sucesión testada como en la intestada, pues hasta que no naciera el descendiente póstumo del causante no se producía la adquisición de sus derechos hereditarios; en concreto, en la sucesión intestada la presencia de un concebido podía modificar la *vocatio ab intestato* y el reparto del patrimonio hereditario; así, cuando el *postumus* era el único *heres suus*, los herederos de orden posterior quedaban excluidos de la herencia y si

personas inciertas o futuras, y desaparece la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, al atenderse al vínculo cognaticio, dejando a un lado el concepto clásico de agnación.

[668] *Gai* 1, 147; D. 1, 5, 26; D. 38, 16, 7; I. 1, 13, 4; GELIO, *Noct. Att.* 3, 16, 12. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 22 y ss. R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 8 (nota 3) sostiene que el principio *conceptus pro iam nato habetur* es sólo justinianeo en su formulación general, pues se encuentra en el derecho clásico, como se demuestra al estar recogido en *Gai* 1, 147.-"*....postumi pro iam natis habeantur.*", *vid.* E.ALBERTARIO "*Conceptus pro iam nato habetur*", *op.cit.*, pp. 3 y ss.

concurría a la herencia con otros *heredes sui*, éstos veían disminuida su cuota en la medida que le correspondiera al *conceptus*.

En efecto, desde la muerte del *paterfamilias* hasta el nacimiento del póstumo se creaba un estado de incertidumbre que influía de forma notable en el desenvolvimiento de los derechos hereditarios, pues se desconocía si el nacimiento llegaría a producirse, si el nacido reuniría las condiciones para obtener la plena capacidad jurídica e, incluso se ignoraba el número de nacimientos; por lo tanto, a fin de garantizar y salvaguardar los futuros derechos hereditarios del *conceptus* hasta el momento de su nacimiento[669], el *ius civile* establecía una serie de medidas a fin de

[669] La mayoría de la doctrina considera al *conceptus* como un *spes hominis*, así, tenía unas expectativas de derechos que debían ser salvaguardados a fin de que su adquisición no fracasara a su nacimiento, momento en el que los derechos del concebido adquirían efectividad, *vid.* a este respecto F.LANFRANCHI, voz: "*Nascituri*", *NNDI, XI*, 1965, pp. 13 y 14; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, p. 140; G.FAGGELLA, "Presunzioni che accompagnono il sorgere e lo sparire del subbietto diritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato", en *Arch. Giur., IX*, 1902, pp. 492 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, I*, Roma, 1928, pp. 185 y ss.; F.STELLA MARANCA, "Intorno al fr. 7 dig. 1, 5, *de statu hominum*", en *BIDR, I*, 1934, pp. 239 y ss.; M.ROBERTI, "*Nasciturus pro iam nato habetur* nelle fonti cristiane primitive", en *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, pp. 67 y ss.; C.A.MASCHI *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 68; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 415; M.J.GARCIA GARRIDO, "Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano", en *AHDE, XXVIII-XXVIII*, 1957-1958, pp. 338-339; P.FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 16; B.ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 12; M.BALESTRI FUMIGALLI, "*Spes vitae*", *op.cit.*, pp. 344 y ss.; P.CATALANO, *Diritto e persona. Studi su l'origine e attualità del sistema romano I.*, *op.cit.*, pp. 197 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 33; A.GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, "*Nasciturus.* El status jurídico del concebido", en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X*, *op.cit.*, p. 284; M.SALAZAR REVUELTA, "Algunas consideraciones sobre la Doctrina del *nasciturus* en la tradición romanística y en la codificación", en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1999,

garantizar la protección de las expectativas sucesorias que como ya se ha establecido había fijado el concebido y, que sólo adquiría efectivamente en el momento de su nacimiento; el funcionamiento de estas medidas especiales era distinto según la situación familiar en la cual se encontraba el *postumus suus* en el momento de su nacimiento, a pesar de lo cual, en ambos supuestos había un punto en común, y es que al concebido siempre se le reservaban los derechos sucesorios hasta su nacimiento[670], tal como se establece en D. 5, 4, 3:

> D. 5, 4, 3.- *Paulus 17 ad plaut. Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium…*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.2.b.1.- El *conceptus nondum natus* como único *suus heres*

Cabe diferenciar dos situaciones según que el *conceptus nondum natus* fuera el único *suus heres* o que concurrieran a la herencia con otros *heredes sui*. En el primer supuesto de hecho, si el *postumus* nacía con las condiciones necesarias para ser persona, y por tanto para tener capacidad jurídica, se le consideraba heredero

pp. 294 y 295; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum…, op.cit.*, p. 184; M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), *op.cit.*, pp. 191 y ss.

[670] E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum…, op.cit.*, p. 185.

universal del *paterfamilias*, excluyendo a los sucesores de posterior orden, siendo necesario proteger los derechos hereditarios que le correspondían a su nacimiento; en la sucesión intestada esta protección se llevaba a cabo suspendiendo la delación de la herencia en favor de los *adgnati*[671], hasta que, o bien se verificaba que la mujer no estaba embarazada o que el póstumo no había nacido, o había nacido pero no con los requisitos necesarios para poder ser considerado persona, no teniendo el *conceptus* capacidad jurídica ni pudiendo asumir sus derechos hereditarios correspondiendo éstos a los herederos de posterior grado[672].

[671] *Tit.Ulp.* XXVI, 3.- *Quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus adgnatis non est; velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit.*

D. 5, 4, 3.- *Paulus 17 ad plaut.... qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit...*

D. 29, 2, 30, 1.- *Ulpianus 8 ad sab... et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur...*

D. 38, 7, 5, 1.- *Modestinus 3 pand. Quamdiu spes est suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est: puta si defuncti uxor praegnas sit aut defuncti filius apud hostes sit.*

D. 38, 16, 3, 9.- *Ulpianus 14 ad sab. ... inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus...*

D. 38, 16, 3, 10.- *Ulpianus 14 ad sab. ...et placuit, si in rerum natura certum sit hanc, quae se dicit praegnatem, praegnatem non esse, ex asse iam esse heredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans heres fit...*

[672] E.POLO ARÉVALO, en *Conceptus nodum...*, *op.cit.*, p. 186, establece que de las fuentes no se puede deducir el sistema empleado en la sucesión testamentaria, pero entiende que el procedimiento sería idéntico al visto en la sucesión intestada, esto es, se debía esperar al nacimiento de póstumo, ya que si no nacía, al ser nula la institución de heredero, se debería proceder a la

1.2.b.2.- La concurrencia del *postumus* con otros *heredes sui*: reserva de cuotas-sistema jurisprudencial de presunciones

Respecto a esta segunda hipótesis manifiesta Vaccaro[673] que no tenía lugar la suspensión de la *vocatio ab intestato*, esto es, los *sui* ya existentes se hacían herederos *ipso iure* a la muerte del *paterfamilias*, sin tener que esperar el nacimiento del *postumus*, repartiéndose la masa hereditaria entre todos los *sui*, incluido el póstumo; a este fin se reservaban una o varias cuotas de la herencia para asignarlas en el momento de su nacimiento al póstumo; de esta forma los *heredes sui* en su calidad de herederos necesarios adquirían sus respectivas cuotas en el momento de la muerte del causante, excepto el concebido que lo hacía en el momento de su nacimiento, al adquirir la condición de *heres*.

El problema surge cuando se plantea en que medida se le reservan esas cuotas o partes, pues la mujer podía dar a luz más de un hijo[674]; así, si se reservaba una parte y nacían dos o más hijos, los derechos de éstos no se habrían salvaguardado suficientemente;

apertura de la sucesión intestada, como si nunca hubiera existido ese concebido.

[673] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* pp. 9 y ss. En el mismo sentido U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 141; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, pp. 188-189.

[674] D. 38, 16, 3, 10.-...*quia ex uno utero plures nasci possunt*...

siendo ésta una cuestión de las más controvertidas y discutidas, ya que en efecto, parte de la doctrina mantiene la tesis de que existieron posiciones enfrentadas entre los juristas que no llegaron a conciliarse[675]. Así, varios textos de las fuentes justinianeas recogen las discusiones de los juristas clásicos referentes a este caso, siendo probable que las opiniones fueran variando al tener conocimiento de hechos nuevos acaecidos en otras sociedades contemporáneas que afectaban a estos supuestos, así se desprende de D. 5, 4, 3:

> D. 5, 4, 3.- *Paulus 17 ad plaut. Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt: ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur. nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam peloponensi, multas aegypti*

[675] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit*. pp. 10 y ss.; A.GUARINO, *Salvius Iulianus*, Catania, 1946, pp. 55 y ss., (=en *LABEO, X*, Napoli, 1964, pp. 364 y ss. y en *Pagine di Diritto Romano, V*, Napoli, 1994, 183 y ss.); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, pp. 141 y ss.; F.SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (traducción italiana de Nocera de la versión inglesa *History of the Legal Roman Science*, Oxford, 1953), Firenze, 1968, pp. 95 y ss.; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, p. 192. En contra, A.LATORRE SEGURA, "*Uxor praegnas relicta*", *op.cit.*, pp. 195 y ss.

> *uno utero septenos. sed et tregeminos senatores cinctos vidimus horatios. sed et laelius scribit se vidisse in palatio mulierem liberam, quae ab alexandria perducta est, ut hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragensimum. quid est ergo? prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: to gar hapac y dis, ut ait theophrastus, parabainousin ohi nomovetai. ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.*[676]

La discusión respecto al número de hijos que podían nacer de un mismo parto y la necesidad de reservar uno o varias cuotas en favor del póstumo es ampliamente examinada en este fragmento, llegando Paulo a la conclusión de que para encontrar la medida apropiada con relación a la reserva de la cuota para el *conceptus* se debía prescindir de lo que rara vez sucede, entendiendo que el

[676] Este texto del Digesto ha sido objeto de discusión doctrinal, pues hay autores como G.BESELER en *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, II*, Tübingen, 1911-1931, pp. 44-45, que afirman que es una paráfrasis; asimismo E.ALBERTARIO en "In tema di alterazioni pregiustinianee", en *Studi di Diritto Romano V: Storia, metodología, esegesi*, Milano, 1937, pp. 367 y ss. (versión anterior *BIDR, 1923* p. 36 y ss.), en "Da Diocleziano a Giustiniano" en *Studi di Diritto Romano V*, Milano, 1937, pp. 226 y ss., y en "Glossemi e interpolazioni pregiustinianee", en *Studi di Diritto Romano V*, Milano, 1937, pp. 392 y ss., establece que todo el fragmento era una paráfrasis bizantina, esto es, una elaboración posclásica de la también opinión de Paulo recogida en D. 5, 1, 28, 5; en el mismo sentido, G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, p. 167, considera el fragmento interpolado. Sigue la misma idea U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 138.

nacimiento de tres hijos era un término medio y prudente que podía suceder, y así manifiesta "*ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.*"

El principio de que en espera de un póstumo se le debían reservar varias cuotas se recoge además en otras fuentes[677], así, del fragmento D. 5, 4, 4 se desprende la tesis Sabiniana que establecía que en espera del nacimiento del *suus postumus* le fueran reservadas tres cuotas de la herencia[678]:

> D. 5, 4, 4.- *Ulpiano 15 ad ed. Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrescere, si plures quam tres, decrescere de ea parte ex qua heres factus est.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De igual forma, otros dos textos relativos a la reclamación de créditos pendientes de cobro en la masa hereditaria hacen referencia a esta cuestión; Paulo en D. 5, 1, 28, 5 recoge la opinión de Sabino y Cassio, quienes asignaban una cuarta parte de la herencia al

[677] E.POLO ARÉVALO, en *Conceptus nodum..., op.cit.*, p. 191 (nota 348) afirma que "la incertidumbre que produce la presencia de un *nasciturus* en el supuesto de un herencia en litigio, por los problemas de *pluris petitio* que pueden darse al desconocer el número de hijos que efectivamente dará a luz la mujer, Ulpiano lo soluciona en D. 5, 4, 1, 5, concediendo una *incertae partis hereditatis petitio", vid.* al respecto G.BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, IV, op.cit.*, pp. 44 y ss.; G.PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino, 1958, pp. 102 y ss.

coheredero ya nacido, reservando por tanto tres al *nasciturus*, y en D. 46, 3, 36, Juliano reitera los casos posibles que se podían encontrar cuando se estaba a la espera del nacimiento del *suus postumus*, entendiendo la doctrina finalmente que acepta la tesis de Sabino y Cassio[679]:

> D. 5, 1, 28, 5.- *Paulus 17 ad plaut. Si pater familias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnate, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci: cum per rerum naturam certum fuerit unum nasci. sed sabinus cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.*

> D. 46, 3, 36.- *Iulianus 1 ad urs. ferocem. Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus*

[678] La tesis de los sabinianos es acogida por B.BIONDI en *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 205-206 y *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 415-416.

[679] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 10 y ss.; A.GUARINO, *Salvius Iulianus, op.cit.*, pp. 55 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 146; A.LATORRE SEGURA, "*Uxor praegnas relicta*", *op.cit.*, p. 195 y ss.; F.SCHULZ, *Storia della giurispudenza romana, op.cit.*, pp. 341 y ss; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 693; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum..., op.cit.*, p. 192.

> *sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse. iulianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque: nam et aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt: et esse mulierem romae alexandrinam ab aegypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes, et hoc et in aegypto adfirmatum est mihi*[680].

Albertario[681] opina que este fragmento es una interpolación justinianea que fue mal copiada por el amanuense, no formando parte de dicho texto la frase *"aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt"*, ya que el jurista no podía ofrecer sobre un mismo caso soluciones distintas; para sostener este criterio, afirma que D. 29, 2, 30, 6 está igualmente interpolado, y que Juliano opinaba que se debía reservar al *nasciturus* cinco partes de la herencia; mantiene asimismo el autor[682] que la diferente doctrina se debe a que los juristas clásicos aplicaban sus conocimientos sociales e históricos cuando manifestaban sus criterios, de forma que Sabino y Cassio tendrían conocimiento de partos múltiples con un límite de tres

[680] *Vid.* T.GIARO, "Dogmatische warhreit und zeitlosigkeit in der roemischen jurisprudenz", en *BIDR, XC*, 1987, pp. 14 y ss., además con relación a este fragmento consultar *Index Interpolationum, III, op.cit.*, p. 445

[681] E.ALBERTARIO "Da Diocleziano a Giustiniano" y "In tema di alterazioni pregiustinianee", en *Studi di diritto romano, V: Storia, metodologia, esegesi, op.cit.*, pp. 225-229 y 373.

[682] E.ALBERTARIO "In tema di alterazioni pregiustinianee", *Studi di diritto romano, V: Storia, metodologia, esegesi, op.cit.*, p. 374.

nacidos, por lo tanto reservaban tres cuotas como máximo a la espera de que se produjera el nacimiento; en cambio Juliano, quien conocía de la existencia de partos de quintillizos en provincias romanas acogía esta posibilidad.

Robbe[683] sigue la misma tesis respecto a D. 46, 3, 36, pero matiza su opinión afirmando que este fragmento no debía explicar el verdadero pensamiento de Juliano, y que a causa de su carácter de jurista original y renovador, así como su origen africano, es posible que rechazará las soluciones comunes planteando el supuesto de la reserva de tres partes al *conceptus* pero adjudicando en definitiva al *postumus* cinco partes de la masa hereditaria, no dudando jamás entre las dos como parece que se desprende de este fragmento; de igual forma manifiesta que toda la segunda parte del texto, aun conteniendo anotaciones de Juliano, no debía ser una obra de la época clásica, siendo "*si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse"* según sus propias palabras "questo è il lucido e chiaro commento fatto da Giuliano: tutto il resto non appartiene e non può appartenere a lui", lo que le lleva a pensar que "*aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque"* es una glosa de segunda mano; a pesar de lo expuesto, Robbe termina afirmando que nos encontramos ante una discusión inútil y que en realidad este original jurista clásico debió asumir que las cuotas a reservar al póstumo eran tres, tal como se señala en el texto de Ulpiano D. 29, 2, 30, 6.

[683] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 143 y ss.

Esta doctrina es rebatida por Vaccaro[684] quien afirma respecto de D. 46, 3, 36 que su redacción es singular, ya que ni un jurista como Juliano ni mucho menos el legislador, podían proponer para un mismo caso soluciones distintas, tal y como se desprende del texto; por ello y porque en otros pasajes del Digesto se reservaban al póstumo tres cuotas de la herencia, este autor afirma que no estamos ante una interpolación justinianea, sino ante una elaboración posclásica, pudiendo reconstruirse suprimiendo la frase "*aut sextam, quia quinque*"; en el mismo sentido, afirma que el hecho de que los juristas clásicos utilizaran sus conocimientos personales a la hora de manifestar sus dictámenes respecto a casos jurídicos no explica que Paulo siguiera la corriente doctrinal de Sabino y Cassio, con preferencia a la de Juliano, ya que éstos debieron conocer los casos de quintillizos; en concreto, Augusto decretó la construcción de un monumento en la *Vía Laurentina*[685] a una mujer que había parido cinco hijos, de forma que el caso era público y notorio; a mayor abundamiento, este tipo de partos

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[684] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 11.

[685] GELIO, *Noct. Att.* 10, 2.- *Quid Aristoteles de numero puerperii memoriae mandaverit. I. Aristoteles philosophus memoriae tradidit mulierem in Aegypto uno partu quinque pueros enixam eumque esse finem dixit multiiugae hominum partionis neque plures umquam simul genitos compertum, hunc autem esse numerum ait rarissimum. II. Sed et divo Augusto imperante, qui temporum eius historiam scripserunt, ancillam Caesaris Augusti in agro Laurente peperisse quinque pueros dicunt eosque pauculos dies vixisse; matrem quoque eorum non multo, postquam peperit, mortuam, monumentumque ei factum iussu Augusti in via Laurentina, inque eo scriptum esse numerum puerperii eius, de quo diximus.*

múltiples se consideraban excepcionales[686], y aun admitiendo que la cita de Aristóteles en el mismo es auténtica, resulta improbable que el jurista clásico hubiera extraído una regla jurídica de un hecho considerado excepcional, así sostiene que D. 46, 3, 36 debió sufrir alguna mutilación, y Juliano habría añadido al mismo alguna referencia aclarando que se trataba de hechos verdaderamente raros, comentarios que no han llegado hasta nosotros.

Respecto a la reserva de cuotas, manifiesta Vaccaro[687] que aunque la mayoría de los juristas estaban de acuerdo en reservar para el *nasciturus* tres partes de la herencia, ésta no fue una doctrina pacífica, ni se puede afirmar que fuese así en los inicios del Derecho romano, afirmando que probablemente en dichos orígenes se admitió, por ser la hipótesis más simple, la facultad del *suus* existente de pedir la mitad de la herencia, suspendiendo los derechos de éste sobre la otra mitad en espera del nacimiento del *postumus*, encontrándose un vestigio de esta opinión en el fragmento de Ulpiano, en el cual transmite la opinión de Pomponio, referente a la facultad del *suu*s ya existente de pedir la mitad de crédito

[686] D. 34, 5, 7 Gayo comenta en este pasaje la posibilidad de partos quíntuples y al respecto opina que *...sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur.*; GELIO, *Noct. Att.* 10, 2 en referencia a la doctrina de Aristóteles considera ese tipo de partos *hunc autem numerum ait esse rarissimum.*

[687] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 9 y ss.

hereditario y no la cuarta parte como opinaba Juliano, dejando constancia de su opinión divergente con la mayoría de los juristas[688]:

> D. 29, 2, 30, 6.- *Ulpianus 8 ad sab. Suum heredem certum est ex asse heredem esse, etsi putat esse praegnatem mulierem, quae non est praegnas. quid si unum in utero habeat, an ex parte dimidia sit heres, sive institutum postumum proponas sive intestatum patrem decessisse? quod et sextum pomponium opinatum tertullianus libro quarto quaestionum refert: putasse enim, sicuti cum vacuo utero suus ex asse heres est, ita et cum unum gerit nec per naturam humanae condicionis alium partum formare potest (quod quidem post certum tempus conceptionis eveniet), ex parte dimidia et ignorantem fore heredem, non ex quarta, ut iulianus putat.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Vaccaro[689] termina por afirmar que fue en el derecho posclásico, siendo ya de conocimiento general los partos quíntuples,

[688] U.ROBBE, en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 147 afirma que los juristas clásicos estaban divididos entre la doctrina originaria que sostenía que el hijo era heredero por mitad, en este sentido, se expresaban Sesto, Pomponio, Tertuliano y Ulpiano; y la tesis de la cuarta parte seguida por Sabino, Cassio, Paulo y Juliano como último seguidor de los sabinianos.

A.LATORRE SEGURA, en "*Uxor praegnas relicta*", *op.cit.*, p. 199, afirma que la contradicción entre los textos de los juristas romanos no es tal, pues el problema se plantea en D. 29, 2, 30, 6 desde una perspectiva sustancial, y en el resto de textos citados se hace desde el aspecto procesal.

[689] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 13.

cuando se asumió el caso límite, reservando al *nasciturus* cinco cuotas de la herencia[690]. Sigue la misma tesis Robbe[691] al considerar que los juristas posclásicos con el afán de ser completos, se basan en los precedentes marcados por su colegas clásicos para establecer que el hijo ya nacido es heredero *ex sexta parte,* sin embargo, no desconociendo que el parto de quintillizos se presenta en raras ocasiones, prefieren unir las dos tesis en *aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque"* lo que le lleva a afirmar que "l`incertezza e la completomania sono caratteristiche proprie dei Bizantini".

En contra, Albertario[692] manifiesta que los bizantinos habrían aprendido de Paulo que algunos juristas consideraban al *suus* ya existente, heredero por mitad y que, sin embargo, según la tesis sabiniana, es heredero *ex quarta parte, quia incertum esset an tres nascerentur,* como se observa en D. 5, 1, 28, 5; pero además para Juliano es heredero *ex sexta parte, quia quinque nasci potuerunt,* según D. 46, 3, 36; ante esta diversidad de soluciones dadas a un mismo supuesto terminan acogiendo lo que Albertario llama la "via di mezzo", así "nè uno, nè cinque:tre! Nè *heres ex dimidia* nè *heres ex sexta*: *heres ex quarta parte*. I Bizantini *medietatem quandem secuti sunt*..... I Bizantini sono sempre Bizantini. E cosí ragiona il maestro bizantino, che ha parafrasato i testo di Paolo".

[690] Así se observa en los textos ya citados D. 5, 4, 3; D. 34, 5, 7; D. 46, 3, 36; D. 29, 2, 30, 6; GELIO, *Noct. Att.* 10, 2.

[691] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 142.

1.2.c.- La aplicación del *ius adcrescendi* en los *postumi*

Admitiendo que todos los *heredes sui,* excepto el concebido a quien se reservaba su parte hasta su nacimiento, cuando obtenía la condición de *heres*, adquirían su cuota hereditaria inmediatamente a la muerte del *paterfamilias*[693], el citado sistema de presunciones referente a la cuota a reservar al póstumo se configura como una regulación provisional a la espera del parto de la mujer, siendo cierto en ese momento el número exacto de nacidos, pudiendo ser éste mayor o menor de lo que se había supuesto, incluso podía suceder que no se produjera el nacimiento, o que naciera un feto muerto; en estos supuestos actuaba el doble sistema de acrecimiento-decrecimiento, esto es, si no nacía ninguno o nacía un número inferior al presupuesto, la cuota o las cuotas reservadas al *postumus* quedaban vacantes y, por aplicación de nuestro instituto,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[692] E.ALBERTARIO "In tema di alterazioni pregiustinianee", en *Studi di diritto romano, V: Storia, metodologia, esegesi*, *op.cit.*, p. 374.

[693] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 156 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 13; U.ROBBE, en *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 137; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 193 y 416; M.BALESTRI FUMIGALLI, "*Spes vitae*", *op.cit.*, pp. 339 y ss.; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 53 (nota 199); J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 404 y 418; J.DECLAREUIL, "Paternité et filiation legitimes. Contribution à l'historie de la familie légale à Rome", en *Mélanges Paul Frédéric Girard, I*, reimpresión Scientia Verlag Aalen, 1979, pp. 328 y ss. (Primera edición Paris, 1912); E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum...*, *op.cit.*, p. 188.

acrecían automáticamente al heredero o a los coherederos ya existentes. En la situación contraria, si nacía un número superior al previsto, se produciría un decrecimiento a prorrata de las cuotas asignadas al heredero o a los coherederos ya existentes hasta la formación exacta de una nueva cuota; este sistema se recoge en D. 5, 4, 3; D. 5, 4, 4 y D. 29, 2, 31:

> D. 5, 4, 3.- *Paulus 17 ad plaut. Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt:....*

> D. 5, 4, 4.- *Ulpiano 15 ad ed. Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrescere, si plures quam tres, decrescere de ea parte ex qua heres factus est.*

> D. 29, 2, 31.- *Paulus 2 ad sab. Heredi cum postumo instituto reliquae partes adcrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit non esse praegnatem, licet heres ignoret.*

De la lectura de estos fragmentos se desprende que los juristas clásicos, al examinar la solución posible a los problemas planteados

por el no nacimiento del póstumo, o por el nacimiento en mayor o menor número, utilizaban el término *adcrescere,* lo que lleva a Vaccaro[694] a afirmar que, aun partiendo de la premisa según la cual el derecho de acrecer no se podría aplicar de forma general en el orden sucesorio de los *sui heredes*, en dicho ámbito existía este supuesto particular de acrecimiento al que aluden explícitamente las fuentes citadas, precisando respecto al mismo, que se conformaba como la expansión de un derecho anterior del coheredero ya existente, que le habría permitido obtener su primera cuota de la herencia y que en un momento posterior, debido a un cambio de circunstancias, le facultaba para adquirir la cuota que estaba reservada al póstumo, con fundamento en la relevancia que tenía la formación, asignación y la reserva de cuotas cuando se abría la sucesión intestada a la espera del nacimiento de *suus postumus*.

En este sentido, Vaccaro sostiene que la adjudicación de esas cuotas no era una atribución definitiva, pues los derechos que pertenecían al *nasciturus* estaban subordinados al nacimiento del mismo, como consecuencia, la delación a los agnados se suspendía, conservando éstos un derecho eventual y subordinado a la falta de nacimiento del póstumo; de igual modo, la cuota asignada a los *sui* ya existentes era provisional, y éstos conservaban un derecho

[694] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* pp. 13 y ss. Siguen la teoría de R.VACCARO DELOGU respecto a la aplicación práctica del derecho de acrecer en este supuesto: B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 205; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 415-416; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 402 y 693.

también eventual y subordinado sobre la cuota de la herencia que era reservada al *nasciturus*, que se hacía efectivo cuando se confirmara definitivamente la no existencia del *postumus*, lo que lleva al autor italiano a realizar la siguiente aseveración: "I sui esistenti sono sempre heredes con tutte le conseguenze che ne derivano; non è definitivo non già il diritto ma solo la misura della successione".

De este modo, siguiendo su tesis sobre la formación de las cuotas hereditarias en el supuesto de sucesión intestada de los *sui heredes*, Vaccaro sostiene que las cuotas de la herencia a asignar a cada uno de ellos se formaban a partir de un concurso efectivo en el momento de la muerte del *paterfamilias*, basado en un derecho paritario además de potencial a la totalidad del as hereditario, que encontraba su limitación en la concurrencia de los demás herederos; pero en el supuesto de estar a la espera de un *suus postumus*, ese concurso efectivo tendría lugar en un momento posterior, y como no existía la posibilidad de suspender la adquisición de los *sui* ya nacidos –que tenía lugar *ipso iure*– se imponía una regulación temporal basada en presunciones; pero cuando ya era cierto el número de *sui heredes* entre los que había que repartir la herencia del *pater*, dicha regulación no tenía sentido y se debía igualar el número de cuotas al de herederos concurrentes, mediante un reparto equitativo basado en el derecho igual, potencial y directo que todos tenían al total de la herencia, únicamente limitado por el concurso de todos los *sui*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No obstante, siendo ya cierto que no existía un nuevo *heres suus*, o que el número de nacidos era inferior al previsto, el derecho de los *sui* ya existentes no habría sufrido un límite real, por lo tanto se expandía necesariamente sobre la cuota del *postumus* que había quedado vacante; así se manifiesta Ulpiano en D. 38, 16, 3, 10[695] estableciendo que si fuera cierto que la que se dice embarazada, no lo estaba, el *suus* ya existente, era heredero de la totalidad de la herencia, porque se hacía heredero aun ignorándolo, esto es, *ignorans heres fit*. En consecuencia, si hubiese fallecido en ese tiempo intermedio, transmite la herencia íntegra a su propio heredero; esta transmisión integra era posible, porque el derecho del heredero ya nacido había quedado intacto sobre el total de la herencia al no sufrir el límite de un derecho concurrente, así, afirma Vaccaro, se pondría de manifiesto una vez más el anteriormente citado derecho a expandirse y contraerse de la llamada hereditaria, esto es, en su opinión debemos referirnos más a un derecho a no decrecer que a un derecho de acrecer; consecuentemente el acrecimiento era un fenómeno necesario y se aplicaba automáticamente en el momento en que era cierto que el nacimiento esperado no tendría lugar, o que había sido en menor número del supuesto, incluso ignorándolo el *suus* ya nacido[696].

[695] D. 38, 16, 3, 10.- *Ulpianus 14 ad sab. ...et placuit, si in rerum natura certum sit hanc, quae se dicit praegnatem, praegnatem non esse, ex asse iam esse heredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans heres fit. quare si medio tempore decesserit, integram hereditatem ad heredem suum transmittit.*

[696] *Vid.* D. 5, 4, 5 pr.; D. 29, 2, 30, 6; D. 38, 16, 3, 10.

Con relación a esta teoria, debemos destacar la opinión en contra de Glück[697] al afirmar que no existe en este caso un derecho de acrecer verdadero y propio, sino únicamente "algo" que se muestra análogo a nuestro instituto en su apariencia exterior, explicando el texto recogido en D. 29, 2, 31, desde la situación de un póstumo al que le era atribuido un legado junto con otros, en este caso admite una desviación del derecho de acrecer regular en relación con los legados que, como es natural tenían su base en la voluntad del testador, que en ningún momento podía ser negada.

En este mismo sentido se expresa Guarino[698] en su recensión a la obra de Vaccaro al sostener que no es posible la interpretación que Vaccaro hace de los textos de los juristas clásicos recogidos en las fuentes, así, no puede admitirse un supuesto extraordinario de derecho de acrecer en el orden sucesorio de los *sui*, sino que se trata de un acrecimiento en sentido impropio, esto es, estamos ante una utilización práctica de la expresión o del verbo *adcrescere* vacía del sentido jurídico y los requisitos propios que se debe aplicar al mismo en derecho hereditario.

Continúa este orden de ideas Robbe[699] al mostrarse contrario a la tesis de Vaccaro afirmando que, ante la falta de nacimiento de un *postumus suus*, las fuentes hacen uso del verbo *adcrescere*

[697] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 587-588.

[698] A.GUARINO en recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, *SDHI, IX, op.cit.*, p. 302.

[699] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 138 y ss.

impropiamente, esto es, utilizado en su simple y puro sentido literal, que no se puede identificar con su verdadero significado jurídico, esto es, no se puede inferir de su uso el fenómeno del *ius adcrescendi*; de esta manera, el verbo *adcrescere* fue utilizado en las fuentes jurídicas tanto en su vertiente positiva (*adcrescere)* como en la negativa (*decrescere*), tal como se observa en D. 5, 4, 4; *a fortiori,* como queda suficientemente probado del estudio de las fuentes, tanto el verbo *adcrescere* o el término *ius adcrescendi* han sido utilizados literalmente y no en su sentido técnico jurídico en diversas ocasiones[700], así, se pueden citar los que más fielmente reflejan esta situación en opinión de Robbe que corresponden con los fragmentos que hacen referencia a los incrementos fluviales[701] y los referidos a la división y distribución del as hereditario[702].

En opinión de Robbe, la situación creada por el no nacimiento de un póstumo esperado no reúne todos los requisitos que se precisan en rigor para la verificación del derecho de acrecer; al respecto expone que dicho supuesto no produce una auténtica cuota vacante, presupuesto básico para la aplicación del derecho de acrecer, así afirma que "la vacanza della quota, in quanto a questa

[700] Asimismo, a lo largo de este trabajo se ha venido recogiendo esta idea así como los fragmentos en los que se fundamenta, por ello además de los reflejados en las notas posteriores *vid. supra* el apartado 4 del primer capítulo "Concepto de *ius adcrescendi*".

[701] D. 7, 1, 33, 1; D. 12, 4, 12; D. 19, 1, 13, 14; D. 41, 1, 30 pr.; D. 41, 1, 56 pr.

[702] D. 28, 5, 13; D. 37, 11, 8 pr.; I. 2, 14, 7.

non si può assolutamente paragonare la mancata nascita del *postumus suus*"[703].

Robbe basa su teoría en dos ideas fundamentales, por un lado, no existía una comunidad hereditaria temporal que permitiera la aplicación del derecho de acrecer, ya que la vacancia de la cuota hereditaria debía verificarse en el momento del nacimiento del póstumo, pues hasta entonces no se le consideraba *suus heres*, pero cuando ocurría que el póstumo no nacía, o aun naciendo no cumplía las condiciones exigidas para ser considerado *suus heres*, venía a faltar la base misma del acrecimiento que era una cuota hereditaria vacante, esto es, la falta de nacimiento de un póstumo no se puede identificar como una falta de adquisición por parte de un coheredero, pues en este caso no se trata de la atribución de un derecho sino únicamente de una reserva de los derechos del *nasciturus* hasta su nacimiento, por tanto, mientras llega ese momento los derechos hereditarios no le pertenecen dada la no certeza de que llegará a nacer, y aun si naciera, como ya se ha apuntado, debía cumplir las condiciones que exigía el *ius civile* para otorgar la personalidad jurídica y ser considerado *postumus suus* del *de cuius*.

[703] Sigue la misma opinión M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 42, cuando manifiesta que las cuotas reservadas a los póstumos que han quedado vacantes no dan lugar a un verdadero acrecimiento, ya que se configuran únicamente como una garantía que conllevaba una congelación temporal de parte de la cuota que les correspondía a los coherederos ya nacidos hasta el momento en que efectivamente se determinará el reparto de la masa hereditaria.

Por el contrario, estos derechos hereditarios sí pertenecían a los coherederos ya nacidos, a falta únicamente de determinar la cuota que les correspondía, siendo la misma provisional hasta el momento en que se verificara el nacimiento del *postumus*; Robbe afirma que la cuota hereditaria del póstumo era separada de la cuota de los herederos ya nacidos sólo desde un punto de vista ideal y exterior, pero en su sentido concreto e interior continuaba asociada a la cuota asignada al resto de coherederos hasta que tenía lugar el nacimiento del *postumus*, así no se puede hablar de *ius adcrescendi*, pues este derecho implica la adquisición de un derecho ajeno, requisito que no se cumplía en el caso de un póstumo, donde su cuota hereditaria no le había pertenecido ni siquiera temporalmente siéndo efectivamente asignada siempre que *fuerit editus*, nunca en un tiempo anterior a dicho acontecimiento.

La segunda idea en la que Robbe[704] fundamenta su tesis deriva de las fuentes jurídicas, así, este autor apunta que en las mismas se afirma con toda claridad y en varias ocasiones que los *sui heredes* ya nacidos eran herederos *ex asse*, aun ignorándolo, incluso en el caso de que la mujer del *de cuius* no estuviera efectivamente embarazada, si bien la creyesen en dicho estado; de su lectura se desprende que los juristas clásicos no hacían referencia al *ius adcrescendi*; sino que el *suus heres* ya nacido se hacía heredero *ipso iure* de toda la herencia por derecho de sucesión[705], no por derecho

[704] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, pp. 140-141.

[705] Las expresiones jurídicas utilizadas en estos pasajes del Digesto son concluyentes al respecto: *illud sciendum est; certum est; ex asse iam esse heredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans heres fit.*

de acrecer, de forma que si fallecía en el intervalo de tiempo que va desde la muerte del *paterfamilias* al momento en que ya era seguro que no iba a existir un nuevo *suus*, transmitía entera su herencia a sus herederos:

> D. 5, 4, 5, pr.- *Paulus 17 ad plaut. Illud sciendum est, si mulier praegnans non sit, existimetur autem praegnans esse, interim filium heredem esse ex asse, quamquam ignoret se ex asse heredem esse.*

> D. 29, 2, 30, 6.- *Ulpianus 8 ad sab. Suum heredem certum est ex asse heredem esse, etsi putat esse praegnatem mulierem, quae non est praegnas...*

> D. 38, 16, 3, 10.- *Ulpianus 14 ad sab. Est autem tractatum, pro qua partem faciat, quia ex uno utero plures nasci possunt. et placuit, si in rerum natura certum sit hanc, quae se dicit praegnatem, praegnatem non esse, ex asse iam esse heredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans heres fit. quare si medio tempore decesserit, integram hereditatem ad heredem suum transmittit.*

En consecuencia, Robbe a partir de estos pasajes del Digesto establece que el *suus heres* ya nacido tomaba la herencia *iure hereditatis* y no *iure adcrescendi* siempre que el póstumo no

naciera, o aun naciendo no se cumplieran las condiciones exigidas por el *ius civile* para ser *suus heres* del *de cuius*.

Con relación a esta segunda idea de la tesis de Robbe, es interesante resaltar que aun estableciendo las mismas consecuencias que la teoría mantenida por Vaccaro (*vid. supra*), esto es, el *suus heres* ya nacido era heredero *ex asse*, *ipso iure* en el caso de que la mujer no estuviera efectivamente embarazada, aun ignorándolo, y falleciendo en el tiempo intermedio a la espera del nacimiento de póstumo, transmitía la herencia a sus propios herederos; sin embargo, estos dos autores difieren totalmente en las premisas que les llevan a tales aseveraciones.

Así, Vaccaro[706] sobre la base del texto de D. 38, 16, 3, 10 justifica que el derecho sobre la herencia del coheredero ya nacido se adquiría desde la muerte del *paterfamilias* virtualmente dirigido al total de la misma, y al no sufrir ningún derecho concurrente, por no existir ningún otro *suus*, se expandía directamente sobre la masa hereditaria, pudiendo hablarse de un derecho de acrecer y al mismo tiempo de un derecho a no decrecer, percibiendo el aumento hereditario que le correspondía por el *ius adcrescendi*.

[706] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* pp. 13 y ss.; G.LA PIRA en "La sostituzione pupilare", en *Studi Bonfante*, *III*, *op.cit.*, pp. 309 y ss., confirma la opinión de R.VACCARO DELOGU, al afirmar con relación a la sustitución pupilar, pero aplicable al derecho hereditario romano en general, que en el supuesto de un sustituto pupilar que ya ha adido la herencia del *paterfamilias*, no tiene que realizar un nueva adición para la herencia pupilar deferida por el padre, que le acrece *ipso iure*, esto es, no puede acepta una y renunciar a la otra, pues esta última forma parte de una única herencia paterna, *vid*. D. 29, 2, 35; D. 29, 2, 53.

Muestra una opinión contraria Robbe[707], al considerar que la definición que hace Vaccaro respecto al derecho de acrecer basada en la *delatio* hereditaria eventual y potencial al total de la herencia, de la cual deriva la doble vertiente *ius adcrescendi-ius non decrescendi* es falsa, porque además de estar basada únicamente en un lado puramente negativo e irrelevante del acrecimiento, no hace referencia al auténtico significado y valor de la expresión ya que la misma siempre lleva incluida la referencia a un incremento, en este caso, de una cuota hereditaria; *a fortiori*, la observación de que lo adquirido *iure adcrescendi* no tenía su fundamento en un nuevo título sino en aquel ya existente, no hace más que constatar la especial peculiaridad de nuestro instituto; además, considerando al respecto de D. 5, 4, 5, pr.; D. 29, 2, 30, 6; D. 38, 16, 3, 10, que de estos fragmentos se desprende que el *suus heres* ya nacido era heredero *ex asse, ipso iure,* por derecho de sucesión, cuando la mujer que se creía embarazada no lo estaba si bien los juristas clásicos no hacen referencia al *ius adcrescendi,* utilizando expresiones tradicionales del derecho sucesorio romano, tal como en D. 29, 2, 30, 6.- *Ulpianus 8 ad sab. Suum heredem certum est ex asse heredem esse, etsi putat esse praegnatem mulierem, quae non est praegnas.*, a partir de esta idea particular infiere el principio general según el cual en todos los supuestos en los que el *postumus suus* no nacía, nacía muerto, o no cumplía los requisitos del *ius civile* para ser *heres suus* del *paterfamilias*, el coheredero ya nacido *iure hereditatis* adquiere el total de la herencia paterna.

[707] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, pp. 39 y 140.

En un sentido análogo, aun de manera ecléctica, se expresa Latorre Segura[708], al afirmar respecto a D. 5, 4, 4 que los términos "*adcrescere*" y "*decrescere*" o bien están utilizados en un sentido técnico, como apunta Robbe, o este pasaje fue alterado, pues del mismo parece desprenderse que el hijo era heredero de la cuarta parte y, según el número de póstumos que posteriormente nacían sufría un acrecimiento o un decrecimiento en su cuota de la herencia, lo que en su opinión es totalmente inadmisible pues no existía ninguna figura jurídica de decrecimiento como opuesta al acrecimiento, así este autor se decanta por esta última opinión, pues este fragmento debía referirse a la cuota de la masa hereditaria obtenida en la *petitio hereditatis*[709], de lo que se extrae que el texto asumía una visión procesal del problema planteado por el nacimiento en mayor o menor número de *postumi sui heredes.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[708] A.LATORRE SEGURA, "*Uxor praegnas relicta*", *op.cit.*, p. 198.

[709] Respecto a la *petitio hereditatis vid.* H. DERNBURG, *Ueber das Verhältniss der Hereditatis Petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Heidelberg, 1852, (reproducción facsimil de 1970), pp. 3 y ss.; C.ACCARIAS, *Précis de droit romain: contenant avec l'exposé des principes generaux, le text, la traduction et l'explicaton des Institutes de Justinien, II, op.cit.*, pp. 845 yss. ; G. LONGO, *L'hereditatis petitio*, Padova, 1933, pp. 1 y ss. ; W. D'AVANZO, *Delle successioni, I, op.cit.*, pp. 161 y ss.; M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione pasiva alla Hereditatis Petitio*, Milano, 1956, pp. 1 y ss. ; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 702 y ss.; R.QUADRATO, *Hereditatis Petitio Possessoria*, Napoli, 1972, pp. 7 y ss.

2.- *Adgnati*

2.1.- La posición jurídica del *adgnatus proximus* en la sucesión *ab intestato*

Del orden de llamamientos hereditarios establecidos en las XII Tablas[710] se desprende que a falta de *sui* eran llamados a la herencia del *paterfamilias* los agnados[711]:

[710] Una posible explicación al orden de llamamientos a la sucesión intestada que realizan las XII Tablas la presenta L.MICHON en "La succession *ab intestat* d' après les XII Tables", en *NRHD,* 1921, pp. 128 a 164 al establecer que en origen únicamente eran herederos los *sui* y la *gens*, lo que planteaba el problema de la sucesión hereditaria de una persona que pertenecía a la plebe, la cual cabe recordar *gentes non habent,* esto es, no formaba grupo gentilicio, y por tanto a falta de herederos suyos la herencia del pater quedaba vacante, así como solución a este supuesto de hecho la legislación decenviral habría introducido la sucesión agnaticia; *a fortiori,* este autor dispone que en el caso de los patricios, el agnado era además parte del grupo gentilicio, por lo cual la *gens*, para evitar perder un patrimonio que le correspondía desde antiguo imponía al agnado que recibía la masa hereditaria la obligación de cumplir una *in iure cessio* a su favor.

[711] *Gai* 3, 9; *Coll.* 16, 2, 9; *Coll.* 16, 3, 13; *Pauli Sent.* 4, 8, 13 *(=Coll.* 16, 3, 13); *Tit.Ulp.* XXVI, 1; D. 28, 16, 1, 9; D. 38, 16, 2. Respecto al concepto de agnados recogido en las fuentes jurídicas *vid. Gai* 1, 156; *Gai* 3, 10; *Gai* 3, 11; *Gai* 3, 12; *Gai* 3, 13; *Gai* 3, 15; *Ep. Gai* 2, 8, 3; *Ep. Gai* 2, 8, 7; *Coll.* 16, 2, 10; *Coll.* 16, 2, 12; *Tit.Ulp.* XI, 4; *Pauli Sent.* 4, 8, 3 (*Coll.* 16, 3, 3); I. 3, 2, 3. Para una visión general de los distintas teoría referentes a los agnados *vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 581 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 175 y ss.; E.ALBERTARIO,*"Tituli ex corpore Ulpiani", op.cit.*, pp. 515 y ss.; A.CARCATERRA, "La successione intestata dell'*adgnatus* nella legge delle XII tavole", en *Annali Bari, II*, 1939, pp. 263 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 26; M.F.LEPRI, *Saggi sulla terminología e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizione delle XII Tavole secondo Cicerone, op.cit.*, pp. 56 y ss. (*vid.* recensión de A.GUARINO en *SDHI, op.cit.*, pp. 407 y

XII Tab.- V, 4.-... cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.

ss.); M.F.LEPRI, "Ancora qualche parola a proposito di *sui* e di *adgnati*", en *Studi Solazzi, op.cit.*, pp. 299 y ss.; A.GUARINO, "Questioni intorno a *Gai* 3, 10" en *SDHI, XI*, 1944, pp. 290 y ss.(=en *Pagine di diritto romano, VI*, Napoli, 1995, pp. 128 y ss); A.GUARINO, "*Sui* e *adgnati* nelle XII Tabulae", *op.cit.*, pp. 204 y ss. (=en *Le Origine Quiritari, op.cit.*, pp. 254 y ss., de la que se cita, y en *Pagine di diritto romano, IV, op.cit.*, pp. 128 y ss.); B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano...", *op.cit.*, pp. 158 y ss.-271 y ss.; H.LÉVY-BRUHL, "*Heres*", *op.cit.*, pp. 151 y ss.; H.LÉVY-BRUHL, "*Intestatus*", en *Studi Albertario, I*, Milano, 1953, pp. 545 y ss.; H.LÉVY-BRUHL, "Observations sur le regime succesoral des XII Tables", *op.cit.*, pp. 142. y ss. ; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 152; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 193; G.SCHERILLO, voz: "Agnazione", *NNDI, I*, 1957, pp. 425 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 569; G.GALENO, voz: "Parentele e affinita. (Diritto Romano e vigente)", *NNDI, XII, op.cit.*, pp. 390 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 10; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 7 y ss.; S.SOLAZZI, "*Adgnati*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, LXIII*, 1950-1951, pp. 1 a 35 (= en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972, pp. 261 a 292); D.STOJCEVIC, "*Agnatus proximus*", en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 270 y ss. ; G.HANARD, "Observations sur l'*adgnatio*", en *RIDA, XXVII*, 1980, pp. 169 a 204; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 829; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 708 y ss.; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, pp. 125 y ss.; C.LÓPEZ RENDO, "La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I, op.cit.*, pp. 533 y ss.; G.M.OLIVIERO, "A propósito di *successio ordinum* nell'eredità intestata delle Dodici Tavole", en *SDHI, LXVIII*, 2002, pp. 626 y ss.

La agnación[712] se define como el vínculo existente entre aquellas personas que, bien por legítima filiación, esto es, nacido de legítimas nupcias, o bien por adopción o adrogación, estarían sujetas a la misma *potestas* o *manus* si el común ascendiente viviese aún, así lo son la mujer del *paterfamilias* casada *cum manu* en *iustae nuptiae*, a quien se considera *in loco filiae*; los parientes por línea masculina y sus mujeres casadas *cum manu*[713]; los adoptados y más tarde los hijos extramatrimoniales legitimados[714]; las personas libres en una relación *in causa mancipii* con el *pater*.La mayoría de la doctrina[715] mantiene la tesis de que los *adgnati* no eran considerados

[712] En referencia a la relación entre derecho sucesorio y agnación se establece por algunos autores que con la muerte del *paterfamilias* la familia del difunto, llamada *proprio iure,* se escinde formándose otras tantas familias como hijos varones estaban bajo el poder del padre, conservando entre ellos el vínculo agnaticio que existía entre los que habían estados sometidos a una misma *potestas*, esto es, *eiusdem familiae*, en cambio, cuando la ley defiere la familia a los agnados y a los gentiles, la familia *proprio iure* se extingue siendo absorbida dentro de la familia *communi iure*, por tanto, siendo distinto el origen también lo es el tratamiento que las XII Tablas da a los *heredes sui* y a los agnados y gentiles, *vid*. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 168 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 102 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, *I*, *op.cit.*, pp. 82 y ss.; P.FUENTESECA, *Derecho privado romano*, *op.cit.*, p. 361; G.HANARD, "Observations sur l'*adgnatio*", en *RIDA*, *op.cit.*, pp. 184 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 67; C.LÓPEZ RENDO, "La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I, op.cit.*, p. 564.

[713] *Gai* 1, 156; *Gai* 3, 10; D. 50, 16, 196.

[714] D. 38, 16, 2, 3.

[715] C.APPLETON, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et authenticité des XII tables*, *op.cit.*, pp. 50 y 69; P.BONFANTE, "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV, op.cit.* pp. 97 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 101 y ss.); V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto*

propiamente herederos, pues del texto decenviral "*adgnatus proximus familiam habeto*" se desprende que únicamente se apropiaban del patrimonio familiar, *familiam habere*, siendo la interpretación posterior la que los consideró verdaderos herederos[716],

romano, op.cit., pp. 537-538; V.ARANGIO-RUIZ, "Le genti e la città", en *Annuario dell'Università di Messina*, 1914, pp. 11 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, I*, Publicacione della Facolta di Giurisprudenza dell'Universitá di Camerino, 1974, pp. 519 y ss., reeditado en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, pp. 109 y ss., del cual se cita); S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 457 y 472; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 330; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 52 y ss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 40-67-100; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 9; H.LÉVY-BRUHL, "*Heres*", *op.cit.*, pp. 153 y ss.; F.DE MARTINO, "Storia arcaica e diritto romano privato", en *RIDA, IV*, 1950, p. 400; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 10; S.SOLAZZI, "L'*obligatio* dell'erede in *Gai*. II, 35-56", en *Studi De Francisci, IV*, Milano, 1956, pp. 258 y ss.; G.FRANCIOSI, "L'*heres extraneus* e le Dodici Tavole", en *LABEO, X*, Napoli, 1964, p. 355; V.ARANGIO-RUIZ, "Erede e Tutore", en *Scritti di Diritto Romano, II*, 1974, p. 286 (publicado anteriormente en *Atti della R. Academia di Scienze Morali e Politiche di Napoli, 53*, 1930, pp. 116-130; reeditado en *Rariora*, Roma 1946, y r. Camerino 1970, pp. 149-167); V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 537-538 y 551-552; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 830; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 371-372 y 419; G.COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio, I. La structtura originaria de "gerere pro herede", op.cit.*, pp. 108 y ss.; E.POLO ARÉVALO, "Aproximación a la estructura de la sucesión *mortis causa* en Derecho romano arcaico", en *Studia Iuridica, 88, op.cit.*, 159 y ss.

[716] S.PEROZZI en *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 458 y ss. establece que la jurisprudencia, al considerar que los *adgnati* y *gentili* sucedían en los bienes del difunto de igual forma que los hijos y los esclavos instituidos *cum libertate* en el testamento, les concede el mismo título sucesorio de *heredes*, produciéndose de esta forma la evolución del concepto de herencia, así afirma que "fermandosi così sul fatto della *successio* e trascurandone il modo ed il titolo, essa creava il concetto storico di *hereditas*. Ed ora anche le donne ebbero eredi". De igual modo, V.SCIALOJA en *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 9 manifiesta que a pesar de tenor literal de las XII Tablas al respecto, la jurisprudencia clásica llamó herederos a los agnados y a los gentiles, así afirma que: "mancando il successore testamentario e l'*heres suus*, la familia andava o all'agnato prossimo o ai gentili. I giuristi più resentí, como Gaio, nello spiegare la successione di questi ultimi affermano che anche essi sono eredi: però il testo

así, con relación a la sucesión de los agnados y gentiles Scialoja[717] establece que en las normas de la sucesión *ab intestato* que recogen las XII Tablas únicamente eran llamados al gobierno y continuación de la familia los *sui heredes*, mientras que a los *adgnati* y *gentili* se les llamaba de otra forma, esto es, no se les concedía el título de heredero, no continuando la familia sino absorbiéndola.

A propósito de esta opinión, Perozzi[718] manifiesta que tiene su fundamento en el hecho de que el concepto de *heres* denota la cualidad de hijo del *de cuius*, así el título de *heres suus*, como es sabido, tenía la característica principal de ser sucesor del padre tanto si quería como si no, y la no concurrencia de dicha circunstancia en los agnados tenía como consecuencia un modo distinto de suceder al difunto; para este autor, lo que en los *sui heredes* era un derecho de ocupación aquí se configura como una llamada al patrimonio de la familia, no obstante, una vez aceptado el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

delle dodici tavole, dopo avere parlato del *suus heres*, muta linguaggio e invence di dire che mancando l'erede testamentario o *suus*, sono eredi gli *adgnati* o i *gentili*, soggiunge che l'agnato prossimo o i gentili abbiano la famiglia", *vid.* V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 538; L.AMIRANTE, "Sulle XII Tavole. Un'ipotesi di lavoro: le "séquense" e l'ordine delle norme decemvirali", *op.cit.*, p. 208; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 830.

[717] V.SCIALOJA, "Sunto dei verbali delle riunioni dell'Istituto", en *BIDR, III*, 1890, pp. 176 y ss. De igual modo se expresa P.BONFANTE en "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV*, *op.cit.*, pp. 98-99 (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, *op.cit.*, pp. 108-109).

[718] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 457 y ss.

mismo se hacen propietarios de igual modo que si fueran *sui* o herederos testamentarios.

Por el contrario, Volterra[719] considera que la idea de que el *adgnatus proximus* no es heredero, sino que ocupa el patrimonio, no está avalada en las fuentes jurídicas, concluyendo que los romanos aplicaban el término *heredes* en el mismo sentido tanto a *adgnati* como a *sui*.

Asimismo, Voci[720] va más allá al manifestar que una diferencia de principios aplicables entre *sui* y agnados es inadmisible, pues con base en la Tabla V. 4, 5 no se puede establecer una diferencia en la cualidad de herederos entre los *sui* y los *adgnati* a pesar de la diferencia de términos utilizados en el citado precepto decenviral; así pues, aunque del texto se podría deducir que los primeros eran considerados *heredes sui* del difunto y a los segundos sólo se les defería la *familia* del mismo –*adgnatus proximus familiam habeto*–, para este autor los dos órdenes debían ser considerados herederos plenos del *de cuius*, afirmando al respecto "Eppure il gruppo agnaticio è detto *familia*, como la

[719] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.* p. 793 (nota 3), *vid.* O.LENEL, "Zur Geschichte der *heredis institutio*", en *Essays in Legal history, op.cit.*, pp. 123 y ss.; O.LENEL, "Die Rechtsstellung des *proximus adgnatus* und der *gentiles* im altrömischen Erbrecht", en *ZSS, XXXVII*, 1916, pp. 129 y ss.; G.SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930, p. 104 (nota 3); A.CARCATERRA, "La successione intestata dell'*adgnatus* nella legge delle XII tavole", en *Annali Bari, II, op.cit.*, pp. 268 y ss.; B.ALBANESE, "*Gai.* II, 34-37 *e l'in iure cessio hereditatis*", en *Annali Palermo, XXIII*, 1953, pp. 244 y ss.(=en *Scritti Giuridici, I*, 1991, pp. 43 y ss.); M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 708.

[720] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 10 y ss.-58 y ss.

familia proprio iure"; a mayor abundamiento, Voci afirma que en el derecho arcaico los agnados eran herederos sin necesidad de ningún acto voluntario de aceptación adquiriendo la familia así como los *sacra* y el *ius sepulchri*, lo que se deduce tanto del régimen de la *in iure cessio hereditatis*, pues el agnado en la época clásica podía llevar a cabo tal negocio jurídico antes incluso de la *aditio*, como de la norma según la cual el agnado más próximo con su sola presencia excluía al más lejano; de esta forma, aunque en el derecho clásico se permitía la renuncia de los *adgnati*, en una época más antigua adquirían definitivamente y sin posibilidad de renunciar a la herencia, *ipso iure*, de igual forma que los *sui*; asimismo manifiesta que cuando existían *adgnati proximi* llamados a la herencia, la sucesión de los gentiles no tenía lugar[721].

Se muestra en contra de dicha teoría Peréz Simeón[722] al declarar que no tiene fundamento en las fuentes, aceptando la doctrina mayoritaria actual que sostiene la voluntariedad de los *adgnati proximi* y que la renuncia de todos los agnados abría la sucesión de la herencia a los *gentiles*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[721] P.VOCI en *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 77 y ss., profundiza en esta opinión al defender la existencia de un *consortium ercto non cito* agnaticio que se podía disolver mediante la *actio familiae ersciscundae*, además E.ALBERTARIO, *Il Diritto romano, op.cit.*, p. 128 y 218; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 9. *Vid.* S.SOLAZZI, "*Societas* e *communio*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, op.cit.*, pp. 142 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, III, op.cit.*, pp. 437 y ss.) ; S.SOLAZZI, "Ancora di *Gai*. 3.154ª", en *Scritti di Diritto Romano, III, op.cit.*, pp. 645 y ss.

[722] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 42 (nota 71).

Por lo tanto, la herencia *ab intestato,* a falta de *sui*, era deferida por la ley al agnado más próximo –excluyendo al más remoto– en el momento en que fuera cierto que el padre de familia falleció intestado, que puede ser distinto al momento de la muerte, y si hubiera varios del mismo grado, todos ellos eran llamados a la herencia, sin distinción de sexo[723], dividiendo la masa hereditaria

[723] *Pauli Sent.* 4, 8, 20 (22).- *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguíneas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit.*, de igual redacción que *Coll.* 16, 3, 20, establece que la Ley de las XII Tablas no reflejaba ninguna distinción por sexo en la sucesión hereditaria, pero matiza que por la *lex Voconia*, del 169 a.C., sólo se admitía a la mujeres agnadas a la herencia en el caso de que fueran consanguíneas del causante, aunque esta regla ya debía estar en desuso a finales de la República. P.VOCI en *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 7 y ss. hace una variación a la afirmación anterior al manifestar que en los consanguíneos, esto es, aquellos descendientes del mismo padre aunque fueran de madre distinta, no había distinción de sexos, sin embargo con relación al concepto restringido de agnación que se utiliza en el derecho hereditario, que considera *adgnati* únicamente a los parientes colaterales por línea masculina, la sucesión era sólo de los hombres. Con relación a la igualdad de sexo en la vocación hereditaria *vid. Gai* 2, 121; *Gai* 2, 126; *Gai* 3, 2; *Gai* 3, 14; *Tit.Ulp.* XXVI, 1; *Tit.Ulp.* XXVI, 6; *Tit.Ulp.* XXVI, 8; C. 6, 58, 14; I. 3, 2, 3, además B.KÜBLER, "Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom", en *ZSS, XLI*, 1920, pp. 15 y ss; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 581; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 367 (nota 1); E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 794; E.VOLTERRA, "Sulla capacità delle donne a far testamento", en *BIDR, XLVIII*, 1941, pp. 74 y ss.(=en *ANTIQVA, 62*, pp. 76 y ss.); M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 709; A.CASTRO, "Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 214 (nota 36) y 222. De opinión contraria a la doctrina mayoritaria se posiciona G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 115 y ss.-172 y ss. al afirmar que a pesar de que los juristas clásicos no establecieron ninguna discriminación por razón de sexo en el derecho a suceder al *paterfamilias*, la sucesión de las mujer no cumplía el objetivo de la herencia romana consistente, en el caso de los *sui heredes*, en el deber de continuar la familia, más aun, en el supuesto de agnadas, tampoco podía absorber la familia del agnado próximo pues no podía ser *paterfamilias*, además con relación a la posibilidad de la mujer de suceder sólo a los propios consanguíneos este autor también se opone a la doctrina mayoritaria pues su teoría se fundamenta en que

por cabezas, pues a los *adgnati* no se les aplicaba la *successio in locum*[724]; por lo tanto, no podía haber un reparto del haber hereditario por estirpes, como en el caso de los *heredes sui*[725]. Asimismo, en el *ius civile* el primer llamado excluye a todos los demás agnados, en base a la vocación *ab intestato,* con independencia de si adquiere o no la herencia; así, si el agnado más próximo llamado a la herencia, renuncia a la misma o muere antes de realizar la *aditio*, su derecho no pasa al grado subsiguiente, pues en los agnados no existe la *successio graduum*[726].

---

la *lex Voconia* no es una restricción efectuada desde un régimen primitivo de libertad en la sucesión de las mujeres, sino que es una mejora a la imposibilidad originaria de suceder de las mismas. Sigue esta misma opinión G.FRANCIOSI en *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, pp. 157-158 al establecer que en la sucesión *ab intestato* establecida en las XII Tablas, tanto los *sui heredes*, los *adgnati* y la *gens* estaban integrados por los miembros masculinos del grupo, tal como se extrae de *Coll.* 16, 3, 13, asimismo con respecto a la *lex Voconia* –que limitaba la capacidad de suceder de las mujeres de la primera clase– y a las demás restricciones impuestas a la pertenecientes al resto de clases del censo manifiesta que supusieron una limitada capacidad para suceder otorgada a las mujeres en un contexto social-económico totalmente distinto al que existía en el derecho arcaico. *Vid.* H.LÉVY-BRUHL, *"Heres"*, *op.cit.*, pp. 155-156; L.MONACO, *Hereditas e mulieres*, Napoli, 2000, pp. 49 y ss.

[724] *Gai* 3, 15; *Coll.* 16, 2, 15.

[725] *Gai* 3, 16; D. 38, 16, 2, 2. Al respecto de esta aseveración J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET en *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 829 (nota 776), se plantean la posibilidad de aplicar el reparto de la masa hereditaria por *stirpes* cuando los agnados estuvieran en el mismo grado pero pertenecieran a estirpes distintas, por ejemplo, si hubiera cuatro sobrinos, agnados del *de cuius*, siendo tres de ellos hijos de un hermano premuerto y uno hijo de otro hermano premuerto; la pregunta sería si la herencia se divide en dos partes, esto es, una para cada estirpe o por el contrario se harían cuatro cuotas iguales, a lo que los autores responden que con fundamento en *Gai* 3, 15 prevaleció la solución del reparto de la herencia por cabezas.

[726] *Gai* 3, 12; *Tit.Ulp.* XXVI, 5; *Coll.* 16, 2, 12. La doctrina mayoritaria afirma que a fin de corregir la prohibición de la *successio graduum* se creó el

En este orden, los herederos eran considerados *heredes extranei*[727], y como tal eran *heredes voluntarii*, esto es, podían renunciar a la herencia, siendo necesario, en todo caso para su adquisición, un acto voluntario de aceptación (*aditio hereditatis)*[728]; el heredero voluntario, en la época clásica, podía aceptar la herencia de dos formas: mediante *cretio*[729], o a través de la llamada *pro*

mecanismo de la *in iure cessio hereditatis*, *vid.* S.SOLAZZI, "L' *in iure cessio hereditatis* e la natura dell' antica *hereditas*", en *IURA, III, op.cit.*, pp. 36 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, V, op.cit.*, pp. 371 y ss.); R.AMBROSINO, "*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*", en *SDHI, X, op.cit.*, pp. 34 y ss.; E.BETTI, "*In iure cessio hereditatis*", "*successio in ius*" e titolo di "*heres*", en *Studi Solazzi, op.cit.*, pp. 594 y ss.; E.BETTI, "La *in iure cessio hereditatis*", en *RIDA, XIII*, 1966, pp. 97 y ss.; A.TORRENT, "Cronología, finalidad y desaparición de la *In iure cessio hereditatis*", en *Studi Volterra, III, op.cit.*, pp. 237 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 377; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 710.

[727] *Gai* 2, 161.- *Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur: itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei uidentur; qua de causa et qui a matre heredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. serui quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.*

Gai 2, 162.- *Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate uel non adeunda.*

[728] *Gai* 3, 12; *Gai* 3, 22; *Gai* 3, 28; *Coll.* 16, 2, 12; *Pauli Sent.* 4, 8, 23; I. 3, 2, 7.

[729] Consistente en una declaración formal, oral y ante testigos, que debía cumplirse dentro de un plazo prefijado –generalmente cien días– transcurrido el cual el heredero que no había declarado su voluntad de aceptar perdía su derecho a la herencia. Con relación a la *cretio vid. Gai* 2, 164 a 174; *Tit.Ulp.* XXII, 27 a 34; ISIDORO, Etimologías 5, 24, 15; ISIDORO, Etimologías 5, 24, 16; VARRO, *De lingua latina* 6, 8, 81; *vid.* E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 727; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 232 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 239 y ss.; B.BIONDI, "Degenerazione della "*cretio*" ed accettazione expresa non formale", en *Scritti Giuridici, III*, Milano, 1965, pp. 545 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 588 y ss; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.* p. 724;

herede gestio[730]; además, con fundamento en *Gai* 2, 167 y *Gai* 2, 169[731] se acepta por algunos autores otra tercera forma de aceptar la herencia en época clásica denominada *aditio nuda voluntate*, si bien otra corriente doctrinal manifiesta que no se habría admitido una declaración no formal de aceptación hereditaria[732].

M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, p. 717; C.BEDUSCHI, *Hereditatis aditio, I, op.cit.*, pp. 19 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 553 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* pp. 687 y ss.; F.PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nella'età tardo-romana*, Torino, 1999, pp. 93 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, p. 212.

[730] Es una manifestación tácita de voluntad, no solemne, que se cristaliza en actos de inmisión de los cuales se pueda deducir la voluntad de ser considerado heredero, al respecto de la *pro herede gestio vid. Tit.Ulp.* XXII, 26; *Pauli Sent.* 4, 8, 23; I. 2, 19, 7, *vid.* E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 728; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 235 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 251 y ss.; S.TONDO, "Osservazioni intorno alla "*pro herede gestio*", en *Arch. Giur., CLIII*, 1957, pp. 3 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 594 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.* p. 725; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, pp. 717-718; C.BEDUSCHI, *Hereditatis aditio, I, op. cit.*, pp. 41 y ss.; G.COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio, I. La structtura originaria de "gerere pro herede"*, *op.cit.*; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 554 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.* pp. 689-690; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos, op.cit.*, p. 213.

[731] *Gai* 2, 167.- *At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem uocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis heres fieri: eique liberum est, quocumque tempore uoluerit, adire hereditatem; sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si uelit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti uendere.*

Gai 2, 169.- *At is, qui sine cretione heres institutus est quiue ab intestato per legem uocatur, sicut uoluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.*

[732] Con relación a las distintas teorías respecto a la *aditio nuda voluntate vid.*, C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 51 yss.; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II,*

2.2.- La aplicación del *ius adcrescendi* en el orden sucesorio de los *adgnati*

El derecho de acrecer en la sucesión intestada, según la regulación del *ius civile*, es de aplicación general en el orden sucesorio de los *adgnati*[733], pues a pesar de que la Tabla V. 4 se expresa en términos de *adgnatus proximus*, podía haber varios agnados de un mismo grado de parentesco con el *de cuius*, sucediendo al mismo *pro virili parte*; además, como es sabido, el *ius civile* negaba la delación sucesiva entre los distintos órdenes hereditarios, lo que conllevaba que cuando, por diversas circunstancias, un llamado a heredar en uno de los órdenes no

op.cit., pp. 16 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 627 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 259 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 599 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.* p. 723; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 555; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.* p. 691; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, p. 159 (nota 211); A.CALZADA, *La aceptación de la herencia en el Derecho romano. "Aditio nuda voluntate"*, Zaragoza, 1995, pp. 55 y ss.; A.CASTRO, "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "*aditio*", en *IURA, XLVII*, *op.cit.*, pp. 55 y ss.; J.PARICIO, "¿Tres modos de aceptación de la herencia?", en *LABEO, XLV*, 1999, pp. 244 y ss.; C.ORTÍN GARCÍA, *El derecho de acrecer entre coherederos*, *op.cit.*, p. 215.

[733] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 177 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 206 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* pp. 26-27; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, pp. 151 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 417; M.PÉREZ

adquiría su cuota, ésta no se defería al orden subsiguiente, sino que quedaba vacante; así, en el supuesto de existir una pluralidad de agnados próximos llamados a la herencia, si la cuota de alguno de ellos quedaba vacante por no haber sido aceptada, o porque hubiese muerto antes de aceptarla, su parte acrecía necesaria e inmediatamente a aquéllos que aceptaban, como se establece en *Tit.Ulp*. XXVI, 5:

> *Tit.Ulp.* XXVI, 5.- *Si plures eodem gradu sunt adgnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars adcrescit his, qui adierint; quod si nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Al respecto, La Pira[734] sostiene que cuando existían una pluralidad de agnados próximos llamados a la herencia, entre ellos se formaba un concurso en el cual cada uno de ellos podía, en virtud de su título de heredero, asumir en su totalidad la masa hereditaria, de esta forma se justificaría el acrecimiento de la cuota que quedaba vacante a los agnados que sí aceptaban. El derecho de acrecer tenía lugar incluso en caso de fallecimiento del agnado que había aceptado con anterioridad a que se presentara la situación de hecho

SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 41 y ss.

[734] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 177.

que daba lugar a la aplicación de dicho instituto, así expone que: "La ragione si è che l'acquisto non si opera *ex nunc*, ma *ex tunc*, cioè dal momento della adizione o che l'adizione produce, almeno virtualmente, l'acquisto dell'intiera eredità".

En el mismo orden de ideas, Vaccaro[735] afirma que el acrecimiento tenía como base que el heredero, en virtud de su título, era llamado idealmente a toda la herencia, formándose las distintas cuotas de la herencia a asignar a cada uno de los coherederos a partir de un concurso efectivo que se producía en el momento de la muerte del *paterfamilias* cuando desde el principio era claro que no existía testamento, o en un momento posterior si por invalidez o nulidad del testamento fuera cierto que el padre de familia falleció intestado, tal como se extrae de *Gai* 3, 16.- "*Quod si defuncti nullus frater extet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, uelut ex uno unus uel duo, ex altero tres uel quattuor, utrum in stirpes diuidenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita. iam dudum tamen placuit in capita diuidendam esse hereditatem. itaque quotquot erunt ab utraque parte personae, in tot portiones hereditas diuidetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.*"[736]; además, como anteriormente se ha puesto de manifiesto, el derecho de acrecer se transmitía al propio heredero, pues su desarrollo tenía lugar incluso después de

[735] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 26.

[736] *Vid. Tit.Ulp.* XXVI, 4; *Coll.* 16, 2, 16; *Coll.* 16, 3, 19; *Pauli Sent.* 4, 8, 19; *Ep. Gai* 2, 8, 6; D. 38, 16, 2, 2; I. 3, 2, 4.

la muerte del heredero que había aceptado, ya que el acrecimiento era un fenómeno necesario que no dependía de la voluntad ni del conocimiento del *heres* siguiendo la regla general *portio portioni adcrescit non personae*; así, el heredero del heredero que ya había adquirido la primera cuota hereditaria se beneficiaba por derecho de acrecer de la nueva cuota hereditaria, ya que el acrecimiento formaba parte de la primera adquisición, no pudiendo renunciar a la nueva cuota, sin necesidad de adir de nuevo[737], como se puede observar en *Pauli Sent*. 4, 8, 24 (26), D. 38, 16, 9[738]:

> *Pauli Sent.* 4, 8, 24, (26).- *Ex pluribus heredibus isdemque legitimis si qui omiserint hereditatem vel in adeundo aliqua ratione fuerint impediti, his qui adierunt vel eorum heredibus omittentium portiones adcrescunt. Quod in herede instituto eum qui acceperat substitutum evenire non poterit: diversa enim causa est scripti et legitimi.*

Universidad de Alicante

[737] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 333-334; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 26.

[738] R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.* p. 27 afirma que estos dos textos, a pesar de las glosas e interpolaciones sufridas, ilustran notablemente la esencia de la regla según la cual el acrecimiento "se transmite" al propio heredero, *vid.* C.SCHULTING, *Jurisprudentia Vetus ante-Justinianea ex recensione et cum notis, op.cit.*, p. 414 (nota 72); G.BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, op.cit.*, *IV* p. 158, *V* p. 8, *V* p. 67; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 334 (nota 10); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 187 (nota 1); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e..., op.cit.*, p. 155 (nota 1).

> D. 38, 16, 9.- *Marcianus 5 inst. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et licet decesserint, antequam adcresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.*[739]

Con referencia a lo expuesto, Robbe[740] matiza la tesis de Vaccaro al afirmar que en estos textos se confirma que el *ius adcrescendi* era aplicable a los *adgnati* incluso a finales de la época clásica, cuando gracias a la evolución del *ius civile* los agnados eran considerados *legitimi heredes*, pues del hecho constatado de que el *heres* del heredero se beneficiaba del derecho de acrecer, sin necesidad de nueva aceptación ya que formaba parte de la primera adquisición, se colige que la cuota era atribuida por derecho de acrecer y no por derecho sucesorio. Además Robbe manifiesta que la expresión *portio portioni adcrescit non personae* hacía referencia en esencia al objeto del derecho de acrecer, consistente en un derecho real ya actuado o que ha de actuarse inmediatamente, a este respecto, tanto la importancia del acrecimiento a favor del heredero

[739] Este fragmento del Digesto hace alusión al diverso régimen que tenía la transmisión hereditaria, según la cuota fuese devuelta por acrecimiento o por sustitución, pues en este último caso, por el principio de intrasmisibilidad de la delación, el sustituto no podía transmitir su derecho a sus herederos cuando hubiera muerto sin haber verificado la causa de la sustitución. Idéntica redacción tiene I. 3, 4, 4.

[740] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, pp. 155 a 157.

sucesivo –sobre todo si se pone en conexión con la norma de derecho hereditario que prohibía la *successio graduum vel ordinum*, todavía en vigor en la época clásica, cuyo significado era que los agnados de grado más próximo, aun renunciando o habiendo fallecido, excluían a los de grado posterior y que la presencia de un agnado excluía de forma definitiva a los gentiles– como la división de la masa hereditaria en presencia de varios agnados del mismo grado por cabezas y no por estirpes, ponen de manifiesto que las normas que regulaban la sucesión intestada romana eran contrapuestas al derecho de acrecer, lo que sirve para fundamentar el concepto que este autor tiene de nuestro instituto, basado en que el *ius adcrescendi* no estaba relacionado con los principios de la herencia *ab intestato* romana, sino que su formulación principal era que el derecho de acrecer dependía de un derecho real, y por consiguiente derivaba de una causa sustancialmente distinta a la de la herencia intestada, por tanto, afirma que el acrecimiento tenía su aplicación práctica en la herencia porque ésta siempre se resolvía en un derecho real, aun siendo la causa de la misma diferente a la del *ius adcrescendi*.

Asimismo, se manifiesta Robbe[741] en contra de la opinión de Vaccaro, en lo referente al llamamiento ideal al total de la masa hereditaria, cuyas cuotas se formarían a partir de la concurrencia con otros coherederos, al calificar de inaceptable la aseveración dada a la misma por Vaccaro, pues del texto de *Gai* 3, 16 (*vid. supra*) no se puede deducir dicha tesis; para este autor el citado

[741] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, pp. 152 y ss.

fragmento de Gayo hace referencia únicamente a la división *per capita* de la herencia intestada entre los sobrinos del *de cuius*, distinguiéndola del reparto de cuota *per stirpes* que se realizaba cuando esas mismas personas tenían la consideración de *sui heredes*, así el autor sostiene "Quindi, anche qui, nessuna chiamata poténciale o peggio ideale all'intera eredità, e nessun concorso efectivo determinante le parti: ma, al contrario, soltanto una pura e semplice divisione dell'eredità fra i diversi coeredi, ciascuno dei quali sin dal primo momento (dalla morte del de cuius) ha la propria singola quota a cui egli viene singolarmente ed independientemente chiamato per la contemporáneo ed influente (ma non concorrente) presenza degli altri coeredi.", así, es totalmente erróneo el afirmar, incluso de forma abstracta, que los coherederos eran llamados potencialmente al total de la herencia, formándose las de cuotas hereditarias a partir de un concurso efectivo, tal como se deduce de D. 50, 17, 141, 1.- *Paulus 54 ad ed. Uni duo pro solido heredes esse non possunt*; sin embargo, este autor sostiene que a pesar de esta diferencia en el planteamiento de su tesis, el que la división del as hereditario se realizara por cabezas o por estirpes no influía en modo alguno en el funcionamiento del derecho de acrecer, pues en el orden sucesorio de los *sui heredes* no se valoraba en ningún momento que la división de la herencia se hubiera realizado por estirpes, pues en dicho orden sucesorio no podía haber acrecimiento por el simple hecho de ser herederos necesarios. *A fortiori*, en opinión de Robbe, en los *sui heredes* la misma existencia de un concurso efectivo, formado en el momento de la muerte del *paterfamilias* impedía la posibilidad de aplicar el derecho de

acrecer, ya que es evidente que el derecho de acrecer se verificaba únicamente en el supuesto de una herencia que ya había sufrido una primera división entre los coherederos, y que por cualquier motivo, una de las cuotas no había sido aceptada, quedando vacante, dando lugar por tanto, a que la misma acreciera al resto de herederos que sí habían aceptado, por contra en los agnados si como afirma Vaccaro las partes se formaban a partir del citado concurso efectivo el acrecimiento resultante sería "imaginario e ilusorio, y no real y verdadero como realmente es."

Con relación a la utilidad práctica que tenía la aplicación el derecho de acrecer entre los agnados, Pérez Simeón[742] sostiene una teoría según la cual, los tres órdenes sucesorios mencionados en la legislación decenviral –*sui*, *adgnatus proximus* y *gentiles*— formaban compartimentos estancos, no pudiendo ser llamado a la herencia uno de los grupos mientras en el anterior quedara algún sujeto con posibilidad de recibir la herencia; de esta forma para conformarse el paso del compartimento de los agnados próximos al de los gentiles, habría sido necesario lo que este autor denomina "un mecanismo técnico-jurídico" capaz de aislar los dos órdenes, y que una vez cumplimentado permitiera el trasvase definitivo de la herencia del compartimento de los *adgnati* a los *gentiles* cuando entre los primeros no quedaba nadie para suceder, dicho mecanismo habría sido el acrecimiento, esto es, los gentiles recibían la herencia que en principio debían haber aceptado los agnados con

[742] M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 42.

fundamento en el *ius successioni* una vez que el acrecimiento hubiera cumplido su función, como elemento jurídico que permitía la portabilidad de la masa hereditaria del orden de los agnados a los gentiles; en esta idea se parte de la opinión mayoritaria que establece que cuando no quedaban agnados capaces de asumir la herencia, con base en el *ius civile*, tenía lugar la vocación de los gentiles a la misma, como si el testador nunca hubiera tenido agnados; por el contrario otros autores sostienen que la renuncia a la herencia de los agnados hacía que ésta deviniese vacante[743].

3.- *Gentili*

A falta de *adgnatus proximus*, en las XII Tablas se establece que la herencia era deferida a los gentiles[744]:

> *XII Tab.- V, 5.- Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

> *Gai* 3, 17.- *Si nullus adgnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem uocat.*

[743] *Vid.* J.ZLINSZKY, "Actes à cause de mort dans le droit romain archaïque", en *Actes à cause de mort/Acts of Last Will*, Bruselas, 1992, pp. 123 y ss.

[744] *Coll.* 16, 2, 17; *Coll.* 16, 3, 3; *Coll.* 16, 4, 2; *Pauli Sent.* 4, 8, 3; *CICERO, De Oratore*, I, 39, 176; *CICERO, In Verrem* I, 45, 115; *CICERO, De Inventione*, II, 50, 148; *CICERO, De Domo*, 13, 35; CATULO, 68, 123; PLINIO El Joven, *Panegyricus*, 37; *Auct. Ad Herenn.* I, 13, 23; C. I. L., VI, 1572.

> *qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus; et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abisse, superuacuum esthoc quoque loco de eadem re iterum curiosius tractare.*
>
> *Tit.Ulp.* XXVI, 1 a.- *Si adgnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem uocat his verbis: Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento. Nunc nec gentilicia iura in usu sunt.*[745]

Los gentiles son los que pertenecen a la misma *gens* del *de cuius*, esto es, forman un grupo de personas descendientes por línea masculina de un tronco común que comparten un mismo *nomen*[746]. Los individuos que pertenecen a una misma *gens* se identifican por el *cognomen*, siendo el *praenomen* el que hace reconocer a una familia. El vínculo gentilicio era propio de la clase patricia mientras que la plebe *gentes non habent*; no obstante, en opinión de Voci[747] con el paso del tiempo la plebe imitó esta costumbre patricia.

[745] Este fragmento recogido en "*Tituli ex corpore Ulpiani*" es una laguna suplida íntegramente con otras fuentes, entre las que hay que destacar *Coll.* 16, 4, 2.

[746] FESTO, *Gentilis: Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur.* ; *CICERO, Topica*, 6, 29.- *Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum maiorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.* ISIDORO, Etimologías 9, 2, 1.- *Gens est multitudo ab uno principio orta.* D. 50, 16, 195, 4.- *Ulpianus 46 ad ed. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam iuliam), quasi a fonte quodam memoriae.*

[747] P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 104.

Con respecto a la sucesión *ab intestato* en los *gentili* existen diversas posiciones doctrinales; así, Bonfante[748] afirma que los gentiles sucedían individualmente como cabezas de la familia gentilicia, por el contrario Perozzi[749] manifiesta que la ley llama a los gentiles en grupo, esto es, a todas las personas de la misma nacionalidad primitiva del difunto, aunque posteriormente era posible que la *gens* repartiese entre los gentiles el uso e incluso la propiedad de los bienes heredados. Existe una tercera teoría en el sentido de afirmar que la llamada a los gentiles era algo excepcional de la que se tiene poco conocimiento[750], ignorándose si existía distinción de grado entre los que tenían derechos a suceder, si eran llamados a la herencia individualmente o en grupo, así como la forma de división entre ellos si ésta fuera necesaria[751].

[748] P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 500, sigue la misma opinión P.VOCI, *Il diritto romano, III, Diritto privato*, *op.cit.*, pp. 230 y 287.

[749] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 581-582, matiza esta tesis Th.MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht, III*, Leipzig, 1876, p. 16 (nota 1) pues en su opinión, en origen la herencia la recibían los gentiles como grupo, pero avanzando en el tiempo dicha circunstancia cambió configurándose la sucesión en forma individual. *Vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 29-30 y 313; G.FRANCIOSI, "L'*heres extraneus* e le Dodici Tavole", en *LABEO, X*, *op.cit.*, p. 355; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 710; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali*, *op.cit.*, pp. 51 y 126.

[750] V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 538; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 207; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 28; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 417.

[751] Para una visión general de los gentiles y del derecho sucesorio que les era aplicable *vid.* Th.MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht, III*, *op.cit.*, pp. 9 y 16 (nota 1); P.BONFANTE, "La *gens* e la *familia*", en *BIDR, I*, 1888, pp.

236 y ss. (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, Torino, 1916, pp. 1 y ss.); P.BONFANTE, "Teorie vecchie e nouve sulle formazione sociali primitive", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, *op.cit.*, pp. 18 y ss.; F.DE COULANGE, *La ciudad antigua*, *op.cit.*, pp. 117 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, "Le genti e la città", en *Annuario dell'Università di Messina*, *op.cit.*, pp. 11 y ss.; L.MICHON, "La succession *ab intestat* d' après les XII Tables", *op cit.*, pp. 128 a 164; S.PEROZZI, "Parentela e grupo parentale", en *BIDR, XXXI*, 1921, pp. 88 y ss. (=en *Scritti Giuridici, III, Famiglia, successione, procedura e scritti varii*, Milano, 1948, pp. 3 y ss.); S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, I*, *op.cit.*, p. 300; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 581; G.SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 5; G.NICCOLINI, "Le tribu locali romane", en *Studi Bonfante, II*, Milano, 1930, pp. 235 y ss.; U.ROBBE, "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV*, *op.cit.*, pp. 21 y ss.; P.FREZZA, "Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano, en *SDHI, V*, 1939, pp. 161 y ss.; A.GUARINO, recensión a "*Studi sul diritto familiare e gentilicio romano*" de C.CASTELLO, en *SDHI, II*, 1944, pp. 411 y ss.; R.ORESTANO, voz: "Gens", *NNDI, VII*, 1961, pp. 782 y ss.; P.DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano, I*, Milano, 1943, pp. 132 y ss.; R.AMBROSINO, "*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*", en *SDHI, X*, *op.cit.*, pp. 34 y ss.; P.VOCI, *Il diritto romano, III, Diritto privato*, *op.cit.*, pp. 229-230; F.DE MARTINO, "Storia arcaica e diritto romano privato", *op.cit.*, pp. 402 y ss.; P.VOCI, "Esame delle tesi del Bonfante su la familia romana arcaica", en *Studi Arangio-Ruiz, I*, Napoli, 1952, pp. 101 y ss.; E.BETTI, "Ancora in difesa della conjetura del Bonfante sulla "*familia*" romana arcaica", en *SDHI, XVIII*, 1952, pp. 241 y ss.; F.DE MARTINO, "La *gens*, lo Stato e le classi in Roma antica", en *Studi Arangio-Ruiz, IV*, Napoli, 1953, pp. 25 y ss.; C.W.WESTRUP, "Sur les gentes et les curiae de la reyauté primitive de Rome", en *RIDA*, 1954, pp. 435 y ss.; U.COLI, "Tribu e centurie dell'antica repubblica romana", en *SDHI, XXI*, 1955, pp. 181 y ss.(=en *Scritti di Diritto Romano, II*, Milano, 1973, pp. 571 y ss.); P.DE FRANCISCI, "La communitá sociali e política romana primitiva", en *SDHI, XXII*, 1956, pp. 1 y ss. ; F.GALLO, "Osservazioni sulla signoria del *paterfamilias* in epoca arcaica", en *Studi De Francisci, II*, Milano, 1956, pp. 193 y ss.; G.GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano*, *op.cit.*, pp. 16 y ss. ; P.DE FRANCISCI, *Arcana Imperii, III, I*, Roma, 1970, pp. 17 y ss.; J.GAUDEMET, *Le droit privé Romain*, Paris, 1974, pp. 8 a 10; A.GUARINO, *Storia del diritto romano*, Milano, 1981, pp. 111-112; A.M.MANZO, "L'organizzazione gentilizia nelle Dodici Tavole", *en Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana, III*, Copanello, *op.cit.*, pp. 102 y ss.; G.FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, Napoli, 1984, pp. 3 y ss.; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali*, *op.cit.*, pp. 48 y ss.; G.FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica, dall'età arcaica al principato*, *op.cit.*, pp. 103 y ss.; G.M.OLIVIERO, "A propósito di *successio ordinum* nell'eredità intestata delle Dodici Tavole", *op.cit.*, pp. 627 y ss.

Como consecuencia a lo expuesto, y por tanto, debido a la escasez de información que recogen las fuentes jurídicas respecto a los *gentiles*, pues Gayo[752] la presenta ya como un recuerdo histórico en su época, no es posible establecer ninguna hipótesis en referencia al *ius adcrescendi* en el orden sucesorio de los gentiles.

4.- Conclusiones

Es el antiguo *ius civile* el primero de lo compartimentos en los que tiene aplicación la regulación genérica del derecho acrecer dentro de la sucesión *ab intestato* romana.

En este ámbito de actuación de nuestro instituto debemos tomar como punto de partida los presupuestos básicos del mismo, esto es, una llamada plural a heredar y una falta de adquisición que determinaba la vacancia de una cuota.

Asimismo, hay que tomar en consideración el orden de llamamientos a la herencia en el caso de que un *paterfamilias intestato moritur* establecido en la legislación decenviral, en este sentido, el primer grado en la sucesión intestada lo ocupaba el *heres suus* del *de cuius*, que adquiría la herencia *ipso iure* y sin necesidad

[752] *Gai* 3, 17; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.* p. 28; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 569; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.* p. 794; J.DECLAREUIL, "Paternité et filiation legitimes. Contribution à l'histoire de la familie légale à Rome", *op.cit.*, pp. 317 a 322.

de *aditio*. A falta de *sui*, el contenido de la Tabla V afirma que el agnado recibía el *familiam habento*, y por último, se llamaba a los gentiles.

Si ponemos en relación estas dos ideas se desprende que la aplicación del acrecimiento no era posible a causa del carácter automático y necesario de la adquisición hereditaria de los *sui heredes* como herederos necesarios, lo que daba como resultado la imposibilidad de que llegaran a cumplirse los requisitos básicos del derecho a acrecer, esto es, la llamada *in solidum* a la herencia y la falta de adquisición de algún *delatus*, así, la cuota hereditaria no podía devenir vacante, como se extrae de I. 2, 19, 1 y I. 2, 19, 2.

Con respecto al primero de los requisitos, no había *delatio* a los *sui heredes* por su incapacidad para aceptar o renunciar a la herencia, y respecto al segundo de los requerimientos tampoco era posible, pues la adquisición *ipso iure* de la propia herencia impedía la vacancia de la cuota, en definitiva, si no había cuota sin titular no podía desplegar su eficacia el *ius adcrescendi* favorable a los demás coherederos sobre la cuota dejada libre.

Esta situación de adquisición necesaria y automática en el orden de los *sui heredes* con referencia a la herencia intestada en lugar de un beneficio podía llevar acarreado un daño a los mismos, ya que cabía la posibilidad de una herencia *damnosa* sin oportunidad de renuncia.

En base a este escenario, el pretor por razones de equidad puso remedio, como en tanto otros casos, a una situación injusta

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

concediendo el *ius abstinendi*, como se demuestra del estudio de las fuentes jurídicas, así en *Gai* 2, 158; *Tit.Ulp.* XXII, 24; *Frag. Aug.* 2, 24; I. 2, 19, 2.

El *beneficium abstinendi* aun creado por el derecho pretorio alcanzaba plenos efectos civiles, así, cumpliendo su objetivo atemperando las graves consecuencias que deparaba a los *sui* la adquisición de la herencia en las condiciones que hemos expuesto, en este sentido, para el *ius civile* el abstenido conservaba siempre y necesariamente el título de heredero, si bien su naturaleza se configuraba como un *nudum nomen heredis,* por lo que aquél obtenía la *bonorum possessio* de los bienes, nunca la herencia civil.

Este beneficio otorgado por el pretor tuvo el mismo grado de acercamiento y confusión con el *ius civile* que sucedió con otras tantas instituciones jurídicas en el Derecho romano, lo que significó que en derecho justinianeo, el ejercicio por parte del *suus heres* del *ius abstinendi* se revelaba como una extinción *ipso iure* de la condición de heredero, no por derecho pretorio, sino con plena eficacia reconocida.

A nivel procesal, la abstención de un *suus heres* hacía que el pretor no le tuviese la consideración de heredero, negándole las acciones hereditarias, tanto activas como pasivas; asimismo, el abstenido cometía el delito de *furtum* cuando una vez declarada su intención de abstenerse tomaba cualquier cosa de la herencia, y en el mismo sentido de este supuesto si dañaba el patrimonio hereditario decaía su derecho a abstenerse.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Respecto a nuestro instituto, de la exposición realizada queda patente que, otorgado a los *sui heredes* por el pretor el beneficio a abstenerse de la masa hereditaria, la característica de heredero necesario perdía su relevancia, en consecuencia, ya se daban las condiciones fundamentales para la verificación del *ius adcrescendi* con relación a la cuota dejada vacante por quien se abstenía.

En el supuesto de abstención de un *suus heres,* cuando era el único llamado a la herencia *ab intestato,* parte de la doctrina afirma que la solución facilitada por el Derecho romano era llamar a los posteriores herederos legítimos mediante una delación sucesiva con fundamento en el derecho pretorio, si bien ésta es objeto de polémica debido a la oscura información con que contamos, pues presenta el problema de asumir la ficción jurídica que suponía aceptar que no existían *heredes sui,* condición que la llamada al segundo orden de los herederos intestados requería y, que en el supuesto de abstención de un *suus* no era cierto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En consecuencia, seguimos la doctrina que manifiesta que los textos donde se recogen tal conclusión están muy interpolados y, como afirma Robbe la abstención del *heres suus* en ningún caso presumía la concesión de la *bonorum possessio* a los restantes sucesores, pues no existió una delación sucesiva con base en derecho pretorio hasta que en derecho posclásico o, incluso llegando al justinianeo se abrió tal posibilidad con la fusión entre la normativa civil y el derecho pretorio, únicamente entonces la herencia rehusada por el abstenido implicaba una verdadera vocación civil a los siguientes herederos.

Por lo tanto, en época clásica si se producía la *bona vacantia*, con fundamento en D. 38, 9, 2, las opciones de actuación que se deducen del estudio de las fuentes pasan porque los bienes fuesen reclamados por el fisco, y de no ser así, que los acreedores promoviesen la *bonorum venditio* a nombre del causante a fin de evitar que la condición infamante recayera sobre el *suus*.

No obstante, el verdadero referente que nos interesa en el ámbito de este trabajo sucedía cuando una pluralidad de *sui heredes* eran llamados *ab intestato* a la herencia haciendo uno o varios de ellos ejercicio del *ius abstinendi* concedido por el pretor a los *sui heredes*, pues ahora sí se encuentra un verdadero contexto acrescitivo.

En este supuesto, el *suus* abstenido cumplía uno de los requisitos propios del acrecimiento, en concreto cumple la máxima "había derecho de acrecer cuando ante varios llamados a una misma herencia, si alguno de ellos, por cualquier causa no quisiera o pudiera adquirir", pues bien, en el caso expuesto tenemos la citada causa que daba lugar a la vacancia de una porción hereditaria.

Esta situación de abstención de un *suus heres* debía ser resuelta con la aplicación efectiva del *ius adcrescendi*, tanto en la sucesión *ab intestato* como en la testamentaria, en función de la unión de coherederos por una llamada solidaria a la herencia y, la aparición de una causa de hecho que provocaba la consecuencia jurídica de cuota dejada libre, si bien, ya no era una de aquéllas citadas por el *ius civile* –la muerte, la incapacidad y la no aceptación siempre que el heredero no fuese un *suus heres*– sino

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que el pretor mediante su trabajo corrector del Derecho había creado una nueva causa de falta de un heredero, si bien esta vez dedicado a la categoría de los *sui*, el *beneficium abstinendi*.

Esta situación, tenía una regulación normativa especifica del derecho de acrecer como consecuencia de su nacimiento en el seno del *ius honorarium*, en este sentido, la cuota vacante acrecía al coheredero no abstenido, pero el principio romano *semel heres semper heres* daba como resultado que el abstenido continuara siendo heredero por el *ius civile*, de manera que, la cuota era atribuida a quien correspondía con fundamento en el derecho pretorio.

El principal inconveniente de la verificación del acrecimiento en el supuesto de abstención de un *suus heres* se encuentra precisamente en dicha connotación de derecho honorario.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Hacemos referencia a la dificultad que para el Derecho romano plantea admitir que a un mismo sujeto, que ya había recibido su cuota propia en virtud del *ius civile*, se le asignase por derecho de acrecer una cuota ajena –del *suus* abstenido– como *bonorum possessor*; esta situación jurídica debía quedar aclarada cuando el coheredero no abstenido gozaba de la opción, bien de pedir la *bonorum possessio* tanto de su propia cuota como de la cuota hereditaria vacante, o bien de renunciar al total que le correspondía.

Esta posibilidad concedida a los *sui* por el pretor, que le permitía asumir la cuota dejada libre conforme a los principios del

beneficium abstinendi más la suya propia anteriormente adjudicada, o por su propia voluntad renunciar a todo, da un vuelco a los principios generales del acrecimiento romano civil que hemos estado afirmando hasta el momento; cae la adquisición *ipso iure*, sin conocimiento e incluso contra la voluntad del coheredero de la cuota que quedaba vacante, pues al contrario, el pretor concedía *ex novo* al coheredero no abstenido aceptar el total o, rechazar el mismo, afirmación con claridad según las fuentes que la renuncia no se podía limitar a la cuota acrecida, así, seguimos a Voci cuando sostiene que un beneficio a abstenerse de la herencia concedido por el pretor a los *sui heredes*, suponía una ventaja para algunos, pero no podía modificar la situación de un tercero sin la voluntad del mismo.

La adopción de tal solución por el pretor es la norma que se establece en las fuentes, así, en D. 29, 2, 55 y en D. 29, 2, 56, incluso si habían fallecido en el momento posterior de la abstención del *suus*, se le transmitía a su heredero la misma decisión que le hubiere correspondido a él.

El fundamento para sostener tal apertura de opciones al coheredero no abstenido es el mismo que sirve para justificar el derecho de acrecer, hacemos referencia a la llamada hereditaria virtualmente universal, tanto en la *bonorum possessio* como en la herencia civil, ordenada al total de la herencia, pues como manifiesta Vaccaro un único heredero civil no podía ser heredero *pro parte* y un único *bonorum possessor* tampoco.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A partir de este planteamiento general, aún pueden acontecer otras situaciones que dificultaba en mayor medida si cabe la verificación de nuestro instituto en este supuesto, la cuestión es que hacer cuando el coheredero no abstenido deseaba conservar su cuota *iure civili,* pero negándose a aceptar la posibilidad que se le ofrecía *iure honorarium* de renunciar al total en el supuesto de perjudicarle.

En este sentido, con fundamento en D. 37, 1, 3, 3.- *Ulpianus 39 ad ed. Invito autem nemini boronum possessio adquiritur,* parece que de las fuentes se extrae la definición de esta decisión como una facultad; este razonamiento, influye en el derecho de acrecer en el sentido de que al *suus* no abstenido, una vez recibida su cuota *iure civili,* no se le podía obligar a renunciar a la misma, por lo tanto, si alguno de sus coherederos se abstenía, dicha cuota vacante era asignada necesariamente al coheredero *iure adcrescendi*; asimismo, debía asumir las consecuencia del acrecimiento, cuando cumplía un acto de inmisión con conocimiento de la abstención del otro *suus*, no gozando a partir de ese momento de la protección del pretor, pues ya no le era concedida la opción de renunciar al total que le correspondía.

Como conclusión a todo lo expuesto, se puede afirmar que el derecho de acrecer era el título por el cual el coheredero recibía la cuota que había quedado vacante a causa del ejercicio del *beneficium abstinendi* por el *suus*, aplicándose su régimen no en el sentido general que conocemos, sino tomando en consideración la particular situación de gravamen que sufrían los coherederos, que ya se habían inmiscuido en la herencia con anterioridad a la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

abstención del *suus heres,* que venía promovida precisamente por el *beneficium abstinendi* otorgado por el pretor, pues el acrecimiento obligaba a los no abstenidos a responder de las deudas hereditarias que gravaban las cuota del abstenido. Por esta causa, el pretor reparaba la situación los coherederos que debían recibir las cuotas vacantes con equidad, y no deseaban solicitar la *bonorum possessio*, mediante la opción de renunciar a su propia cuota adquirida *iure civili*, ofreciéndoles *ex novo* una *facultas abstinendi* que habían perdido anteriormente con sus actos de inmisión en la herencia.

La aplicabilidad del *ius adcrescendi* en estos supuestos de abstención se encuentra recogido de modo explícito en diversos fragmentos de las fuentes, citamos entre ellos D. 29, 2, 38; D. 29, 2, 61; D. 29, 2, 98; D. 29, 2, 99; D. 42, 1, 44.

La naturaleza jurídica de este aumento o acrecimiento, que percibía el heredero que no se abstenía, debe ser entendida dentro del ámbito de la normativa del derecho hereditario romano con fundamento en las fuentes jurídicas.

Desde un punto de vista procesal hemos de tomar como premisa que, de acuerdo a lo establecido hasta el momento, el coheredero que veía acrecida su cuota con aquella que correspondió al *suus* abstenido respondía de todas las cargas hereditarias, ya que había adquirido al final del *iter* sucesorio el total de la herencia; esta cuestión, esta en íntima relación con la polémica doctrinal que trata de dilucidar si en el *beneficium abstinendi* el acrecimiento tenía lugar *iure civile* o tenía eficacia *iure honorarium*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Las posibilidades de actuación procesal de *suus* no abstenido oscilaban entre ejercitar respecto de las cuotas del abstenido las acciones civiles, o por el contrario, tener limitado dicho ámbito a las acciones útiles, a este respecto, debemos afirmar que en su origen, el derecho de acrecer en este supuesto de actuación del *ius abstinendi*, a causa de su limitación a cosas corporales, tenía lugar *ius civile*, pues encontramos fundamento para tal aseveración en la actuación del pretor mediante la concesión del derecho a abstenerse, que vaciaba de contenido patrimonial al título de heredero, de tal manera que la cuota del abstenido se podía considerar sin titular para el *ius civile*, siendo entonces posible aplicar un instituto propio del derecho civil romano sobre la base de un beneficio establecido por el derecho pretorio.

No parece lógico pensar que un derecho tan pragmático como el romano se perdiera en disquisiciones inútiles que fueran en contra de principios superiores, precisamente por ello coexistieron dos derechos, el civil y el pretorio, así, nos mostramos de acuerdo con la doctrina que sostiene la influencia e interrelación entre uno y otro ordenamiento jurídico y, de igual manera era posible, como en este caso, la aplicación de institutos de uno u otro origen en una misma situación jurídica, hasta que ambos derechos se confundieron terminando con los conflictos pasados.

Para fundamentar dicha decisión debemos atender a lo establecido en las fuentes jurídicas especificas del derecho hereditario, donde se pueden encontrar pasajes con supuestos resueltos en el sentido de admitir el *nudum nomen heredis* vacío de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

contenido patrimonial, cuyo titular no era considerado propiamente heredero, siendo verificado el acrecimiento civil sobre la cuota vacante; centrando la cuestión, hacemos referencia a situaciones en las que el derecho a abstenerse, instituto propiamente pretorio, tenía efectos civiles, tal como se establece en D. 38, 17, 2, 8, texto que en opinión de Robbe y Vaccaro es válido para confirmar que el derecho de la madre, surgido de la abstención de los *sui*, sirve de apoyo a su tesis de la aplicación efectiva del acrecimiento *iure civili*. Otro supuesto, es aquél recogido en D. 36, 1, 81, en el cual, por la abstención del pupilo, quedaba el título de heredero en la persona del fiduciario, si bien el derecho de acrecer tenía lugar directa e indudablemente a favor de fideicomisario.

Ahondado en materia procesal se puede extraer de D. 29, 2, 99 y D. 29, 2, 98, que una vez afirmada la permanencia del título civil de heredero en la persona del *suus heres* abstenido, éste debía responder *iure civili* ante los acreedores, si bien el pretor no otorgaba acciones a éstos últimos para demandarlo a fin de no hacer fracasar el *ius abstinendi*, en contrapartida y en base a la equidad, les concedió acciones útiles contra el *suus* no abstenido que había asumido el total de la herencia para proteger sus intereses. Asimismo, también le concedía acciones útiles a favor al coheredero no abstenido para la reclamación de créditos.

Esta utilización de las acciones útiles por parte del *suus* no abstenido no venía a significar en modo alguno que el *ius adcrescendi* modificara su naturaleza del *iure civili*, ya que si bien el derecho de abstención de los *sui heredes* era un instituto

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

praetorium, el derecho civil romano lo complementaba en la medida que debía dar solución al caso concreto planteado, en esto consistía la coexistencia de los dos órdenes jurídicos en un mismo tiempo aplicable a una misma situación, así, siguiendo la opinión de Voci si bien la defensa del *suus* no abstenido era siempre pretoria no era posible encajar el régimen derivante del acrecimiento en el supuesto de abstención de un *suus heres* en el ámbito de la *bonorum possessio*.

En el orden sucesorio de los *sui heredes* encontramos un caso especialmente complejo respecto a su llamamiento como heredero en general y, en la aplicación de *ius adcrescendi* en particular, es el de los *postumi*, a este respecto, se recoge en el orden de llamamientos a la sucesión intestada dentro de los *sui* al descendiente póstumo del *paterfamilias*, como se afirma en *Gai* 3, 4; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 6; C. 6, 55, 3; C. 6, 55, 4.

El *postumus suus*, desde la época arcaica del Derecho romano formaba parte de los *heredes sui* en la sucesión *ab intestato* del *de cuius*, si bien únicamente en el caso de que naciera, pues aunque se debía contar con su figura desde su concepción, para poder adquirir derechos sucesorios había que esperar al nacimiento, cuando adquiría la capacidad jurídica para suceder al *paterfamilias*, siempre que *in potestate futuri forent*.

Estos derechos sucesorios, reconocidos al *postumus* por el *ius civile* originaban una llamada eventual a la herencia, con unos derechos favorables reservados hasta su nacimiento, siendo este el punto de inflexión que significaba la transformación de expectativa

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a realidad, de posibilidad a adquisición de la herencia paterna *ipso iure*.

Respecto a la posibilidad que se abría de verificación del *ius adcrescendi* podemos afirmar que el póstumo como cualquier *sui* era un heredero necesario de *paterfamilias,* sin poder renunciar a la herencia por la imposibilidad jurídica de esta clase de herederos, en consecuencia, es válida la solución dada con anterioridad para el orden sucesorio de los *sui heredes,* esto es, no era posible la aplicación en esta versión más habitual del acrecimiento tal y como hemos estudiado hasta el momento, así, damos por reproducidas las razones para ello.

No obstante, fuera de este supuesto común, la posibilidad de nacimiento de un póstumo *suus* al que se le había reconocido la *vocatio ab intestato*, en el seno de una familia pendiente de distribuir bienes hereditarios entre varios de sus miembros, causaba al Derecho no pocos problemas y, entre ellos al derecho de acrecer.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A este respecto, la reserva de los derechos hereditarios al *postumus* daba lugar a variaciones dentro del orden sucesorio, así, podía modificar la *vocatio ab intestato* y el reparto del patrimonio hereditario creando un estado de incertidumbre, pues como *spes hominis* tenía una expectativas de derechos que debían ser salvaguardados hasta su nacimiento, momento en el adquirían efectividad.

Estas expectativas pasaban por reservar al póstumo el derecho a la *delatio* hereditaria, lo que en consecuencia representaba que si

el *nasciturus* era el único *suus heredes* se suspendía la delación a los agnados hasta que, se evidenciara la no existencia de embarazo, o que el póstumo no había nacido, o si había nacido pero no con los requisitos necesarios para poder ser considerado persona según el *ius civile*, si alguna de estas comprobaciones resultaba positiva causaba la incapacidad jurídica del *conceptus* para asumir sus derechos hereditarios, siendo otorgados los mismos a los herederos de posterior grado.

Solución opuesta era aquélla que se tomaba en la concurrencia del *postumus* con otros *heredes sui*, en este caso se le debían reservar una o varias cuotas de la herencia, según un sistema de presunciones establecido por la jurisprudencia, como se afirma en D. 38, 16, 3, 9 y D. 38, 16, 3, 10.

En esta segunda situación de hecho planteada por el nacimiento de un póstumo ya no tenía lugar la suspensión de la *vocatio ab intestato*, pues en el concurso efectivo del que formaban parte las expectativas de derecho del *conceptus* también estaba los *sui* ya existentes que como herederos necesarios adquirían *ipso iure* sus respectivas cuotas a la muerte del *paterfamilias*, por tanto, sin esperar al nacimiento del primero, al que se reservaban una o varias cuotas de la herencia para asignarlas en el momento de su nacimiento, al adquirir la condición de *heres*.

Polémica es la cuestión de conocer en que medida se le reservan esas cuotas, al desconocer el número de niños que formaban el futuro parto, existiendo posiciones enfrentadas entre los juristas que no llegaron a conciliarse.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, la tesis Sabiniana establecía que en espera del nacimiento del *suus postumus* fueran reservadas a éste tres cuotas de la herencia, si bien no fue esta una doctrina pacífica y, se desconoce que fuese así desde los inicios del Derecho romano, por lo tanto, ante la abundante pero contradictoria doctrina, así como fuentes tanto jurídicas como literarias que tratan esta materia no nos es posible llegar a conclusión numérica concreta, además de no influir en modo alguno en el tema de estudio de esta tesis.

Por lo tanto, centramos nuestra atención en la aplicación del *ius adcrescendi* en los *postumi* admitiendo que en el escenario familiar arriba descrito todos los *heredes sui,* excepto el *nasciturus* adquirían su cuota hereditaria inmediatamente a la muerte del *paterfamilias*; únicamente el *conceptus* se encontraba en una situación de espera hasta que con el nacimiento obtuviese la condición de *heres*, esta función venía cumplida por la reserva de una parte de la masa hereditaria siguiendo el citado sistema de presunciones como una regulación provisional a la espera del parto de la mujer, momento en el que se conocía finalmente el número exacto de nacidos, o si había nacido un feto muerto.

Esta amplitud de posibilidades que nos da la naturaleza en los partos tienen reflejo jurídico en todos los ámbitos de actuación del Derecho, anterior y posteriormente al Derecho romano, si bien podemos afirmar que es en el Derecho de familia y hereditario donde las expectativas sucesorias de un hijo póstumo toman verdadera envergadura jurídica ya desde antiguo, lo que ha dado lugar a un amplio trabajo por parte de la doctrina de todos los

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tiempos, interpretando sucesos complejos a fin de solucionarlos conforme al principio de equidad, al que debemos añadir el sentido pragmático de nuestro Derecho romano.

Así, respecto al tema que nos ocupa, tomando como premisa que el derecho de acrecer no se podía aplicar de forma general en el orden sucesorio de los *sui heredes*, actuaba aquí un doble sistema de acrecimiento-decrecimiento.

En este sentido, queda probado de las fuentes y tomamos parte de la doctrina de Vaccaro en el sentido de afirmar que si no nacía ninguno o, nacía un número inferior al supuesto, la cuota o las cuotas reservadas al *postumus* perdían el fundamento de su existencia, por lo tanto, aumentaban automáticamente la cuota del heredero o, coherederos ya existentes. En la situación contraria, si nacía un número superior al previsto, se producía un decrecimiento proporcional en las cuotas asignadas al heredero o, coherederos ya existentes hasta la formación exacta de una nueva cuota, sistema que se recoge en D. 5, 4, 3; D. 5, 4, 4 y D. 29, 2, 31.

En este ámbito, el derecho del coheredero existente se conformaba como la expansión de un derecho anterior que le facultaba para adquirir la cuota que estaba reservada al póstumo y que había quedado libre, pues la primera adjudicación de cuotas no era una atribución definitiva, sino que los derechos del *nasciturus* estaban subordinados al nacimiento del mismo, adquiriendo efectividad cuando se confirmara definitivamente que se había cumplido el nacimiento como condición inexcusable para adquirir la condición de *heres*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por lo tanto, la llamada a una pluralidad de sujetos, uno de los elementos claves del acrecimiento, provocaba la creación del concurso efectivo, si bien no en el momento del fallecimiento del *paterfamilias* como sucedía de ordinario, sino que había se debía esperar al nacimiento del póstumo, manteniendo entretanto en vigor una regulación temporal basada en presunciones; si bien, con el suceso de tal acontecimiento se conocía el número exacto de *sui heredes* entre los que hacer la distribución de la masa hereditaria, con fundamento en el derecho igual, potencial y directo que todos tenían al total de la herencia, limitado únicamente por el concurso de todos los *sui*, ahora bien, tomando como punto de partida esta compleja situación debemos preguntarnos si el nuevo reparto tenía lugar por la aparición de cuotas vacantes, y en consecuencia que fundamento justificaba el nuevo reparto de porciones hereditarias.

En otras palabras, es suficiente conocer que el derecho a la herencia del *suus* ya existente no había sufrido un límite real al no producirse el nacimiento de uno o varios póstumos con la consiguiente merma en su derecho y, que en consecuencia el mismo se expandía sobre la cuota del *postumus* que había quedado libre, como lo manifiesta D. 38, 16, 3, 10, así como la consiguiente transmisión de la herencia íntegra a su propio heredero –aun ignorándolo– si fallecía en ese tiempo de regulación provisional pues su derecho había quedado intacto sobre el total de la herencia para llamarlo derecho de acrecer.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Creemos que no, así asumimos la doctrina general que define esta situación como un acrecimiento en sentido impropio, únicamente análogo a nuestro instituto en su apariencia exterior.

En este sentido, si bien diferimos en su tesis principal sobre el acrecimiento con Robbe, sí aceptamos en este caso su afirmación de que ante la falta de nacimiento de un *postumus suus* o, un nacimiento en menor número del esperado, las fuentes utilizan el término *adcrescere* en su simple y puro sentido literal, tanto en su vertiente positiva (*adcrescere)* como en la negativa (*decrescere*), del que no resulta un verdadero *ius adcrescendi* en su sentido de institución jurídica ordenada a solucionar problemas de comunidad hereditaria en el ámbito de trabajo que nos ocupa.

En este orden de ideas, debemos afirmar que la falta de nacimiento de un póstumo esperado no presentaba los requisitos necesarios para la verificación del derecho de acrecer, pues no había una auténtica cuota vacante, presupuesto básico para la aplicación del derecho de acrecer.

Así, para la verificación real de nuestro instituto en una situación de pluralidad de herederos era necesaria la falta de adquisición por parte de uno de ellos, pero esta no era una situación comparable a la falta de nacimiento de un póstumo, pues las cuotas dejadas vacantes en el supuesto de no nacimiento, o de nacimiento sin las condiciones adecuadas para ser un *suus* del *de cuius*, se configuraban como una garantía en orden a mantener la familia, mediante la cual una parte de lo que correspondía a los coherederos ya nacidos quedaba en suspenso temporalmente hasta el momento en

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que efectivamente, concursando todos los herederos, se determinará el reparto de la masa hereditaria, por lo tanto, no era la atribución de un derecho a los póstumos sino únicamente de una reserva de los derechos del *nasciturus* hasta su nacimiento.

Sin embargo, estos derechos hereditarios sí pertenecían a los coherederos ya nacidos, aun con una cuota provisional, que quedaban a la espera de la determinación final de la misma, cuyo conocimiento real se obtenía con el nacimiento del póstumo y la formación del concurso efectivo en el cual se conformaba la cuota final perteneciente a cada uno de los coherederos.

En este escenario, el *ius adcrescendi* no podía tener lugar pues la adquisición de un derecho ajeno es imprescindible para hablar de acrecimiento –que debía pertenecer a los póstumos– y aquí no se cumplía, pues la cuota reservada no le pertenecía ni siquiera temporalmente hasta que *fuerit editus*, sólo entonces tomaba efectividad su derecho y adquiría su porción hereditaria *ipso iure*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta posición ya es suficiente para negar el acrecimiento en esta sede, no obstante, es interesante aclarar el fundamento del derecho por el cuál recibía el heredero existente la cuota dejaba libre por el póstumo.

A este respecto, en las fuentes que hacen referencia a este supuesto los juristas clásicos utilizaban expresiones jurídicas tradicionales de derecho sucesorio no ordenadas concretamente al *ius adcrescendi*, sino que, ante la falta de nacimiento del póstumo, el *suus heres* ya nacido se hacía heredero *ipso iure* de toda la

herencia *iure hereditatis* y no por derecho de acrecer, por lo que en consecuencia, si fallecía durante la vigencia del derecho temporal de reserva de cuotas y, posteriormente el *postumus suus* no nacía, o lo hacía muerto, o no cumplía los requisitos del *ius civile* para ser *heres suus* del *paterfamilias*, transmitía entera su herencia a su herederos.

El orden sucesorio tipo de aplicación general del *ius adcrescendi* en la antiguo *ius civile* es el formado por los *adgnati*, así, según el orden de llamamientos establecidos en las XII Tablas, a falta de *sui* la herencia del *paterfamilias* pertenecía a los agnados.

En los agnados, la característica principal que nos interesa en orden a establecer la verificación o no de nuestro instituto es la voluntariedad de los *adgnati proximi* que sostiene la doctrina mayoritaria, con la que nos mostramos de acuerdo.

A este respecto, en la herencia *ab intestato*, a falta de *sui*, el *ius civile* otorga la masa hereditaria al agnado más próximo, excluyendo al más remoto, con independencia de si adquiere o no la herencia, y si hubiera varios del mismo grado, todos ellos eran llamados a la herencia, dividiendo la misma por cabezas; conjuntamente, en base a esta vocación intestada si el agnado más próximo llamado a la herencia, renuncia a la misma o muere antes de realizar la *aditio*, su derecho no pasa al siguiente grado, pues no se admite la *successio graduum* en los agnados.

En este orden, los herederos eran considerados *heredes voluntarii* lo que claramente significa que podían renunciar a la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

herencia, siendo necesario, en todo caso para su adquisición, un acto voluntario de aceptación, la *aditio hereditatis*.

En este escenario, el derecho de acrecer en la sucesión intestada era de aplicación general en el orden sucesorio de los *adgnati*, pues si existían varios agnados de un mismo grado llamados a suceder *pro virili parte* al *de cuius* y, ya que el *ius civile* negaba la delación sucesiva entre los distintos órdenes hereditarios, si la cuota de alguno de ellos quedaba vacante, por incapacidad, falta de aceptación o, por fallecimiento del heredero antes de la aceptación, su parte acrecía, en virtud de su título de heredero, necesaria e inmediatamente a aquéllos que sí adquirían, como se establece en *Tit.Ulp*. XXVI, 5.

Este derecho de acrecer tenía como fundamento un título de heredero llamado ideal y potencialmente a toda la herencia, con una distribución de cuotas formadas a partir de un concurso efectivo nacido en el momento de la muerte del *paterfamilias* cuando desde el principio la sucesión era *ab intestato* o, en un momento posterior si por invalidez o nulidad del testamento, fuera cierto que el padre de familia falleció intestado.

Asimismo, en virtud de su régimen jurídico y del contenido del citado título de heredero el acrecimiento se transmitía al propio heredero incluso después de la muerte del heredero que había aceptado, pues estamos ante un fenómeno necesario que no dependía de la voluntad ni del conocimiento del *heres*, así el heredero del heredero, que ya había adquirido la primera cuota hereditaria se beneficiaba por derecho de acrecer de la nueva cuota

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

hereditaria, sin necesidad de adir de nuevo, ya que el acrecimiento formaba parte de la primera adquisición, no pudiendo renunciar a esta nueva cuota, como se observa en *Pauli Sent.* 4, 8, 24 (26), D. 38, 16, 9.

Por último, debemos hacer referencia al orden sucesorio de los *gentili,* así, como establecen las XII Tablas a falta de *adgnatus proximus,* la herencia era deferida a los gentiles, como puede observarse en *XII Tab.- V, 5*; *Gai* 3, 17; *Tit.Ulp.* XXVI, 1a.

Respecto a este orden sucesorio y su relación con *el ius adcrescendi,* no es posible establecer ninguna hipótesis debido a la escasa de información que nos proporcionan las fuentes jurídicas respecto al derecho hereditario de los *gentiles*, pues ya en época de Gayo era un recuerdo histórico.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 5.- El derecho de acrecer en la *bonorum possessio*

1.- Cuestiones previas

La primera cuestión que debe plantearse a la hora de tratar la aplicación de *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* es que tanto la estructura como la función originaria de la *bonorum possessio* tuvieron una importante influencia en la aparición y posterior desarrollo del acrecimiento en este instituto de derecho honorario. En este sentido, el origen[753] de la *bonorum possessio* se encuentra en la labor jurídica desarrollada por el pretor, quien definió en

[753] El origen histórico de la *bonorum possessio* aparece reflejado en diversos textos de Cicerón que se remontan a la época más antigua del instituto:

CICERO, In Verrem, II, 1, 114.- *...si tabulae testamenti non proferrentur, tum ut, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur...*

CICERO, In Verrem, II, 1, 115.- *...Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem; eius testamentum erat nullum; lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data:...*

CICERO, In Verrem, II, 1, 117.- *Iam hoc ridiculum est: si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo...*

virtud de su *imperium*[754] y paralelamente al *ius civile*, un sistema sucesorio en el cual primaban los *consanguinitatis iura*[755] con la finalidad de superar de esta manera la tradición jurídica romana que configuraba el Derecho sobre la base de la familia agnaticia. Con esa intención, concedía la mera *possessio*[756] de los bienes del

[754] Con relación al poder del pretor para crear Derecho *vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 34 y ss.; E.BETTI, "La creazione del diritto nella *iurisdictio* del pretore romano", en *Studi Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 67 y ss. (=extracto publicado por CEDAM, Padova, 1927, pp. 3 y ss. del cual se cita); A.GUARINO, "Il diritto e l'azione nella esperienza romana" en *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, pp. 314 y ss. ; M.TALAMANCA, *Lineamenti di storia di diritto romano*, Milano, 1989, pp. 130 y ss.; J.IGLESIAS, *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1989, pp. 69 y ss.; J.IGLESIAS, *Arte del Derecho. Estudios romanísticos. Nuevas miniaturas. Última lección*, Madrid, 1994, pp. 67 y ss.; A.CASTRO, "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII*, 2000, pp. 197 y ss.

[755] B.BIONDI, voz: "*Bonorum Possessio*", en *NNDI, II*, 1957, p. 512; R.LEONHARD, voz: "*Bonorum Possessio*", en *Paulys Real-encyclopädie Der Classischen Altertumswissenschaft, III*, 1897, pp. 708 y ss.; W.SMITH, voz: "*Bonorum Possessio*", en *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, 1875, pp. 208 y ss.; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, pp. 719 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 229 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, *op.cit.*, pp. 70 y ss. ; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 122 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 539 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 513; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, pp. 774 y ss.-831 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 419 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 69; A.CASTRO, "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII, op.cit.*, pp. 198 (nota 11)-215 y ss.; G.SUÁREZ BLÁZQUEZ, "Reflexiones sobre la *bonorum possessio ex testamento cum tabula et contra tabulas* y *bonorum possessio ab intestato*", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, II*, Burgos, 2000, pp. 519 y ss.

[756] La *bonorum possessio*, una vez obtenida y en función de su capacidad de resultar un derecho prevalente frente a la herencia civil podía ser *cum re*, o bien *sine re*, *Gai* 2, 148; *Ga*i 3, 35; *Tit.Ulp.* XXIII, 6; *Tit.Ulp.* XXVIII, 13. Con relación al hecho de que la *bonorum possessio* pudiera concederse por el pretor *cum re* o *sine re*, *vid.* L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*,

difunto a las personas mencionadas en el edicto pretorio[757], en el cual se daba un puesto preeminente a aquellos sujetos que en su opinión eran merecedores de defensa procesal con el fin de compensar las injusticias que provocaba el sistema hereditario civil[758].

A este respecto, y como cuestión previa al estudio de las distintas tesis en torno a la vigencia del acrecimiento en la *bonorum*

pp. 133-134; C.ARNÒ, "La *bonorum possessio sine re" il problema dell'origine*, en *Memorie della R. Accademia delle Scienze in Modena, serie III, vol. XII (sezione Scienze)*, Modena, 1914, pp. 17 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 495 y ss.; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, pp. 721 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 517; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 519 (nota 1)-520; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 239 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, *op.cit.*, pp. 80 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 130 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 734; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, pp. 168-169; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 692 y ss.-716 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, pp. 673 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 69 y ss.

[757] La evolución histórica de la *bonorum possessio ab intestato* culmina con la regulación recopilada en el Edicto Perpetuo de *Salvius Iulianus* en época de Adriano, *vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 33 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 64 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 511 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 245 y ss.; A.GUARINO, *Salvius Iulianus*, *op.cit.*, pp. 55 y ss.(=en *LABEO, X*, *op.cit.*, pp. 364 y ss. y en *Pagine di Diritto Romano, V*, *op.cit.*, 183 y ss.); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, p. 170; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, pp. 831 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 69 y ss.

[758] D. 38, 6, 1, 1; D. 38, 6, 4; D. 38, 7, 2, 4; D. 38, 8, 1, 3; D. 38, 8, 1, 10; D. 38, 11, 1.

possessio hay que señalar que la función originaria de la *bonorum possessio* se configuraba conforme a la trascendental actividad jurídica desarrollada por el pretor; sobre la misma no existe unanimidad en la doctrina, siendo la opinión dominante[759] la que

[759] C.F.FABRICIUS, *Ursprung und Entwickelug der Bonorum Possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum: eine rechtshistorische Untersuchung*, Berlin, 1837, pp. 7 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, pp. 218 y ss.; A.SCHMIDT, "Die Anfänge der *Bonorum Possessio*", en *ZSS, XVII*, 1896, pp. 324 y ss.; C.LONGO, voz: "*Bonorum Possessio*", en *Enciclopedia Giuridica Italiana, 2.1*, Milano, 1911, pp. 1206 y ss.; B.BIONDI, *La legittimazione processuale nella azioni divisorie romane, op.cit.*, pp. 6 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 36 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, pp. 73 y ss.; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 719 (nota 4); S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 499 (nota 3); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 229 (nota 1); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 516-517; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 518 y ss. ; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 40; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, pp. 172-173; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 691-692; W.KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, (traducción J.M.Miquel), *op.cit.*, pp. 105 y ss.; F.PASTORI, "La definizione della *Bonorum possessio*", en *Studi De Francisci, III*, Milano, 1956, pp. 597 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 130 y ss.; R.QUADRATO, *Hereditatis Petitio Possessoria, op.cit.*, pp. 87 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, pp. 777 y ss.; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, pp. 167 y ss.; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 357 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 375; A.CASTRO, "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII, op.cit.*, pp. 217 y ss. Sobre las distintas teorías doctrinales en torno al origen de la *bonorum possesio vid.* C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 33 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 494 y ss.-585 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 513 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 126 y ss.; B.BIONDI, "*Hereditas* e *bonorum possessio*", en *Scritti Giuridici, III*, 1965, pp. 521 y ss.; G.DONATUTI, "*Bonorum Possessio*", en *Studi di Diritto Romano, II*, Milano, 1977, pp. 10 y ss.; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 897 y ss.; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 29 y ss.

En contra de esta opinión mayoritaria se han sostenido distintas teorías respecto al origen de *la bonorum possessio,* vinculadas en la mayoría de casos a la propia opinión sobre el papel que tenía el derecho creado por el pretor, así, hay autores que sostienen que el *ius honorarium* del pretor, incluso al principio, tenía un carácter meramente correctivo y supletorio del derecho civil. En este sentido, M.F.C.SAVIGNY en "Ueber das interdict *Quorum Bonorum*", en *Vermischte Schriften, II,* Berlin, 1850, (reimpresión 1981), pp. 230 y ss., establece que la finalidad originaria de la *bonorum possessio* fue correctiva y supletoria, de esta manera, el pretor por razones de equidad permitía a las personas que tenían derecho a parte de la herencia ejercer la *usucapio pro herede* de los bienes hereditarios, concediéndoles la posesión de los mismos, pues con fundamento en I. 3, 9 pr. *Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia* se puede afirmar que la función originaria de la *bonorum possessio* fue enmendar el *ius civile*, lo cual se deduce de la estructura y forma de vida de la sociedad romana ya que entre las nuevas necesidades que la misma demandaba estaban el cambio de las personas llamadas a la sucesión intestada, disminuir la solemnidad del testamento, y dar mayor importancia a los derechos de sangre frente a los poderes, en ocasiones arbitrarios, del *paterfamilias* testador, por lo cual entre los primeras decisiones del pretor al respecto estuvo la de equiparar a los herederos civiles los emancipados y cognados, siguen la misma opinión L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 132 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 115 (nota 4); Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes,* Leipzig, 1863, (reproducción facsimil de 1970), p. 94; Ph.E.HUSCHKE, "Über die *usucapio pro herede, fiduciae* und *ex praediatura*", en *ZGR, XIV, I,* 1847-1848, pp. 157 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette,*(traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII,* Milano, 1909, *I,* pp. 33 y ss.-*II,* pp. 9 y ss. Además existieron en su momento otras teorías no relacionadas con la función que tenía el Derecho creado por el pretor, entre ellas destaca la defendida por G.HUGO que hacia referencia a que la *bonorum possessio* debía considerarse como la herencia de los peregrinos, y por lo tanto, el pretor peregrino habría establecido un sistema de sucesión independiente al derecho civil aplicable a los ciudadanos romano, este tesis es rebatida entre otros por V.SCIALOJA en *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, pp. 71-72, por su falta de apoyo en las fuentes donde no se encuentra ningún rastro de dicha afirmación así como porque no es verosímil la aplicación del *ius gentium* en las relaciones jurídicas familiares. Otra hipótesis la presenta R.NIEBURH al considerar que la *bonorum possessio* era la sucesión de aquella parte del patrimonio que no podía ser regulada por el derecho hereditario romano porque no formaba parte de las relaciones jurídicas afectas al derecho civil, a esta idea V.SCIALOJA en *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, pp. 72-73 se opone pues esta tesis tampoco tiene apoyo en las fuentes y, por lo tanto, fue completamente abandonada.

Asimismo, relacionando estas teorías con uno de los presupuestos básicos para la aplicación del acrecimiento en el derecho sucesorio F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette,* (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, op.cit.*,

afirma que el origen de la *bonorum possessio* fue estrictamente procesal, siendo su primera función regular la posesión de la herencia cuando las partes recurrían a las acciones hereditarias, ya que el pretor a la hora de iniciar un proceso por *legis actiones* atribuía la posesión a uno de los contendientes[760], estando dicha

I, pp. 33 y ss.-*II*, pp. 9 y ss., opina en su teoría que en origen la *bonorum possessio* fue concedida por el pretor a fin de evitar la vacancia de los bienes hereditarios, esto es, con la intención de obligar a la aceptación de los herederos civiles en interés de los acreedores, de los *sacra* y de las clases sucesivas de herederos, de tal manera que la herencia era asignada a los citados herederos de las clases sucesivas cuando los primeros llamados no hubieran llevado a efecto la aceptación, esto es, tenía lugar la denominada *succesio ordinum*, siendo considerada esta forma de sucesión como "una *possessio iuris* attibuita alla categorie degli eredi riconosciuti dal diritto civile con *ordinum successio*", de esta manera la *bonorum possessio* tenía su origen en la parte del edicto sucesorio del pretor que regulaba la sucesión en la vocación hereditaria; esta tesis fue unánimemente rechazada por la doctrina, especialmente por P.BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 515-516, por su falta de apoyo en las fuentes además de por entrar en total oposición tanto con el desarrollo del instituto que presenta en sus textos Cicerón así como de los textos clásicos que tratan el tema, de esta manera al *bonorum possessor* en origen únicamente le era asignada la mera posesión de los bienes, que únicamente con la *usucapio* de la herencia llegaba a suponer una verdadera sucesión, hasta que con la concesión de las acciones ficticias pro y contra él mismo se ponía en condición de ser un verdadero sucesor, respecto a esta tesis *vid.* V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, pp. 76 y ss. ; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, p. 229 (nota 1), p. 230 (nota 1), p. 232 (nota 2); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 169 (nota 3). Con relación a los textos en que se fundamenta la su teoría recogida en el *Comentario alle Pandette* de F.GLÜCK *vid.* C.LONGO, voz: "*Bonorum Possessio*" en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, *op.cit.*, pp. 1213 y ss.; B.BIONDI, *La legittimazione processuale nella azioni divisorie romane*, *op.cit.*, p. 34.

[760] *Gai* 4, 16.- *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat:*

posesión limitada a las cosas corporales; de esta forma la *bonorum possessio* tenía el propósito de fijar las posiciones procesales en la causa sucesoria, esto es, quién debía ser actor y quién demandado, para lo cual el pretor realizaba lo que Arangio-Ruiz[761] denomina "una valutazione sommaria delle circostanze", esto es, tenía en cuenta la mayor o menor proximidad de parentela, o en su caso la existencia o no de un documento válido como testamento. Esta tesis es la única que tiene apoyo documental en las fuentes; así, tiene su fundamento principal en diversos textos referidos al edicto, entre los que destaca el recogido en *Cicero, In Verrem,* II, 1, 117 que señala *Si de hereditate ambigituri*[762], términos que debido a que posteriormente la *bonorum possessio* cambió de función fueron eliminados del edicto[763]; asimismo conforman el apoyo de esta teoría otros pasajes del mismo Cicerón: en primer lugar en *Cicero, In Verrem,* II, 1, 113, se pone de manifiesto que la *bonorum possessio* y la petición de herencia se conciben como términos

IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta proponitur.

[761] V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 518.

[762] B.BIONDI en *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 126 se muestra contrario a tal afirmación pues en ningún caso la *bonorum possessio* fue otorgada explícitamente en dicho supuesto.

correlativos, en el mismo sentido, en *Cicero, In Verrem,* II, 1, 115 y *Cicero, In Verrem,* II, 1, 116 el autor recoge en su obra el procedimiento *per sponsionem* en relación con la *bonorum possessio*; de igual manera, en Plinio El Viejo, Historia Natural 7, 40 se hace referencia a la primera etapa de la *bonorum possessio* con relación con el proceso[764]. Por otra parte, en opinión de Longo[765] el indicio más claro del origen procesal de la *bonorum possessio* se encuentra en las palabras utilizadas en el edicto, de

[763] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, p. 172.

[764] *CICERO, In Verrem* II, 1, 113.- *Homo importunissime, cur tantam iniuriam P. Annio mortuo fecisti? cur hunc dolorem cineri eius atque ossibus inussisti, ut liberis eius bona patria — voluntate patris, iure, legibus tradita — eriperes, et cui tibi esset commodum condonares? Quibuscum vivi bona nostra partimur, iis praetor adimere nobis mortuis bona fortunasque poterit? nec petitionem, inquit, nec possessionem dabo…*

CICERO, In Verrem II, 1, 115.- *…Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem; eius testamentum erat nullum; lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data:…*

CICERO, In Verrem II, 1, 116.- *…si de hereditate ambigitur — si possessor sponsionem non faciet. iam quid id ad praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo, quia possessor est, non moves possessione: si possessor non esset, non dares? Nusquam enim scribis, neque tu aliud quicquam edicto amplecteris nisi eam causam pro qua pecuniam acceperas.*

PLINIO El Viejo, *Historia Natural* 7, 40.- *Masurius auctor est, L. Papirium praetorem, secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse….*

Vid. CICERO, Topica 18, 50; *CICERO, In Verrem* I, 12; *CICERO, In Verrem* II, 1, 44-45; *CICERO, In Verrem* II, 1, 123-124; *CICERO, In Verrem* II, 1, 137; *CICERO, In Verrem* II, 3, 16; *CICERO, Philippics* II, 25, 62; *CICERO, Ad atticum ad familiares ad Quintum ad Brutum* VIII, 21; VALERIO MASSIMO VIII, 7, 5.

[765] C.LONGO, voz: "*Bonorum Possessio*" en *Enciclopedia Giuridica Italiana, op.cit.*, pp. 1206 y ss.

esta manera afirma que *secundum tabulas, secundum eum possessionem dabo*, eran los términos propios de la *vindiciae*, según los textos relativos al caso de Gayo, Festo, Livio y Pomponio.

A partir de esta función originaria, la continua evolución que tuvo este instituto pretorio trajo consigo que a partir de cierto momento la posesión de los bienes hereditarios fuese considerada como una herencia de derecho pretorio[766] que, tal como aparece en *Gai* 4, 34 y D. 50, 16, 138[767] era producto de la triple actividad desarrollada por el pretor con el fin de regular nuevos institutos destinados a atenuar la rigidez del derecho civil, adecuar este último a su época y suprimir lagunas, tal como establece Papiniano

[766] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.,* p. 132; C.LONGO, voz: "*Bonorum Possessio*" en *Enciclopedia Giuridica Italiana, op.cit.,* pp. 1220 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 511 y ss.; C.FERRINI, *Manuale di Pandette, op.cit.*, pp. 590 y ss.; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 845 y ss. Siguiendo este mismo orden de ideas, existen autores que van más allá, así A.CASTRO en "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII, op.cit.*, p. 205 sostiene con fundamento en D. 37, 1, 3, 2, que la *bonorum possessio* tomaba como punto de partida el concepto civil de herencia romana para alcanzar ya desde su inicio y como ejercicio de la potestad de creación de nuevos derechos del pretor, el carácter de *ius* a través de los elementos procesal y posesorio que conducían a modificar el desarrollo especifico de la sucesión *mortis causa* según el *ius civile,* que era respetado únicamente desde un punto de vista formal. A este respecto, A.DERNBURG en *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, p. 490 afirma que el derecho civil romano constituía únicamente el núcleo de la *bonorum possessio ab intestat*o, sufriendo numerosas modificaciones a los largo de los años debido al trabajo del pretor. *Vid. Gai* 3, 25 a 38.

[767] *Gai* 4, 34.- *...qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti,...*

D. 50, 16, 138.- *Paulus 4 ad l. iul. et pap. " hereditatis" appellatione bonorum quoque possessio continetur.*

en D. 1, 1, 7, 1 *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*[768].

Así, la cuestión del acercamiento entre una y otra forma de sucesión *mortis causa* va a influir de forma directa en las distintas teorías al respecto de la aplicación del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio*; de esta manera, es opinión general en la romanística que al principio se establecía una clara distinción entre la *bonorum possessio* y la herencia civil, diferencia que fue diluyéndose en el tiempo a través de diversas interrelaciones entre ambas hasta llegar a una confusión total en la práctica.

En este sentido, afirma Biondi[769] que con la *bonorum possessio* el pretor no llamaba a ningún sujeto a la herencia sino que concedía la posesión de los bienes del difunto a las personas contempladas en el edicto, que en ningún momento eran definidas como *heredes* sino como *bonorum possessore*s, ya que a las mismas no les eran conferidas la acciones civiles, situación que era remediada por el pretor mediante interdictos y *formulae ficticiae*, de tal forma que trataba al *bonorum possessor* como *heres*; en consecuencia, el *bonorum possessor* era un mero poseedor de los bienes hereditarios, pero no propiamente un sucesor, ni obviamente

[768] *Gai* 3, 25; *Gai* 3, 38; I. 3, 9 pr.; I. 3, 9, 2; I. 3, 9, 3.

[769] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 123 y 127-394 y ss. *Vid.* G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, pp. 170-171; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, pp. 795 y ss.

existía técnicamente una sucesión hereditaria, ya que en este caso no se producía una equivalencia entre la situación jurídica del *de cuius* con el *bonorum possessor*, pues el mismo subintraba en una situación jurídica nueva y diferente aunque sustancialmente idéntica a la que tenía el difunto; el *bonorum possessor* no adquiría el dominio, sino únicamente la *possessio* tutelada por la *actio Publiciana*, no entrando en los débitos ni en los créditos del difunto, sino que el pretor a través de formulas ficticias le hacía tanto beneficiario como responsable de las citadas relaciones jurídicas. Sin embargo, como afirma Biondi, con el paso del tiempo parece que esta tendencia fue superada comenzando a encontrarse en las fuentes clásicas referencias al *bonorum possessor* como sucesor en sentido impropio, esto es, el mismo adquiría un nuevo derecho tomando el lugar de otra persona, lo que no significaba una transmisión sino una adquisición *ex novo* de un derecho que unía con otro ajeno[770]; así, son varios los textos de las fuentes que tratan como sucesión a la *bonorum possessio* y, por tanto a los *possessores* como *successores honorarii* o *praetorii*, sin embargo, Biondi afirma al respecto que la mayoría de ellos resultan claramente interpolados, considerando a partir de un estudio crítico de los mismos que hay que volver a los conceptos y la terminología clásica

[770] Siguen esta tesis C.LONGO, "L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto Romano", *op.cit.*, pp. 129 y ss.; R.AMBROSINO, "*Successio in ius-successio in locum-successio*", *op.cit.*, pp. 173 y ss. En contra se manifiesta C.A.MASCHI "Caratteri e tendenze evolutive nelle Istituzioni di Gaio", en *Atti Congresso Internazionale di Diritto romano e di storia del diritto de Verona, I,* Milano, 1948, pp. 26 y ss.

en contraposición con la justinianea[771]. En este sentido, la *hereditas* debe definirse como una *successio in locum et ius defuncti*, mientras que la *bonorum possessio* es un *ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit*[772], y el *bonorum possessor* de buena lógica no era ciertamente *heres*, a pesar de lo cual, el pretor a través de su *imperium* instituyó variados medios para equiparar la situación del primero con el segundo, de tal manera que adquirieran y respondieran del mismo modo[773].

[771] B.BIONDI, *La legittimazione processuale nella azioni divisorie romane*, *op.cit.*, pp. 30 y ss.; G.SEGRÈ, "*Obligatio, obligare, obligari* nei testi della giurisprudenza clásica e del tempo de Diocleziano", en *Studi Bonfante, III*, *op.cit.*, pp. 573 y ss. (=en *Scritti Varii di Diritto Romano*, *op.cit.*, pp. 349 y ss.).

[772] D. 37, 1, 3, 2.

[773] En este mismo sentido, U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e ...*, *op.cit.*, pp. 170 y ss. establece que el *bonorum possessor* no fue denominado *heres* ni siquiera en el último periodo de la edad clásica, pues el nombre civil de *hereditas* no fue atribuido por la jurisprudencia de dicha época al instituto pretorio que nos ocupa, más bien fue definido como *heredis loco*, ya que se le concedían todas las acciones que pertenecían al *de cuius* pero no desde la protección que otorgaba el *ius civile* sino a través de las acciones ficticias, tal como se refleja en *Gai* 3, 32; *Tit.Ulp*. XXVIII, 12; I. 3, 9, 2, y D. 50, 17, 117:

Gai 3, 32.- *Quos autem praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, uelut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.*

Tit.Ulp. XXVIII, 12.- *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.*

I. 3, 9, 2.- *Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum*

Otra vertiente de esta teoría la presenta Segrè[774] al afirmar que las fuentes clásicas romanas exponen con claridad que el pretor *heredes facere non potest* en *Gai* 3, 32 a pesar de que podría parecer lo contrario a tenor de la expresión *quos praetor vocat ad hereditatem*, sin embargo, al mismo tiempo que confirma, con fundamento en *Gai* 3, 32; *Gai* 2, 251; *Tit.Ulp.* XXVIII, 12; I. 2, 23, 3; I. 3, 9, 2, y D. 50, 17, que tanto los *bonorum possessores* como

possessores. adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit.

D. 50, 17, 117.- *Paulus 11 ad ed. Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet.*

Asimismo, L.ARNDTS en *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 132 afirma que el pretor "concedeva al *bonorum possessor*, e rispettivamente contro di lui, le singole azioni ereditarie, reali e personali, como *utiles actiones*, e gli dava lo speciale interdetto *adipiscendae possessionis*, o *quorum bonorum*, per farsi inmmettere nel possesso dell'eredità; più tardi anche *un'actio universalis* análoga alla petitio *hereditatis* del diritto civile (*possessoria hereditatis petitio*). Il *bonorum possessor* era per tal modo, se non erede nello stretto significato della parola, *heredis loco* (*velut heres, vice heredis*)." *Vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 494 (nota 2); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata... op.cit.*, pp. 234 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 520; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 518 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 73 (nota 3); B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 128-129; S.SOLAZZI, "Glosse a Gaio", en *Studi Riccobono, I*, Palermo, 1936 (reimpresión 1974), pp. 79 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 775; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 70; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 672; M.A.SOSA RIED, "Adquisición y Subrogación: convergencias y diferencias", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales), op.cit.*, pp. 282 y ss.

[774] G.SEGRÈ, "*Obligatio, obligare, obligari* nei testi della giurisprudenza clásica e del tempo de Diocleziano", en *Studi Bonfante, III, op.cit.*, pp. 571 y ss. (=en *Scritti Varii di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 347 y ss.).

los fideicomisarios universales no eran herederos por derecho, señala que ya en las fuentes posclásicas, posiblemente desde Diocleciano, existieron opiniones de los juristas cuya interpretación fundamentaba una tesis radicalmente opuesta a la idea sostenida en derecho clásico, pues admitían la denominación y el *status* jurídico como heredero del *bonorum possessor*[775].

Esta opinión viene apoyada por la tesis de Scialoja[776] al afirmar que fue en el derecho justinianeo, una vez desaparecida la distinción entre propiedad civil y pretoria y, por ende cuando el carácter especial de las acciones útiles propias del derecho antiguo habían perdido valor, cuando el *bonorum possessor* fue considerado efectivamente heredero; respecto a esta misma cuestión, hay que observar que en dicha época la figura del heredero ya había perdido su carácter familiar, de tal manera que incluso la sucesión hereditaria civil se consideraba que tenía un contenido meramente patrimonial, similar al de la *bonorum possessio*, quedando únicamente algunos residuos de la diferencia entre los dos sistemas sucesorios, como era que la *bonorum possessio* sólo se adquiría mediante una *agnitio* y la *hereditas* con la *aditio*, lo que tuvo su fin con las Novelas, en las que no se recoge rastro alguno del dualismo entre el sistema pretorio y la herencia civil.

[775] *Gai* 3, 33; *Gai* 3, 34; C. 3, 31, 9; C. 3, 42, 8, 1; C. 5, 9, 1, 4; C. 6, 30, 14; C. 6, 58, 15, 4; C. 6, 59, 10; D. 50, 16, 138; D. 32, 87; I. 3, 1, 14.

[776] V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, *op.cit.*, pp. 81-82. Sigue la misma opinión F.PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nella'età tardo-romana*, *op.cit.*, pp. 8 y ss.

Con relación a esta tesis, otros autores afirman que el *bonorum possessor* no podía ser considerado en época clásica como un heredero civil pero sí estaba *in loco heredis*, por lo cual, en la práctica era un heredero universal que sucedía en la *universitas* de los bienes del difunto lo cual suponía la equiparación entre la *bonorum possessio* pretoria y la herencia civil[777].

Esta opinión es defendida por Voci[778] a tenor del texto recogido en D. 50, 16, 208 *Africanus 4 quaest. " bonorum" appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.*

Sin embargo, este pasaje es objeto de polémica en la doctrina romanística pues diversos autores sostienen que el mismo fue modificado por los compiladores[779]; no obstante otros autores[780], sin

[777] Con relación a esta afirmación debemos hacer mención a la *hereditatis petitio possessoria* que acerca la herencia y la *bonorum possessio* y que conocemos a través de los comentarios de Ulpiano y Gayo contenidos en el Digesto D. 5, 5, 1 y D. 5, 5, 2, *vid.* C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, pp. 368 y ss.; R.QUADRATO, *Hereditatis Petitio Possessoria, op.cit.*, pp. 65 y ss.; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 328 y ss.

[778] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 146 y ss., asimismo en P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 519 y ss.**;** P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 44-45.

[779] En este sentido se expresa F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXIX*, Milano, 1907, p. 444; B.BIONDI, *La legittimazione processuale nella azioni divisorie romane, op.cit.*, p. 36; P.BONFANTE, "La *successio in universum ius* e la *universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 274 y ss.; L.SCHNORR VON CAROLSFELS, *Geschichte der juristischen person universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht*, München, 1933 (reimpresión 1969), p. 118 (nota 7); C.TOMULESCU, "Gaius 2, 55 e

entrar a valorar la autenticidad del citado pasaje, afirman al respecto de la tesis de Voci que Africano estaría mostrando en esencia la doble acepción que tenía la noción de *hereditas*, una como *universitas iuris* y otra como derecho subjetivo perteneciente a un heredero.

No obstante, a pesar de que la doctrina admite que el desarrollo del Derecho romano en la edad clásica trajo consigo el poder asimilar la *bonorum possessio* a una herencia civil, pudiendo encontrar elementos comunes entre ambas instituciones, debemos resaltar ciertas diferencias que influyeron de manera decisiva en la aplicación del derecho de acrecer en la *bonorum possessio*. Así, con relación a la estructura del procedimiento instituido en el ámbito del *ius honorarium*, hay que comenzar por establecer que el pretor no efectuaba la *delatio hereditatis*, propia de la sucesión civil, ya que respecto a la adquisición de los bienes hereditarios por el

l'usupacio pro herede", en *Studi Grosso, IV*, 1971, pp. 422 y ss.; F.PASTORI, "La definizione della *Bonorum possessio*", en *Studi De Francisci, III*, *op.cit.*, p. 606. En contra de la tesis que afirma la interpolación del citado texto se manifiesta G.MICOLIER en *Pécule et capacité patrimoniales. Etude sur le pécule, dit profecticise, depuis l'edit "de peculio" jusq'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932, pp. 95 y ss., pues sostiene que *universitatem-ac* no estaría interpolado pues dicho término resulta de una comparación entre *Gai* 2, 14 y *Gai* 2, 54, y explica el texto de Africano en que la *hereditas* designa en la época clásica no solamente el *ius successionis*, sino también el patrimonio hereditario, así, en *Gai* 2, 54 se denomina herencia al objeto de la sucesión, esto es, al patrimonio hereditario.

A este respecto debemos tener en consideración que la interpolación aparece en el *Index Interpolationum*, *III*, *op.cit.*, pp. 588-589.

[780] V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, *op.cit.*, pp. 53 y ss.; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, *op.cit.*, p. 302; M.A.SOSA RIED, "Adquisición y Subrogación: convergencias y diferencias", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales)*, *op.cit.*, p. 285.

bonorum possessor únicamente existía una promesa contenida en el edicto de conceder la posesión de los mismos a aquellas personas que cumplieran las condiciones previstas para ello[781], siendo necesario en todo caso tanto la *adgnitio* del sujeto como la *datio*[782] del pretor, por lo tanto, era imposible que un sujeto pudiese devenir *bonorum possessor* sin o, en contra de su voluntad, como sucedía en el *ius civile*, pues así como se podía solicitar este instituto pretorio se podía incluso renunciar al mismo[783]; de esta manera, el proceso comenzaba con la solicitud de posesión como se establece en D. 37, 1, 3, 3.- *Invito autem nemini bonorum possessio adquiritur*, por parte de los interesados, incluso por parte de los herederos necesarios, bien por ellos mismos o por medio de representante –lo

[781] *Vid*. *Gai* 3, 41; *Gai* 3, 71; *CICERO, In Verrem* II, 45, 117; D. 40, 4, 13, 3; I. 3, 9, 3.

[782] B.BIONDI en *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 133 afirma que no se podía atribuir la cualidad de *bonorum possessor* a un sujeto sino hasta que tenía lugar la *agnitio* y la posterior *datio* del pretor, pudiendo encontrarse en las fuentes referencias a la analogía entre la *aditio hereditatis* y la *adgnitio bonorum possessionis*; incluso Diocleciano admitió que la *adgnitio bonorum possessionis* conllevaba la *pro herede gestio*, esto es, la aceptación de la herencia civil, *vid*. C. 6, 3, 12. Además C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano,* parte prima, *op.cit.*, p. 41; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano,* parte seconda, *op.cit.*, pp. 64-65; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 519-520; R.QUADRATO, *Hereditatis Petitio Possessoria*, *op.cit.*, pp. 14 y ss.; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, p. 169; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, *op.cit.*, pp. 306 y ss.

[783] C. 6, 19 *De repudianda bonorum possessione.* D. 38, 9, 1, 1; D. 38, 9, 1, 2; D. 38, 9, 1, 3; D. 38, 9, 1, 6; D. 38, 9, 1, 7; D. 38, 9, 5. G.IMPALLOMENI en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, *op.cit.*, pp. 328 y ss., sostiene que únicamente se podía renunciar a la *bonorum possessio* edictal, no pudiendo hacerlo en la decretal ya que cuando se solicitaba no existía la llamada, y cuando se concedía el decreto del pretor ya era atribuida.

que no ocurría en la herencia civil– dentro del periodo de tiempo concedido por el pretor para solicitar la *bonorum possessio* de la herencia[784], una vez transcurrido el mismo sin que se hubiera realizado la petición, se abría un nuevo plazo para la segunda categoría que el edicto reconocía como sucesores del *de cuius*, y así sucesivamente hasta agotar los grupos de herederos[785].

Los sujetos que, con fundamento en la familia cognaticia, tenían derecho a solicitar la *bonorum possessio* se encontraban recogidos en el edicto pretorio[786], el cual establecía un orden de sucesores muy completo; el edicto citaba en la primera clase a los *liberi*[787], a falta de *liberi*, o trascurrido el año para pedir la *bonorum*

[784] *Gai* 3, 34.- *Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi ueteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem: item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem uocat. quibus casibus beneficium eius in eo solo uidetur aliquam utilitatem habere, ut is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est QVORVM BONORVM, uti possit, cuius interdicti quae sit utilitas, suo loco proponemus; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure ciuili.*

[785] En el supuesto de que una persona estuviera incluida en varias categorías disponía de dos periodos de tiempo para solicitar la *bonorum possessio*, no estando obligado a pedirla dentro del primer plazo *Gai* 3, 71; *CICERO*, *In Verrem* II, 45, 177; D. 22, 6, 1, 3; D. 38, 9, 1, 10; D. 38, 9, 2; D. 40, 4, 13, 3. El plazo era un año útil para ascendientes y descendientes, y cien días para el resto de sucesores, comenzando el cómputo de los mismos desde el momento en que se abría la sucesión D. 38, 9, 1, 12; D. 38, 9, 1, 13; *Tit.Ulp*. XXVIII, 10.

[786] D. 38, 6, 1,1; D. 38, 6, 4; D. 38, 7, 2, 4; D. 38, 8, 1, 3; D. 38, 8, 1, 10; D. 38, 11, 1.

[787] *Gai* 1, 93; *Gai* 3, 20; *Tit.Ulp*. XXVIII, 8; D. 5, 2, 6 pr. ; D. 29, 2, 30, 1 ; D. 37, 4, 1, 6; D. 37, 4, 3, 6 ; D. 37, 9, 1, 2; D. 37, 9, 7 pr. ; D. 37, 9, 11 ; D. 37, 9, 13 ; D. 38, 6; D. 38, 8, 1, 8 ; D. 38, 15, 1, 2 ; D. 38, 17, 2, 11. Éstos eran los herederos según el *ius civile*, esto es, los *heredes sui* –incluidos los *postumi sui*–, así como aquellos descendientes que hubieran salido de la

potestad del *paterfamilias* por *capitis deminutio minima*, siendo el caso más significativo el de los hijos emancipados, quedaban excluidos los hijos dados en adopción siempre que se encontraran dentro de la familia extraña, ya que si habían sido emancipados por el padre adoptivo eran admitidos a la herencia de su padre biológico. Del mismo modo, estaban considerados *liberi* los hijos que nunca habían sido *sui*, esto es, nacidos *peregrini* que logrando la ciudadanía romana junto al padre, sin embargo no habían caído bajo la potestad del mismo. En esta clase se divide la herencia por estirpes y en cada estirpe el más cercano excluía al más lejano; asimismo, los pretores republicanos establecieron que, como la emancipación suponía la autonomía económica del descendiente, quien podía formar un patrimonio propio, y que esta posibilidad no la tenían los descendientes que habían quedado en potestad pues adquirían sólo para el padre, la llamada de los emancipados a la *bonorum possessio* significaba en los *sui* un grave perjuicio, por lo cual introdujeron la regla según la cual, si el emancipado quería concurrir a la *bonorum possessio* con el resto de *sui* debía hacerlo con todos sus bienes (*collatio bonorum). Vid.* A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, pp. 490 y ss.; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 760 y ss. ; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 540; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, pp. 721-722; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 243 y ss.-260 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 586 (nota 1); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 10 y ss.; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 716 y ss.; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 391 y ss.; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 312-345 y ss. ; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 70-71; A.CASTRO, "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII, op.cit.*, pp. 215 y ss. Sobre el deber de colación de los hijos emancipados *vid.* A.GUARINO, *Collatio bonorum*, Roma, 1937, pp. 5 y ss.; A.GUARINO, "Über den Begriff der Kollation", en *ZSS, LIX*, 1939, pp. 509 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 795; J.BURILLO, "Sobre la "*Collatio emancipati*", en *SDHI, XXXI*, 1965, pp. 199 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 71 y ss.; G.SUÁREZ BLÁZQUEZ, *La colación de los emancipados en el Derecho hereditario romano clásico*, Orense, 1996, pp. 11 y ss.; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 312-313; A.CABALLÉ, La *Collatio emancipati*, Madrid, 1997, pp. 25 y ss.; E.POLO ARÉVALO, *Conceptus nodum natus..., op.cit.* pp. 194 y ss.

possessio sin que dicho hecho hubiese tenido lugar, el edicto llamaba a los *legitimi*[788], a continuación se encontraban los *cognati*[789] y en último lugar se situaba al *Unde vir et uxor*[790].

[788] D. 38, 7. Esta clase incluía a los parientes agnaticios llamados a la herencia por las XII Tablas, por lo tanto, comprendía a los *heredes sui*, los agnados y los gentiles en defecto cada uno del anterior, de este manera a los *sui* se les confería un nuevo plazo para la *agnitio* de la *bonorum possessio*, como se demuestra en D. 38, 7, 2, pr., sin embargo, se duda de la autenticidad de dicho pasaje en D. 38, 9, 1, 11. Respecto a la llamada a la herencia que realizaba el pretor a los *legitimi* hay que aclarar que en tiempos del edicto pretorio ya no operaba la herencia de los gentiles, debido a lo cual básicamente esta clase la constituían los agnados próximos, *a fortiori*, incluso cuando más tarde los agnados ya no tenían derecho sucesorio en la herencia intestada, según la legislación romana, éstos fueron llamados en esta clase de herederos a la *bonorum possessio*. *Vid*. V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 71; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, p. 493; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 763 y ss. ; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 540; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 12-13; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 265 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 832; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 796; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 346 y ss. ; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 73.

[789] D. 38, 8; I. 3, 9, 3. Éstos eran los parientes consanguíneos del causante, tanto en línea masculina como femenina, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el sexto grado además del *natus a sobrino vel sobrina* que fueran parientes del difunto hasta el séptimo grado, pues la proximidad de grado otorgaba la preferencia, así, los hijos tenían derechos sucesorios sobre el patrimonio de su madres, e igualmente los padres lo tenían sobre el patrimonio de sus hijos. En esta categoría el cognado más cercano excluía al más lejano, y los bienes de la herencia se dividían *per capita*; en esta clase de posibles posesores de los bienes hereditarios se incluye al *postumus*, pues la familia doméstica romana por el derecho pretorio había abandonado su carácter de organismo político para tener como nuevo fundamento los derechos de cognación, por lo cual, incluso el *postumus alienus*, que según el *ius civile* no podía ser instituido heredero ni recibir legados, por obra del pretor, tal como se señala en diversos textos del Digesto, se otorgaba a su favor la *missio in possessionem* y una vez nacido la *bonorum possessio*. Asimismo, los hijos ilegítimos eran llamados en esta clase a la herencia de la madre y de los parientes maternos, y tal como muestra una epístola de Adriano, también se otorgó la *bonorum possessio* a los hijos ilegítimos de un soldado. *Vid*.

Con relación a esta cuestión, se puede afirmar que con la concesión de la *bonorum possessio* el pretor garantizaba, cuando lo consideraba justo, la mera posesión de los bienes del difunto a las personas que se indicaba en el edicto, protegiendo a las mismas hasta que se cumplieran las condiciones necesarias para que el posesor pudiera usucapir los objetos que componían la herencia y adquirir de esta manera la propiedad *ex iure Quiritium* de los

A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, p. 494; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 764 y ss.; E.ALBERTARIO, *"Conceptus pro iam nato habetur", op.cit.*, pp. 14 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 13-14; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 518-519; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 796; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 346 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 73; F.KNIEP en *Der Rechtsgelehrte Gajns und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, pp. 203 y ss. afirma con base en D. 38, 8, 1, 2, que el edicto provincial concedía la *bonorum possessio* a los cognados sin límite de grado, en contra de los que sucedía en Roma y en Italia.

[790] D. 38, 11; C. 6, 18. Clase que correspondía al cónyuge *supérstite* casado en *iustum matrimonium* que conviviera con el *de cuius* en el momento de su muerte. Así, mientras que en el derecho civil el marido nunca podía suceder a su mujer *ab intestato*, y la mujer únicamente podía suceder al marido cuando el matrimonio se hubiese celebrado *cum manu*, *filiae loco*, el pretor reconoce en su edicto esta llamada al cónyuge superviviente, con independencia de la *manus*, con base en sus relaciones conyugales.

Además de las citadas categorías, a las que podemos denominar como principales dentro de la estructura familiar romana y en las que se fundamentaba el derecho hereditario, en el Edicto Perpetuo se hacían otros llamamientos, esto es, el pretor ofrecía la posesión de los bienes hereditarios a otras clases de herederos, los llamados *unde familia patroni* y *unde patronus patroni*, a favor del patrono y su familia que a consecuencia de haber sufrido *capitis deminutio* no hubieran entrado en la clase de los *legitimi*; asimismo, se llamaba a la *bonorum possessio unde cognati manumissoris* a los cognados del patrono, siempre desde la perspectiva de que, tal como establecer G.TURIEL DE CASTRO en "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 73, el parentesco de sangre en situaciones de esclavitud no tenía relevancia jurídica alguna a efectos sucesorios. además *vid.* G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II, op.cit.*, p. 765; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 13-14.

mismos[791]; los beneficiados por este instituto pretorio en origen eran los mismos sujetos que ya establecía el derecho civil en el supuesto de sucesión intestada y, aquellos instituidos en el testamento cuando éste existía, no siendo hasta más tarde, cuando los vínculos cognaticios comienzan a mostrar su posición privilegiada, cuando se reconocieron nuevas clases de sucesores *ab intestato* que, como ha quedado establecido en la prelación expuesta anteriormente, incluían a los *cognati*[792], *liberi* e *vir et uxor*[793], hasta que posteriormente, en la última fase de su evolución, se admitió la *bonorum possessio contra tabulas*.

[791] *Gai* 3, 80. *Vid.* al respecto C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 40-41; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 516; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, pp. 732 y ss.; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 30 y ss.; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, pp. 582 y ss.; M.A.SOSA RIED, "Adquisición y Subrogación: convergencias y diferencias", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales)*, *op.cit.*, pp. 283 y ss.

[792] *CICERO, Pro Cluentio* 60, 165.- *Obiectum est C. Vibium Cappadocem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Vibi hospes fuit et familiaris. Apud hunc ille Romae habitavit, apud hunc aegrotavit, huius domi est mortuus. At heres est Cluentius. Intestatum dico esse mortuum possessionemque eius bonorum, ex edicto praetoris, huic, illius sororis filio, adulescenti pudentissimo et in primis honesto, equiti Romano datam, Numerio Cluentio, quem videtis.*

[793] En los textos de Cicerón no se hace referencia alguna a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, a la *unde liberi* y a aquélla *contra tabulas*, lo que vendría a suponer que estas clases de posesiones no hubieran aparecido aún en su tiempo, asimismo la cláusula que hace referencia a los cognados, por su carácter vago, parece demostrar que era una norma en vía de formación, pues la referencia de este autor sobre el heredero civil tiene un carácter preciso con mención especifica de su gran antigüedad, *vid.* P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 515.

De estas apreciaciones se colige que en los orígenes de la *bonorum possessio* se venía produciendo, previa solicitud al pretor, una asignación individual y concreta de bienes pertenecientes al *de cuius* que, por tanto, formaban parte de la herencia civil, a sujetos que en ocasiones coincidían con la figura del heredero civil y, en otras se trataba de personas cuya condición de poseedor de los bienes había sido configurada por el derecho pretorio; sin embargo, la continua evolución y acercamiento entre las dos forma de sucesión supuso que el *bonorum possessor* no pudiera ser considerado como un heredero civil pero sí que estuviese *in loco heredis* y que en ambas situaciones tuviese lugar una llamada universal a los bienes de difunto, bien se realizase la misma en base a la herencia civil, o al derecho pretorio.

Así, según estas aseveraciones, se puede sostener que si el *bonorum possessor* se equiparaba al heredero, la posesión de los bienes por parte del primero debía tener lugar según los principios generales de la sucesión hereditaria romana, así como sucede en las relaciones entre la *actio Publiciana* y la *reivindicatio,* encontrando la diferencia en el medio por el cual eran adquiridos los bienes, y por ende en las acciones concedidas por el pretor de las que debían valerse para la defensa ante terceros de los derechos particulares obtenidos[794].

[794] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 123 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II, op.cit.*, pp. 425 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 519; M.FUENTESECA, "*Proprietas, Possessio y Actio Publiciana*", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, op.cit.*, pp. 429 y ss.

2.- El *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio*

A partir de estas cuestiones previas se puede afirmar que es indudable que la doctrina romanística tiene una opinión, en sentido positivo, a favor de la aplicación del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio*[795], de esta manera, en este instituto pretorio con una función originaria procesal, que más tarde adquirió un carácter meramente sucesorio, cuando alguno hubiese muerto antes de poder solicitar la *bonorum possessio*, o no hubiese podido hacerlo o dejado transcurrir el plazo para ello tal como se observa en D. 37, 1, 4 *Gaius 8 ad l. iul. et pap.- Veluti quod spreverunt ius suum aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt aut ante mortui sunt quam petierunt bonorum possessionem,* se verificaba el acrecimiento con el mismo fundamento y las mismas características

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[795] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit*., pp. 610 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", en *NNDI, I, op.cit.*, p. 159; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I, op.cit.*, p. 315; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 234 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 510 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 207; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 31 y ss.; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 173 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 417 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 692 y ss.; G.HUMBERT, voz: "*Bonorum Possessio*", en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines, I*, Graz, 1969, p. 735; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 519; S.SOLAZZI, "*Bonorum possessio ex SC Pegasiano*?", en *RISG, III*, Torino, 1949, pp. 1 a 68 (=en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972, pp. 180 y ss.); G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 704; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 606.

que en el resto de supuestos de derecho hereditario romano[796], así los demás legitimados obtenían con una sola petición de *bonorum possessio* la cuota o una parte proporcional de la dejada vacante por el primero, tal y como se establece en los siguientes textos de las fuentes:

> D. 37, 1, 3, 9.- *Ulpianus 39 ad ed. In bonorum possessione sciendum est ius esse adcrescendi: proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt,*

> D. 37, 1, 4.- *Gaius 8 ad l. iul. et pap. Veluti quod spreverunt ius suum aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt aut ante mortui sunt quam petierunt bonorum possessionem,*

> D. 37, 1, 5.- *Ulpianus 39 ad ed. Ei, qui admisit, adcrescent etiam hae portiones, quae ceteris competerent, si petissent bonorum possessionem.*

> D. 38, 15, 4 pr.- *Iulianus 28 dig. Si coheredi tuo substitutus fuisses et bonorum possessionem acceperis, quandoque coheres tuus constituerit nolle petere bonorum possessionem, tibi data tota intellegitur, coheres tuus amplius petendae bonorum possessionis facultatem non habebit.*

[796] *Gai* 3, 32; *Tit.Ulp.* XXVIII, 12; C. 6, 10, 1 ; D. 37, 1, 4; D. 37, 1, 5; D. 37, 11, 2, 8; D. 38, 15, 4 pr.; D. 50, 17, 117; I. 3, 9, 2.

> C. 6, 10, 1.- *Imperator Gordianus. Quotiens pluribus liberis cessante legitima successione bonorum possessio defertur, beneficium edicti perpetui quibusdam omittentibus his solis qui bonorum possessionem agnoverunt portionem non petentium adcrescere in dubium non venit. * gord. a. marcianae. * <a 244 d.Id.Ian.Peregrino et aemiliano conss.>*

El desarrollo práctico del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* establecía que se debía hacer con una cuota que quedaba vacante; así, respecto de las distintas clases de personas llamadas en el edicto pretorio hay que afirmar en buena lógica que el acrecimiento no tenía posibilidad alguna de aplicarse en la clase *unde vir et uxor*, mientras que en la clase *unde legitimi* este derecho venía sometido a la misma regulación y a los mismos principios que tenía en el *ius civile*, ya que se trataba de los parientes agnaticios llamados a la herencia civil por las XII Tablas.

Respecto del acrecimiento en la clase de los *unde liberi*, que como ha quedado establecido anteriormente estaba formada por todos los hijos y descendientes independientemente de estar sometidos a la potestad del *de cuius* en el momento de su muerte, Vaccaro[797] afirma que no obstante la importancia de la modificación realizada en el edicto del pretor se continúa con la regulación que establecía el *ius civile*, aunque se amplía la clase de los *sui heredes*

[797] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 34-35.

fingiendo que el emancipado al tiempo de la muerte del padre estaba bajo su potestad[798], en este caso la llamada se hacia por estirpes, de manera que los nietos sucedían *in parentis sui locum*, tal como se establece en *Gai* 3, 8 y D. 37, 4, 11, 1[799].

Sin embargo, lo que plantea diferencias en la doctrina es el momento, dentro de las distintas etapas de la regulación hereditaria del Derecho romano, a partir del cual se pueden realizar tales afirmaciones, motivo por el cual se centra nuestra investigación en las tesis de los dos autores que presentan opiniones claramente diferenciadas a este respecto.

2.1.- Tesis de Vaccaro Delogu: la aplicación del derecho de acrecer en la *bonorum possessio* dependía de su evolución y acercamiento a la herencia civil

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el planteamiento de esta teoría debemos tener en consideración que el autor de la misma asume como cierto que la finalidad originaria de la *bonorum possessio* fue formar parte del procedimiento de *legis actiones*, y que la *datio* concedida por el pretor en la esfera originaria de la *bonorum possessio* se limitaba a

[798] D. 37, 2, 6, 1; I. 3, 1, 9. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 260.

[799] *Vid. Coll.* 16, 2, 7; *Ep. Gai* 2, 8, 2; *Tit.Ulp.* XXVI, 2; C. 6, 55, 2.

cosas corporales individualizadas[800], por lo que sostiene Vaccaro[801] que en un principio al *bonorum possessor*, reconocido en el edicto, le era atribuida la mera posesión de bienes hereditarios, pues aunque si bien en el Digesto fueron recogidos ciertos textos que en principio negaban esta doctrina[802], examinados los mismos de forma crítica despojándolos de su influjo histórico, resulta una

[800] Respecto a la distinción entre cosas corporales e incorporales *vid.* P.SOKOLOWSKI, *Die philosophie im Privatrecht, 1. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1907 (reproducción facsimil 1959), pp. 41 y ss.; J.STROUX, "Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen ende der republikanischen zeit", en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, I*, Bologna-Roma, 1934, pp. 121 y ss.; G.GROSSO, "Appunti sulle distinzioni delle *res* nelle Istituzioni di Gaio", en *Studi Besta, I, op.cit.*, pp. 45 y ss.; V.GEORGESCU, *Études de philologie juridique et de droit romain, 1. Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest-Paris, 1940, pp. 77 y ss.; R.AMBROSINO, "*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*", en *SDHI, X, op.cit.*, pp. 1 y ss.-82; R.L.KAGAN, "*Res corporalis* and *res incorporalis*", en *Tulane Law Review, XX*, 1945, pp. 98 y ss. ; M.VILLEY, "L'idée du droit subjectif et les systèmes juridíques romains", en *RHD, XXIV-XXV*, 1946-1947, pp. 209 y ss.; M.VILLEY, "Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique", en *RIDA, III, op.cit.*, pp. 417 y ss.; H.PFLÜGER, "Üeber körperliche und unkörperliche sachen", en *ZSS, LXV*, 1947, pp. 339 y ss.; R.MONIER, "La date d'apparition du *dominium* et de la distinction juridíque des *res* en corporales et incorporales", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 357 y ss.; B.ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico", *op.cit.*, pp. 232 y ss.-331 (nota 1); G.PUGLIESE, "*Res* corporales, *res* incorporales e il problema del diritto soggettivo", en *RISG, V*, 1951, pp. 237 y ss.; H.COING, "Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", en *ZSS, LXIX*, 1952, pp. 38 y ss.; W.FLUME, "Die Bewertung der Institutionen des Gaius", en *ZSS, LXXIX*, 1962, pp. 22 y ss.; G.FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, pp. 34 y ss.

[801] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 30. En el mismo orden de ideas *vid.* E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 720; R.QUADRATO, *Hereditatis Petitio Possessoria, op.cit.*, pp. 91 y ss.; A.CASTRO, "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII, op.cit.*, p. 217.

[802] D. 37, 1, 1; D. 37, 1, 2; D. 37, 1, 3 pr.

confirmación de la citada opinión. Asimismo, sirve para subrayar dicha afirmación el hecho de que el interdicto *quorum bonorum*[803] tuviera como objeto exclusivamente cosas corporales como establece D. 43, 2, 2:

> D. 43, 2, 2.- *Paulus 20 ad ed. Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.*

Esta situación implicaba, en opinión de Vaccaro[804], que si como queda establecido, el pretor cuando concedía la *bonorum possessio* otorgaba caso por caso la posesión de cosas corporales en su conjunto[805], en este primer momento el acrecimiento en la

[803] A.SCHMIDT en "Die Anfänge der *Bonorum Possessio"*, en *ZSS, XVII, op.cit.*, p. 328 afirma que en varios interdictos el término *possessio* hace referencia únicamente a la posesión de bienes corporales. *Vid.* U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, p. 169 (nota 3)-170 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 128 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, p. 516; F.PASTORI, "La definizione della *Bonorum possessio*", en *Studi De Francisci, III, op.cit.*, pp. 600 y ss.

[804] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 31 y ss.

[805] R.VACCARO DELOGU en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 31 (nota 1) sostiene que esta estructura originaria de la *bonorum possessio* se relaciona con la antigua concepción de la herencia según la cual la misma comprendía en su inicio únicamente cosas corporales como viene demostrado de la *usucapio pro herede*, la acción divisoria limitada a cosas corporales, y la incapacidad originaria de la transmisión de las obligaciones, a favor *vid.* V.KOROSEC, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht. Erster Teil: Das Zivil und Amtsrecht*, (reproducción facsimil de 1970), *op.cit.*, pp. 109 y ss.; O.LENEL, "Zur geschichte der "*heredis institutio*", en *Essays in legal history, op.cit.*, pp. 128 y ss.; M.WLASSAK, *Studien zum*

bonorum possessio no podía tener lugar pues lo que sucedía era una atribución concreta y especifica de cuotas determinadas, y por lo tanto faltaba uno de los presupuestos básicos para que se verificara el derecho de acrecer, como era la existencia de una pluralidad de herederos llamados *in solidum* con un derecho paritario de cada uno de ellos potencialmente sobre el total del objeto, de tal manera que la cuota individual resultaba del concurso efectivo que tenía lugar entre los mismos. *A fortiori*, en la *bonorum possessio* no existía una *delatio* con una adquisición que pudiese venir a menos dejando libre una cuota lo que conllevaría la aplicación del *ius adcrescendi*, sino que suponía una toma de bienes del difunto por parte de un sujeto, en virtud de la voluntad pretoria, que tenía carácter adquisitivo, esto es, el pretor no concedía un derecho a una pluralidad de personas sino que cada uno recibía una cuota diferente de los bienes del difunto, de tal modo que, para que hubiese un nuevo reparto de bienes –lo que se correspondería en la herencia al acrecimiento– debía tener lugar una nueva atribución de derechos por parte del pretor, lo que contribuía aún más a negar el acrecimiento en esta fase de la *bonorum possessio* que, como es sabido, en el *ius civile*

altrömischen Erb-und Vermächtnisrecht, I, Wien, 1933, pp. 25 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 452 (nota 3)-464 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 42 y ss. En contra, P.BONFANTE, "Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano en el diritto moderno", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 178 y ss.; P.BONFANTE, "Le critiche al concetto dell'originiara eredità sovrana e la sua riprova", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione", op.cit.*, pp. 235 y ss. (nota 2); P.BONFANTE, "La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili", en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, *op.cit.*, pp. 368 y ss, (= en *Arch.Giur., IC, op.cit.*, pp. 130 y ss.); P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni", op.cit.*, pp. 197 y ss.; G.SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 112 y ss.

tenía como elemento esencial una única llamada tanto para la primera como para la segunda atribución de bienes hereditarios.

Sin embargo, este escenario fue modificado gracias a la evolución del instituto pretorio, pues el acercamiento entre *hereditas* y *bonorum possessio* trajo consigo que estas dos formas de sucesión *mortis causa* alcanzasen el mismo objeto y por tanto estuvieran sometidas al mismo régimen jurídico[806]. Dicho proceso, que culminará con una fusión total entre ambas, tuvo su inicio con la *lex Aebutia*[807] que concedía más poder al pretor en cuanto al proceso, lo que supuso un punto de inflexión en la práctica del

[806] F.PASTORI, "La definizione della *Bonorum Possessio*", en *Studi De Francisci, III, op.cit.*, p. 614; M.KASER, "*Ius honorarium* und *ius civile*", en *ZSS, CI,* 1984, pp. 1 y ss.; M.TALAMANCA, *Lineamenti di storia di diritto romano, op.cit.*, p. 153.

[807] *Lex Aebutia. Commentarius quartus.*- 30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet ; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*

GELIO, Noct. Att. 16, 10, 8.- *...omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumuiralium causarum lege Aebutia lata consopita sit ...*

Vid. P.F.GIRARD, "La date de la Loi Aebutia", en *ZSS, XIV*, 1893, pp. 11 y ss. (=en *NRHD, XXI*, 1897, pp. 249 y ss.); C.LONGO, voz: "*Lex Aebutia*", *NNDI, IX*, 1963, p. 795; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 31; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 173; M.KASER, "Die *Lex Aebutia*", en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953, pp. 25 y ss.; G.GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano, op.cit.*, p. 278; G.SACCONI, "Appunti sulla *Lex Aebutia*", en *Arch. Giur., CIIIC*, 1979, pp. 63 y ss.; J.PARICIO, "La"*Lex Aebutia*", la "*Lex Iulia de Iudiciis Privatis*" y la supuesta "*Lex Iulia Municipales*", en *LABEO, IL, II,* 2003, pp. 125 y ss.; respecto a nuestro tema de investigación afirma C.LONGO en *Enciclopedia Giuridica Italiana, op.cit.*, pp. 1220 y ss. que "in questo momento sono in sostanza nati gli elementi necessari e sufficienti per la fissazione di un concetto di successione pretoria".

Derecho romano, pues a partir de aquí se conferían los derechos y las acciones del *de cuius*, tanto en su vertiente activa como pasiva al *bonorum possessor*, de manera que nos encontramos ante una situación de herencia pretoria asimilada en su regulación a la herencia civil.

De todo lo expuesto, Vaccaro[808] deduce y aplica el efecto en su tesis sobre el acrecimiento romano, de tal manera, puesto que en la *bonorum possessio* la llamada era virtualmente universal, al igual que sucedía con la herencia civil[809] el único heredero no podía ser heredero *pro parte* ni por tanto el único *bonorum possessor* podía serlo *pro parte*; así, afirma que en virtud de dicha atribución universal se aplicaba en la *bonorum possessio* el régimen general del *ius adcrescendi*, esto es, si existían varios llamados a la posesión de los bienes hereditarios, ocurriendo la distribución de cuotas a través del concurso efectivo que formaban entre ellos, ya que el derecho de cada uno únicamente estaba limitado por el del resto, si alguno renunciaba o de algún modo perdía su derecho, antes aun de haberlo adquirido por el sistema *adgnitio-datio*, el derecho de los que quedaban se expandía necesariamente sobre la cuota que había quedado vacante, cumpliéndose de esta forma todos los presupuestos básicos de nuestro instituto, lo que queda recogido en las fuentes con claridad en D. 37, 1, 3, 9 y D. 37, 1, 5:

[808] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 31-32; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX*, *op.cit.*, p. 303.

[809] D. 29, 2, 2; D. 29, 2, 55; D. 38, 15, 4 pr.; *Bas*. 40, 7, 1.

> D. 37, 1, 3, 9.- *Ulpianus 39 ad ed. In bonorum possessione sciendum est ius esse adcrescendi: proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt,*
>
> D. 37, 1, 5.- *Ulpianus 39 ad ed. Ei, qui admisit, adcrescent etiam hae portiones, quae ceteris competerent, si petissent bonorum possessionem.*[810]

Esto significa que en esta sede el acrecimiento tenía lugar con las mismas características que establecía el *ius civile* para la herencia, por lo cual, se verificaba *ipso iure*, sin conocimiento del *bonorum possessor* incluso en contra de su voluntad, y obviamente sin ser necesaria una nueva *adgnitio* para adquirir la cuota vacante, como se establece en D. 37, 11, 2, 8.

La tesis que sostiene Vaccaro al respecto de la aplicación del derecho de acrecer dentro del sistema de la *bonorum possessio* lleva a confirmar a nuestro instituto como un nexo de unión entre dos formas de regular la sucesión *mortis causa* romana que llegaron a fusionarse en un mismo derecho, así, en palabras del propio autor se afirma que "l'ammissione del diritto d'accrescimento nel sistema della *bonorum possessio* va dunque collocato fra i fenomeni più importante ed appariscenti del lento secolare processo di

[810] En el mismo sentido *vid*. C. 6, 10, 1; *Bas*. 40, 7, 1.

accostamento e di fusione fra *hereditas* e *bonorum possessio*: è un istituto proprio della hereditas che viene trapiantato nel sistema della successione pretoria ove originariamente non trovava applicazione"[811].

Por lo tanto, podemos concluir que Vaccaro confirma al derecho de acrecer como uno de los institutos imprescindibles para entender el acercamiento entre herencia y *bonorum possessio*, afirmando con rotundidad su aplicación, según su régimen general, en virtud de un traslado de la regulación civil del acrecimiento al derecho pretorio.

2.2.- Tesis de Robbe: el *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* era de general aplicación desde sus orígenes en función de su fundamento en un derecho real

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En su tesis Robbe[812] afirma, con base en los textos de las fuentes D. 37, 1, 3, 9; D. 37, 1, 4; D. 37, 1, 5; D. 38, 15, 4; C. 6, 10, 1, que incluso en este instituto pretorio se verificaba al acrecimiento.

En este sentido, Robbe fundamenta su opinión sobre el derecho de acrecer en la *bonorum possessio* en una crítica de los

[811] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 33.

postulados ya expuesto de Vaccaro; de esta manera, a partir de la tesis de Vaccaro que no admite el derecho de acrecimiento en los orígenes de la *bonorum possessio,* sino hasta que bajo el impulso de la práctica, como consecuencia del sustancial acercamiento entre *bonorum possessio* y herencia, con la concesión de la posesión de los bienes por el pretor virtualmente universal fue cuando se admitió la aplicación del *ius adcrescendi,* así, al igual que un único heredero *is pro parte eam scindendo adire non potest*[813], un único *bonorum possessor* debía solicitar el total o renunciar al mismo[814]; de igual manera, si por el edicto eran varios los llamados a la *bonorum possessio* el derecho de cada uno únicamente se encontraba limitado por el derecho del resto, y si alguno no solicitase su parte al pretor, o de cualquier otro modo perdiera su derecho antes de haber aceptado su cuota, el derecho de los otros se expandía necesariamente sobre la cuota que había quedado vacante, Robbe[815] expone su tesis como línea de continuación a su crítica general respecto de la llamada potencial a la universalidad en la herencia, lo que tiene su reflejo en su opinión sobre el régimen jurídico de la aplicación del acrecimiento en la herencia romana.

En este sentido, Robbe viene a negar que en este instituto pretorio tuviese lugar la atribución virtualmente universal del patrimonio hereditario, expresión paralela a la realizada en su teoría

[812] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, pp. 173 y ss.

[813] D. 29, 2, 1; D. 29, 2, 2.

[814] D. 29, 2, 55; D. 38, 15, 4 pr.

[815] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, pp. 175 y ss.

del derecho de acrecer con relación al *ius civile*, tachando dicha afirmación de una "vera e propria presunzione, in stridente ed insuperabile contrasto con la realtà", así, es claramente inadmisible que la concesión por parte del pretor de los bienes del *de cuius* pudiera ser virtual, cuando en la práctica tenía lugar una asignación concreta de dichos bienes a los sujetos que solicitaban la *bonorum possessio*, por lo tanto, una vez que el pretor hubiese determinado quien o quienes eran los sucesores con mejor derecho, la concesión posesoria se configuraba no como un hecho potencial o virtual, sino como una hipótesis que únicamente tenía lugar cuando entre varias personas que hubiesen podido concurrir a la misma *bonorum possessio*, alguno o algunos, por cualquier causa no pudiesen intervenir en la adquisición de los bienes del difunto; sin embargo todo lo expuesto no significa que negar la llamada potencial al total de los bienes viniese asimismo a negar el derecho de acrecer.

A fortiori, Robbe afirma que los argumentos que utiliza Vaccaro para sostener su teoría sobre la aplicación práctica del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* toman su punto de partida en dos conceptos falsos; en primer lugar, Robbe se muestra contrario a admitir que el derecho de acrecer fuera un instituto propio de la herencia que con el paso de tiempo fue asumido por la sucesión pretoria comprendiendo el mismo objeto, y disponiendo del mismo régimen jurídico que la primera, *a sensu contrario*, en absoluto se puede explicar el *ius adcrescendi* con los mismos principios de la herencia, a pesar de que se pudiera desear afirmar dicha tesis para justificar la aplicación del derecho de acrecer en el derecho pretorio. En segundo término, Robbe niega absolutamente que exista

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

alguna prueba en las fuentes que sostenga que el derecho de acrecer fuera aplicado en la *bonorum possessio* no en sus orígenes sino en un segundo periodo de su evolución.

A partir de esta exposición, Robbe[816] afirma con fundamento en su teoría del acrecimiento –expuesta con anterioridad y que sostiene la actuación de nuestro instituto como parte de un derecho real– que el mismo se verificaba incluso en los orígenes procesales de la *bonorum possessio*. Así, en este primer momento el pretor concedía y garantizaba la mera posesión de los bienes del difunto a las personas citadas en el edicto, estando dicha posesión limitada a las cosas corporales a tenor del interdicto *quorum bonorum*; de esta manera, cuando se presentaban varios pretendientes a la misma herencia, la posesión de la misma se dividía entre ellos, atribuyendo a cada uno una cuota individual y diferenciada de los bienes del *de cuius*[817]. Pero esta atribución era, en este primer momento provisional, resultando definitiva únicamente al final del proceso, de tal manera que si en ese intervalo temporal uno de los *bonorum possessores*, por cualquier causa perdiera, renunciara o abandonara

[816] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, p. 176.

[817] D. 41, 2, 3; D. 41, 3, 32. *Vid.* S.DI MARZO en *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 290, sostiene que en Derecho romano no era posible que varios sujetos fueran poseedores íntegramente de una misma cosa, si bien lo era el que diversas personas poseyeran la misma cosa por partes determinadas indivisas, teniendo cada una la posesión no de una parte material de la misma, sino una parte intelectual que sirve como límite a su poder sobre el bien, siendo esta cuota bien determinada pues no era imaginable el ejercicio de un poder del que no se conociera su medida, por todo esto, los juristas romanos negaban con claridad que varias personas tuvieran la posesión de una cuota indeterminada.

la posesión atribuida por el pretor, su cuota inmediata y necesariamente acrecía a la cuota de los otros.

Robbe[818] afirma que en la *bonorum possessio*, ya desde sus orígenes, se verificaba el derecho de acrecer por la fuerza intrínseca de su naturaleza como derecho real constituido por la posesión de los bienes de difunto otorgada por el derecho pretorio. En este sentido, afirma que los textos de Ulpiano D. 37, 1, 3, 9.- *Ulpianus 39 ad ed. In bonorum possessione sciendum est ius esse adcrescendi: proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt,* y D. 37, 1, 5.- *Ulpianus 39 ad ed. Ei, qui admisit, adcrescent etiam hae portiones, quae ceteris competerent, si petissent bonorum possessionem*, prueban con claridad que la aplicación del derecho de acrecer en la *bonorum possessio* tenía lugar desde sus primeras etapas, con el mismo fundamento jurídico de una pura y simple unión de dos o más personas y con la misma estructura jurídica de la accesión[819].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[818] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 177.

[819] U.ROBBE en *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, p. 51 afirma en este sentido que es un requisito necesario e indispensable para la aplicación del derecho de acrecer tanto en la herencia como en el legado la simple unión, como resulta de manera evidente de la opinión de Ulpiano recogida en *Tit.Ulp.* XXIV, 12.- *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive coniunctim velut "Titio hominem Stichum do lego, seio eundem hominem do lego", iure civili concursu partes fiebant; non concurrente altero pars eius alteri adcrescebat: sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit. Vid.* I. 2, 20, 8.

Asimismo, sostiene Robbe la confirmación de su teoría en el hecho de que las causas de vacancia de una cuota citadas por Gayo en D. 37, 1, 4.- *Veluti quod spreverunt ius suum aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt aut ante mortui sunt quam petierunt bonorum possessionem,* debían estar referidas a un tiempo en el cual la *bonorum possessio* ya había completado su evolución conformándose como una verdadera sucesión pretoria.

En el mismo sentido, y respecto de la aplicación práctica del acrecimiento en sede pretoria, en caso de que una cuota quedase vacante desplegaba su eficacia el régimen jurídico general del *ius adcrescendi*, esto es, no era necesaria una nueva *adquisitio* para obtener dicha cuota, pues el acrecimiento tenía lugar *ipso iure*, con una inmediata y natural accesión de la cuota vacante a la de origen, sin necesidad de conocimiento o voluntad por parte del *bonorum possessor* dueño de esta última cuota, tal como se afirma en D. 37, 11, 2, 8 (*vid.supra*).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

3.- Dos supuestos particulares de aplicación del *ius adcrescendi*

Se pueden confirmar asimismo las diferencias en la aplicación práctica del acrecimiento a tenor de las teorías expuestas en dos casos que, por sus particulares circuntancias, hicieron necesaria la intervención del pretor en su regulación así como en la normativa que se debía aplicar en el derecho de acrecer.

3.1.- El nieto de un hijo premuerto

En las fuentes encontramos recogido un caso concreto, en el cual, debido a la particularidad de la anteriormente citada llamada por estirpes a los *sui –non in capita sed in stirpes–*, esto es, con fundamento en el denominado derecho de representación, tenía lugar un supuesto especial en la forma de verificarse el *ius adcrescendi*, como se observa en *Gai* 3, 8 y D. 37, 4, 11, 1:

> *Gai* 3, 8.- *Et quia placebat nepotes neptesue, item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam, item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia.*

> D. 37, 4, 11, 1.- *Paulus 41 ad ed. Exemplo iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur: igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.*

> C. 6, 55, 2.- *Imperatores Diocletianus, Maximianos. Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato non virilibus portionibus, sed ex stirpibus*

> *succedunt. * diocl. et maxim. aa. aviae. * <a 290 s. iii k. mart. hadrianopoli ipsis aa. iiii et iii conss.>*

> C. 6, 55, 3.- *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Ut intestato defuncto filius ac nepos ex alio, qui mortis eius tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris pariter succedant, evidenter lege duodecim tabularum cavetur. quod et honorarii iuris observatio sequitur. * diocl. et maxim. aa. et cc. frontoni. * <a 293 s. xv k. iul. aa. conss.>*

Tomando en consideración estos pasajes se puede comprender cómo sucedían en la *bonorum possessio* dos hijos del *paterfamilias* y dos nietos de un hijo premuerto[820], de tal manera que los bienes se dividían en tres partes, de las cuales las dos primeras eran asignadas a los hijos del *paterfamilias* y la tercera era para los nietos del mismo considerados en conjunto; a este respecto Vaccaro[821] sostiene que los nietos tenían un derecho paritario sobre una de las fracciones de la herencia de su abuelo, y sus respectivas cuotas resultan de la concurrencia entre ambos, por lo cual, si alguno de los nietos no pedía la *bonorum possessio* su parte acrecía a su hermano y no a sus tíos, ya que siguiendo a Vaccaro el derecho del hermano que sí la solicitaba era virtualmente extendido al total

[820] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 207; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 417-418; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 606.

[821] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 34.

de la cuota cuando no se veía limitado por la concurrencia de su hermano, lo que demuestra que en supuestos particulares también se presentaban las características básicas del *ius adcrescendi*, así, afirma el propio Vaccaro que "si ripete cioè nall'ambito di una sola quota lo stesso fenómeno che abbiamo osservato per l'intera ereditá e si ripete per la stessa ragione".

En este orden de ideas, si en el mismo supuesto de hecho el que faltaba era uno de los dos hijos, la cuota vacante acrecía al hermano y a los nietos en proporción de sus respectivas cuotas, esto es, la mitad al hermano y la mitad a los nietos, lo cual se recoge en las fuentes de la siguiente forma:

> D. 37, 4, 12 pr.- *Gaius 14 ad ed. provinc. Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepotibus bonorum possessio competat et alter ex nepotibus non petat, pars eius fratri adcrescit. si vero ex filiis alter non petat, tam fratri quam nepotibus id prodest: namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur.*

> D. 37, 8, 1, 12.- *Ulpianus 40 ad ed. Si quis ex nepotibus portionem suam omiserit, eveniet, ut non ad patrem eius, sed magis ad fratrem pertineat. sed et si omnes nepotes omittant, patruo nihil adcrescet, sed soli patri: quod et si pater omiserit, tunc patruo adcrescet.*

Matiza esta opinión, acercándola a su tesis del acrecimiento, Robbe[822] al establecer que estos mismos textos de las fuentes sirven para confirmar su teoría sobre la naturaleza y estructura de derecho real del *ius adcrescendi,* de esta manera a partir del hecho evidente ya presentado –si uno de los nietos no pedía la *bonorum possessio* su cuota le acrecía al otro nieto, y no a los dos hijos, que únicamente tenían derecho de acrecer si faltasen los dos nietos, además que si fuese uno de los dos hijos el que no solicitase la *bonorum possessio* su parte se dividía en dos fracciones iguales, una para el hermano y la otra para los dos nietos– se puede observar de manera evidente que el *ius adcrescendi* explicado con la naturaleza de un derecho real y con la estructura jurídica de la accesión se comprende fácilmente y se justifica incluso en este particular y un poco complejo supuesto de aplicación, donde se cumple la máxima *portio portioni adcrescit, non personae.*

Así, en opinión de Robbe, la teoría referente a que también en este supuesto el derecho de cada uno era virtual y potencialmente extendido al total, limitado sólo por el concurso efectivo de los otros concurrentes, únicamente se puede concebir idealmente y no como realidad práctica.

En este sentido, Robbe explica su tesis presentando como falsas diversas premisas consideradas como ciertas por Vaccaro; en la hipótesis de falta de uno de los dos nietos, no se comprende porqué su cuota le acrecía al otro nieto y no a los dos tíos, esto es,

[822] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, pp. 178 y ss.; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 159.

a los otros dos hijos del *paterfamilias* fallecido, pues el derecho de estos dos últimos también era virtual y potencialmente extendido al total, incluso sobre la cuota que le pertenecían a los dos nietos hijos del hijo premuerto, *a fortiori*, si faltaban los dos nietos el derecho sobre la cuota de estos se concedía a los dos tíos; así el derecho de cada uno de los hijos se extendía incluso sobre la cuota que pertenecía en conjunto a los dos nietos, aunque únicamente después del derecho que tenían estos dos sobre la misma; al respecto de esta afirmación, Robbe cuestiona el hecho de tener como distintos estos dos tipos de derechos, pertenecientes al mismo tiempo y respectivamente a los dos hijos por un lado y a los dos nietos por otro, que se extendían en un mismo tiempo y forma sobre una misma cuota, de tal forma que la única diferencia estaría en que el derecho de los dos nietos se extendería sobre el total en un primer momento y el derecho de los dos hijos también se extendería aunque posteriormente al entero, esto es, lo harían uno sobre el otro.

Sin embargo, con la tesis fundada en la naturaleza esencial del derecho real y la estructura jurídica de la accesión, la confusión que genera este supuesto desaparece; de esta manera el *ius adcrescendi* se explica a través de las cuatro características que conforman este derecho y sobre todo por aquélla que por su importancia aglutina a las otras tres, que hacía referencia al objeto del derecho de acrecer, consistente como ha quedado establecido en un derecho real ya actuado o que había de actuarse inmediatamente: *portio portioni adcrescit, non personae*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Así, son las diferentes cuotas en las que se dividían los bienes del *de cuius*, unidas entre sí, las que hacían posible tanto de manera ideal como en la realidad práctica la aplicación del derecho de acrecimiento; por lo tanto, ya no ocurría confluencia alguna de los diversos derechos virtual y potencialmente extendidos sobre una misma fracción, sino una simple proximidad de una cuota a otra, caracterizada por lo que Robbe[823] explica como "un legata all'altra, e queste due assieme legate ad un'altra o a delle altre di uguale o diversa grandezza".

En este sentido, las dificultades de claridad que se presentaban con la tesis de Vaccaro se superan, y el derecho de acrecer tenía lugar por sí mismo, por virtud propia, cuando una cuota se extendía *ipso iure* y necesariamente sobre otra que había quedado vacante, que se encontraba unida de manera inmediata y directa a la primera, dichas cuotas quedaban contenidas en límites bien señalados, más o menos acentuados según las diferentes relaciones existentes entre las mismas, lo que se refleja no sólo en los orígenes del *ius adcrescendi* sino incluso a lo largo de la realidad material que marcó el curso de la evolución de nuestro instituto.

[823] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, p. 180.

3.2.- *Nova Clausola Iuliani*

Otro supuesto especial de aplicación del derecho de acrecer lo encontramos con la entrada en vigor de la *nova clausola Iuliani: coniungendis cum emancipato liberis eius*, si bien únicamente en la clase de los *unde liberi*.

La situación venía planteada cuando existía un hijo emancipado del *de cuius* a la par que este último había conservado bajo su potestad a los hijos del primero, esto es, los nietos continuaban bajo la potestad de su abuelo de tal manera que a su muerte obtenían una cuota de la herencia de su *paterfamilias* y el emancipado, en virtud de la nueva situación jurídica que le otorgaba derechos sucesorios sobre la herencia del padre emancipador otra cuota igual, en tanto si la *capitis deminutio minima* del hijo no aparecía en el escenario jurídico desarrollado, de tal manera que el emancipado hubiera seguido *in potestate*, sucedía solo excluyendo a sus hijos[824].

[824] D. 37, 8, 3; D. 37, 9, 1, 13; D. 38, 6, 1, 7. *Vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op. cit*, pp. 586-587; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, p. 492 (nota 3); R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 35 y ss.; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e ..., op.cit.*, pp. 180 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 796; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 11 y ss.; J.BURILLO, "Sobre la "*Collatio emancipati*", en *SDHI, XXXI, op.cit.*, pp. 208 y ss.; L.VACCA, "In tema di *bonorum possessio contra tabulas*", en *BIDR, LXXX*, Milano, 1977, pp. 186 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 832; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 420; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de*

Para evitarlo *Salvio Iuliano* estableció en el edicto con la citada cláusula que los hijos del emancipado y el emancipado mismo obtenían una única cuota que se dividía por mitad entre el emancipado por un lado y todos sus hijos por otro, como se observa en D. 37, 8, 1:

> D. 37, 8, 1.- *Ulpianus 40 ad ed. Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De esta manera, en opinión de Vaccaro[825] los hijos del emancipado tenían sobre toda la cuota que les había correspondido un derecho igual y exclusivo, así, en este caso, si faltase uno de los hijos, el acrecimiento tenía lugar a favor del resto de hermanos y no del padre; en el mismo sentido, si por cualquier motivo todos los hijos no pudieran o no quisieran la cuota que les pertenecía, puesto que los mismos concurrían a partes iguales con su padre, el *ius*

Derecho Romano, I, op.cit., p. 71; A.CABALLÉ, La *Collatio emancipati*, *op.cit.*, 43 y ss.-75 y ss.

[825] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 35.

adcrescendi tenía lugar a favor del padre que excluía a los otros coherederos posibles, tal como se afirma en D. 37, 8, 1, 12:

> D. 37, 8, 1, 12.- *Ulpianus 40 ad ed. Si quis ex nepotibus portionem suam omiserit, eveniet, ut non ad patrem eius, sed magis ad fratrem pertineat. sed et si omnes nepotes omittant, patruo nihil adcrescet, sed soli patri: quod et si pater omiserit, tunc patruo adcrescet.*

En este sentido, según los mismos principios, si era el padre quien no concurría a su parte de la herencia del *paterfamilias*, el derecho de sus hijos se expandía automáticamente sobre el total de la cuota excluyendo por tanto a los demás coherederos, así en D. 38, 6, 5, 2:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

> D. 38, 6, 5, 2.- *Pomponius 4 ad sab. Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut quod filius habiturus esset petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcrescat.*

En función de lo expuesto Vaccaro[826] sostiene que entre coherederos de la misma clase el *ius adcrescendi* se verificaba

[826] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 35 y ss.

como necesaria consecuencia de un principio superior fundamentado en que todos tienen un derecho paritario sobre el total de la herencia, así en estos casos particulares de coherederos que tenían un derecho paritario y exclusivo sobre una única e idéntica cuota, únicamente limitado por el concurso de los demás, faltando dicho concurso el citado derecho por su propia virtud se expandía sobre el total de la cuota de tal manera que de cuota potencial pasaba a configurarse como una cuota real.

Sin embargo, como ocurre en el caso anterior, para Robbe[827] en todo este entrelazado de derechos de acrecimiento, son las cuotas las que con fundamento en la naturaleza de derecho real y estructura jurídica de la accesión las que configuran la solución a las diferentes situaciones que se presentan, según sea más o menos próxima la unión de una cuota a otra; por lo tanto, este autor niega la realidad de la tesis de Vaccaro expuesta, que afirma que los hijos del emancipado tenían sobre la mitad de la cuota que les correspondía un derecho igual y exclusivo, entrando en juego el acrecimiento a su favor porque únicamente ellos concurrían efectivamente entre sí; y lo niega porque no había en realidad exclusividad de los hijos del emancipado ni siquiera sobre la cuota que les pertenecía, ya que sobre la misma también existía el derecho del padre a concurrir, lo que se puede comprobar en el hecho que faltando todos los nietos, el acrecimiento tenía lugar a favor del padre, y asimismo, tenían derecho a concurrir efectivamente sobre dicha cuota, en un segundo lugar, el resto de hijos del *de cuius*, a

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

favor de los cuales se verificaba el derecho de acrecer en el supuesto práctico de que viniesen a faltar tanto el emancipado como los hijos de éste.

Por este motivo, Robbe no considera aceptable la conclusión de Vaccaro[828] que viene a sostener que, incluso en estos casos particulares, algunos coherederos tenían un derecho paritario y exclusivo sobre una única cuota, sólo limitado por el concurso entre ellos, de tal manera que faltando dicho concurso el citado derecho se expandía sobre el total de la cuota.

4.- *Successio ordinum et graduum*

El sistema de sucesión establecido por el pretor, presentaba un problema respecto al tema de nuestro estudio desconocido en el *ius civile*, como era el referido a la conexión entre la *successio ordinum et graduum* y el *ius adcrescendi*.

Como es sabido, el pretor con el edicto sucesorio introdujo la delación sucesiva[829], excluida del sistema establecido en las XII

[827] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …, op.cit.*, p. 181; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", *NNDI, I, op.cit.*, p. 159.

[828] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 36.

[829] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 152 (nota 1); F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, I, op.cit.*, pp. 77 y ss.-246 y ss.; C.LONGO, voz: "*Bonorum Possessio*" en

Tablas[830]. Así, para el *ius civile* en tanto existían *sui* no tenía lugar la sucesión de los agnados, y de igual manera, existiendo agnados no pasaba la herencia a los gentiles, además en la clase de los agnados el más próximo excluía al más remoto; sin embargo, una vez que el pretor admitió la *successio ordinum et graduum*, todos los herederos guardaban entre sí un orden secuencial[831], esto es, cuando la *bonorum possessio* no era pedida o se renunciaba a la misma, el pretor llamaba al grado sucesivo de la misma clase –*successio graduum*–, y en su defecto, a la clase sucesiva –*successio ordinum*–, como se demuestra en D. 38, 2, 2:

> D. 38, 2, 2.- *Pomponius 4 ad sab.-... primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere,*

Universitat d'Alacant

Enciclopedia Giuridica Italiana, op.cit., pp. 1225 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 587 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 248 y ss.; V.SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op.cit.*, p. 76 (nota 2); B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 207; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 139 y 418; F.PASTORI, "La definizione della *Bonorum Possessio*", en *Studi De Francisci, III, op.cit.*, pp. 599 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 16-17; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, pp. 515 y ss.; O.LENEL, *Das edictum perpetuum, III*, Leipzig, 1974, p. 361; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, pp. 832 y ss.; A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 606; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 74.

[830] *Gai* 3, 12; *Gai* 3, 22; *Tit.Ulp.* XXVI, 5; *Pauli Sent.* 4, 8, 21 (23); I. 3, 2, 7.

[831] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 36; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 418.

> *sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.*[832]

No obstante, mientras la *successio ordinum* fue admitida en líneas generales, la *successio graduum* en principio únicamente encontraba aplicación en la clase de los *cognati*[833]. La dificultad se planteaba desde el momento en el cual admitida la *successio graduum* y, en el supuesto de que faltase uno de los coherederos, existían dos soluciones distintas, así, por un lado, se podía aplicar la delación sucesiva a favor de los siguientes o, en otro caso, debía tener lugar el derecho de acrecer a favor de los coherederos.

[832] Del igual redacción *vid.* D. 38, 9, 1, 6; D. 38, 9, 1, 8; D. 38, 9, 1, 10.

[833] Al respecto *vid.* K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II*, Marburg-Leipzig 1863-1869, pp. 62 y ss.; C.LONGO, voz: "*Bonorum Possessio*" en *Enciclopedia Giuridica Italiana, op.cit.*, pp. 1206 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 502 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 252; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain, op.cit.*, pp. 937-938. Asimismo, Justiniano antes de su reforma general del derecho admitió la *successio graduum* entre los agnados, tal como señala en I. 3, 2, 7.- *Placebat autem , in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est quamvis proximus, qui, secundum ea quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem aut, antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo iure sequentes admittuntur. quod iterum praetores imperfecto iure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote adgnationis iure eis recluso. sed nos nihil deesse perfectissimo iuri cupientes, nostra constitutione sanximus quam de iure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat quod cognatis a praetore apertum est hoc adgnatis esse reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente, sequens succedit, et quod in onere obtinebat non erat in lucro permissum.* En el mismo sentido I. 3, 3 dedicado al senadoconsulto Tertuliano.

Esta cuestión ha sido objeto de polémica en la doctrina[834], pudiendo encontrar variados argumentos tanto a favor como en contra de una u otra tesis.

A este respecto, La Pira[835] afirma que en la clase de los *liberi,* si éstos pedían la *bonorum possessio* o gestionaban el patrimonio hereditario o aceptaban la herencia no era posible la delación sucesiva, y, en el supuesto fáctico de que entre varios sujetos con capacidad para concurrir al sistema de sucesión pretoria unos aceptaran y otros no, tenía lugar el acrecimiento a favor de los que hubieran aceptado, tal como se puede comprobar en I. 3, 9, 9:

> I. 3, 9, 9.- *Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, eiusdem gradus personis adcrescit: vel si nemo ex eo sit, deinceps ceteris proinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur ac si is qui praecedebat ex eo numero non esset. si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni praefinitum*

[834] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit*., pp. 607 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.* p. 234 (nota 5); A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 511 y ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, op.cit.,* p. 22; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 418.

[835] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 251 y ss.

> *excesserit, expectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.*

De este texto de las fuentes se extrae claramente que el pretor concedía el plazo de un año tanto a ascendientes como a descendientes naturales y adoptivos para poder solicitar la *bonorum possessio*, además de cien días al resto, pero lo importante respecto a nuestro tema de estudio es que señala que si dentro de dicho término alguno de los legitimados no hubiere pedido la posesión de los bienes, su cuota acrecía a los demás del mismo grado, y únicamente en el supuesto de que no quedase ninguno se pasaba al siguiente como si en el primero nunca hubiera existido sujeto alguno, y de igual manera se actuaba en el supuesto de repudio de la posesión sin tener que esperar al transcurso del plazo previsto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De tal manera que La Pira presenta un supuesto especial afirmando que habiendo aun un sólo emancipado que no quisiera solicitar la *bonorum possessio*, la llamada pasaba al agnado próximo, y si éste no deseaba aceptarla se producía una ulterior delación a los cognados, siendo en esta clase en la cual era posible la sucesión en grado[836], y volviéndose a llamar en esta clase al emancipado que había repudiado la herencia como *liberi*[837],

[836] P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, *II*, *op.cit.*, p. 16.

[837] Con relación a la tesis que afirma la no admisión por el pretor de la delación sucesiva en la clase de los *legitimi*, *vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 588; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 252 y ss.; C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I,*

opinión que podemos extraer de los textos recogidos en las siguientes fuentes *Gai* 3, 27; *Gai* 3, 28; D. 38, 16, 2; D. 38, 16, 4; D. 38, 16, 5; I. 3, 2, 7

Sigue la misma opinión Vaccaro[838] al sostener a favor del *ius adcrescendi* que justamente son el concepto y la misma naturaleza de nuestro instituto lo que induce a afirmar una necesaria aplicación del mismo en este caso; así, afirmando su tesis manifiesta que tomando como cierto que todos los coherederos eran llamados al total de la herencia, el objeto de su adquisición era la misma herencia y, por lo tanto, cada uno de ellos recibía una parte mayor cuando menor fuese el número de concurrentes.

A sensu contrario se puede examinar, como argumento a favor de la delación sucesiva la tesis, entre otros autores[839], de

Universitat d'Alacant

op.cit., 368 (nota 3); P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 501 y ss.; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *op.cit.*, pp. 931 y ss. Sostiene que existía una sucesión de orden entre el *suus* y el agnado próximo, F.GLÜCK en *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, II*, *op.cit.*, pp. 11 y ss.-246 y ss., tomando como fundamento el texto de Gayo recogido en *Gai* 3, 37, a este respecto, es interesante consultar la recensión de G. HARTMANN a la obra de F.GLÜCK publicada en la *Rivista critica trimestrale*, *XIII*, 1871, pp. 535 y ss.

[838] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 37.

[839] A.BRINZ, *Lehrbuch der pandekten, III*, *op.cit.*, pp. 136 y ss.; R.LEONHARD, *Versuch einer Entscheidung der Streitfrage ueber den Vorzug der successio graduum vor dem Accrescenzrechte nach roemischem Rechte : eine Gelegenheitsschrift*, Halle, 1874, pp. 38 y ss.; J.MERKEL, *Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben*, Tübingen, 1876, pp. 131 y ss.; F.HOFMANN, *Kritische studien im römischen rechte*, *op.cit.*, pp. 84 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 338; M.MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, *op.cit.*, p. 91.

Windscheid[840] quien afirma que el acrecimiento era excluido por la sustitución y, podía asimismo serlo por la delación sucesiva[841]; los puntos relevantes de esta cuestión se centran en sostener que aun cuando sin duda los sujetos llamados en conjunto lo eran cada uno a la herencia como un todo, no por ello se hace menor dicha llamada, aunque lo sea a una parte; por lo tanto, siendo el objeto de su adquisición la herencia, se recibe mayor cuota cuando el llamado con él no quiere o no puede asumir la suya, sin embargo, esto no cierra la cuestión, pues se puede objetar "chè non dovrebbe i diritto tanto bene mettere al posto d'uno dei più chiamati un altro chiamato con lui, quanto al posto d'un chiamato un altro chiamato? Ed esso fa ciò incontrovertibilmente nel caso in cui ad uno degli istituiti è stato dato un sostituto volgare", de tal manera, para Windscheid la cuestión deriva en un problema de interpretación de la Novela 118. Así, a tenor de la misma se cuestiona que debe entenderse como voluntad de Justiniano cuando se hace referencia a si la cuota del llamado junto a otros debía o no ser objeto de una nueva vocación; a este propósito sostiene que se ha querido atribuir un peso decisivo al hecho de que Justiniano llamaba a los posteriores descendientes y a los hijos de hermanos y hermanas al sitio de sus padres *predefuncti*, pero no es menos cierto que utilizar esta afirmación para obtener un argumento a contrario es inadmisible, pues el legislador estaba regulando precisamente el caso real planteado y no la cuestión de controversia entre el acrecimiento y la *successio graduum*. Por lo

[840] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.* p. 234 (nota 5).

tanto, este autor expone como posible que precisamente el legislador no hubiera dispuesto nada para este asunto porque en dicho supuesto estaba tratando pura y simplemente de sustitutos legales, a pesar de lo cual sostiene que no cree posible que Justiniano hubiera excluido a nietos o a hijos de hermanos a favor del tío o de la tía, y en general, que hubiera dado valor a la circunstancia que excluye al más lejano en grado, ya sea antes o después de verificarse la muerte de heredero original. Asimismo, establece que la vocación sucesiva no tenía, en este caso, efecto sobre el reparto de la herencia, así, no cambiaba el modo de dividir si faltando uno de los llamados, entrase en su lugar otro sujeto, o si la parte que había quedado vacante acrecía a los otros llamados[842].

Como podemos observar no parece fácil aportar una solución a la cuestión planteada ya que como es sabido, el derecho de acrecer tenía como presupuesto básico la vacancia de una cuota, sin embargo, en buena lógica no parece que pudiera declararse una cuota vacante cuando era posible la delación sucesiva, pues de igual modo que la sustitución excluía el acrecimiento también debía excluirlo la llamada al grado sucesivo. Además, viene a complicar aún más la cuestión el hecho de que

[841] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.* p. 327 (nota 10).

[842] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.* p. 235 (nota 6).

parece indiscutible que potencialmente había *ab initio* una llamada a favor de los coherederos[843].

Por todo lo expuesto, la doctrina romanística, ante la falta de apoyo en las fuentes, se encuentra dividida entre estas dos posturas, si bien la mayoría admite, aun con dudas, la preeminencia de la delación sucesiva.

A este respecto, Vaccaro[844] afirma que una posible solución se puede alcanzar si tomamos como punto de partida para nuestro estudio de esta materia tanto las razones que llevaron al pretor a innovar el derecho sucesorio, como las fuentes jurídicas romanas, ahora bien, del estudio en profundidad de estas últimas, y no sólo en aquéllas relativas a las *bonorum possessio* sino incluso las que hacían referencia al *ius civile novum,* en el cual el sistema de la delación sucesiva fue adoptado, así como finalmente aquéllas justinianeas.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Este autor argumenta a favor de su tesis que la *successio ordinum et graduum* fue reconocida con la finalidad de impedir o abreviar la vacancia de los bienes hereditarios, como se observa en D. 38, 9, 1, pr.- *Ulpianus 49 ad ed. Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret...,* en referencia al edicto sucesorio del pretor como se deduce del título

[843] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 37.

[844] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 37-38.

de D. 38, 9 *De successorio edicto,* de lo cual se puede inducir que si con el derecho de acrecer la vacancia de los citados bienes era evitada, mientras entrara en juego el acrecimiento no tenía razón de ser la aplicación de la delación sucesiva. De tal manera que, al menos en un principio, a tenor de la función originaria de la delación sucesiva, debía tener prioridad el *ius adcrescendi*.

En apoyo de sus tesis este autor afirma que la polémica relacionada con la *successio graduum,* se podía resolver de forma explícita con la interpretación y estudio de D. 38, 8, 1, 10:

> D. 38, 8, 1, 10.- *Ulpianus 46 ad ed. Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem: ut qui sunt primo gradu, omnes simul admittuntur.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De la lectura de este texto se deduce que los cognados eran llamados por grado, esto es, todos aquéllos del mismo grado eran llamados conjuntamente, y sus derechos sobre la herencia también eran por lo tanto iguales; lo que en opinión de Vaccaro[845] demuestra que en este pasaje se afirma explícitamente la llamada a la totalidad que estaba en la base de *ius adcrescendi,* por lo que no se pasaba al grado siguiente mientras existieran posibles

[845] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 38; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303.

sucesores en el grado precedente que pudieran o quisieran hacer valer su derecho sobre el total de la herencia por medio del derecho de acrecer; sin embargo, y a pesar de que únicamente se nombre a los *cognati*, no citando la situación del resto de clases sucesorias, Vaccaro sostiene que este hecho no disminuye en absoluto el alcance e importancia del fragmento, puesto que en origen la *successio graduum* encontraba aplicación solamente en la clase de los cognados.

Asimismo, para Vaccaro la prioridad del acrecimiento sobre la delación sucesiva viene confirmada por el nuevo sistema civil fijado a partir de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, en los cuales se admitía incluso para los *legitimi heredes* la delación sucesiva pero con el límite de la aplicación eventual del *ius adcrescendi* entre los primeros llamados; así, se estableció que pudiera llamarse al grado siguiente sólo en el supuesto de que no hubiera aceptado ningún sujeto de los llamados en el grado precedente. *A fortiori*, en el derecho justinianeo, al menos en aquél anterior a las Novelas, el acrecimiento tenía prioridad sobre la delación sucesiva, todo ello viene documentado en las fuentes por el senadoconsulto Tertuliano citado en D. 38, 17, 2, 14, por el senadoconsulto Orficiano en D. 38, 17, 1, 9 y en el derecho justinianeo en C. 6, 58, 15, 3:

> D. 38, 17, 2, 14.- *Ulpianus 13 ad sab. Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam*

hereditatem, mater ex senatus consulto tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.

D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus 12 ad sab. "si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto". hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*

C. 6, 58, 15, 3.- *Imperator Justinianus. Cum autem tertio gradui ex transversa linea fuerit locus, ubi patruis et filiis fratrum et sororum locum antiquitas dedicavit, una cum illis tam emancipati fratris quam emancipatae sororis filium tantummodo et filiam, sive emancipatos sive suos patribus constitutos, et neminem alium ulterius, nec non fratris uterini et sororis germanae vel uterinae filium et filiam tantummodo ex legitima linea invicem vocari censemus, sicut iam sanximus, ut omnes, qui vel ab antiquo iure vel a nostra liberalitate in legitimorum quidem positi sunt praerogativa, eodem autem tertio gradu sunt, simili iure vocentur. <a 534 d. id. oct. constantinopoli dn. iustiniano a. pp. iiii et paulino vc. conss.>*

En este orden de ideas, Biondi[846] sostiene que esta cuestión no está resuelta de manera clara en las fuentes, así como tampoco en las diversas opiniones existentes en la doctrina romanística, a pesar de lo cual este autor afirma la prevalencia del derecho de acrecer invocando en primer lugar el texto recogido en D. 37, 4, 12, pr., en el que Gayo admite que la cuota del nieto era asignada al hermano excluyendo la llamada sucesiva, pero sobretodo teniendo en cuenta D. 38, 8, 1, 10 en el cual se confirma que la llamada conjunta que se cita en este pasaje supone la aplicación del *ius adcrescendi* y la exclusión de la posibilidad de realizar una llamada posterior.

Encontramos otra explicación a la tesis que mantiene la preeminencia del acrecimiento sobre la llamada sucesiva en la crítica de Robbe[847] a la opinión de Vaccaro, al sostener que es natural y, lógicamente evidente, que con su concepción del *ius adcrescendi* como derecho real el problema arriba descrito no tenía sentido, negando que las razones que sostiene Vaccaro para cimentar su teoría sean las adecuadas para resolver la polémica.

Así, para Robbe[848] la verdadera y sustancial razón era que el *ius adcrescendi* no encontraba su fundamento en los mismos principios de la herencia, sino que por la naturaleza de derecho real de su objeto y su estructura jurídica de accesión, no podía tener,

[846] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 207-208; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 418.

[847] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, pp. 182 y ss.

[848] U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e …*, *op.cit.*, p. 184; U.ROBBE, voz: "Accrescimento", en *NNDI, I, op.cit.*, p. 159.

bajo ninguna circunstancia, prioridad la *successio ordinum et graduum*, ya que esta última hacia referencia únicamente al campo de la sucesión pretoria; sin embargo, el derecho de acrecer actuaba en el terreno de la *bonorum possessio* en general, que era de todo punto extraña a los principios de la sucesión pretoria.

Por lo tanto, también este caso Robbe sostiene que el acrecimiento se conformaba bajo las características generales recogidas en la máxima: *ipso iure, etiam ignoranti et invito herede, portio portionio adcrescit, non personae*. De tal manera que únicamente la sustitución vulgar, en razón de la intercesión de la voluntad del testador, prevalecía sobre el *ius adcrescendi.*

5.- Conclusiones

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una vez planteadas las diferentes tesis que tratan de explicar la aplicación y el desarrollo del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* romana, del estudio de las mismas se pueden extraer algunas cuestiones críticas que ayuden comprender cómo nuestro instituto, ya de por sí de gran complejidad, podía ser utilizado para solucionar los conflictos que pudieran surgir con la puesta en práctica de la citada figura pretoria.

5.1.- ¿Existía una delación solidaria en la *bonorum possessio* como presupuesto fundamental para la aplicación del *ius adcrescendi*?

En primer lugar aparece una cuestión primordial, pues a partir de la misma se puede construir toda la teoría del acrecimiento en la *bonorum possessio*; hacemos referencia a la forma de adquirir la *bonorum possessio*, que como ha quedado establecido anteriormente, se fundamentaba en que no se podía atribuir la cualidad de *bonorum possessor* a un sujeto sino que tenía lugar la *agnitio* y la posterior *datio* del pretor a favor de aquellas personas singulares contempladas en el edicto[849]. A partir de esta afirmación, podemos plantearnos *ad cautelam* la existencia de una disyuntiva que nos lleva a dudar de que la citada prelación de sujetos realizada por el pretor se pudiera considerar una llamada solidaria a varios sujetos, presupuesto básico para que entrase en juego el derecho de acrecer.

Esta cuestión nos parece básica, ya que de la resolución de la misma se podría confirmar o denegar la existencia del *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* con los presupuestos básicos ya conocidos con los que aparecía en el *ius civile*.

[849] B.BIONDI, voz: "*Bonorum Possessio*", en *NNDI, II, op.cit.*, p. 513; G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 306 y ss.

Así, debemos asumir que la *bonorum possessio* era concedida por una medida adoptada por el pretor, quien otorgaba la posesión al sucesor pretorio una vez ejercida por éste la *agnitio bonorum possessionis*, esto es, no se adquiría en ningún momento *ipso iure*, ni siquiera en el caso del heredero necesario, a diferencia de lo que ocurría en la herencia civil; la concesión de este beneficio la podía realizar el magistrado de dos maneras distintas, bien se trataban de casos contemplados en el edicto, limitándose entonces el trabajo del pretor a verificar dicha correspondencia acordando sin más la *bonorum possessio*, o en caso contrario, si el edicto no recogía el supuesto presentado, o no lo hacía de forma completa, el pretor podía dictar un *decretum* especial *ad hoc*[850] a favor de quienes la solicitasen.

En el mismo orden de ideas, de los orígenes y posterior desarrollo de la *bonorum possessio* se afirma que, dicha concesión en principio se limita a las cosas corporales, individualizadas, con el propósito de fijar las posiciones procesales en una causa sucesoria, sin embargo, con el paso del tiempo este planteamiento fue modificado por la continua evolución que se producía en el Derecho en su afán de adaptarse a los tiempos, lo que trajo consigo el que en las fuentes clásicas se puedan encontrar referencias al *bonorum possessor* como sucesor; con esta finalidad el pretor, a través de su *imperium*, instituyó diversos medios para equiparar la situación del *possessor* a la del *heres* del *ius civile* de tal manera

[850] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 41 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, *op.cit.*, pp. 65 y ss.-145 y ss.

que el primero, por una parte adquiriera los bienes del mismo modo y que por otro lado respondiera de la misma manera.

Todo lo expuesto tuvo como consecuencia, siguiendo la tesis de Vaccaro, que en origen si el pretor confería la *bonorum possessio* otorgando caso por caso la posesión de cosas corporales en su conjunto, el acrecimiento no podía tener lugar, ya que lo que realmente sucedía era una atribución concreta y específica de cuotas determinadas, no cumpliéndose uno de los presupuestos básicos para que se verificara el derecho de acrecer, pues faltaba una pluralidad de sujetos llamados *in solidum,* donde cada uno tuviese un derecho paritario sobre el total de lo bienes, esto es, no se puede asegurar que hubiesen llamados en el sentido conocido por el *ius civile*, ni que esta llamada fuese potencialmente virtual al total de los bienes. Por lo tanto, en este periodo en el supuesto de que una cuota quedase vacante debía tener lugar una nueva asignación de bienes del difunto, lo que por voluntad pretoria se daba con una nueva atribución, lo que venía a negar en todo caso la posibilidad de que se verificase el acrecimiento en esta fase de la *bonorum possessio,* pues como es sabido el derecho de acrecer tenía como elemento fundamental, que debía cumplirse en todo caso, una única llamada tanto para la primera como para una hipotética segunda atribución de bienes del *de cuius* a sus sucesores.

Sin embargo, continuando la tesis de Vaccaro, por causa de la evolución del Derecho creado por el pretor se produjo el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

acercamiento entre *hereditas* y *bonorum possessio*[851], de tal manera, que los dos institutos llegaron a formar un único sistema sucesorio con base tanto agnaticia como cognaticia, pudiendo ejercer aquellos llamados una doble manera de vocación. Así, esta afirmación sirve de fundamento para sostener que eran válidos en la *bonorum possessio* todos los principios que derivan del concepto de *successio,* tal y como fueron extraídos del *ius civile*, lo que tuvo como efecto jurídico el que los dos sistemas de sucesión *mortis causa* comprendiesen el mismo objeto, encontrándose sometidos a un mismo régimen jurídico, y entre dichos principios se encontraba la llamada virtual al total de los bienes que conformaban la sucesión *mortis causa*.

En tal sentido, se muestra a favor de la llamada virtualmente universal, La Pira[852], y en tal sentido establece que esta afirmación es una de las cuestiones que acercaron y posteriormente fusionaron un sistema de sucesión con el otro, lo que en consecuencia significaba que tanto en la *bonorum possessio* como en la *hereditas* tenía lugar el derecho de acrecer, como se extrae de D. 37, 1, 3, 9.

[851] S.SOLAZZI, en "*Bonorum possessio decretalis*", en *Scritti di Diritto Romano, III*, Napoli, 1960, pp. 242-243 sostiene, a modo de ejemplo, que la *missio in possessionem* al *nasciturus* supuso uno de los usuales acercamientos y asimilación entre herencia y *bonorum possessio*. *Vid*. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 235 y ss.; A.CASTRO, "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII, op.cit.*, pp. 216 y ss.

[852] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 234.

Confirma la idea de la llamada al total, aunque desde una visión no enteramente compartida por la doctrina Biondi[853], quien en su tesis sobre esta cuestión sostiene –a pesar de que en esta afirmación hace referencia únicamente a la *bonorum possessio ab intestato* se puede extender a la *secundum tabulas* y a la *contra tabulas*– que la admisión del acrecimiento en la *bonorum possessio ab intestato* confirmaría que la *datio* se reducía a una pura formalidad; de tal manera que el título jurídico de la llamada radicaba en el edicto del pretor considerado como ley; ya que si la adquisición tuviese como fundamento la *datio*, la *bonorum possessio* sería adquirida únicamente por aquél al que le eran atribuidos los bienes, y en consecuencia el derecho de acrecer no tendría ninguna razón de ser. Sin embargo, como el título residía en el edicto la llamada se podría considerar realizada *ex lege*, tanto es así, que se puede hacer referencia a la *competere bonorum possessio*, y como en ésta, Biondi va más allá afirmando que se aplicaba el acrecimiento a favor de quien no había pedido la *bonorum possessio* o ya había decaído su derecho de pedirla; sin embargo, no podemos aceptar esta última afirmación pues no aparece reflejada en las fuentes, que únicamente hacen referencia a que las cuotas vacantes acrecían a los que si hubiesen aceptado la *bonorum possessio* otorgada por el pretor[854].

En conclusión, una vez evolucionado el derecho pretorio, en la *bonorum possessio* tenían utilidad las mismas reglas del *ius*

[853] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 417.

[854] D. 37, 1, 3, 9; D. 37, 1, 4; D. 37, 1, 5.

civile respecto al derecho de acrecer, de tal manera que si existían varios llamados a la posesión de bienes hereditarios, si alguno renunciaba o por cualquier causa perdía su derecho antes de haberlo adquirido, el derecho de los demás se expandía automática y necesariamente sobre la cuota dejada vacante, suponiendo esta afirmación que nuestro instituto continuaba su vigencia aun con las nuevas normas que regían el derecho sucesorio romano, manteniendo su esencia si bien adaptándose a la nueva realidad de la sociedad romana.

5.2.- El *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio*: un instituto propio del *ius successioni* o un derecho real

Respecto a la posibilidad de aplicar el *ius adcrescendi* en la *bonorum possessio* partimos de la unánime decisión a favor por parte de la doctrina romanística, opinión que es clara y fundamental reflejo de las fuentes; de esta manera, cuando alguno hubiese muerto ante de poder solicitar la *bonorum possessio*, o no hubiese podido hacerlo o dejado transcurrir el plazo para ello, tenía lugar la aplicación del derecho de acrecer con el mismo fundamento y las mismas características que el *ius civile*.

Con la finalidad de explicar esta teoría se encuentran en la doctrina dos vertientes de opinión totalmente alejadas entre sí en su razonamiento de base pero que llegan a la misma conclusión

positiva a la hora de admitir el derecho de acrecer –un instituto propio del *ius civile*– en la *bonorum possessio*.

Así, como ha quedado establecido debemos asumir la permeabilidad entre la herencia civil y la *bonorum possessio*, lo que podemos definir como un proceso cuya conclusión supuso una fusión entre ambas sucesiones, así, en la ámbito de la tutela procesal a partir de la promulgación de la *lex Aebutia*, cuyo efecto fue conceder más poder al pretor, comenzamos a encontrar una herencia pretoria asimilada en su regulación y defensa procesal a la herencia civil.

Considerando este escenario jurídico así como las fuentes romanas y las distintas teorías podemos afirmar que, una vez admitidos los principios civiles sucesorios en la *bonorum possessio*, la llamada era virtualmente universal de tal manera que, seguimos la tesis de Vaccaro pues se debía tener en cuenta el régimen general del *ius adcrescendi*, esto es, si existían varios llamados a la posesión de los bienes hereditarios, se producía una distribución de cuotas a través del concurso efectivo que formaban entre ellos, con un derecho individual sobre los citados bienes únicamente limitado por el derecho del resto y, si alguno renunciaba o, de algún modo perdía su derecho, antes de haberlo adquirido por el sistema *adgnitio-datio*, el derecho del resto que sí solicitaba la *bonorum possessio* se expandía necesariamente sobre la cuota que había quedado vacante. Así, se verificaba el acrecimiento con las mismas características que establecía el *ius civile* para la herencia, esto es, tenía lugar *ipso iure*, sin

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

conocimiento del *bonorum possessor* incluso en contra de su voluntad, y obviamente sin ser necesaria una nueva *adgnitio* para adquirir la cuota vacante.

Sin embargo, debemos hacer referencia a las críticas de Robbe respecto a esta opinión, que comienzan desde el momento en que expone los principios de su teoría del derecho de acrecer, y que le lleva a mostrar una tesis sobre el acrecimiento en la *bonorum possessio* totalmente contrapuesta a la de Vaccaro.

Así, la opinión de Robbe, que si bien coincide plenamente con las conclusiones de la tesis de Vaccaro y, por tanto admite con base en las fuentes, la aplicación del derecho de acrecer en la *bonorum possessio*, se muestra contraria en cuanto a los razonamientos que se utilizan para llegar a dicha solución.

Como primera cuestión a analizar, Robbe niega que en la *bonorum possessio* existiera una atribución virtualmente universal del patrimonio hereditario, *a fortiori*, establece que esta afirmación es una presunción que no tenía reflejo alguno en la realidad, pues lo que había era una asignación concreta de la posesión de los bienes del *de cuius* a quienes lo solicitaban al pretor, así, esta llamada virtual era una hipótesis presente únicamente cuando concurrían varias personas a la misma *bonorum possessio*, y alguno o algunos decayeran en su derecho; sin embargo, concluye este autor que negar o admitir que la llamada en este instituto pretorio era potencialmente virtual al total de los bienes de la herencia es una cuestión inocua a la hora de aplicar el derecho de acrecer, pero que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

sirve en todo caso como apoyo a su teoría sobre el régimen jurídico del derecho de acrecer.

Sin embargo, esta opinión no es una cuestión baladí, pues está en total contraposición con uno de los fundamentos de la teoría de Vaccaro, así, la llamada virtual al total de los bienes en la *bonorum possessio* se enmarca dentro de la idea que afirma el origen procesal e individualista de la atribución de los bienes por el pretor y el posterior acercamiento que se produjo entre el *ius civile* y la *bonorum possessio* pretoria, y que culminó con la fusión entre ambos sistemas sucesorios[855]; es a través de estos jalones como se explica que en un primer momento, fuera inexistente la delación hereditaria, produciéndose en su lugar la solicitud del interesado al pretor por medio de la *adgnitio bonorum possessionis*, de tal manera que con base en esta solicitud no podía tener lugar una llamada al total de los bienes de la herencia similar a la del *ius civile*; sin embargo, tanto de la doctrina como de las fuentes se extrae la idea planteada de la fusión entre ambos ordenes lo que trajo como

[855] Entre otros autores C.FADDA en *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 33 y ss. afirma que las fuentes ponen en el mismo nivel la *hereditas* y la *bonorum possessio* consideradas como dos formas de sucesión universal hereditaria, sólo diferentes por la norma de derecho objetivo que las sanciona, asimismo establece que dicho acercamiento fue progresivo entre los dos derechos sucesorios. En el mismo sentido, A.CASTRO en "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII*, *op.cit.*, p. 216 sostiene que con el paso del tiempo se hace evidente la progresiva evolución hacia la unificación de ambos órdenes. *Vid.* G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 232 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 133-134. En contra G.IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, *op.cit.*, pp. 306-329 y ss.

consecuencia que los sistemas formados por las normas que regían cada uno de los sistemas sucesorios se vieran abiertos produciéndose un trasvase de reglas y principios de uno a otro, a partir de esta idea es más acertado suponer que las personas citadas en el edicto pretorio, una vez ejercida su potestad, formasen un concurso efectivo entre ellas con base en un derecho paritario al total de los bienes de la herencia.

Continuando la tesis de Robbe, las principales críticas que realiza a la doctrina mayoritaria sobre el *ius adcrescendi* en este instituto pretorio se pueden resumir de la siguiente manera: en primer lugar, califica como un argumento falaz la creencia de que el derecho de acrecer fuera un instituto propio de la herencia que por la evolución del Derecho fue transplantado a la sucesión pretoria, comprendiendo a partir de ese momento el mismo objeto y régimen jurídico. En el mismo sentido, Robbe niega que exista referencia alguna en los textos de las fuentes respecto a que la aplicación del derecho de acrecer en sede pretoria no tuviera lugar desde sus orígenes sino en un segundo periodo, ya en época clásica. De esta manera concluye, en contra de toda la tesis de Vaccaro, que no se puede exponer el régimen jurídico del *ius adcrescendi* en este instituto pretorio con los mismos principios de la herencia, con la cual en este caso no tiene ningún grado de conexión.

Al respecto de esta opinión cabe destacar que romanistas como Bonfante[856] sostienen que los principios fundamentales de la

[856] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, pp. 519-520.

herencia civil se vieron trasladados a la *bonorum possessio*, incluyendo entre éstos el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* y el derecho de acrecer, de tal manera que, en el derecho clásico ya podemos hacer referencia a los *bonorum possessores* si no como herederos sí como *heredis loco*, con la consecuencia de que a partir de este momento se le concedían todas las acciones que pertenecían al difunto aunque en vía pretoria.

En el mismo sentido, Voci[857] afirma que por una fuerza de la expansión y conservación, así como por una exigencia de uniformidad se imponen en los institutos similares los mismos principios; por otro lado, la tradición extiende esos mismos principios a los institutos que, a pesar de ciertos cambios, se perpetúan en el tiempo, de tal manera, que tienen lugar en la *bonorum possessio* los mismos principios de la *hereditas*, acogiendo entre otros al acrecimiento, a este respecto observa con relación a esta transposición que "In realtà, si può dire oramai questo solo: l'accrescimento è una caratteristica degli acquisti ereditari, voluta, per forza di tradizione, dal legislatore".

Una vez que Robbe cree refutada la tesis de Vaccaro, las cuestiones fundamentales que a su juicio representan los cimientos de su teoría sobre el derecho de acrecer en la *bonorum possessio* y que nos proporcionan un nuevo enfoque, se encuentran en su tesis general del acrecimiento, y se cristalizan en su opinión a favor de considerar que el acrecimiento tenía su base en un derecho real, lo

[857] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op.cit.*, p. 732.

que provocaba que se verificara su aplicación incluso en los orígenes procesales de la *bonorum possessio.*

Esta afirmación se desarrollaba en la práctica de tal manera que cuando varios sujetos solicitaban al pretor el beneficio de la posesión de unos mismos bienes hereditarios, este derecho de posesión configurado como un derecho real, se dividía entre ellos atribuyendo a cada individuo una cuota concreta y distinta de los bienes del *de cuius*; en este sentido, el citado derecho de posesión otorgado por el pretor se configuraba en un primer momento como provisional, y únicamente se definía como definitivo al final del proceso, en consecuencia, si en este iter por cualquier causa, uno o varios de los *bonorum possessores* perdieran, renunciaran o abandonaran la posesión a que tenían derecho, esta cuota abandonada inmediata y necesariamente acrecía a la cuota de los otros.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Este nuevo enfoque lo explica Robbe afirmando que en la *bonorum possessio,* desde los orígenes procesales de la misma, tenía lugar el derecho de acrecer tomando como base su naturaleza de derecho real, constituido por la posesión de los bienes del difunto que otorgaba el pretor a las personas que solicitaban tal beneficio. En este sentido, intenta apoyar su tesis en las fuentes, de las que afirma se puede deducir la aplicación del derecho de acrecer desde las primeras etapas de este derecho pretorio, con el fundamento jurídico de una pura y simple unión de dos o más personas y con la misma estructura jurídica de la accesión. De tal manera, una vez manifestada su diferencia de naturaleza del acrecimiento se

continuaba con el régimen jurídico general del *ius adcrescendi*, así no era necesaria una nueva *adquisitio* para obtener una cuota vacante, pues el acrecimiento tenía lugar *ipso iure*, con una inmediata y natural accesión de la cuota vacante a la de origen, sin conocimiento o voluntad por parte del *bonorum possessor* dueño de esta última cuota.

En contra de esta teoría de Robbe se puede argumentar que de las fuentes citadas como fundamento de la misma no puede deducirse la naturaleza de derecho real de la posesión otorgada por el pretor, así, ni en D. 37, 1, 3, 9; D. 37, 1, 4 y D. 37, 1, 5 se hace referencia alguna a esta idea, pues en los mismos se recoge únicamente el enunciado objetivo de la admisión del derecho de acrecer pero sin hacer alusión a la afirmación de este autor sobre la condición de derecho real que tenía el *ius adcrescendi* tanto en su condición de instituto del derecho hereditario, así como en el caso de su regulación especifica en el ámbito de la posesión otorgada por el pretor en la *bonorum possessio*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De esta manera, de lo expresado por Ulpiano en el Digesto conocemos que en la posesión de los bienes hay derecho de acrecer, por lo tanto, si fueran varios aquéllos quienes tuviesen derecho a la posesión de los bienes, y alguno de ellos admitió dicha posesión, y otros no, a los que aceptaron les acrecían las porciones que los demás hubiesen dejado vacante, siempre que hubiesen pedido la posesión de los bienes al pretor, lo que encuadra en el régimen general del derecho de acrecer ya conocida en el *ius civile*, y que es defendida por la mayoría de la doctrina romanística, por lo que se

puede afirmar que una vez que la *bonorum possessio* pasó a formar parte de un derecho hereditario general es lógico que institutos propios del antiguo derecho civil se vieran reflejados en el nuevo derecho sucesorio, creado en este caso por el pretor para acomodar las normas legales a la nueva realidad social romana.

Cabe hacer mención especial a una cuestión que ya sido introducida en el desarrollo de nuestro estudio sobre el derecho de acrecer en la *bonorum possessio*, pero en la que es interesante ahondar. Hacemos referencia a la idea que nace del desarrollo de las teorías de Vaccaro, Robbe, La Pira, Voci, así como de las fuentes, y que sostiene que el acrecimiento de las cuotas dejadas vacantes tuviera lugar únicamente a favor de quienes habían solicitado y aceptado la *bonorum possessio*, y que por lo tanto no se extendía este derecho sobre el resto de posibles *possessores*, opinión a la que se muestra contrario Biondi, que como ya hemos expuesto anteriormente sostiene que el derecho de acrecer se extendía incluso a los que no habían solicitado la *bonorum possessio* pero sí estaban capacitados para ellos en el edicto pretorio, lo que hubiera significado que, en el caso de que algún sujeto que en un primer momento no hubiese solicitado la posesión de los bienes de la herencia al pretor pero que al conocer que su cuota ideal había aumentado con la renuncia, fallecimiento o exclusión de alguno de los que habían concurrido a dichos bienes, manifestase su nueva voluntad de participar en el reparto del pretor sería necesario una nueva atribución de bienes, lo que negamos pues era contrario al régimen jurídico del acrecimiento que ya sabemos se verificaba *ipso*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

iure y sin una nueva *adgnitio* para adquirir la posesión de la cuota vacante.

Otra cuestión a tener en cuenta es la manifestación de Robbe al respecto de negar en los textos de las fuentes referencia alguna a que el derecho de acrecer en sede pretoria no tuviese aplicación desde los orígenes de la *bonorum possessio* sino en un segundo periodo coincidiendo con la etapa clásica del Derecho romano, en este sentido, debemos mostrarnos a favor de dicha afirmación, pues de igual manera que los textos recogidos en la fuentes no mencionan que la aplicación del *ius adcrescendi* tuviese lugar únicamente desde el derecho clásico tampoco hacen referencia en el sentido de que tal verificación se realizase desde los orígenes procesales de la *bonorum possessio*, además, debemos tener en cuenta que los textos principales en los que fundamentamos la admisión del derecho de acrecer en la *bonorum possessio* pertenecen a Ulpiano –D. 37, 1, 3, 9; D. 37, 1, 5— quien en su labor como jurista se dedicó a lograr la más completa y minuciosa recopilación del derecho vigente en su época, que se corresponde con la era clásica del Derecho romano, lo que nos ha permitido conocer con un estilo claro y sencillo, las fuentes a las que se volvían los aplicadores prácticos del Derecho a la hora de resolver los litigios y ordenar la vida de una sociedad cada vez más compleja y, por lo tanto necesitada de figuras jurídicas adaptables a la vez que estables que otorgasen seguridad a los habitantes del imperio, lo que le permitió convertirse en los siglos posteriores en el más popular de los juristas.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta misma diferencia en las tesis sobre los fundamentos de la aplicación del derecho de acrecer en la *bonorum possessio* se encuentra en los diferentes casos particulares que se han presentado:

- En primer lugar, en el supuesto especial de la existencia de un hijo premuerto que dejaba dos descendientes bajo la potestad del abuelo, que además tenía *in potestate* a dos hijos, hermanos del premuerto, ante el fallecimiento del abuelo se procedía a dividir la herencia en tres cuotas iguales, concediendo las dos primeras a los hijos del *paterfamilias* y, asignando el total de la tercera para los nietos del *de cuius* considerados en conjunto, seguimos a Vaccaro al afirmar que los nietos tenían un derecho paritario sobre la cuota que les correspondía, y si alguno de ellos no solicitase, o por cualquier motivo perdiera su derecho a solicitar la *bonorum possessio*, su parte acrecía a su hermano, pero no a sus tíos, pues el derecho del que sí la solicitaba se veía virtualmente extendido al total de la cuota, de tal manera, que únicamente en el supuesto de que la cuota quedase vacante en su totalidad, esto es, que ninguno de los nietos entrase en la misma, la naturaleza del derecho de acrecer concedía el derecho de posesión de los bienes que formaban dicha cuota vacante a los tíos que sí habían aceptado su propia cuota, lo que se explicaba desde las conocidas características del *ius adcrescendi*, asimismo, faltando los dos tíos, el derecho de acrecer de los nietos se extendía sobre el total de la herencia por virtud del un derecho virtualmente al total.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Como ya se ha expuesto Robbe se muestra contrario a esta tesis en su exposición general de la aplicación del derecho de acrecer en la *bonorum possessio*, así, este autor encuentra extraño a Derecho tener como distintos estos dos tipos de derechos, que pertenecían a un mismo tiempo y respectivamente a los dos hijos por un lado y a los dos nietos por otro, que por su propio carácter se veían extendidos en un mismo tiempo y forma sobre una misma cuota, con una única diferencia temporal, esto es, sólo se diferenciaban en el momento en el cual se verificaba su expansión, ya que el derecho de los dos nietos se extendía sobre el total en un primer momento y el derecho de los dos hijos también se extendía al total aunque en un momento posterior, dependiendo de quien faltase a la concurrencia de la posesión de los bienes del abuelo. Sin embargo, en opinión de Robbe, la naturaleza de derecho real y la estructura jurídica de la accesión del acrecimiento conllevaba que este supuesto tan complejo pudiera explicarse, de tal manera que el *ius adcrescendi* tenía lugar con las cuatro características básicas del mismo, aunque tomando como referencia principal la que corresponde al objeto del derecho de acrecer, esto es, *portio portioni adcrescit, non personae*. Por lo tanto, ya no había una confluencia de derechos sobre una misma fracción, sino que una simple proximidad de una cuota a otra llevaba a la verificación del acrecimiento.

Respecto a esta cuestión, se puede afirmar que en las dos tesis principales sobre el cómo se aplicaba el derecho de acrecer en este supuesto se da como cierto que éste tenía lugar con las características propias del mismo ya reconocidas por el *ius civile*,

esto es, *ipso iure, etiam ignoranti et invito herede, portio portionio adcrescit, non personae*; asimismo, las dos admiten la misma secuencia en la ejecución del *ius adcrescendi*, sin embargo, estas teorías se distinguen en el porqué se producía de esta manera la aplicación de nuestro instituto.

Para dar una explicación a este interrogante son válidas las mismas razones ya expuesta sobre la opinión de Robbe a favor de la esencia de derecho real del acrecimiento, sobre la que no hay referencia alguna en las fuentes, además de no estar ni siquiera contemplada por los autores más importantes que conforman la doctrina romanística, así pues la razón que lleva a tal modo de ejecutarse el derecho de acrecer se encuentra en la particularidad de la llamada a los *sui*, que se realizaba por estirpes, esto es, *non in capita sed in stirpes*, de tal manera que era entre estas línea de estirpes dentro de las que se verificaba el acrecimiento, excluyendo a la otra línea hasta que en la primera de ellas no quedase ningún sujeto capaz de tomar posesión de los bienes que le eran atribuidos por el pretor, obteniendo cada uno de los que conformaba una línea de estirpe un derecho paritario sobre el total de los bienes que les correspondía, esto es, es bien cierto que la proximidad de cuotas traía consigo el acrecimiento, pero no en función de su naturaleza de derecho real sino porque formaban parte de una cuota total que era distribuida entre sujetos de una misma línea.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- En la *nova clausola Iuliani* encontramos otro supuesto especial aunque limitado a los *liberi*, en el cual se planteaba, en la misma línea del caso anterior, el que los hijos de un emancipado y el emancipado mismo obtenían la posesión de una única cuota de la herencia del *de cuius*, que se dividía otorgando la mitad al emancipado y el resto a todos sus hijos. En este caso, podemos continuar con el mismo razonamiento ya expuesto anteriormente, en el cual Vaccaro sostiene que al dividir la cuota primigenia entre el emancipado y sus hijos, éstos últimos conformaban una línea secundaria dentro de su estirpe, obteniendo sobre su cuota un derecho igual y exclusivo, que llevaba no sólo a excluir al padre del reparto de la misma, sino a que si faltase uno de los hijos, el acrecimiento alcanzará al resto de hermanos y no al padre, pero si la cuota que le era asignada a la citada línea secundaria era abandonada por todos los hijos, el *ius adcrescendi* pertenecía al padre, excluyendo al resto de coherederos, pues lo que sucedía en ese momento era que la línea de estirpe quedaba con un sólo sujeto, quien tenía derecho a asumir el total de los bienes que hubiese correspondido a la misma. Por todo esto, se puede concluir que entre coherederos de una misma clase el *ius adcrescendi* se verificaba con fundamento en un derecho paritario sobre el total de la cuota que les correspondía de la herencia.

Por el contrario, como es sabido, para Robbe en este caso como en el anterior eran las cuotas, con fundamento en la naturaleza de derecho real y estructura jurídica de la accesión, las que configuran el derecho de acrecer según fuese más o menos próxima la unión de una cuota a otra.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este caso, remitimos nuestra opinión al supuesto anterior, afirmando los mismos principios y la misma regulación, y por lo tanto asumiendo como cierta, nuestra exposición sobre la citada manera de verificarse el *ius adcrescendi*.

5.3.- *Successio ordinum et graduum versus ius adcrescendi*

Otra cuestión que delata la clara diferencia entre las tesis existentes al respecto de cómo tenía lugar el derecho de acrecer en la *bonorum possessio* hace referencia a la *successio ordinum et graduum,* pues con la admisión por el pretor de la delación sucesiva –excluida con toda claridad en las XII Tablas– los herederos guardaban entre sí un orden secuencial, de tal manera que si nos encontrásemos ante el supuesto que faltase uno o varios de ellos, si bien anteriormente sólo se contaba con la solución del acrecimiento, a partir de ese momento se podían plantear dos remedios distintos, por un lado, aplicar la delación sucesiva a favor de los siguientes o, continuar con el derecho de acrecer a favor de los coherederos.

Esta cuestión ha sido ampliamente tratada por la doctrina, de la que cabe destacar en primer lugar la opinión de La Pira quien con fundamento en las fuentes se muestra a favor de la aplicación prevalente del derecho de acrecer, pues de los textos recogidos en las mismas que hacen referencia al hecho de que en la *bonorum possessio,* al igual que en el *ius civile*, podía darse la aparición de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

una cuota vacante ya fuese por la no solicitud por parte de algún legitimado en el edicto, e incluso por el repudio de la posesión de alguna cuota, se debe extraer que esta cuota debía acrecer a los que sí solicitaban la posesión de los bienes del *de cuius*.

En el mismo sentido, nos parece acertado el enfoque que da Vaccaro a favor del *ius adcrescendi* pues del concepto y naturaleza jurídica del mismo se puede deducir que debiera aplicarse nuestro instituto en el caso de una cuota vacante incluso en la *bonorum possessio*; pues aunque es claro que el pretor introdujo los cambios necesarios para adaptar el Derecho a la evolución de la sociedad romana, entre otros fines para dar mayor importancia a la sucesión con base de consaguinidad, otorgando la dación de la posesión de bienes de tal manera que nadie muriese sin sucesor, en el caso de que por cualquier causa existiera una cuota vacante esta finalidad se veía colmada con el *ius adcrescendi*, sin necesidad de recurrir a la delación sucesiva instaurada por el pretor, esto es, el toque de modernidad que representaba el *ius honorarium* no debía afectar a una institución jurídica propia del *ius civile* cuyos resultados eran acordes con la intención del pretor.

Así, podemos admitir, siguiendo a Vaccaro, que del estudio global tanto de las razones que tenía el pretor para promover la innovación del derecho sucesorio, como de las fuentes jurídicas romanas –sobre todo del texto recogido en D. 38, 8, 1, 10 *…qui sunt primo gradu, omnes simul admittuntur*–, tomadas en su totalidad y no sólo las relativas a las *bonorum possessio* sino incluso las que hacían referencia al *ius civile novum*, así como de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

aquellas justinianeas, que aun admitiendo que la *successio ordinum et graduum* se concedió a fin de evitar o abreviar la vacancia de los bienes hereditarios, podemos deducir que si con el derecho de acrecer, más antiguo y propio del derecho civil, que sin duda fue tenido en cuenta por el estamento pretorio, la vacancia de los citados bienes era evitada, en consecuencia no tenía razón de ser la aplicación de la delación sucesiva, así pues en principio debemos observar la prioridad del *ius adcrescendi*.

En el mismo orden de ideas, lo mismo se puede deducir del estudio del nuevo sistema civil promovido a partir de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, en los cuales llegaba a admitirse para los *legitimi heredes* la delación sucesiva aunque siempre con el límite de la aplicación eventual del *ius adcrescendi*, no pudiendo llamarse al grado siguiente mientras hubiera aceptado las cuotas que quedaban vacantes algún sujeto de los llamados en el grado precedente.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Como se viene observando en todas las cuestiones relacionadas con el concepto y la naturaleza del derecho de acrecer, existen dos tesis totalmente diferentes al respecto, y de igual manera ocurre en esta ocasión, así, a pesar de que coinciden los dos autores en mantener la preeminencia del acrecimiento sobre la llamada sucesiva, se mantiene la crítica, de tal manera, Robbe afirma que con su concepción del *ius adcrescendi* como derecho real eludía la contienda, esto es, niega que la tesis de Vaccaro sea adecuada para resolver la polémica.

En este sentido, para Robbe lo que otorgaba la prioridad al *ius adcrescendi* sobre la *successio ordinum et graduum* no era su fundamento en los principios de la herencia, sino la naturaleza del objeto del primero como un derecho real y, su estructura jurídica de accesión, lo que traía como consecuencia que no se pudiera dar preeminencia a la *successio ordinum et graduum*, ya que esta tenía su campo de aplicación en la sucesión pretoria, *a sensu contrario*, el derecho de acrecer como derecho real actuaba en el terreno global de la *bonorum possessio,* y no únicamente en la sucesión ya fuera pretoria o civil. Así, el único instituto que, debido a la interferencia de la voluntad del testador, prevalecía sobre el derecho de acrecer era la sustitución vulgar, en consecuencia el *ius adcrescendi* desplegaba su eficacia según sus elementos básicos recogidos en la máxima *ipso iure, etiam ignoranti et invito herede, portio portionio adcrescit, non personae.*

A esta tesis se puede oponer la misma idea desarrollada en el punto anterior sobre la naturaleza del *ius adcrescendi,* considerado bien como parte del derecho hereditario, o como un derecho real independiente, lo que nos lleva a opinar que de diversos textos de las fuentes se deduce con claridad que en el supuesto de tener que dilucidar entre la prevalencia entre la *successio ordinum et graduum* y el derecho de acrecer debemos manifestar que es el derecho de sucesión el que debe informar nuestra opinión sobre el tema, lo que niega la posibilidad de tener en cuenta que el acrecimiento estuviera basado en un derecho real que en ningún caso se cita en las fuentes ni en la doctrina como tal, de esta manera se expone en C. 6, 58, 15, 3a:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

> C. 6, 58, 15, 3a .- *Imperator Justinianus. Successionis videlicet iure et in hac parte servando, ut, si qui ex secundo gradu vocati renuntiaverint hereditati et noluerint eam adire nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere et potest et vult, tunc hi, quos praesenti lege enumeravimus ex tertio gradu, in locum recusantium succedant. <a 534 d. id. oct. constantinopoli dn. iustiniano a. pp. iiii et paulino vc. conss.>*

Por el contrario del estudio de los argumentos a favor de la delación sucesiva, podemos citar la posición de Windscheid, quien sostiene por una parte que los sujetos eran llamados en conjunto, pero cada uno con un derecho a la herencia como un todo, y por otro lado afirma que una vez admitida la delación sucesiva en la sucesión pretoria, al igual que era posible poner en el lugar de un llamado, entre varios, a los otros llamados con él, también era posible, haciendo referencia a la sustitución, poner en el lugar de un llamado a otro llamado, excluyendo el derecho de acrecer, así, de la misma forma que el acrecimiento era excluido por la sustitución, podía asimismo serlo por la delación sucesiva.

No obstante, ante esta exposición de razones podemos afirmar que no es fácil aportar una solución, pues si bien el derecho de acrecer tenía como uno de sus presupuestos básicos la presencia de una cuota vacante, siempre que fuera posible la delación sucesiva no se daba la posibilidad de que existiera dicha cuota vacante, complicando aún más este escenario el que la mayoría de la doctrina

admita como cuestión indiscutible la llamada potencialmente y, *ab initio* a favor de los coherederos.

Una vez fundamentadas estas opiniones y, a pesar de la dificultad para explicar este supuesto, debemos sostener que la mayoría de la doctrina admite *ad cautelam* la preeminencia de la delación sucesiva sobre el derecho de acrecer, así, podemos afirmar que desde el momento en que el pretor establece la regulación de la primera con la función que ha quedado determinada, como así lo expresan la mayor parte de los textos recogidos en las fuentes sobre la cuestión, era posible dudar si se debía recurrir a la delación sucesiva instaurada por *ius honorarium* con prioridad al acrecimiento, mas esta posibilidad no debía afectar a nuestro instituto de más antigüedad y cuya finalidad era la misma que el pretor había otorgado a la delación sucesiva, si bien en sede del *ius civile*, y con resultados equivalentes en relación a dar destino a una cuota hereditaria vacante.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 6.- El derecho de acrecer en el *ius civile novum*

1.- Cuestiones previas. La evolución del sistema sucesorio: del derecho agnaticio a la prioridad de los vínculos cognaticios y su influencia en el *ius adcrescendi*

A causa de la evolución generalizada del sistema sucesorio romano y, en concreto debido al paso de una normativa fundamentada en derechos de agnación a la posterior preferencia de los vínculos de sangre tuvo su origen el denominado *ius civile novum*[858] como un producto jurídico del Derecho romano modelado sobre la misma corriente de pensamiento que trajo consigo la aparición del derecho pretorio, tomándolo como base y precisamente desde el momento en que este último quedó sin desarrollo posterior ostensible.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[858] D. 5, 3, 3; D. 38, 17, 1, 8; D. 38, 17, 1, 9; D. 38, 17, 1, 10; D. 38, 17, 2, 20; D. 38, 17, 2, 22. Respecto de la definición del *ius civile novum* como un Derecho surgido de las distintas disposiciones imperiales podemos afirmar que la sucesión en base al senadoconsulto Orficiano, como parte de esa normativa dictada por los emperadores, era un herencia civil, sin embargo, existen diferentes discusiones terminológicas sobre si la herencia deferida por el mismo debía ser llamada *legitima*, al respecto *vid.* C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, p. 366 (nota 1) y los autores citados en la misma.

Esta modificación en la regulación hereditaria llevada a cabo por la legislación imperial, primero con senadoconsultos, y más tarde con las constituciones tuvo como consecuencia trascendente el reconocimiento en las relaciones privadas patrimoniales de situaciones hasta ese momento desconocidas en la tradicional estructura del Derecho romano y en el antiguo pensamiento jurídico[859].

El punto de partida para explicar estas nuevas circunstancias viene determinado por el hecho de que todavía en época clásica, como consecuencia de las características propias de la normativa hereditaria del Derecho romano y, a pesar de los continuos cambios promovidos por el pretor, las relaciones hereditarias continuaban informadas en la generalidad de los supuestos, si bien cada vez en menor medida, por los antiguos principios.

En este sentido, hasta la época de Adriano y con anterioridad a que se dictase el senadoconsulto Tertuliano, llegado el momento de distribuir una herencia se abría una doble posibilidad de

[859] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, pp. 616 y ss.; B.BIONDI, voz: "*Ius Novum*", *NNDI, IX*, 1963, pp. 385-386; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 43 y 145; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 589; G.SEGRÈ, "Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra Diritto civile e pretorio", en *Scritti di Diritto Romano in onore di Contardo Ferrini*, 1946, pp. 731 y ss.; S.RICCOBONO, "*Cognitio extra ordinem*. Nozione e caratteri del "*ius novum*", en *BIDR, XIV-XV*, 1952, pp. 5 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 503 y ss.; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, op.cit., pp. 42 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 834; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 75.

actuación a tenor del derecho sucesorio romano conformado por *hereditas* y la *bonorum possessio*[860]; estos dos sistemas sucesorios tenían como denominador común, a pesar de que cada uno tuviese su propia naturaleza, el que en época clásica continuaban coincidiendo en ellos antiguos principios del Derecho romano que regían la normativa aplicable en ambos, con la particularidad de que en la herencia civil tenían una impronta mayor los tradicionales principios civilistas, mientras que en la *bonorum possessio,* aun teniendo un influjo menor, su regulación se encontraba afectada en cierto grado por esos mismos preceptos.

Eran precisamente esos principios tradicionales de la regulación hereditaria del Derecho romano los responsables de la limitación de los derechos de sucesión reciproca entre parientes consanguíneos de primer orden, en este sentido, en el antiguo *ius civile* la sucesión de hijos a la madre y, de la madre a los hijos no era habitual, así como más adelante, en el ámbito del *ius*

[860] G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 276 y ss. sostiene que la *hereditas* y la *bonorum possessio* en esta etapa constituían un sistema orgánico de sucesión hereditaria, sin embargo, si bien la llamada del *ius civile* se encontraba coordinada con aquélla realizada por el derecho pretorio estos dos sistemas eran formalmente distintos; esta afirmación venía a significar que mientras en el primero los herederos eran los *sui* y los agnados próximos, en el segundo la posesión de los bienes podía ser otorgada a emancipados y cognados; asimismo, continúa La Pira manifestando que la *hereditas* era una designación familiar con estructura, sino funcional, sí potestativa y la *bonorum possessio* se configuraba sobre derechos subjetivos de contenido patrimonial que se atribuían a los parientes próximos sobre la base de vínculos de sangre; por último, como reflejo de los principios jurídicos primitivos la *hereditas* tenía una ejecución necesaria e irrenunciable, en tanto que el cumplimiento del instituto pretorio se dejaba al libre arbitrio de los titulares del derecho.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

honorarium una madre y sus hijos únicamente podían sucederse como cognados, esto es, siempre precedidos por los agnados del difunto como sucedía desde la antigüedad.

Estas condiciones desfavorables a los derechos hereditarios entre consanguíneos, como ha quedado establecido, sirvieron como principio a la nueva legislación imperial, iniciada por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, con la que se procuraba modificar los principios informadores existentes hasta entonces; entre estas variaciones la que más influyó en las posteriores tendencia evolucionistas del Derecho romano fue el comenzar a asumir la noción de abandono del antiguo concepto de la familia agnaticia para pasar a dar mayor consideración a los vínculos cognaticios, acogiendo de esta manera el pensamiento del pretor mediante la modificación de la llamada hereditaria civil.

En conclusión, la evolución del Derecho romano en la segunda mitad del periodo clásico y en toda la edad posclásica trajo consigo el reconocimiento de la simple relación de filiación como base del derecho hereditario[861].

[861] A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 495-496; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 767 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 276; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 39; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 18 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, pp. 11 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, 1968, pp. 397 y ss.; R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, 1969, p. 362); C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 379; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 420-421.

A este respecto, en opinión de La Pira[862] la prueba de tal cambio en la llamada hereditaria civil la podemos encontrar, en la crisis producida, en virtud de diversos senadoconsultos imperiales, en algunas cuestiones inamovibles hasta dicho momento.

En primer lugar, la nueva delación realizada por el *ius civile* hacía referencia al llamado en cuanto cognado del *de cuius*, esto es, tomando como base las relaciones de consanguinidad y, lo que también supuso una novedad, prescindiendo de las modificaciones que pudieran producirse en la familia a causa de variaciones que el llamado hubiera sufrido antes o después de la delación hereditaria –sirva como ejemplo la *capitis deminutio*[863]– lo que tiene su reflejo en las fuentes en I. 3, 4, 2 y D. 38, 17, 1, 8:

> I. 3, 4, 2.- *Sciendum autem est, huiusmodi successiones quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferantur.*

[862] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 276-277.

[863] P.VOCI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 18 sostiene que el principal cambio producido por estos senadoconsultos, además de la tendencia a asegurar que la relación de parentela como tal, incluso la no legítima, concedía el derecho a suceder, se encontraba en que cualquier cambio en el *status familiae* a consecuencia de una *capitis deminutio minima* no tuviese importancia, sin embargo, tales variaciones no afectaron al antiguo régimen patrimonial de la familia que era respetado, de tal manera, que la madre y los hijos, si eran *alieni iuris*, adquirían para su *paterfamilias*. *Vid.* D. 38, 17, 1, 2; D. 38, 17, 2, 13; D. 38, 17, 6; I. 3, 3, 2; I. 3, 4, pr.

> D. 38, 17, 1, 8.- *Ulpianus 12 ad sab. Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis minutione peremitur, novae vel ex lege vel ex senatus consultis delatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur,*[864]

Del estudio de estos pasajes se puede afirmar que la *capitis deminutio* no extinguía la nueva llamada civil a la herencia, debido a que la misma no tenía su fundamento en el lugar que ocupaba el llamado en la familia sino en los vínculos de sangre que unían a éste con el difunto.

En el mismo orden de ideas, la nueva llamada hereditaria civil admitía la delación sucesiva en contra de lo actuado hasta entonces[865]; en este sentido, el senadoconsulto Tertuliano afirma la derogación del antiguo régimen al establecer un orden de llamamientos sucesivos, lo que fue reconocido por Juliano en la máxima *Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti agnato*, reconocimiento que posteriormente se amplió al senadoconsulto Orficiano[866].

[864] En el mismo sentido *vid.* D. 38, 16, 11.

[865] D. 38, 17, 1, 11; D. 38, 17, 2, 7; D. 38, 17, 2, 10.

[866] P.VOCI en recensión a M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische*

Con relación a la formación de esta nueva normativa, sostiene Perozzi[867] que el trabajo de reforma continuó la dirección marcada por el pretor, esto es, con ella se concedía mayor importancia a las relaciones cognaticias sobre la agnación, no obstante, esta prioridad únicamente fue admitida en los grados más próximos de parentela, así, la realización de dicha tarea innovadora fue lenta, fragmentaria y desordenada, alcanzando en primer lugar la sucesión en línea ascendente, después la descendente y finalmente la colateral; *a fortiori*, estas correcciones fueron hechas para casos particulares, tratando de no perturbar los antiguos fundamentos sucesorios, por lo que en la realidad se convirtieron en estrechas reformas, plenas de reservas, que dieron como resultado que el derecho sucesorio en la segunda mitad del periodo clásico y en toda la edad posclásica fuese "straordinariamente complicato, senza che la fatica di pensiero necesaria a dominarlo sia compensata da una utilità sia pure d'indole meramente speculativa".

En el mismo sentido se expresa Fadda[868] cuando afirma que este trabajo fue fragmentario y, a menudo terminado a tientas, lo

Erbrecht, en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 401 afirma que esta situación es clara pero que parece confusa por la explicación que realiza en su obra M.MEINHART de la delación de la herencia, sobre todo en dos supuestos que este último autor considera como de incapacidad, como son el hijo *bestiarius* y la madre que no ha solicitado un tutor para su hijo, pues a partir de estos casos pretende mostrar que entre el *ius vetus* y el *ius novum* existían diferencias que P.VOCI considera que realmente no concurrían.

[867] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 589-590.

[868] C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, p. 145.

que condujo a un estado de cosas complicado que puso en peligro incluso la conquista del nuevo principio de prioridad a favor de los parientes consanguíneos del *de cuius*.

Ahondando en esta idea, Arias Ramos-Arias Bonet[869] expresa su opinión afirmando que, si bien el derecho imperial puso remedio a situaciones concretas que estimó más dignas de ello, lo hizo dando lugar a cierta confusión, ya que otorgaba la categoría de herederos civiles a personas que tenían vínculos de sangre con el difunto, ignorando la antigua prioridad de la *potestas*, a la vez que declaraba que dichos sujetos sólo serían herederos a falta de otros que no tuviesen derecho a la herencia civil pero sí a la *bonorum possessio* a tenor del edicto pretorio, combinando así el *ius civile* con el *ius honorarium*.

Planteada la situación legislativa existente en la etapa que nos ocupa y centrándonos en la cuestión objeto de este estudio, debemos sostener que la interrelación entre sistemas sucesorios, a veces confusa, que fue tónica general en todo el derecho clásico y en el posclásico influyó de forma notable en los distintos institutos jurídicos relacionados con el derecho hereditario.

En este sentido, con relación a nuestro instituto Vaccaro[870] afirma que el derecho de acrecer era aplicado con normalidad en la última fase del derecho clásico y en todo la etapa posclásica a pesar

[869] J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 834.

[870] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 39 y ss.

de no poder encontrar en disposición legal alguna expresa mención al respecto, *a fortiori*, sostiene que la misma no era necesaria ya que dicha verificación se producía por la lógica de superiores principios, esto es, por necesidad jurídica, lo que evitaba cualquier tipo de polémica.

Vaccaro continúa exponiendo su teoría afirmando que favorable a dicha aseveración es que se tenga constancia de la citada aplicación de derecho de acrecer a través del trabajo de los juristas, quienes cuando en el ejercicio de su función se les presentaba algún caso relacionado con el derecho de acrecer afirmaban su plena vigencia en la redacción de sus tratados; asimismo, se encuentran reseñas que confirman esta opinión en sus comentarios a leyes concretas, de esta manera, debemos hacer mención a Ulpiano en el Libro XII *ad Sabinum* recogido en el Digesto donde se trata esta cuestión con relación a la interpretación del senadoconsulto Orficiano[871]. Además, Justiniano en sus Instituciones asume esta opinión de forma expresa, trasladando en el título IV del Libro III *De senatus consulto orfitiano* un pasaje de Marciano relacionado con los herederos legítimos de las XII Tablas[872].

Esta tesis presenta lo que podemos considerar como una norma general de aplicación del derecho de acrecer, sin embargo, para apoyar o no esta opinión debemos tomar en consideración la

[871] D. 38, 17.

[872] I. 3, 4, 4.

formación del denominado *ius civile novum* y, en concreto, los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano que deben ser considerados como fundamentos de la nueva regulación en materia hereditaria, ya que su redacción modificó notablemente la manera de hacer el llamamiento al reparto hereditario, al dar prioridad a sujetos que hasta el momento eran relegados a favor de otros con menor relación de proximidad parental con el *de cuius* y, que a partir de este momento comprobaban que sus derechos eran traspasados por aquéllos pertenecientes a los parientes de grado más próximo.

En razón de esta situación la verificación o no de *ius adcrescendi* en esta etapa se encontraba influenciada por las diversas situaciones familiares que se obtenían a través de la aplicación de la nueva legislación, así como por otros institutos como la delación sucesiva cuyo reconocimiento venía expresamente ordenado en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, siendo por lo tanto necesario un estudio con detenimiento de estas normas y de su relación con nuestro instituto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.- Regulación particular del senadoconsulto Tertuliano

Como consecuencia de los principios informadores que la sustentaban, la legislación decenviral no contemplaba la sucesión recíproca entre madres e hijos salvo en la segunda clase de herederos, esto es, como *proximus agnatus* y, siempre que la

primera estuviese bajo la *manus* de su marido, pues el vínculo de sangre que fundamentaba la relación materno-filial era denostado por el *ius civile* a favor del vínculo político que significaba la agnación, debiendo esperar al edicto pretorio para que tal sucesión fuese posible en la clase de los *cognati*, cuyo orden, como es sabido, era posterior al de los agnados[873].

Con el devenir histórico esta situación no experimentó grandes modificaciones, de manera que, el escenario jurídico que se creaba con motivo de la aplicación rígida del derecho civil continuaba en el derecho clásico prácticamente intacto con relación a la exclusión de la madre a la sucesión de sus hijos, a pesar de las mejoras introducidas por el pretor destinadas a acompasar el Derecho con la evolución de la sociedad romana, por lo que se hizo necesario dotar a los juristas de los instrumentos precisos a fin de procurar una reforma más profunda y práctica.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Con esta finalidad se comenzaron a promulgar diversas regulaciones que, respetando en los mínimos las bases jurídicas civiles significaron una evolución de las mismas para tratar de adaptarlas a la nueva corriente de pensamiento social, destacando como uno de sus reflejos jurídicos más relevantes el dar la importancia que merecía a la familia, entendida ahora como la fundamentada en vínculos de sangre.

[873] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, p. 590 (nota 1); C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 379.

En este sentido, el primer intento de remediar la situación desfavorable a los derechos hereditarios de la madre se debe a Claudio, quien concedió a la madre el derecho a ser llamada a la herencia de sus hijos *ad solatium liberorum amissorum*[874], esto es, para consolarla de la pérdida de sus hijos, pues esta delación tenía como limitación y fundamento el *ius angustiae*; la idea de procurar el consuelo de la madre por la perdida de un hijo continuaba todavía en época de Constantino, así, a través de los textos recogidos en C. 3, 28, 38 y *C.Th.* 2, 19, 2, 1, encontramos definido este tipo de sucesión como *luctuosa portio*[875].

Más adelante, en época del emperador Adriano[876], cuando se dicta el senadoconsulto Tertuliano se regula definitiva y detalladamente esta cuestión, de manera que, si en el derecho civil no había sucesión madre-hijo y, en el derecho pretorio la madre no podía suceder sino como cognada, a partir de este momento, en el caso de que la madre estuviese provista del *ius trium liberorum* en el caso de la ingenua y del *ius quatuor liberorum* en el supuesto de

[874] I. 3, 3, 1.- *Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*

[875] A.MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Arch. Giur., XL*, 1888, p. 227 (nota 2); P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, *op.cit.*, p. 58 (nota 236); G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 75.

[876] Es bajo el reino de Adriano (117-138 d.C.) cuando, según la mayoría de la doctrina, se dictó el senadoconsulto Tertuliano, sin embargo, algunos autores sostienen una fecha anterior, a este respecto *vid.* Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes*, *op.cit.*, p. 152 (nota 87).

la liberta[877] venía llamada a la herencia de su hijo como *heres legitima*[878], sin importar si el hijo fuese *iustus* o *vulgo conceptus*.

Esta capacidad de la madre para suceder a sus hijos, tanto de parentela legítima como natural, como afirma Meinhart[879] tenía dos presupuestos fundamentales, así, además del *ius liberorum* debía ser

[877] Con relación al *ius liberorum vid.* A.STEINWENTER, voz: "*Ius Liberorum*", en *Paulys Real-encyclopädie Der Classischen Altertumswissenschaft, X, 2*, Stuttgart, 1897, pp. 1282 y ss.; B.KÜBLER, "Über das *Jus liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten", en *ZSS, XXX*, 1909, pp. 154 y ss.; B.KÜBLER, "Über das *Ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten" (Fortsetzung und Schluß), en *ZSS, XXXI*, 1910, pp. 176 y ss.; S.SOLAZZI, "*Ius liberorum* e alfabetismo", en *RIL, LI*, 1918, pp. 586 y ss. (= en *Scritti di Diritto Romano, II*, Napoli, 1957, pp. 229 y ss.); S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, I*, *op.cit.*, p. 421; J.E.SPRUIT, *De Lex Iulia et Papia Poppaea: Beschouwingen over de bevolkingspolitiek van Augustus*, Deventer, 1969, pp. 28 y ss.; M.ZABLOCKA, "Il *ius trium liberorum* nel diritto romano", *en BIDR, IXC*, 1988, pp. 361 y ss.; R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, Padova, 1970, pp. 26 y ss.; P.JÖRS, "*Iuliae Rogationes" due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 1985, pp. 1 y ss.; A.BERGER, voz: "*Ius liberorum*", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991, p. 530; G.VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'etá del principato*, Genova, 1996, pp. 64 y ss.; M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), *op.cit.*, pp. 186-187.

[878] *Tit.Ulp.* XXVI, 8; *Pauli Sent.* 4, 9, 1, 2; D. 38, 7, 2, 4 ; I. 3, 3, 2. *Vid.* además P.KRÜGER, "*Verweisungsedikte im prätorischen Album*", en *ZSS, XXXVII*, 1916, p. 286 ; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, p. 590 (nota 4); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 278 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 572 ; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 797 ; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 18 ; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 109 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 399); P.VOCI, "Testamento Pretorio", en *Studi Grosso, I*, Torino, 1968, p. 104 (nota 18); J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 834.

[879] M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 133 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 399).

ciudadana; este beneficio concedido por el senadoconsulto Tertuliano se extendía a la *Latina ingenua*, quien conseguía la ciudadanía romana por el hecho de haber tenido tres hijos, así, continuando con las directrices que se utilizaban para la ciudadana romana obtenía por la misma razón la herencia legítima de su hijo[880], concesión que era de igual aplicación, en opinión del autor alemán en el título de delación a la *mulier famosa*[881]; además, la madre sucedía al hijo impúber cuando el testamento pupilar quedaba ineficaz por la renuncia del sustituto pupilar[882].

El sistema se formulaba de manera que la madre quedaba desplazada únicamente por los hijos del difunto tanto *sui* como emancipados[883], por el padre natural[884] –ya fuese llamado a la

[880] *Pauli Sent.* 4, 9, 8.

[881] D. 38, 17, 2, 4.

[882] D. 38, 17, 2, 5. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 279.

[883] A este respecto, P.VOCI en *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 18-19 sostiene que la madre no sucedía por el senadoconsulto Tertuliano si el hijo había dejado hijos que pertenecieran a la clase pretoria de los *liberi*, esto es, *sui* y emancipados, varones y mujeres, ya naturales como adoptivos, incluso se incluía a posteriores descendientes por el supuesto *successio in locum*. Los hijos adoptivos emancipados no eran considerados según este senadoconsulto. Por último, los hijos que hubiesen pertenecido a la clase de los *cognati*, esto es, los hijos de la hija y los hijos del hijo dados en adopción no se anteponían a la madre.

[884] S.PEROZZI en *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 591 aclara que si bien el padre era preferido a la madre no sucedía lo mismo con el abuelo o bisabuelo, como se expresa en D. 38, 17, 5, 2. *Vid.* P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 19 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 278 y ss.-287 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 188 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI

sucesión como emancipador, esto es, por derecho de sucesión legítima o, a la *bonorum possessio contra tabulas*, o bien fuese llamado a la *bonorum possessio unde cognati*– y, por el hermano o hermana consanguíneos[885]; a este respecto, debemos tomar en consideración una particularidad en los supuestos planteados ya que si el padre natural hubiese sido adoptado *in aliena familia* y, además de la madre existiesen agnados, debido a que la presencia de éstos últimos se excluía al padre, la madre podía ejecutar su derecho[886].

Además, si había hermanas consanguíneas, a falta de hermano consanguíneo, la madre concurría con las mismas dividiendo la herencia a partes iguales, de manera que si hubiese una hermana sucedían juntas recibiendo la mitad cada una de ellas[887]; por el

en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, pp. 399-400; R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, *op.cit.*, p. 370).

[885] *Tit.Ulp.* XXVI, 8; C. 6, 56, 2; D. 38, 17, 2, 6; D. 38, 17, 5 pr.; D. 38, 17, 2, 15; D. 38, 17, 5, 1; D. 38, 17, 10, 1; I. 3, 3, 3.

[886] D. 38, 17, 2, 17.- *Ulpianus 13 ad sab. Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.*

[887] *C.Th.* 3, 8, 2, 1; *C.Th.* 5, 1, 7; *Tit.Ulp.* XXVI, 8 ; C. 6, 56, 7 pr. A.MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Arch. Giur., XL*, *op.cit.*, pp. 228 y ss.; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III*, *op.cit.*, pp. 142 (nota 3); A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 495 (nota 11); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 19; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 289 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 573; R.YARON, "Two notes on intestate succession (1. Succession by agnates; 2. Mother *versus* sisters under the *Sc. Tertullianum*)", en *TJ, XXV*, 1957, p. 385; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, p. 296 (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, p. 400; R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, *op.cit.*, p. 370); P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, op.cit., pp. 57 y

contrario, si hubiese hermanas y hermanos sucedían todos excluyendo a la madre[888], esta situación viene advertida con claridad por La Pira[889] cuando afirma que el hermano y la hermana consanguíneos eran preferidos a la madre aun con una diferencia, pues cuando había sólo una hermana su derecho a la herencia beneficiaba a la madre pues era llamada junto a aquélla a los bienes del hijo; esta cuestión viene matizada por Voci[890] en un sentido que consideramos erróneo a tenor de las fuentes ya que afirma que si había hermanos y hermanas cada uno tomaba su cuota, si bien la hermana debía dividir su porción con su madre, sin embargo, lo que se extrae de las fuentes es que si hubiera un hermano y una hermana

ss.; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, p. 8 (nota 7); J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 420.

[888] *Tit.Ulp.* XXVI, 8.- *Intestati filii hereditas ad matrem ex lege Duodecim Tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus: quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

Pauli Sent. 4, 9, 10 (=*Lex Romana Burgundionum* 28, 2-3).- *Mater per fratrem excluditur et in successione frater cum sorore aequa sorte succedit. Quod si frater defuerit, mater et filiae, quantae fuerint, aequales capiunt portiones.*

I. 3, 3, 3.- *Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primigradus sive ulterioris. sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.*

[889] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 289-290.

[890] P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 573.

consanguíneos y, la madre tuviese derecho a la herencia, el hermano excluía a la madre, y la herencia era común por partes iguales al hermano y a la hermana[891].

No obstante, existían otros supuestos en los que el derecho de la madre se encontraba en situación de espera, como sucedía cuando se debía salvaguardar los intereses de un *nasciturus* que venía tutelado con la *missio ventris nomin*e, situación que se repetía en el supuesto de un hijo ya nacido protegido con la *possessio Carboniana*, con la *possessio furiosi nomine*, o con la *possessio infanti per tutorem petita*[892].

De esta exposición se extrae que, en la sucesión regulada por el senadoconsulto Tertuliano ya no encontraba aplicación el antiguo principio del *ius civile, in legitimis non est successio*, de manera que, si las personas que precedían a la madre bien no adquirían, renunciaban a la herencia, o bien se les restituía *in integrum* contra la adquisición, la madre era llamada en lugar de éstos[893], así,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[891] I. 3, 3, 3.

[892] D. 38, 17, 2, 11; D. 38, 17, 2, 12; D. 38, 17, 2, 13. *Vid.* P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, p. 456; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 22; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 282; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 189 a 197 (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, p. 399).

[893] R.QUADRATO en "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, *op.cit.*, pp. 371-372) sostiene que teniendo el hijo la capacidad de renunciar o abstenerse, la delación pasaba a la madre tomando para ello como ejemplos la *abstentio* del *suus*, la *restitutio in integrum* y la renuncia de la herencia legítima. además *vid.* D. 38, 17, 2, 8; D. 38, 17, 2, 10; D. 38, 17, 2, 14 así como P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 20; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer*

únicamente en el supuesto de que la madre no aceptase pasaba la llamada a la herencia a los agnados próximos, pues como sostiene Perozzi[894] cuando se presentaban las circunstancias que daban lugar a una cuota vacante se verificaba la sucesión de la madre, lo que venía a demostrar la prioridad de la relación de consanguinidad que existía entre madre e hijos ante aquélla que unía al fallecido con otros parientes que tenían vínculos agnaticios con mayor relevancia desde el punto de vista del antiguo *ius civile*.

Una vez planteados los aspectos favorables del senadoconsulto, así como la situación jurídica que trataba de proteger, centrada en favorecer la sucesión de la madre como consanguínea debemos citar la opinión crítica que realiza el mismo Perozzi[895] a la promulgación del senadoconsulto Tertuliano y, en la que sostiene que realmente notable en la aplicación de este senadoconsulto es que daba lugar a ciertas situaciones negativas para la madre pues una sola solicitud de *bonorum possessio* podía impedir la herencia legítima de la misma.

En este orden de ideas, relacionado con la aplicación de este senadoconsulto Tertuliano se dictaron diversas constituciones

Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, *op.cit.*, pp. 206 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, pp. 399-400).

[894] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, p. 591.

[895] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, pp. 591 y ss. Sobre otras situaciones complicadas que provocaba el senadoconsulto Tertuliano *vid.* K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II*, *op.cit.*, pp. 32 y ss.; C.MAYNZ, *Curso de Derecho Romano, III*, (traducción española de A.J.Pou y Ordinas), *op.cit.*, pp. 239-240; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 292.

imperiales que acotaron el campo de aplicación del mismo perjudicando con ello la sucesión de la madre, sirva como ejemplo un rescripto de Antonino Pio recogido por Ulpiano en D. 38, 17, 2, 9, el cual ordenaba que los hijos del difunto que se encontraban *in adoptiva familia* relegaran a la madre, asimismo, en virtud de otras constituciones se establecía la prioridad a la madre de los hijos de una hija premuerta[896].

Sin embargo, contra esta tendencia del Derecho romano perjudicial a los intereses maternos se rebelaron otros legisladores, que avanzaron un paso más allá en el derecho sucesorio que asistía a la madre respecto de la herencia de sus hijos, así, con Constantino se inició un cambio en el movimiento legislativo dirigido a separar cada vez más el citado derecho a suceder de la madre a sus propios hijos del *ius liberorum* concediéndole un tercio de la herencia incluso si carecía del mismo[897], cantidad que más tarde fue aumentada a dos tercios por Teodosio y Valentiniano[898].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[896] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 19 (nota 11); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 284 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 307 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, p. 400).

[897] *C.Th.* 5, 1, 1; *C.Th.* 5, 1, 2; *C.Th.* 5, 1, 7. Con relación a esta evolución del senadoconsulto Tertuliano G.LAVAGGI en "Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano" en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, pp. 749 y ss., afirma que Constantino concedía a la madre desprovista del *ius liberorum* en todo caso el derecho de conseguir un tercio de la herencia en concurso con los agnados de cualquier grado –*integrum ius agnationis habentes*– quienes recibían los dos tercios restantes, de igual forma, admitió recíprocamente que los agnados singulares comprendidos entre el tercer y el quinto grado obtuviesen, incluso *capite deminuti*, un tercio del as hereditario en concurso con la madre que sí tenía el *ius liberorum*, quedando en este caso dos tercios

Esta separación fue completa cuando Justiniano con una constitución del 528 recogida en C. 8, 58, 2; C. 6, 56, 7 y C. 6, 55, 12, abolió el *ius liberorum* otorgando a la madre una cuota viril en concurso con hermanos y hermanas del difunto, asimismo, decretó que la madre tuviera preferencia a todos los agnados, así como a los cognados más lejanos del hijo, sin embargo, quedaba excluida por el *parens manumisor* si no existieran hermanos ni hermanas consanguíneas; además, si el padre hubiese muerto la herencia se dividía entre la madre, los hermanos y hermanas por cabezas, no obstante, si no quedasen más que hermanas, la madre recibía la herencia junto a éstas por mitad, hasta que por la *Nov*. 22, 47 se prescribía incluso en este caso la división por cabezas[899].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

del total, asimismo, esta última norma se extendía a supuestos residuales que otorgaban un tratamiento más favorable confirmando la asignación a la madre de dos tercios y al agnado un tercio de la herencia.

[898] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 142 (nota 3); G.LAVAGGI, "Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano" en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene, op.cit.*, pp. 758 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 797; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 421; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, pp. 75 y ss.

[899] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 590 y ss.-592 (nota 1); E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 797; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 421.

2.1.- Influencia del senadoconsulto Tertuliano en la verificación del *ius adcrescendi*

Una vez planteado el nuevo sistema sucesorio debemos centrar la cuestión en el motivo de nuestro trabajo, así, podemos afirmar que a partir de la promulgación del senadoconsulto Tertuliano se interpuso a los herederos tradicionales de la sucesión civil intestada y la *bonorum possessio* la madre del fallecido, quien comenzó por tener prioridad ante todos los herederos excepto a los hijos del mismo, padre natural así como hermanos y hermanas consanguíneos, además debido al desarrollo de la legislación sucesoria en época de Justiniano era preferida a todos los agnados y cognados más lejanos.

Esta situación, tuvo consecuencias en el resto de regulación hereditaria y, por ende, en el derecho de acrecer, ya que venía modificado el orden de llamamientos a la herencia, lo que influía en uno de los presupuestos básicos de nuestro instituto, esto es, la delación *in solidum* venía en multitud de casos eliminada al recibir el as hereditario un solo sujeto, pues la madre no compartía su derecho excepto en el supuesto de la existencia de hermanas consanguíneas del difuntos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, afirma Vaccaro[900] que el *ius adcrescendi* en esta sede sólo desplegaba su eficacia en el supuesto de que los sucesores del difunto fuesen su madre junto con una hermana consanguínea, pues únicamente en este caso se cumplían los presupuestos básicos necesarios para que se verificase el acrecimiento, esto es, la existencia de una llamada a heredar solidaria y, si era el caso una falta de adquisición que determinaba el que una cuota de la herencia quedase vacante.

Esta opinión viene rechazada por Meinhart[901] en su estudio sobre los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano al incorporar un elemento que matiza la tesis de Vaccaro hasta el punto de negar el acrecimiento, en este sentido, afirma que no se podía aplicar el derecho de acrecer entre la madre y la hermana del *de cuius* pues no concurría uno de sus presupuestos básicos, en este caso, la llamada *in solidum*, sirviendo como fundamento de su tesis el diferente título de delación con el que acudían a la herencia los dos sujetos, así, la hermana era llamaba *ex iure antiquo* mientras que la madre lo era *ex iure novo*, como se explica a través de la interpretación que realiza el autor alemán de D. 38, 17, 2, 18:

[900] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 40 y ss. *Vid.* R.FITTING, "Zur lehre vom Anwachsungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis, LVII*, *op.cit.*, pp. 161 y ss.

[901] M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 286 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 402; R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV, op.cit.*, p. 374).

> D. 38, 17, 2, 18.- *Ulpianus 13 ad sab. Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

Para fundamentar su opinión desfavorable a la verificación del acrecimiento entre madre e hija, Meinhart junto con este pasaje, toma en consideración el texto de D. 38, 17, 2, 19.

A este respecto, afirma que en primer lugar del estudio de D. 38, 17, 2, 18, llama la atención sus premisas, pues el pasaje hace referencia a una situación muy concreta al hacer alusión al supuesto de un padre adoptado o emancipado, de manera que la herencia era deferida a la hermana consanguínea del fallecido en concurrencia con la madre en virtud del senadoconsulto Tertuliano, excluyendo por lo tanto al padre; sin embargo, esta conclusión no servía si la hermana consanguínea no aceptaba la herencia que le era deferida, pues la madre no podía concurrir a la misma por causa del padre, quedando, por lo tanto, a la espera de la apertura de la llamada

pretoria a favor del padre, esto es, la madre del *de cuius* permanecía a la espera de recibir la posesión de los bienes de la herencia, pues era la hermana y no ella quien excluía al padre, debiendo ajustar su derecho a obtener la posesión de los bienes junto con el padre en el orden *unde cognati*, no obstante, todavía quedaba una posibilidad de heredar pues su derecho con fundamento en el *ius civile* se encontraba únicamente en suspenso a la espera de que el padre solicitase la *bonorum possessio*, ya que dejándola de pedir éste sucedía sola en virtud del senadoconsulto[902].

En segundo lugar, otro supuesto de adquisición de los bienes por parte de la madre objeto de estudio por Meinhart, que venía a corroborar su teoría sobre la exclusión del mero padre natural por parte de una hermana consanguínea y agnada lo encontramos en D. 38, 17, 2, 19, donde se presenta un caso que tiene como premisa a una hija casada y con hijos, que había quedado bajo la potestad de su padre ya que en tiempos de Ulpiano la *manus* prácticamente no existía, estando sus hijos, nacidos de su matrimonio *in potestate* de su marido; a partir de estas circunstancias, si el padre de la mujer adoptaba a su nieto, hijo de la hija, entonces tanto la madre como el hijo se encontraban bajo la misma potestad con la calificación formal de consanguíneos así como con vínculos agnaticios, de manera que si muere el padre de la mujer y, el nieto por él

[902] D. 38, 17, 2, 9; D. 38, 17, 2, 17. *Vid*. G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 290-291 explica de manera exhaustiva la solución presentada, clarificando las relaciones que en ella se deben considerar, por lo cual se recomienda su estudio para un conocimiento en profundidad de esta compleja cuestión. Además se puede consultar respecto a este mismo supuesto F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX, I, op.cit.*, p. 617.

adoptado, la herencia pasa a la madre consanguínea excluyendo a su marido, mero *pater naturalis* del hijo, sucediendo en este caso una violación de la *ratio* del senadoconsulto Tertuliano al no preferir al padre en lugar de la madre.

Con relación a este último supuesto, Voci[903] sigue la opinión de Meinhart explicándolo a tenor del segundo título que poseía la madre consanguínea, lo que traía como consecuencia la exclusión del padre consanguíneo.

Ahora bien, volviendo a la teoría de Meinhart, este autor a partir de las consideraciones expuestas sostiene que una vez excluido el padre por la hermana concurrían juntamente a la sucesión la hermana y la madre, sin embargo, si no se producía la aceptación de la herencia del *de cuius* por parte de la hermana, con una delación fundamentada en el derecho antiguo, la madre del difunto, llamada *ex* senadoconsulto Tertuliano, por si sola no podía adquirir, pues no tenía lugar el *ius adcrescendi* por causa de la diversa naturaleza de la llamada, una *ex lege XII Tabularum* y la otra *ex* senadoconsulto Tertuliano.

[903] P.VOCI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 20 (nota 17) afirma sus opinión al respecto de un segundo título que poseía la madre negando que este pasaje pueda explicarse desde el punto de vista de la *manus* a tenor de una hipótesis de O.LENEL en *Palingenesia iuris civili, II, op.cit.*, p. 1047 col. 2521 (nota 2) *quoniam....adoptavi trib? Ulpianum de eius hereditate egisse, suspicor, cuius pater ab avo emancipatus, mater in manu retenta erat.*

Esta tesis viene matizada aun conservando la misma solución final por Voci[904] al resolver la cuestión presente en D. 38, 17, 2, 18, de diferente manera, así confirma que la adquisición de la hermana era condición para la delación de la madre, sin embargo, si la hermana no deseaba adquirir los bienes de la herencia, la obtención fallida de los mismos por parte de la madre era ocasionada por una ausencia de delación y no por la exclusión del derecho de acrecer, que como es sabido, contaba entre sus presupuestos básicos la llamada solidaria a la herencia que en esta ocasión no existía.

Debemos seguir en esta ocasión una teoría ecléctica pues tomamos en consideración las premisas de la tesis de Meinhart que sostienen la diferente tipología de la llamada de la madre y de la hermana, lo que nos lleva a negar la existencia de una llamada *in solidum* necesaria para la ejecución del derecho de acrecer, lo que traía como consecuencia que no se constituyese un concurso efectivo de llamados a la herencia, sin embargo, debemos afirmar que la tesis de Voci explica de manera más clara la situación, pues no sólo había una diferente fuente de llamamiento, sino que lo verdaderamente significativo e influyente en la negación del acrecimiento tenía su fundamento en que la llamada de la hermana era condición necesaria para que se produjese la delación a la madre, de manera que, no aceptando la hermana consanguínea los bienes del hermano se negaba la delación a la madre, que quedaba

[904] P.VOCI en recensión a M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 402.

excluida de los bienes debiendo acudirse en este caso al derecho antiguo.

Asimismo, en orden a la lógica jurídica, en el supuesto de que existieran madre y hermana consanguínea, como ha quedado establecido, la aceptación de la hermana ocasionaba la delación a la madre con base en el senadoconsulto, no obstante, podía suceder que esta última no aceptase su parte, entonces la hermana adquiría el total de la herencia, si bien no en virtud del *ius adcrescendi* sino con fundamento en el derecho que le pertenecía por el *ius antiquum*, pues así como su llamada beneficiaba a la madre también podía suceder que ésta se negase a aceptar el privilegio que le otorgaba el senadoconsulto Tertuliano.

2.2.- *Ius adcrescendi versus* delación sucesiva en el ámbito del senadoconsulto Tertuliano

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Otra cuestión primordial en nuestra investigación del derecho de acrecer en el *ius civile novum* la podemos encontrar en el hecho de que el senadoconsulto Tertuliano admitiese la delación sucesiva que era negada hasta entonces por el derecho civil.

Con relación a la citada suspensión de la eficacia del antiguo principio jurídico civil, Vaccaro[905] considera una cuestión ineludible

[905] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 40 y ss.

para la investigación sobre la aplicación del derecho de acrecer en esta sede la referencia en el senadoconsulto Tertuliano a la delación sucesiva a favor de la madre, pues como consecuencia de esta afirmación se crea el deber de aclarar que solución debía darse a la disyuntiva que se presentaba si faltaba uno sólo de los sucesores preferidos a la madre ya que se abría una doble vertiente jurídica, por un lado existía la posibilidad de que se verificara en la nueva regulación hereditaria civil el acrecimiento entre el resto de coherederos y por otro, también se podía aplicar la regla de la delación sucesiva a favor de la madre con fundamento en este senadoconsulto.

Asimismo, la delación sucesiva puede ser interpretada en distinto sentido, así, Vaccaro también presenta la cuestión desde la perspectiva del novedoso reconocimiento en la clase de los *legitimi* de una forma de delación sucesiva, por lo que adaptando el instituto a la redacción del senadoconsulto Tertuliano se puede concluir que si la madre renunciaba o de cualquier modo era excluida de la sucesión la llamada pasaba al *proximus agnatus*[906]; esta afirmación la considera el autor italiano como natural, pues la llamada de la madre significaba la derogación de la delación hereditaria contenida en el *ius civile vetus*, sin embargo, cuando la madre no provoca tal supresión tomaba vigor nuevamente la llamada del antiguo derecho civil según los principios del mismo[907].

[906] D. 38, 17, 2, 20; D. 38, 17, 2, 22; D. 38, 17, 2, 47.

[907] D. 38, 16, 8, 1; D. 38, 17, 2, 20; D. 38, 17, 2, 22.

Una vez planteada la doble faceta de la delación sucesiva en este supuesto, Vaccaro[908] sostiene que lo más relevante es que se admitiese en la legislación imperial la delación sucesiva del derecho antiguo al nuevo[909], así, si los sucesores que tenían prioridad ante la madre se abstenían o no aceptaban, por fuerza del senadoconsulto Tertuliano la herencia era devuelta a la madre, como se observa en D. 38, 17, 2, 8 y D. 38, 17, 2, 10:

> D. 38, 17, 2, 8.- *Ulpianus 13 ad sab. Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. africanus et publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstent, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*[910]
>
> D. 38, 17, 2, 10.- *Ulpianus 13 ad sab. Si bonorum possessione accepta filius*

[908] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 40-41.

[909] Para un estudio en profundidad respectos a las relaciones entre los senadoconsultos y el sistema sucesorio vigente en su tiempo, entre el *ius antiquum* y el *ius novum* así como la interconexión entre la *hereditas* y la *bonorum possessio* desde el punto de vista de la legislación imperial *vid.* G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 291-292; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 314 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, pp. 400-401).

[910] Con relación a la pretendida interpolación sufrida por este pasaje del Digesto *vid.* nota 616.

> *emancipatus abstinuerit se hereditate per in integrum restitutionem, verum est senatus consultum posse locum habere: sed si fuerit rursus immixtus, rursus debet mater abstinere.*

Con relación a esta cuestión, La Pira[911] presenta una teoría diferente, pues aun admitiendo la delación sucesiva a favor de la madre del derecho perteneciente a los llamados por el pretor en virtud del nuevo *ius civile*, la niega absolutamente para los llamados por las XII Tablas, ya que entre los *legitimi ex lege XII tabularum* no estaba permitida la delación sucesiva y, así lo expresa "quando colui che è chiamato prima della madre sia un *suus* o un agnato, ancorchè costui si astenga o rinunzi, la madre non potrà venire ex senatoconsulto Tertulliano alla successione del figlio", esto es, no era admisible la delación sucesiva a la herencia de un llamado por el antiguo derecho a un llamado por el *ius civile novum*; en sentido contrario, cuando el llamado con prioridad a la madre lo era por el nuevo derecho civil y no aceptase su herencia, la delación sucesiva a la misma era admitida a favor de la madre *ex* senadoconsulto Tertuliano. *A fortiori,* cuando el primero al que le correspondía el derecho a la herencia fuese llamado en virtud del derecho pretorio y no ejerciera su opción a solicitar la *bonorum possessio*, la madre podía proceder a hacer valer su derecho por el *ius civile novum*. La Pira explica esta compleja situación desde la perspectiva del fenómeno de la estratificación de distintos regímenes en el sistema sucesorio, así, las cuestiones dudosas que se planteaban traían su

[911] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 280 y ss.

causa en que sobre el antiguo sistema se sumaron dos nuevos sin haber abolido el primero[912].

Asimismo, continuando con la exposición de La Pira respecto al sistema de llamamientos a la herencia una vez dictado el senadoconsulto Tertuliano y, por lo tanto, cuando había entrando en juego el nuevo derecho sucesorio de la madre, hace referencia el autor italiano a diversos pasajes de las fuentes, en este sentido, destaca el caso presentado por Ulpiano en D. 38, 17, 2, 8 –que ha servido a Vaccaro para fundamentar su teoría a favor del traslado de la delación del antiguo derecho al *ius civile novum*– que recoge la controversia existente sobre los efectos que tenía la abstención de un *suus* a la herencia de su padre en conexión al derecho sucesorio de la madre, en este sentido, el autor italiano plantea la duda sobre la posibilidad de llamar a la madre a la herencia de su hijo cuando su nieto, heredero *suus* del primero, se hubiese abstenido, la solución presentada por La Pira parte de que el pasaje de Ulpiano esta ampliamente interpolado[913] y sostiene que, si la madre era precedida de *sui*, como herederos *ipso iure*, aun absteniéndose de la herencia excluían a la madre de la sucesión civil del hijo, sin embargo, quedaba intacta la posibilidad de pedir la *bonorum*

[912] D. 38, 17, 2, 7; D. 38, 1, 9; D. 38, 17, 10, 1.

[913] Con relación al alcance de este pasaje del Digesto consultar el capítulo 1.1.c.- "El *ius adcrescendi* con relación a la cuota de quien se abstiene", de capítulo cuarto, pp. 437 y ss., donde se hace referencia a la verificación del derecho de acrecer en los *sui heredes* ante la aparición del *ius abstinendi*, esto es, la correlación entre el derecho civil y un instituto del *ius honorarium* así como su reflejo en el proceso de aplicación del primero.

possessio unde cognati cuando el *suus* no la hubiese solicitado como primer llamado a la sucesión pretoria.

Asimismo, en este orden de ideas La Pira manifiesta que por el contrario si se modificaba el *status* jurídico de los hijos del *de cuius*, considerando que los hijos abstenidos estaban emancipados y, hubieran renunciado a la *bonorum possessio unde liberi*, la solución era la opuesta a la dada al caso anterior, ya que la madre podía ejercer sin trabas su derecho civil.

A este respecto, concluye La Pira que el sentido de la solución que dan Africano y Publicio se ajusta a estas aseveraciones, no obstante, también sostiene la interpolación del mismo, por lo tanto, afirma que los compiladores no distinguieron correctamente entre derecho civil y pretorio, fundiendo en uno de ellos dos soluciones formalmente diferentes, pues lo cierto es que cuando el *suus* se abstenía, la madre, incluso en la *bonorum possessio*, alcanzaba la herencia del hijo, por lo tanto, es natural que los compiladores hicieran propia dicha conclusión pero sin atender a la vía formal a través de la cual los clásicos habrían llegado a la misma, en este sentido, La Pira ratifica al respecto de esta cuestión que es difícil reconstruir el sistema originario que subyace en el pasaje de las fuentes arriba citado[914].

[914] G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 282 sostiene que confirma su tesis otro texto de Ulpiano recogido en D. 38, 17, 2, 11.

Por el contrario, Vaccaro[915] mantiene el carácter clásico de D. 38, 17, 2, 8, así, aun admitiendo que el texto podía haber sido dañado[916], sostiene que el mismo en realidad sufrió un acortamiento por parte de los compiladores que han llevado a no mostrar en su totalidad la regulación romana así como los principios jurídicos que asistieron a Ulpiano para solucionar el supuesto de hecho presentado; en este orden de ideas y, respecto a la modificación que propone Mommsen[917] en los siguientes términos. D. 38, 17, 2, 8.- ... *an mater admittatur, ut puta abstinent sui, hereditate,* afirma que el singular *abstinuit* del texto original que Mommsen elimina es significativo, pues junto a la hipótesis de la abstención de todos los *sui*, Ulpiano debió hacer otra en la que, ante la abstención de un solo *suus* tenía lugar el acrecimiento a favor del resto de coherederos, esta afirmación encontraría su confirmación en que la misma hipótesis planteada por Ulpiano sirve como fundamento para la formación de la opinión del jurista clásico en otro pasaje paralelo aunque referido al senadoconsulto Orficiano[918], en el cual ratifica

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[915] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 41 (nota 1).

[916] G.BESELER, "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II, op.cit.*, p. 82.

[917] Con relación a la aludida interpolación *vid. Index Interpolationum, III, op.cit.*, p. 71 así como los autores que se citan en dicha obra.

[918] D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus 12 ad sab. " si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto". hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*

que mientras por lo menos un hijo quisiera que a él le perteneciera la herencia legítima no tendría lugar el derecho antiguo, de manera que, si de dos uno hubiera adido y otro repudiado la herencia, le acrecerá a aquél la porción, y si acaso hubiere un hijo y un patrono, repudiándola el hijo se le defiere al patrono, por lo que Vaccaro establece claramente que el texto recogido en D. 38, 17, 2, 8, tuvo que divulgar más allá de la *sententia aequior* de *Africanus* y de *Publicius* también la tesis de sus adversarios, todo lo cual no obsta para que a pesar de estas consideraciones sobre las posibles modificaciones al texto, en opinión de Vaccaro la decisión esencial que emana del citado pasaje, debido a su amplia motivación, deba ser considerada como substancialmente clásica.

Además, con relación a la tesis de La Pira que hemos planteado anteriormente y, respecto a la que afirma, aun renunciando a la reconstrucción del tenor originario de este fragmento del Digesto, que "poichè il diritto che viene attibuito alla madre è un diritto civile, è chiaro come esso non possa essere attuato quando ci sia di mezzo un diritto civile poziore: così quando la madre è preceduta dai *sui*, questi essendo eredi *ipso iure*, ancorchè si astengono dalla eredità, escludono la madre dalla successione (*iure civile*) del figlio", se pronuncia Vaccaro en el sentido de sostener que es totalmente exacta, de manera que, cuando Africano y Publicio decidieron contradecir los viejos principios

Este pasaje es considerado interpolado por G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 282 (nota 1). A este respecto *vid. Index Interpolationum, III, op.cit.*, p. 72.

admitiendo que la herencia de los abstenidos debía ser devuelta a la madre debieron utilizar el mismo razonamiento que se encuentra en la teoría de La Pira, esto es, dichos juristas romanos poseían una inconfundible sabiduría para hacer prevalecer razones de oportunidad jurídica sobre la lógica más rigurosa, así, el principio *in legitimis non est successio* era ya un residuo histórico que perdía cada vez más su razón de ser, por lo tanto, impedir en este caso la delación sucesiva de los *sui* abstenidos a la madre hubiera sido un sacrificio a la lógica inútil e injusto pues ya se admitía abiertamente la delación de los llamados *ex iure pretorio* y *ex senatus consulto Orfitiano* a la madre.

En conclusión, en opinión de Vaccaro, por medio de la interpretación, se puede afirmar que Africano, Publicio y el propio Ulpiano admitieron la delación del *ius civile vetus* al *ius novum* con fundamento en razones de oportunidad y de equidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin embargo, del estudio de la opinión de La Pira[919] se puede observar que algunas partes de la misma son contrarias a la tesis que promueve Vaccaro, estableciendo como uno de los puntos de apoyo a la misma y que, por lo tanto, confirma su tesis el texto de Ulpiano recogido en D. 38, 17, 2, 11:

> D. 38, 17, 2, 11.- *Ulpianus 13 ad sab. Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum*

[919] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 282.

> *possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor. et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem…,*

Respecto a este pasaje argumenta La Pira que del mismo se puede extraer que debido a la función conservadora de los bienes que tenía la *bonorum possessio ventris nomine*, no se podía afirmar que la misma tuviera las características propias de la *bonorum possessio* general sobre la cual sí actuaban las relaciones de sucesión, de manera que, una vez nacido el heredero sería necesario que solicitase la *bonorum possessio* edictal, anulando de esta manera el derecho de la madre, no siendo considerado llamado a la herencia si fallecía antes de cumplir tal obligación; no obstante, La Pira sostiene, a tenor de un cambio en las circunstancias del caso, que esta explicación no tenía valor cuando el póstumo fuera un *suus*, pues era heredero *ipso iure* del *paterfamilias* no siendo necesario ningún tipo de trámite petitorio para ello. En consecuencia, dentro del ámbito al que hace referencia el citado pasaje, debemos dar como cierta la existencia de dos hipótesis distintas que nos llevan también a diferentes conclusiones, así, el que había sido puesto en posesión mientras estaba en el claustro materno no perjudicaba el derecho de la madre, en cambio, si la perjudicaba en el supuesto de que fuese un *suus*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En contra de la pretendida confirmación de la teoría por La Pira, Vaccaro[920] sostiene que las hipótesis planteadas en D. 38, 17, 2, 8 y en D. 38, 17, 2, 11, son claramente diferentes pues en este último texto se contempla el caso particular de un *postumus suus* muerto sin haber ejercitado la facultad de abstenerse, el cual, *a fortiori*, tenía la consideración de heredero *ipso iure* sin necesidad de aceptación, por lo en este supuesto quedaba absolutamente excluida la delación sucesiva y por lo tanto, no servía como confirmación de la inexistencia de delación sucesiva en el caso de llamados por las XII Tablas.

Ahora bien, ahondado aún más en la cuestión referente a la posible aplicación prioritaria del *ius adcrescendi* sobre la delación sucesiva, Vaccaro[921] sostiene que su teoría al respecto del indudable empleo preferente de nuestro instituto en sede del senadoconsulto Tertuliano queda resuelta en D. 38, 17, 2, 14:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

> D. 38, 17, 2, 14.- *Ulpianus 13 ad sab. Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo*

[920] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 41 (nota 1).

[921] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 42. Sigue la misma opinión B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 208; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 418.

> *admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.*[922]

Para Vaccaro, del estudio de este texto se puede deducir en primer lugar que al hacer referencia a la aceptación de la herencia no se trata de *sui heredes*, sin embargo, lo verdaderamente clarificador para nuestra investigación se encuentra en la segunda parte del mismo, así, ante la posibilidad de que el hijo no fuera el único heredero legítimo existiendo otros que fuesen admitidos con él, se afirma que la madre no debía ser llamada en razón del senadoconsulto Tertuliano ni a la parte de sus hijos, con lo que se está dejando claro que cuando habían varios sucesores preferidos a la madre, entre ellos se formaba un concurso efectivo que daba lugar a la aplicación del derecho de acrecer.

De esta manera, la delación sucesiva que proclamaba el senadoconsulto Tertuliano tenía su límite en la natural verificación del *ius adcrescendi*, esto es, mientras fuese posible asignar las cuotas que habían quedado vacante en virtud del derecho de acrecer

[922] La redacción de este pasaje ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina, así, G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 282 (nota 1), sostiene que la hipótesis que plantea Ulpiano hace referencia a los hijos admitidos a la herencia materna por causa del senadoconsulto Orficiano; en distinto sentido, O.LENEL en *Palingenesia iuris civili, II, op.cit.*, p. 1047 col. 2520 (nota 1), afirma que hace referencia simplemente a hijos que se encuentran respecto de su madre en posición de hermanos consanguíneos. *Vid.* C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, p. 364 (nota 3).

al resto de coherederos llamados en primer lugar, no se podía proceder a llamar a la madre[923] *ex* senadoconsulto.

En este mismo sentido, Biondi[924] sostiene que en la legislación dictada con posterioridad a la *bonorum possessio* pretoria y, siempre en el ámbito de la sucesión intestada, el acrecimiento prevalecía sobre la llamada sucesiva tomando como fundamento para tal conclusión el texto de Ulpiano D. 38, 17, 2, 14, indicado por Vaccaro.

En contra de esta opinión se manifiesta La Pira[925] cuando sostiene que la conclusión que de este pasaje se ha establecido es producto de una interpolación, lo que le lleva a comenzar su exposición tomando como punto de partida el hecho de que el texto, como ha quedado establecido, no hace referencia a los *sui*[926], pues en otro caso sería un grave error que el mismo hiciera referencia a

[923] A.GUARINO en recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX*, *op.cit.*, p. 303 se muestra a favor de esta tesis pues considera acertada la demostración que realiza R.VACCARO DELOGU al respecto de la aplicación del derecho de acrecer en esta fase siempre como límite a la delación sucesiva.

[924] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 208; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 418.

[925] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 282-283.

[926] G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 283 (nota 1) confirma la certeza de que no se trata de un *suus*, sino que hace referencia a un hijo de la madre, no creyendo asimismo que haga referencia a un hijo que se encontraba respecto de la madre en el lugar de hermano consanguíneo, sino de un hijo llamado por el senadoconsulto Orficiano a la herencia materna. Se muestra contrario a esta teoría M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 237 y ss. (*vid.* recensión de R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, *op.cit.*, pp. 372-373).

una posible aceptación o, a la falta de ella, esto es, en este caso Ulpiano estaba dando su opinión al respecto de los hijos admitidos a la herencia de la madre por el senadoconsulto Orficiano, por lo tanto, estamos ante un interpolación privativa, apareciendo redactado el texto original del siguiente modo *"ex senatus consulto Orphitiano matris" adiit legitimam hereditatem rell.*

En derecho justinianeo esta distinción se hace inútil, ya que los hijos en cualquier caso debían adir la herencia y, si no la aceptasen, su presencia aun siendo *sui*, no perjudicaba, tal y como sucedía en derecho clásico a los sucesores llamados por el *ius civile*[927].

3.- Alcance de la delación hereditaria en el senadoconsulto Orficiano

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Otra disposición imperial motivo de estudio en el ámbito de nuestro instituto la encontramos con el senadoconsulto Orficiano dictado en el 178 d.C. por una *oratio* de los emperadores Marco Aurelio y Cómodo, la cual tenía como contenido la sucesión *ab intestato* de los hijos a su madre; esta norma, emanada del poder imperial, profundizó aún más en las modificaciones al sistema sucesorio romano que habían comenzado con el senadoconsulto

[927] Con relación a los distintos supuestos fácticos que se pueden presentar a este respecto, *vid.* G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 282 y ss.

Tertuliano, en este sentido, puso de relevo el contraste existente entre las nuevas exigencias sociales, y los antiguos institutos jurídicos romanos que continuaban en vigor a pesar de los constantes esfuerzos tanto del pretor como de otras disposiciones imperiales tendentes a superar o, al menos atenuar dicho conflicto por lo que fue inevitable dictar nuevas normas para renovar el antiguo *ius civile*, para ello como señala Volterra[928] el poder imperial trató de realizar las reformas necesarias pero sin abrogar de manera evidente de los principios e institutos jurídicos que todavía se pretendían fundamentales en la doctrina de la época.

El senadoconsulto Orficiano, aun en contra de los principios del antiguo *ius civile* y, sobre todo con problemas de armonización con la institución de la *patria potestas*, significó la admisión a la herencia de la madre no sometida al poder del marido, con prioridad a cualquier otro sucesor, de los hijos de aquélla incluso los ilegítimos, así como los *vulgo concepti*[929], en todos los casos sin distinción de sexo[930], los cuales hasta entonces podían suceder a su

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[928] E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del III secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58*, Paris, 1991, pp. 537 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano, 1966, pp. 551 y ss.).

[929] *Pauli Sent*. 4, 10, 1;D. 38, 17, 1, 2.

[930] *Tit.Ulp*. XXVI, 8; D. 38, 16, 10; D. 38, 17, 1, 9; D. 38, 17, 6, 1;D. 40, 5, 47, 4. *Vid*. M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 139 y ss. (*vid*. recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 399; R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV, op.cit.*, pp. 363-364).

madre únicamente como *cognati*[931]; tal novedad supuso que el patrimonio de la mujer fuera devuelto una vez fallecida a sus hijos, esto es, a la familia en la cual había entrado, en contra de lo que sucedía hasta entonces en que el patrimonio retornaba a la familia de la cual provenía.

En esta sucesión de los hijos a la herencia de su madre, no se admitía la *successio in locum,* hasta que fue reconocida en el derecho tardío, en el año 389 a través de una constitución de Valentiniano II, Teodosio y Arcadio contenida en *C.Th.* 5, 1, 4.

La concesión de los bienes hereditarios de la madre a todos los hijos, con independencia de si eran *sui* o *alieni iuris*[932], con

[931] El vínculo establecido por la *cognatio* ya fue contemplando anteriormente por el pretor con la *bonorum possessio sine tabulis unde cognati,* si bien configurada como una posesión *sine re, vid. supra* nota 756.

[932] Del sentido literal del senadoconsulto Orficiano hay que afirmar que se otorgaba por primera vez, en contraste con los antiguos principios jurídicos romanos, a personas *alieni iuris* que se encontraban por lo tanto bajo la *potestas* de un *paterfamilias* vivo, derechos sucesorios *ab intestato iuris civilis* sobre los bienes de su madre, ya fuese por parentela legítima o ilegítima, formando un concurso con otros hijos y siempre con preferencia a todos los parientes y agnados de la mujer, sin embargo, surge el problema de si los hijos que se encontraban bajo potestad podían adquirir por sí mismo o, por el contrario, según los antiguos principios, su acto de aceptación no era válido sin el *iussum* de su *paterfamilias,* a esta cuestión responde E.VOLTERRA en "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58, op.cit.*, pp. 539 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, op.cit.*, pp. 553 y ss.), que a pesar de la innovación jurídica que significó este senadoconsulto era plenamente respetado el derecho de *patria potestas* en el sentido de que los hijos sometidos al mismo adquirían por cuenta de su *paterfamilias.* En el mismo sentido se expresa P.VOCI en *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 18, al afirmar que el antiguo régimen patrimonial de la familia era totalmente respetado, de tal manera, que tanto la madre como los hijos, si eran *alieni iuris*, adquirían para el *paterfamilias.* Sin embargo, tanto VOLTERRA como P.VOCI admiten que en el siglo IV se permitió por primera vez que los *filiusfamilias,* como herederos intestados de la madre, fuesen titulares de los

preferencia a cualquier otro consanguíneo o agnado, supuso una verdadera revolución frente a los antiguos principios porque con ello se transgredía la posición jurídica que tenía el *filiifamilias* hasta entonces, reconociendo su capacidad para ser heredero *ab intestato* aun estando bajo la patria potestas del *paterfamilias*[933].

bienes maternos lo que trajo consigo la reforma del régimen de *iussus* del *paterfamilias*, que se reducía al derecho de usufructo sobre el citado patrimonio. Al respecto *vid.* M.BRETONE, *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica*, *op.cit.*, p. 107 (nota 4); J.DÉNOYEZ, "Les bona materna à la lumière du D. 5, 3", en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 79 a 84; R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, I*, *op.cit.*, pp. 256 y ss.; G.BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, IV*, *op.cit.*, p. 16; S.SOLAZZI, "I modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano", en *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, V*, Pavia, 1919, p. 21 (nota 1); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 39 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, I*, *op.cit.*, pp. 607 y ss.-616 y ss.-649 (nota 115); G.MATRINGE, "L'accroissement des Droit des fils et filles de famille sur leurs acquets successoraux (Droit officiel et pratiques sous l'Empire romain) ", en *Studi Grosso, V*, Torino, 1972, pp. 353 y ss.; J.HERNANZ PILAR, *El iussum en las relaciones potestativas*, Valladolid, 1993, pp. 33 a 44 (recensión de A.BURDESE en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Suplemento 1992-1993, pp. 76 y ss.). *Vid. C.Th.* 8, 18, 1, 1; *C.Th.* 8, 18, 4; *C.Th.* 8, 18, 8, 1; C. 6, 9, 1; C. 6, 30, 4; C. 6, 60, 1.

[933] *Tit.Ulp.* XXVI, 7 ; D. 38, 17, 6 pr.; D. 38, 17, 9; I. 3, 4 pr. ; C. 6, 57, 2. *Vid.* K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II, op.cit.*, p. 69; R.FITTING, "Zur lehre vom Anwachsungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis, LVII*, *op.cit.*, pp. 164-165; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III*, *op.cit.*, p. 142 (nota 3); A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, pp. 496-497; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, pp. 592 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 293 y ss.; G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII*, 1946, pp. 175 y ss.; C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I*, *op.cit.*, pp. 364 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 797; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 22 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 66 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, pp. 398-399); J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 421; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, pp. 834-835; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 503-504;

Los llamados por este senadoconsulto, al igual que sucedía en su ámbito con el Tertuliano, eran *heres* de la madre equiparados a la posición jurídica de los llamados por ley, si bien se aplicaban en sus relaciones con los sucesores que le precedían, así como a los que le seguían, el principio *successio ordinum*[934]; además, los hijos concurrían entre sí a partes iguales[935], con preferencia a los *adgnati* y a los otros consanguíneos de la madre fallecida, formando entre ellos lo que hemos definido anteriormente como un concurso efectivo de llamados a la herencia.

Matiza esta opinión Turiel[936] cuando establece que el derecho legítimo de los hijos a suceder a la madre no sometida a la *manus mariti, sine in manu conventione,* era considerado por Gayo como contenido en un senadoconsulto *vice iuris civilis*, esto es, para el jurista romano los clásicos nunca le consideraron ni le llamaron *hereditas legitima,* ni en consecuencia los hijos que sucedían en virtud de este senadoconsulto eran *heredes legitimi,* términos que se reservaban a los sucesores *ab intestato* según las XII Tablas, sin embargo, tanto el senadoconsulto Tertuliano como el Orficiano otorgaban una protección sucesoria *iure civile* que incluía a los

E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58, op.cit.*, pp. 539 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, op.cit.*, pp. 553 y ss.).

[934] P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 58 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 541.

[935] M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 711.

[936] G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 75.

beneficiados en la *bonorum possessio unde legitimi*[937], no siendo hasta la época posclásica cuando tienen la consideración de herederos legítimos *iure civile*, lo cual viene demostrado a través de las interpolaciones al respecto recogidas en los textos justinianeos.

Respecto a esta cuestión, Volterra[938] sostiene a favor del llamamiento legítimo que el pretor no hubiera podido dar solución, según su capacidad de dictar normas –como se establece en *Gai*. 3, 32.- ...*praetor heredes facere non potest*...,– a las nuevas exigencias sociales que reclamaban mayor importancia para los vínculos de sangre otorgando derechos sucesorios civiles como sí hacía en cambio el senadoconsulto Orficiano cuando disponía que los hijos eran herederos *iuris civilis ab intestato* respecto a los bienes maternos con preferencia a cualquier otro heredero civil, de manera que, en consecuencia los hijos por el sólo hecho de su nacimiento, incluso fuera del matrimonio, tenían derecho a la herencia de su

[937] M.KASER en *Das Römische Privatech, II, op.cit.,* pp. 701-702 sostiene que hasta la aparición de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano entre madre e hijo se daba una sucesión civil como agnados siempre que la madre estuviese sometida a la *manus* del marido y, en el mismo supuesto también había sucesión en la *bonorum possessio unde legitimi*, mientras que en el caso de un matrimonio libre, o si el hijo era ilegítimo, madre e hijo se sucedían mutuamente conforme al derecho pretorio como cognados más próximos, sin embargo, en virtud de la nueva regulación establecida por los senadoconsultos, con el senadoconsulto Tertuliano la madre sucede después de los *sui*, del padre y de los hermanos consanguíneos, compartiendo la herencia con la hermana (*vid. supra*) precediendo a los demás agnados, y por el senadoconsulto Orficiano los hijos preceden en la sucesión a cualquier agnado, otorgando las dos disposiciones imperiales un derecho civil por lo que eran tenidos en cuenta en la *bonorum possessio unde legitimi*. *Tit.Ulp*. XXVI, 7; *Tit.Ulp*. XXVI, 8.

[938] E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58, op.cit.*, p. 541 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, op.cit.* p. 555).

madre cumpliendo la *aditio*, ya fuese mediante *cretio*, o por la *pro herede gestio*, sin necesidad de conseguirlo por la concesión pretoria de la *bonorum possessio* en su cualidad de cognado de la mujer, lo cual no era óbice para que el pretor una vez dictado el senadoconsulto también concediera a los hijos como herederos *iuris civilis* la *bonorum possessio unde legitimi* de los bienes maternos[939].

Este derecho, concedido a los hijos respecto a la herencia de su madre, fue extendido a otros ascendientes de línea femenina en la época de la legislación imperial cristiana anterior a Justiniano por una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 389, lo cual demuestra la tendencia clara del Derecho romano a dar mayor importancia a la parentela consanguínea, ya fuera paterna o materna sin diferencia entre los hijos sometidos a la potestad del padre y los emancipados, asimilando cada vez más a agnados y a cognados[940].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[939] D. 38, 7, 2, 4; D. 38, 8, 1, 9. F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL*, 1971, pp. 179 y ss.

[940] *C.Th*. 5, 1, 4; C. 6, 55, 9; C. 6, 55, 12. *Vid*. L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 142 (nota 3); A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, pp. 497-498; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 593; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 797; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 46 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 834; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 504; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 421; F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL, op.cit.*, p. 176.

Sobre la finalidad de este senadoconsulto sostiene La Pira[941] que con la llamada que surgía del mismo, fundamentada en relaciones de parentela cognaticia, se trataba de incorporar a la categoría de los *legitimi* a los hijos que hasta entonces sólo podían suceder a la madre como cognados, tomando para ello una naturaleza idéntica a la pretoria, y por lo tanto sometida a las mismas reglas, lo que venía a significar que el ofrecimiento de la herencia no se encontraba conectado con el *status familiae* del llamado, lo que al igual que sucedía con el senadoconsulto Tertuliano representaba que ninguna influencia tenía la *capitis deminutio* en el llamamiento[942]; asimismo, considera que es una característica primordial el hecho de que sucedían incluso los hijos *vulgo quaesiti* y aquéllos nacidos de distintos matrimonios[943],

[941] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 293-294.

[942] D. 38, 17, 1, 8.- *Ulpianus 12 ad sab. Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis minutione peremitur, novae vel ex lege vel ex senatus consultisdelatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur, nisi magna capitis deminutio interveniat, quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.* Respecto a la interpretación de este pasaje por parte de los doctrina *vid*. G.NOODT, *Observationes, II, cap. XXI, Opera Omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, p. 342; M.C.COHN, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, I, Berlin, 1880, pp. 231-232; F.EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1896, pp. 206 y ss.; F.DESSERTEAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio, II, I*, Paris, 1919, p. 81 (nota 2); U.COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano, I, Capitis deminutio*, Firenze, 1922, pp. 35 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, I "Diritto di famiglia", op.cit.*, p. 166 (nota 1).

[943] *Pauli Sent*. 4, 10, 1; D. 4, 5, 7 pr.; D. 38, 8, 1, 9; D. 38, 17, 1, pr.; D. 38, 17, 1, 2; D. 38, 17, 1, 3; D. 38, 17, 1, 4; D. 49, 15, 9; I. 3, 4, 2; I. 3, 4, 3. A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana por Cicala), *op.cit.*, pp. 496-497; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 592; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 293 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 573 ; P.VOCI, *Diritto ereditario*

fijando como único límite el que no se atribuyera el ejercicio de este senadoconsulto a los ulteriores descendientes, esto es, a los nietos, por lo que se excluía el derecho de representación cuyo sentido se fundamentaba en la idea de continuación de la familia, situación que era extraña a la sucesión en línea femenina[944].

Finalmente, en derecho justinianeo eran llamados a la sucesión de su madre incluso aquellos nacidos en servidumbre "*post moram factam fideicommissariae libertati matris*"[945], de manera que ya se puede afirmar que en general todos los hijos eran llamados a la herencia de la madre[946].

romano, II, op.cit., pp. 22 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, pp. 145 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, p. 399; R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, *op.cit.*, p. 364); E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58*, *op.cit.*, pp. 537 y ss.-551 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, *op.cit.*, pp. 551 y ss.-565).

[944] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 22 y ss. ; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 711; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 75

[945] D. 38, 17, 1, 3.

[946] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 294; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, pp. 593 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, p. 51 (*vid.* recensión de R.QUADRATO, "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, *op.cit.*, p. 365).

3.1.- El *ius adcrescendi* según la regulación del senadoconsulto Orficiano

En el ámbito del senadoconsulto Orficiano el derecho de acrecer no se encontraba citado según la explícita disposición del mismo, sin embargo, esto no traía como causa la exclusión del mismo, por lo tanto, el mismo se aplicaba de forma normalizada en vía de interpretación como se demuestra de la lectura de un texto de las Instituciones de Justiniano que aparece bajo la rúbrica *De senatus consulto Orfitiano* donde se hace referencia al acrecimiento:

> I. 3, 4, 4.- (*ex Marc. V inst.*, D. 38, 1, 9) *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant: reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Este fragmento establece sin duda alguna que si entre muchos herederos legítimos algunos hubiesen repudiado la herencia, o hubiesen sido impedidos de adirla, o por la muerte o por otra causa, la cuota que había quedado vacante acrecía a los demás que la hubieren adido y, además que en el supuesto de que alguno de los herederos legítimos hubiese fallecido una vez realizada la adición

pero antes de que la porción quedase libre el derecho le pertenecía a sus herederos.

En el mismo sentido, en otro pasaje de Ulpiano, cuyo contenido es un comentario a una disposición del senadoconsulto, se admite por línea de interpretación que el derecho de acrecer tenía aplicación entre los hijos llamados a la sucesión de la madre *ex senatusconsulto,* así sucede en D. 38, 17, 1, 9:

> D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus 12 ad sab. Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto". hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*[947]

[947] G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata..., op.cit.,* p. 295 (nota 1), señala interpolado todo el inciso *eorumve....defertur*, debido a que los compiladores asumieron un principio según el cual se tomaban en consideración junto a los hijos, a los nietos nacidos de hijos premuerto a la madre, en el mismo sentido se expresa F.SCHILLING en *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Leipzig, 1829, p. 381 (nota 1068) quien llegó a tal conclusión sobre todo por su negativa a explicar *defertur* como equivalente a *adcrescit*. Sin embargo, E.VOLTERRA en "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58, op.cit.*, p. 547 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, op.cit.*, p. 561), sostiene que no es adecuada la justificación para la corrección del texto que propone G.LA PIRA y que le lleva a tachar por completo el citado inciso, así, la considera insuficiente y limitada. Otra explicación la encontramos con G.LAVAGGI en "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII, op.cit.*, pp. 179-180 donde niega que este pasaje sea un misterio como asegura G.LA PIRA, *a fortiori,* sostiene

Esta disposición ha sido utilizada por Vaccaro[948] como fundamento para afirmar con toda claridad la aplicación de *ius adcrescendi*, pues si bien en este último pasaje se establece que por el senadoconsulto Orficiano se admitía expresamente la delación sucesiva de la herencia de los llamados *ex iure novo* al orden de herederos según los principios del *iure antiquo*[949], de la parte final

que ofrece al interprete del derecho clásico un reflejo claro del régimen sucesorio del senadoconsulto por el cual tanto el *parens manumissor emancipatae* como el *patronus libertae* concurrían en determinados supuestos con los *liberi* en el reparto de la herencia. *Vid.* K.A.D.UNTERHOLZNER, "Über das patronatische Erbrecht", en *ZGR, V*, 1825, pp. 33 y ss.; Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes, op.cit.*, p. 185; K.A.SCHMIDT, *Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor: eine rechtsgeschichtliche Abhandlung*, Heidelberg, 1868, p. 25 (nota 53); A.MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Arch. Giur., XL, op.cit.*, p. 232; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 75 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 398); C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, p. 364 (nota 3); F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL, op.cit.*, p. 175 (nota 70)-221 (nota 208); G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 697; C.MASI, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 173.

[948] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 43-44. Asumen esta teoría B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 208; A.GUARINO en su recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 418; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 592.

[949] D. 38, 17, 1, 10.- *Ulpianus 12 ad sab. Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an ius antiquum possit locum habere? verba admittunt, ut possit: " volet ad se", inquit, " eam hereditatem pertinere": nam et hic non vult, etsi aliquando voluit: et dico posse ius antiquum locum habere.*

Respecto a una posible interpolación en la parte final de este pasaje *vid.* G.BESELER, *Et ideo —Declarare — Hic*, en *ZSS, LI*, 1931, p. 76 (=en *Studi Riccobono, I*, Palermo, 1936 (reimpresión 1974), p. 310); *Index Interpolationum, III, op.cit.*, p. 72.

del mismo se puede deducir por vía de interpretación que Ulpiano daba prioridad al *ius adcrescendi* sobre la delación sucesiva que, como en otros casos, encontraba su límite de aplicación en el derecho de acrecer, de manera que, únicamente cuando todos los hijos no hubiesen podido o querido adir la herencia, la misma pasaba a los otros sucesores según el antiguo sistema.

Esta misma interpretación parece adecuarse a la opinión de Sanfilippo[950] que sostiene, al respecto del mismo texto de Ulpiano, que únicamente cuando todos los hijos hubiesen renunciado a la herencia de la madre se acudía al *ius antiquum*, esto es, se llamaba a los agnados por las XII tablas, por lo que en tanto dicha circunstancia no se produjera tenía lugar el acrecimiento de la cuota dejada vacante a favor de los que sí hubiesen aceptado su parte.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[950] C.SANFILIPPO en "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, p. 365 sigue la misma opinión de Th.MOMMSEN, "*Iudicium legitimum*", en *ZSS, XII*, 1892, p. 276 (nota 1).

Sigue la misma tesis Voci[951] cuando establece que la exclusión de los agnados tenía lugar cuando los hijos adquirían la herencia materna, pues la renuncia o la *restitutio in integrum* significaba que tomase efectividad el derecho antiguo, de esta manera, el derecho de acrecer favorecía únicamente a los coherederos que tuvieran la cualidad de sucesores legítimos por el hecho de formar parte de una llamada solidaria, lo que excluía el derecho a suceder de los agnados cuyo fundamento era el *ius antiquum*.

Asimismo, Volterra[952] confirma la aplicación del acrecimiento al establecer que el senadoconsulto Orficiano no abrogaba definitivamente el *ius antiquum* respecto al orden de sucesores que se encontraba fijado en el antiguo *ius civile*, esto es, la disposición imperial no modificaba este orden sustituyéndolo por otro formado

[951] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 19-23-41. Además, este autor propone otro supuesto de posible aplicación extensiva del senadoconsulto Orficiano, de tal manera que los hijos y la madre de la fallecida se podrían dividir la herencia a partir de la interpretación del término *constitutiones* recogido en I. 3, 3, 3 como referido a las constituciones del Bajo Imperio; se muestra en contra de esta posibilidad E.VOLTERRA en"Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58*, *op.cit.*, p. 546 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, *op.cit.*, p. 560), pues el texto de las Instituciones al que hace referencia sirve como premisa a algunos autores para presentar la posibilidad de que la madre de la hija premuerta, heredera *ab intestato* de ésta por el senadoconsulto Tertuliano pudiese concurrir con los hijos llamados *ex* senadoconsulto Orficiano, pero en I. 3, 4 bajo la rúbrica "*De senatusconsulto Orphitiano*" no se mencionan los eventuales derechos sucesorios de la abuela, por lo que el senadoconsulto Orficiano otorgaba preferencia a los hijos respecto de su abuela.

[952] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 797: E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58, op.cit.*, pp. 541 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, op.cit.*, pp. 555 y ss.).

por sucesores en base a las relaciones de parentela consanguínea con la fallecida, de hecho ni siquiera establecía un orden de sucesión intestada según la relación ordenada por el pretor en la *bonorum possessio*, limitándose a conceder a los hijos el derecho a tomar la herencia materna con fundamento en su voluntad de hacerlo, por lo que, únicamente en el supuesto de que todos los hijos manifestasen su voluntad de no querer los bienes de la madre tendría lugar la aplicación del antiguo orden de sucesores recogido en el *ius civile*, pues en el supuesto que uno sólo de los hijos declarase su intención de obtener los bienes maternos el *ius antiquum* no podía tener lugar, de manera que, según el texto recogido en D. 38, 17, 1, 9, en el supuesto de que varios hijos acudiesen a la herencia de su madre *ex* senadoconsulto Orficiano si uno de ellos no aceptaba la herencia o fuese incapaz de ello, su cuota acrecía siempre a los otros hijos que sí la aceptaban.

Con relación a esta cuestión, cabe destacar una cuestión respecto del *ius adcrescendi* que presenta el mismo Volterra[953] y que sostiene, respecto de la voluntad de los hijos a obtener la herencia de su madre que, de la lectura de los textos de Ulpiano y Paulo en

[953] E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58, op.cit.*, pp. 542 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, op.cit.*, pp. 556 y ss.); asimismo, para explicar las posibilidades de cambio de la voluntad de los hijos de una negativa inicial a un posible acto positivo de aceptación se recomienda consultar la exposición así como los autores citados por E.VOLTERRA en la página 544 (nota 1). En el mismo sentido se expresa G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 295-296.

D. 38, 17, 1, 9 y D. 38, 17, 6, 1[954] con las palabras textuales del senadoconsulto, se desprende que la *ratio legis* de los emperadores era precisamente hacer depender de esa voluntad de los hijos la aplicación o no de *ius civile* antiguo, en este sentido, sostiene que el senadoconsulto disponía la aplicación del *ius antiquum* únicamente cuando ningún hijo del *de cuius* hubiese aceptado la herencia. *A fortiori*, afirma que del estudio en conjunto de los dos pasajes citados, así como de D. 38, 17, 1, 10[955], se extrae que si bien únicamente por la renuncia de todos los hijos surgía la verificación del *ius antiquum*, si ningún sucesor del *ius civile* aceptaba la herencia de la mujer, lo hijos de la misma conservaban el derecho a sucederla cumpliendo la *aditio* dentro de un año desde la *delatio,* no obstante, la aceptación de los hijos no excluía definitivamente la aplicación del derecho antiguo, ni en consecuencia los derechos a los sucesores *ab intestato iuris civilis*, quienes podían volver a ejecutar su derecho si la *aditio* de los hijos viniese anulada por la *restitutio in integrum* o por cualquier otra causa que impidiese que la herencia no pudiera ser aceptada por los hijos.

[954] Al respecto de estos dos pasajes, que han sido citados en varias ocasiones como fundamento de otras tantas teorías, debe tenerse en cuenta que en la redacción de D. 38, 17, 6, 1 Paulo recoge la expresión "*si nemo filiorum volet hereditatem suscipere*", texto que intenta reproducir el de Ulpiano en D. 38, 17, 1, 9, sin embargo, Paulo omite el inciso *eorumve—defertur*, que como se ha establecido en la nota 947 diversos autores de la doctrina consideran interpolado, lo que no impide a C.SANFILIPPO en "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, p. 364 (nota 3) afirmar que no se debe dar mayor prioridad al texto de Paulo respecto al de Ulpiano que sí contiene el citado apunte interpolado, ya que los dos autores coinciden en la parte esencial de la disposición.

[955] *Vid*. nota 949.

Esta afirmación influye en el derecho de acrecer y, en este sentido, seguimos la opinión de Volterra cuando manifiesta que la renuncia de uno o varios hijos a su cuota sí era operativa frente al resto de hijos, de manera que en este caso el *ius adcrescendi* tenía su cumplimento *ipso iure*; en este orden de ideas, la renuncia cuando era absoluta también era operativa respecto a los sucesores *ab intestato* en el sentido de que hacía surgir con relación a éstos últimos su derecho a cumplir la *aditio*, la cual extinguía definitivamente el derecho del hijo sobre los bienes maternos; no obstante, como se ha apuntado anteriormente si los sucesores *ab intestato iuris civilis* no ejecutaban la *aditio*, el hijo en un año de la *delatio* podía cambiar su voluntad y aceptar la herencia de su madre a la que en un principio había renunciado[956].

[956] Con relación a esta afirmación, defendida por la mayoría de la doctrina romanística, se manifiesta en contra C.SANFILIPPO en "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I, op.cit.*, pp. 365 y ss., cuando sostiene que a la pregunta recogida en D. 38, 17, 1, 10.- *Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an ius antiquum possit locum habere?* debe responderse en sentido negativo en función de los principios civilistas, ya que el hijo que había aceptado la herencia había adquirido a la vez el título de heredero que por su propia naturaleza era perpetuo, lo que en consecuencia significaba que la posterior *restitutio in integrum* no anulaba los efectos civiles de la aceptación teniendo únicamente alcance en el derecho pretorio por la *denegatio actionis heredi et in heredem;* en este sentido, que el hijo restituido quedase en todo caso como heredero por el *ius civile* era decisivo para excluir la llamada sucesiva a los agnados, pues a pesar de que el antiguo principio *in hereditate legitima successioni locus non est* venía derogado en la herencia materna expresamente por la cláusula *si nemo filiorum volet*, en el supuesto de hecho recogido en D. 38, 17, 1, 10, no sólo había delación a favor del hijo, sino que con la aceptación, éste había adquirido el título de heredero, lo que traía como consecuencia que con fundamento en el sistema civil de sucesión existiendo ya un *heres*, aun restituido por el derecho pretorio, no podía abrirse la delación a favor de otros, esto es, no podía volverse al *ius antiquum*; esta misma explicación parece que se puede extender a tenor de la lectura del texto de Ulpiano al supuesto del hijo que renuncia a la herencia de

En este sentido, Talamanca[957] sostiene en referencia al senadoconsulto Orficiano, que cuando los hijos de la fallecida que concurrían a la herencia lo hacían a partes iguales; esta afirmación debe ser interpretada como la formación de un concurso efectivo de herederos llamados conjuntamente a los bienes hereditarios, restableciéndose el *ius antiquum* en el supuesto de una falta total de

la madre pues los dos casos entran en el mismo significado léxico del verbo *nolle*, sin embargo, a este respecto C.SANFILIPPO sostiene, en contra de la solución dada por el jurisconsulto romano, que no son supuestos que puedan unirse desde el punto de vista jurídico, llegando a afirmar que hay que excluir que el Senado romano hubiese querido regularlos en una única disposición, ya que en el supuesto de la *restitutio in integrum* la violación de los principios fundamentales hereditarios era doble, esto es, uno era la *successio ordinum* y el otro la coexistencia de dos herederos sucesivos, aun así, este autor admite que la interpretación de Ulpiano es extremadamente audaz e innovadora, ejemplo de la jurisprudencia clásica que contribuyó al desarrollo del derecho hereditario que comenzó por procurar la fusión entre *ius civile* e *ius honorarium*, tendencia que tras quedar suspendida después de los Severo retomó su importancia en la época posclásica, pues Ulpiano siguiendo tal directriz presenta la equiparación del restituido al repudiante, lo que le llevaba a suspender la regla *semel heres semper heres*, de tal manera que podría tener aplicación la cláusula *si nemo filiorum volet* del senadoconsulto Orficiano, que admitía la vuelta al *ius antiquum* con una nueva delación a favor de los agnados de la madre fallecida. Contrario a la tesis de C.SANFILIPPO, S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 266-267 (nota 1) sostiene que la argumentación de Ulpiano tenía valor de interpretación normal y ajustada no sólo a la letra sino al espíritu del senadoconsulto Orficiano, así, explica el texto del Digesto en el sentido de afirmar que la *restitutio in integrum* era paralela a la abstención, por lo que, si como consecuencia de la *restitutio in integrum* se admitía la delación de la *bonorum possessio* a otros llamados, hay que asumir la posibilidad de que con la abstención tuviese lugar la devolución de la *bonorum possessio* y de la herencia; en este mismo orden de ideas, G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 292 y 295 encuentra natural la decisión de Ulpiano al respecto de la solución jurídica al hecho planteado ya que "è esplicitamente ammessa dal senatoconsulto la delazione successiva dell'eredità dal chiamato *ex iure novo* a quello *ex iure vetere*". Con relación a este senadoconsulto mantiene una posición ecléctica M.LAURIA en "Iurisdictio", en *Studi Bonfante, II*, Milano, 1930, p. 517 (221), al sostener que Ulpiano en su comentario recogido en D. 38, 17, 1, 10 asume una posición dudosa sobre la *restitutio in integrum* en el senadoconsulto Orficiano que del tenor literal del pasaje no llega a aclarar.

[957] M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 711.

adquisición como consecuencia de lo expuesto respecto a la prioridad del acrecimiento sobre la delación sucesiva.

Esta última afirmación, continuando la tesis de Vaccaro, nos permitiría sostener que si bien una de las novedades más importantes de las primeras normas imperiales modificativas del derecho sucesorio fue la admisión de la delación sucesiva, únicamente venía a aplicarse cuando uno de los presupuestos básicos del acrecimiento, como es la falta de adquisición de una o varias cuotas tuviera un efecto absoluto renunciando todos los hijos a su parte de la herencia materna, pues hasta que se produjese dicha circunstancia lo que tenía lugar era un instituto de derecho antiguo que atribuía la cuota dejada vacantes a los hijos que si la hubiesen aceptado, esto es, se aplicaba el *ius adcrescendi* en sede del senadoconsulto Orficiano con los mismos presupuestos y características generales que en el resto del derecho sucesorio, actuando siempre como límite a la delación sucesiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

3.2.- Supuesto especial: el derecho de acrecer en la sucesión de la liberta según el senadoconsulto Orficiano

Con relación a esta cuestión debemos comenzar por recordar que la Ley de las XII Tablas llamaba al patrono[958], como *agnatus*

[958] A falta de patrono, el derecho civil llamaba a la herencia a los descendientes del mismo, incluso si eran *exheredati*, pero no lo hacía si

proximus, a la herencia del liberto tan sólo en la sucesión intestada y ante la inexistencia de *suus heres*, mientras que si moría intestado pero dejando un *suus heres* el patrono no tenía derecho sobre los bienes del difunto[959]; sin embargo, otra solución se mostraba en la

estaban emancipados; asimismo, faltando descendientes del patrono en opinión de M.TALAMANCA en *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, p. 711, parece que eran llamados los gentiles del patrono, lo que comprendía a los agnados del patrono que no tenía un derecho autónomo a la herencia del liberto.

[959] Respecto a la sucesión del patrono a los bienes del liberto *vid*. H.LEMONNIER, *Étude historique sur la condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de l'empire romain*, Paris, 1887 (reimpresión Roma, 1971), pp. 101 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, V*, Milano, 1909, p. 259; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 182 y ss.; G.LAVAGGI, "La *bonorum possessio intestati liberti"*, en *Studi Cagliari*, 1946, pp. 157 y ss. (*vid*. la crítica de E.BETTI en su recensión de este trabajo de G.LAVAGGI en *BIDR, LIII-LIV*, 1948, p. 428, así como la respuesta de G.LAVAGGI en "Ancora in tema di *bonorum possessio intestati liberti*" en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953, pp. 671 y ss.); F.DE ZULUETA, "The new Fragments of Gaius, P. II *societas ercto non cito''*, en *The journal of roman Study, XXV*, *op.cit.*, p. 129; C.CONSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini, II*, Catania, 1950, pp. 128 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 573; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, p. 25; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 797 (nota 2); R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, *op.cit.*, pp. 229 y ss.; F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL*, *op.cit.*, pp. 166 y ss.; B.ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 86; G.FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la rèpublique romaine*, Roma, 1981, pp. 304 y ss. ; C.MASI, *Civitas Operae Obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, pp. 83 y ss.; C.MASI, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, *op.cit.*, pp. 15 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, *op.cit.*, p. 75; A.CALZADA, "Algunas observaciones en torno a la *bonorum possessio dimidiae partis"*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano del Derecho Romano, I*, Orense, 1998, pp. 181 y ss.; P.DOMÍNGUEZ TRISTÁN, "*Bonorum possessio dimidiae partis ab intestato ex edicto*: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", Burgos, 2000, pp. 169 y ss. *Vid*. *Gai* 3, 40; *Gai* 3, 41; *Gai* 3, 42; *Gai* 3, 45; *Tit.Ulp*. XXIX, 1; *Tit.Ulp*. XXIX, 4; *Tit.Ulp*. XXIX, 5; D. 31, 28; D. 37, 1, 4; D. 37, 14, 5; D. 37, 14, 9, 1; D. 37, 14, 10; D. 37, 14, 16 pr.; D. 38, 2, 26; D. 38, 2, 37, 1; D. 38, 2, 38 pr.; D. 38, 2, 38, 1; D. 38, 4, 10; D. 38, 5, 13; D. 40, 9, 24; D. 40, 10, 5; D. 50, 16, 145; D. 50, 16, 149; D. 50, 16, 150; I. 3, 7, pr.; I. 3, 7, 1; I. 3, 7, 2.

legislación decenviral a causa de un antiguo principio que establecía distinto tratamiento de la cuestión en razón del sexo, así, tanto el patrono como la patrona, por el principio *feminae nunquam suum heredem habere possunt* recibían de la liberta la totalidad de sus bienes, pues para la liberta estaba excluida toda posibilidad de tener parentela civilmente relevante desde el punto de vista de la sucesión[960].

Esta regulación fue a lo largo de tiempo modificada por diferentes normas, así cabe citar la *lex Iulia et Papia*, el senadoconsulto Ostoriano o, el senadoconsulto Largiano[961], pero el

[960] *Gai* 3, 43; *Gai* 3, 44; *Gai* 3, 51; *Gai* 3, 52; *Gai* 3, 53; *Gai* 3, 54; *Tit.Ulp*. XXIII, 2; *Tit.Ulp*. XXIX, 2; *Tit.Ulp*. XXIX, 3; D. 38, 2, 37 pr.; D. 38, 6, 13. F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, V*, *op.cit.*, pp. 387 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, pp. 711-712; R.QUADRATO, recensión a M.MEINHART "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO*, *XV*, *op.cit.*, pp. 365-366; R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, *op.cit.*, pp. 234 y ss.

[961] *Gai* 3, 47; *Gai* 3, 63; *Gai* 3, 64; *Tit.Ulp*. XXIX, 6; *Tit.Ulp*. XXIX, 7; D. 38, 4; I. 3, 8. Con relación a las normas citadas que transformaron la sucesión de la liberta y su patrono *vid*. C.ACCARIAS, *Précis de droit romain: contenant avec l'exposé des principes generaux, le text, la traduction et l'explicaton des Institutes de Justinien*, *I*, *op.cit.*, pp. 93 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII, V*, *op.cit.*, pp. 489 y ss.; P.BONFANTE, "Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco", en *Rivista di Storia antica e scienze affini*, *op.cit.*, pp. 380 y ss. (= en *Scritti Giuridici Varii*, *I*, *"Famiglia e successione"*, *op.cit.*, p. 408); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 188 y ss-203 y ss.; K.HARADA, "*Textkritische Studien zur adsignatio liberti orcini*", en *ZSS*, *LIX*, 1939, pp. 498 y ss.; G.LAVAGGI, "La *lex Iulia et Papia* e la successione nei beni della liberta", en *Studi Sassaresi*, *XXI*, Milano, 1948, pp. 94 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 573; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 797 (nota 1); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 31 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, I "Diritto di famiglia"*, *op.cit.*, pp. 238 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 541 y ss.; F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE*, *IXL*, *op.cit.*, pp. 159-175 y ss.;

cambio que nos interesa es el producido a tenor del senadoconsulto Orficiano; en esta disposición, como se sigue de las fuentes jurídicas recogidas en el Digesto, era claramente admitida la sucesión de la liberta *ex* senadoconsulto, así se recoge en D. 38, 17, 1 pr.:

> D. 38, 17, 1 pr.- *Ulpianus 12 ad sab. Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto orphitiano.*

De la lectura de este pasaje se extrae, como señala Meinhart[962] que se encontraban en la misma situación la madre ingenua y la liberta, de esta manera, así como en el caso de la ingenua sus hijos eran preferidos a los agnados de la mujer, los patronos eran

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

E.VARELA, "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Studia Iuridica, 88*, Coimbra, 2006, pp. 98 y ss.

[962] M.MEINHART en *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, *op.cit.*, p. 88 (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV*, *op.cit.*, p. 398), sostiene que a pesar de que en D. 38, 17, 1, pr., se establece *mater sive ingenua sive libertina* por su indeterminación probablemente fue interpolado, pues no puede entenderse que ante un régimen muy complejo como era la sucesión de la liberta en la edad clásica Ulpiano únicamente se limitase a realizar una reseña tan breve, sin embargo, sigue afirmando este autor que esto no significaba que los hijos no pudiesen suceder a la madre liberta por el hecho del que el senadoconsulto no tuviese en consideración esta hipótesis en particular; en el mismo sentido G.LAVAGGI en "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII*, *op.cit.*, pp. 182 y ss. sostiene que Justiniano falsificó de manera sustancial y grave el pensamiento de Ulpiano, siendo posible que el jurisconsulto redactase de la siguiente manera: *si ingenua mater est*... aunque también cabe la posibilidad de que los bizantinos no hubiesen modificado el tenor del texto.

relegados por los nacidos de la que fue esclava, lo que venía confirmado por el texto de Ulpiano recogido en D. 38, 17, 1, 9:

> D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus 12 ad sab. ...et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*

En este último pasaje queda establecida la preferencia de los hijos respecto al patrono, así como que la devolución de la herencia al patrono por el derecho antiguo tenía lugar sólo si habían rechazado todos los hijos de la liberta[963], asimismo, del mismo fragmento se deduce que fue ésta la regla que continuaba adoptándose en el derecho justinianeo, situación que vendría reforzada por la ampliación del ámbito de los llamados a la herencia de la liberta como viene reflejado en una constitución del 531 recogida en C. 6, 4, 4, 10[964], donde figuraba expresamente que eran preferidos al patrono no sólo los hijos sino también los nietos *ex*

[963] F.SCHILLING, *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte*, *op.cit.*, p. 382 (nota 1069); G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, *XII*, *op.cit.*, p. 176; E.VARELA, "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Studia Iuridica*, *88*, *op.cit.*, p. 113.

[964] C. 6, 4, 4, 10.- *Quodsi eorum, qui maiorem centum aureis relinquunt substantiam, exstent liberi, vel nepotes, vel pronepotes, vel abnepotes, masculi aut feminae, per masculini aut feminini sexus personas descendentes, quotcunque sint, sive manumissi ante parentes, sive cum iis manumissi, sive etiam post eos manumissi vel post manumissionem nati, eos vocat ad libertorum successionem, quoniam et natura aequum est, liberos in bona parentum succedere*..... Igual redacción en *Bas.* 49, 1, 28.

filio y *ex filia* de la liberta, así, existiendo descendientes de la liberta de cualquier grado se excluía al patrono.

En este sentido, Samper[965] establece respecto del llamamiento *ex* senadoconsulto Orficiano a la sucesión de la liberta que venía a ser semejante al legítimo, teniendo como única particularidad el permitir la aplicación subsidiaria del derecho antiguo.

Respecto de la llamada a la sucesión de la madre liberta Lavaggi[966] plantea una interesante teoría que modifica la situación y el reparto de la herencia materna, así, este autor sostiene que si bien es cierto que se debe comenzar por asumir que la devolución de los bienes al patrono tenía lugar ante el rechazo de todos los *liberi* de la difunta, esto no permite asegurar que fuese la situación que contemplaba el senadoconsulto Orficiano, pues según su tesis en *Tit.Ulp.* XXVI, 7.- *...imperatorum antonini et commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventione matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.*, se afirma que la herencia legítima de la madre, no sometida al poder del marido, pertenecía a los hijos, excluyendo a los consanguíneos y a los demás agnados, sin embargo, no se puede contar entre éstos últimos al patrono, la patrona, los *liberi patroni* por un lado y el *parens manumissor ex*

[965] F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL, op.cit.*, p. 176.

[966] G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII, op.cit.*, pp. 177 a 180. *Vid.* además F.SAMPER, "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL, op.cit.*, pp. 215 y ss.

remancipatione por otro, en este sentido, realiza una notable exposición al respecto de la equiparación del derecho a reclamar la herencia intestada de su hija del *parens manumissor ex remancipatione* con los derechos nacidos de la relación de patronato a recibir la herencia de la liberta fallecida intestada, planteando una interesante pregunta –respecto al papel del padre manumisor pero cuyo reflejo alcanzaba a los derechos de patronato– sobre si tenía preferencia el progenitor sobre los hijos, o se disputaban la herencia, o bien concurrían juntos según tuviese o no la madre el *ius liberorum*, dando como respuesta que sin pretender dar una afirmación absoluta en determinados supuesto concurrían el padre (el patrono, la patrona, los *liberi patroni*) y los hijos conjuntamente[967].

Contrario a esta opinión Meinhart[968] establece, con apoyo en el mismo texto de Ulpiano D. 38, 17, 1, 9.- "*...repudiante filio patrono defertur.*", que asumido por la doctrina la concesión del

[967] Con relación a esta cuestión hay diversas interpretaciones en la doctrina, al respecto *vid.* K.A.SCHMIDT, *Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor: eine rechtsgeschichtliche Abhandlung, op.cit.*, p. 157; A.MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Arch. Giur., XL, op.cit.*, p. 232; F.GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts, als Beytrag zur Erläuterung der Pandecten*, Erlangen, 1803, p. 285; Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes, op.cit.*, pp. 185 y ss. Asimismo, respecto a los supuestos de hecho en los que se producía la concurrencia de llamadas a la herencia de la madre liberta se puede consultar el texto de G.LAVAGGI pp. 180 y ss., los autores citados en el mismo y el trabajo del mismo autor "La *bonorum possessio intestati liberti*", en *Studi Cagliari, op.cit.*, pp. 40 y ss.

[968] M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 75 y ss. Sigue la misma tesis C.MASI, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali, op.cit.*, pp. 173 y ss.

mismo tratamiento a la liberta que a la ingenua, con la única excepción de exigir a la primera el *ius liberorum* establecido por la *lex Papia*, debe negarse, con fundamento en el texto citado la tesis de Lavaggi confirmando en cambio la prioridad del hijo respecto al patrono.

En el mismo orden de ideas, Quadrato[969] sostiene que no tiene fundamento la llamada conjunta "*simul*" del hijo y de patrono que realiza Lavaggi, así, niega que sobre el presupuesto de una extensión a la sucesión *ab intestato* de la normativa recogida en la *lex Papia* para la sucesión testamentaria y de la frase también de D. 38, 17, 1, 9.- "*...eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur...*" pueda traerse como causa de la citada conclusión; además, también afirma que el estado de las fuentes que hacen referencia a la sucesión del liberto en la época clásica no permiten el tomar una decisión segura, aunque debe darse preferencia a la defendida por Meinhart y no sólo en virtud de D. 38, 17, 1, 9, citado por toda la doctrina romanística, sino además en lo expuesto en un pasaje anónimo recogido en *Bas*. 45, 1, 27, 9, que hace referencia a los nietos, consecuencia de la regla justinianea que admitía a los mismos, así como también se hace referencia en I. 3, 4, 1.-

> I. 3, 4, 1.- *...Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non*

[969] R.QUADRATO en su recensión a M.MEINHART,"I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV, op.cit.*, p. 370.

> *vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filioram filiarumque et nepotes et neptes vocentur.*

Con relación a esta cuestión no vamos a entrar a valorar la teoría de Lavaggi ni la polémica doctrinal al respecto pues no forma parte de tema de esta investigación, pues a pesar de tener influencia respecto al concurso efectivo que se producía entre los primeros llamados a la herencia de la liberta y, que conformarían el primer presupuesto para el ejercicio efectivo del acrecimiento, sin embargo, no influye en el desarrollo práctico de la aplicación o no del derecho de acrecer respecto de la sucesión en los bienes de la liberta, ya que fueran llamados únicamente los hijos o los hijos con otras terceras personas lo relevante para aplicar el acrecimiento era que debía producirse una llamada *in solidum* a la herencia, así como que por cualquier circunstancia una o varias de las cuotas quedase vacante.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A partir de este planteamiento podemos deducir algunas cuestiones respecto a la aplicación de acrecimiento en la sucesión de la madre liberta, así, desde la promulgación de senadoconsulto Orficiano existiendo varios llamados a la herencia de la madre liberta, ya fuesen sus hijos como sus hijos junto con el titular de los derechos de patronato, si alguno de ellos dejara de aceptar la parte que le correspondía, éstos acrecían a los que sí aceptaban, pues a pesar de que la disposición imperial no hace mención al acrecimiento, este derecho venía aplicado a la sucesión de la liberta

madre con las mismas condiciones que en el supuesto de la herencia de la ingenua, como queda reflejado por Ulpiano en D. 38, 17, 1, 9.- …:*itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet*…

Otra cuestión es la llamada del patrono a la herencia una vez que ningún hijo de la liberta ha adido la herencia, así, en D. 38, 17, 1, 9.- … *et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur*., en este fragmento se establece que en el derecho justinianeo si hubiese un hijo y un patrono, repudiándola el hijo se le defería al patrono; de tal manera que, una vez que había terminado de aplicarse el *ius adcrescendi* en el supuesto de que ninguno de los descendientes de la liberta aceptase su cuota, se verificaba la delación sucesiva al patrono en virtud el derecho antiguo.

Con relación a esta cuestión, debemos afirmar que gran parte de la doctrina romanística sostiene la interpolación de esta última parte del pasaje afirmando que se debe interpretar en la redacción original *defertur* como equivalente a *adcrescit*[970].

Al respecto de la situación creada por la interpolación que podría haber sufrido el texto de Ulpiano, se debe plantear en primer lugar el escenario jurídico del que se parte para afirmar tal corrección realizada por los compiladores, así, cuando llega la compilación justinianea se toma en cuenta para realizar la misma el

[970] Con relación a la equiparación del término *defertur* a *adcrescit* además de lo expuesto en este apartado dedicado a la sucesión de la liberta *ex* senadoconsulto Orficiano *vid. supra* nota 918, nota 947, nota 954.

desarrollo evolutivo del Derecho romano, visible en una serie de cambios en la conciencia social que tuvieron como finalidad avanzar más en lo dispuesto en la regulación tanto clásica como posclásica; en este sentido, manifiesta Lavaggi[971] que la legislación de la época de Justiniano tuvo entre uno de sus propósitos equiparar en la medida de lo posible la sucesión de ingenuos y de libertos, así como realzar los vínculos de sangre incluso en el supuesto de cognación servil[972], de manera que el emperador ordenó la concesión de prioridad a los hijos de la liberta frente al patrono, modificando en este sentido las pocas normas que en el Digesto regían la sucesión de la madre de los libertos, entre dicho cambios del emperador parece que uno de los más importantes al respecto fue el recogido en D. 38, 17, 1, 9, dentro del enunciado donde dice *et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*, la corrección del término *defertur* sería, en opinión de parte de la doctrina, producto de una interpolación que transformaba en delación sucesiva lo que Ulpiano había considerado acrecimiento a favor del manumisor, pudiendo reconstruirse como *patrono eius portio adcrescit* o similar.

Sin embargo, respecto a esta actuación imperial el mismo Lavaggi[973] afirma que la interpolación referida no se encuentra en el Index a pesar de la opinión la mayoría de autores en orden a

[971] G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII, op.cit.*, pp. 181-182.

[972] I. 3, 9, 6; I. 3, 6, 10; C. 6, 4, 4, 10; C. 6, 4, 4, 11; C. 6, 4, 4, 14.

[973] G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII, op.cit.*, p. 182 (nota 26).

interpretan *defertur* como equivalente a *adcrescit,* al contrario interpreta de forma muy diversa esta modificación realizada en el pasaje de Ulpiano; en este sentido, Lavaggi se muestra contrario a parificar los términos *defertur* y *adcrescit,* por lo tanto, manifiesta que tal explicación de *defertur* significa violentar de manera manifiesta el sentido del fragmento como consecuencia, bien de una interpretación errónea de la voluntad legislativa de Justiniano, o bien por considerar este pasaje como un residuo histórico privado de eficacia positiva en el sistema de la compilación.

Con relación a esta cuestión, cabe destacar asimismo la opinión de Meinhart[974] al respecto de considerar que de D. 38, 17, 1, 9, se deduce *a priori* la primacía de los hijos a la sucesión de la madre respecto al patrono y, considera este texto clásico si del mismo se saca la frase *eorumve...defertur*, introducida por los compiladores justinianeos con la única finalidad de recordar que podían suceder los hijos de los hijos.

Tomando en consideración las teorías expuestas, las mismas confirmarían nuestra apreciación inicial en el sentido de afirmar la aplicación del acrecimiento entre los primero llamados ante la falta de aceptación de algunos de ellos –hijos y nietos-, llegando a la delación sucesiva del patrono a la herencia dejada vacante en su totalidad, así pues, aun aceptando la interpolación sufrida por este pasaje, esto no es óbice para afirmar que en consecuencia si alguno

[974] M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, op.cit.*, pp. 75 y ss. (*vid*. recensión de P.VOCI en *SDHI, XXXIV, op.cit.*, p. 398).

de los llamados en primer lugar a la herencia de la liberta no la aceptase o no pudiese hacerlo se daba lugar a la aplicación del acrecimiento de los bienes a los que sí aceptaban, por lo tanto, el *ius adcrescendi* así como las características básicas que lo sustentaban desplegaban su eficacia incluso dentro de la esfera del senadoconsulto Orficiano en detrimento del patrono.

En este sentido, la causa de esta aplicación de la normativa general a un supuesto particular, en concreto, en el caso de la sucesión de los hijos a la madre se sustenta en la evolución del Derecho romano y, en su tendencia a otorgar preferencia a las relaciones consanguíneas respecto a los antiguos lazos que unían a la familia política romana entre las que debemos contar el patronato[975].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.- Conclusiones

Como ha quedado establecido, el *ius civile novum* fue el resultado de la evolución del Derecho romano que trajo consigo diversos cambios jurídicos hasta el punto de admitir actuaciones que no sólo modificaban la tradicional estructura del Derecho y del antiguo pensamiento jurídico, sino que en algunas ocasiones los reformaba por completo a través de diversas disposiciones emanadas

del poder imperial, pero siempre tomando como referente el trabajo del pretor que en esta época ya no respondía a las necesidades de la sociedad romana, así, se puede afirmar que todavía en época clásica las relaciones hereditarias propias del derecho civil seguían dirigidas por los antiguos principios.

Es precisamente a consecuencia de esta situación por lo que, centrando la cuestión en el motivo de nuestra investigación, la sucesión hereditaria civil de hijos a madre y de madre a hijos seguía influenciada por la idea de parentela agnaticia y, a pesar de las modificaciones implantadas por el pretor, madre e hijo, sólo tenían derechos de sucesión como cognados.

A paliar esta situación vino la nueva legislación imperial a través de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, cuya principal virtud fue el iniciar la idea de cambio de prioridad desde el antiguo concepto de la familia agnaticia a aquélla fundamentada en vínculos cognaticios; en este sentido, a finales de la era clásica y en las posclásica ya se reconocía la relación de filiación como base del derecho hereditario, no obstante, debido a que dicho trabajo de reconocimiento fue realizado como respuesta a casos particulares y, tomando en consideración todavía los antiguos principios, el derecho que surgió de la reforma legislativa fue complicado de aplicar y, en consecuencia para los romanistas difícil de reconstruir, a tenor tanto de las fuentes jurídicas como literarias que han

[975] Con relación del derecho de patronato *vid*. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.,* pp. 180 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, I "Diritto di famiglia", op.cit.,* pp. 233 y ss.

llegado hasta nosotros, teniendo en algunos supuestos que realizar más que afirmaciones rotundas dudosas especulaciones.

Con relación al desarrollo efectivo del *ius adcrescendi* en este periodo del Derecho romano, debemos mostrar nuestra opinión a favor de Vaccaro cuando sostiene que el mismo fue aplicado con normalidad tanto en la última etapa de la edad clásica como en la posclásica pues dicha verificación tenía lugar en razón de superiores principios jurídicos, lo cual impedía que pudieran surgir dudas en los aplicadores prácticos del Derecho respecto a la cuestión del acrecimiento en supuestos de pluralidad de herederos y existencia una o varias cuotas vacantes, como se extrae de las distintas opiniones reflejadas en el trabajo de los juristas romanos, de las que se puede inferir la ejecución en la sucesión intestada del derecho de acrecer, de esta manera, ante un supuesto en el cual surgiera la necesidad de aplicar este instituto, a tenor de las fuentes se confirmaba su vigencia con las mismas características que ya tenía desde el derecho antiguo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una vez admitida la aplicación general del *ius adcrescendi* en el derecho hereditario de la época, debemos hacer referencia a la regulación contenida tanto en el senadoconsulto Tertuliano como en el Orficiano, ya que como consecuencia de los cambios que estas disposiciones imperiales produjeron en el sistema de llamamientos a la herencia, realizados ahora en base a vínculos de sangre en detrimento de aquéllos agnaticios, el derecho de acrecer podía verse influenciado pues se toman en consideración a personas que hasta el momento no entraban en el juego sucesorio, sino que debían esperar

a que se agotara el orden de llamados fundamentados en la familia agnaticia.

4.1.- ¿Había acrecimiento en la regulación particular del senadoconsulto Tertuliano?

Cuando en época del emperador Adriano se dicta el senadoconsulto Tertuliano se está dando respuesta a una necesidad que había surgido como consecuencia de lo limitado que resultaba el derecho antiguo para dar respuestas a las nuevas corrientes sociales que preconizaban la prioridad de los vínculos cognaticios sobre la familia agnaticia.

Entre las relaciones de consanguinidad que hasta dicho momento ni la legislación decenviral ni normas posteriores contemplaban se encontraba la sucesión recíproca entre madres e hijos, salvo que la primera estuviese bajo la *manus* de su marido y siempre como *proximus agnatus*, esta situación se repetía en el derecho pretorio pues en el mismo únicamente se admitía tal sucesión en clase de los *cognati* una vez comprobada la existencia o no de agnados.

Esta disposición, emanada del poder imperial, tuvo como misión regular la cuestión ordenando que se llamara a la madre del hijo difunto siempre que la misma estuviese en posesión del *ius liberorum*, como heredera legítima y sin tener en consideración el

estatus del hijo, esto es, independientemente de si era legítimo o ilegítimo.

Este nuevo llamamiento organizaba la sucesión hereditaria del hijo considerando a la madre heredera con preferencia a todos los agnados, siempre que no existieran hijos del propio difunto tanto *sui* como emancipados, o no hubiese padre natural, o por último no tuviese el *de cuius* hermanos o hermanas consanguíneos.

En el supuesto de existencia de hermanos y hermanas consanguíneos –que eran preferidos a la madre– del hijo difunto se debe hacer referencia a una particularidad que influye en nuestra teoría sobre el derecho de acrecer, así, si hubiese hermanas y hermanos consanguíneos del fallecido sucedían éstos con exclusión de la madre, sin embargo, cuando los sujetos con vínculo de sangre que quedaban fuesen únicamente hermanas consanguíneas la norma venía modificada pues las mismas debían compartir los bienes de la herencia con la madre, de manera que, la llamada de unas beneficiaba a la otra mientras que ante la presencia de un sólo hermano varón la madre se veía privada de todo derecho sucesorio respecto de la herencia de su propio hijo.

Otra cuestión a tomar en consideración en nuestra teoría sobre el derecho de acrecer es que, por este senadoconsulto Tertuliano se admitió la delación sucesiva derogando el antiguo principio *in legitimis non est successio*, en consecuencia ante la no aceptación, renuncia o *restitutio in integrum* de las personas preferidas a la madre se llamaba a la misma a la herencia de su hijo en el lugar de éstos, aunque no aceptando la madre el derecho a

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

suceder al *de cuius* volvía a tomar su antiguo sentido ya que se procedía a llamar a los agnados próximos.

A partir de estas las ideas fundamentales que vamos a tomar en consideración para centrar la cuestión de la verificación o no del *ius adcrescendi* en esta nueva regulación del sistema sucesorio romano, debemos comenzar por negar la teoría de Vaccaro respecto a que sólo en el caso de ser llamadas madre y hermana, o hermanas, se estaría ante una delación *in solidum*, sucediendo entonces que si una cuota quedaba libre debía tener aplicación el derecho de acrecer, porque a pesar que de una lectura superficial de las circunstancias del caso así podría parecer, de un estudio en profundidad de las mismas así como de las fuentes que hacen referencia a este supuesto se llega a una conclusión totalmente opuesta

A este respecto debemos tomar como referencia la tesis de Meinhart, así como el acertado matiz que con relación a la misma introduce Voci:

- Así, seguimos la opinión de Meinhart cuando afirma, en contra de la tesis de Vaccaro, que no se podía aplicar el derecho de acrecer entre la madre y la hermana de *de cuius* con fundamento en que éstas eran llamadas cada una por un título de delación diferente, siendo la hermana llamaba *ex iure antiquo* y la madre *ex iure novo*; la diferente naturaleza en el orden de llamamiento se explica como consecuencia de la compleja situación jurídica que se

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

creaba con la promulgación de nuevas normas civiles que modificaban el antiguo *ius civile* pero que no lo derogaban, provocando un solapamiento entre ambos, motivo por el cual ante la necesidad de realizar una llamada a una misma herencia, acudían personas diferentes, cada una con un título de delación válido para poder asumir la parte que le correspondía.

Con la finalidad de sostener su negativa a la aplicación en este caso del derecho de acrecer, Meinhart utiliza el texto de las fuentes recogidos en D. 38, 17, 2, 18, de cuyo estudio se extrae que ante la presencia de un padre adoptado o emancipado, la herencia era deferida a la hermana consanguínea del fallecido junto con la madre por razón del senadoconsulto Tertuliano, con exclusión del padre; el supuesto se complicaba si la hermana consanguínea no aceptaba su parte de la herencia, porque en este caso la madre no podía recibir la suya al ser la hermana quien excluía al padre y no la madre, por lo tanto, esta última quedaba a la espera de la ejecución de la *bonorum possessio*, ya que si bien su derecho hereditario era negado *ex* senadoconsulto todavía le quedaba la opción de obtener la posesión de los bienes junto con el padre en el orden *unde cognati*; no obstante, aún quedaba una posibilidad de cumplir el derecho civil de la madre a favor de la herencia de su hijo, ya que si bien la madre permanecía a la espera de que el padre solicitase la concesión de su parte de la *bonorum possessio*, ante la eventualidad de que el padre dejara de pedirlo la madre sucedía sola en virtud del senadoconsulto Tertuliano.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Asimismo, Meinhart confirma su opinión respecto a la sucesión hereditaria a favor de la hermana consanguínea y agnada excluyendo a su padre de la herencia de su hermano en otro fragmento del Digesto recogido en D. 38, 17, 2, 19, donde se explica que si un sujeto adoptaba a un nieto, hijo de una hija que continuaba bajo su potestad, ante el fallecimiento del abuelo y del hijo-nieto adoptado, tenía la madre derecho a la herencia del hijo con fundamento en primer lugar en la relación que había surgido por la adopción del hijo legalizada por el abuelo que conformaba un vínculo agnaticio así como por la calificación de consanguíneo, de manera que la madre consanguínea-agnada excluía a su marido, que quedaba como simple *pater naturalis* del hijo, pues como afirma Voci la madre poseía un segundo título de delación que prevalecía sobre el que tenía el padre consanguíneo excluyéndolo de la herencia.

Finalmente, tomando en consideración las soluciones dada por los jurisconsultos a los casos presentados, las cuales en opinión del autor alemán sustentaban su tesis sobre el derecho prioritario de la hermana en algunos supuestos incluso ante su propio padre, sostiene Meinhart que tal idea venía admitida ya desde el derecho antiguo, así, afirma que una vez excluido el padre por la hermana, concurrían a la sucesión del hijo por un lado la hermana, en base a su prioridad, y la madre por el derecho que le otorgaba el senadoconsulto Tertuliano, pero dejando de aceptar la hermana su parte, por la distinta naturaleza la llamada de una y de la otra, no podía tener lugar el acrecimiento y por lo tanto la madre no podía adquirir por si misma los bienes de su hijo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin embargo, aceptando las premisas de la teoría que establece Meinhart, construye una nueva tesis Voci en la que sostiene una distinta conclusión, destacando como hecho clave la adquisición por parte de la hermana como condición necesaria para la delación de la madre, esto es, dejando de aceptar la herencia la hermana del *de cuius*, la madre no obtenía los bienes de la herencia de su hijo debido a una ausencia de delación, y no por falta de aplicación del *ius adcrescendi*.

A este respecto, tomando en consideración ambas teorías debemos concluir que aceptando como correctas las premisas de Meinhart así como la interpretación que realiza de los textos de las fuentes que le sirven de fundamento seguimos una posición crítica respecto a sus conclusiones, considerando como más acertada la presentada por Voci pues si bien había una diferente fuente en la *delatio* de la hermana y de la madre como afirma Meinhart, para la verificación del *ius adcrescendi* se exigía un llamamiento *in solidum* a una misma herencia o parte de ella, lo que en este caso si tenía lugar como se demuestra del estudio de las fuentes cuando aceptaban su cuota tanto la hermana como la madre, pero cuando la hermana no aceptaba, la madre no podía ejercer su derecho lo que impedía la llamada solidaria a la que hacemos referencia ya que la redacción del senadoconsulto afirma que la madre quedaba relegada por un padre incluso dado en adopción, esto es, no existía título de delación *ex iure novo* a la madre; por lo tanto, no era el citado título por el nuevo derecho civil la razón de negar el acrecimiento entre la hermana y la madre, sino que lo negamos con fundamento en el hecho de que la llamada de la hermana era una condición para

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

aquélla de la madre, lo que traía como consecuencia que si no había delación a la madre debía acudirse al derecho antiguo a tenor de las fuentes romanas relacionadas con la manera de verificarse el senadoconsulto Tertuliano, esto es, se acudía a la prelación de herederos recogida en las XII Tablas.

Nuestra tesis viene confirmada por la solución dada en el supuesto contrario, así, habiendo madre y hermana consanguínea, si aceptaba la hermana y, por lo tanto beneficiaba a la madre que podía ser llamada junto a aquélla por el senadoconsulto, si era la madre quien no aceptaba la herencia de su hijo, la hermana adquiría el total de los bienes, y no porque la hermana tuviese derecho al *ius adcrescendi* sino porque desplegaba toda su eficacia un derecho que le pertenecía por el *ius antiquum,* que no se veía afectado por la negativa de la madre a aceptar el beneficio que le era otorgado *ex* senadoconsulto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.2.- La teoría del acrecimiento en el ámbito del senadoconsulto Tertuliano con relación a la influencia de la polémica *ius adcrescendi versus* delación sucesiva

Hemos planteado en este trabajo la novedad que supuso la supresión en el senadoconsulto Tertuliano del antiguo principio jurídico civil que impedía la delación sucesiva en la clase de los *legitimi* y su influencia en el desarrollo de la normativa que regía el

ius civile novum; esta cuestión está relacionada con el acrecimiento desde el momento en que una vez admitida la delación sucesiva se planteaba una dualidad de respuestas al problema que se suscitaba cuando una cuota quedaba vacante entre los primeros llamados a la herencia del hijo, esto es, se debía decidir si tenía lugar el derecho de acrecer entre estos o bien se llamaba a la madre en virtud de este senadoconsulto.

A este respecto, se debe partir de que la finalidad de las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano era dar un lugar adecuado a la madre del fallecido relegada hasta este momento, en la sucesión de su hijo, para conseguirlo no cancelaban las normas que regulaban el orden de llamamientos hereditario del antiguo derecho, sino que ordenaban una suspensión de las mismas; volviendo al antiguo *ius civile* en el supuesto de que la madre sobreviviente al hijo difunto no ejerciera el derecho que le otorgaba el senadoconsulto, esto es, si la madre llamada *ex* senadoconsulto renunciase o fuese excluida de la sucesión del hijo por cualquier causa se llamaba al *proximus agnatus*.

Asimismo, la delación sucesiva de una normativa a otra también fue admitida en esta etapa del Derecho romano, esto es, desde las normas del derecho civil antiguo al *ius civile novum*, de manera que, los primeros llamados que impedían el derecho de la madre a la herencia del *de cuius* –los hijos del difunto tanto *sui* como emancipados, el padre natural y el hermano o hermana consanguíneo— lo eran en virtud del antiguo *ius civile*, y en el supuesto de que se abstuviesen o no aceptasen, la herencia era

devuelta a la madre en virtud del senadoconsulto Tertuliano, esto es, con base en el nuevo derecho civil.

Cabe destacar en este sentido la tesis de La Pira contraria a la teoría expuesta, que si bien admite la delación sucesiva a favor de la madre de los llamados por el pretor en virtud del nuevo *ius civile*, la niega para los llamados por las XII Tablas ya que entre éstos no era posible dicha delación sucesiva, así, en el caso de que el *delatus* con prioridad de la madre fuese un *suus* o un agnado, aun absteniéndose, la madre no podría ser llamada a la herencia de su hijo *ex* senadoconsulto Tertuliano, esto es, la delación sucesiva únicamente encontraba su aplicación en el supuesto de que los primeros llamados lo fueran sobre la base del nuevo derecho civil, *a fortiori*, este autor afirma que si el derecho aplicable para realizar esa primera delación fuese el derecho pretorio la madre podría ejercer su derecho a la herencia según el *ius civile*; para llegar a tal conclusión La Pira acude a D. 38, 17, 2, 8, el cual en su opinión está ampliamente interpolado, y presenta la solución dada por Ulpiano respecto a la sucesión de una madre ante la abstención de un *suus* llamado con anterioridad a ella, que interpreta afirmando que si la madre era precedida de *sui* –como es sabido según el derecho antiguo herederos *ipso iure*– aun absteniéndose, excluían a la madre de la sucesión civil, si bien aún le quedaba la opción de solicitar la *bonorum possessio unde cognati* sino lo hubiese hecho ya el *suus*, en sentido contrario, si el hijo llamado antes de la madre estaba emancipado y se abstenía, la madre podía optar sin duda a recibir el beneficio del senadoconsulto Tertuliano; esta explicación para el autor italiano se presenta confusa e incluso llega a admitir

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que los compiladores no llegaron a distinguir correctamente entre el derecho civil y el creado por el trabajo del pretor.

A pesar de la teoría de La Pira, en las disposiciones concretas del senadoconsulto Tertuliano queda claro que la madre era llamada a la herencia de su hijo ante la falta de sujetos con preferencia respecto a ella según la citada norma imperial, así, si bien es cierto que se produjo la estratificación de los distintos regímenes en el sistema sucesorio no llegando a abolir ninguno de ellos a los otros, una defensa rígida de los principios del *ius civile* conllevaría una mutilación en la eficacia que del *ius civile novum* se pretendía, centrada en dar prioridad a los vínculos de sangre y, en concreto el senadoconsulto Tertuliano, hacer valer el derecho de la madre a la herencia de su hijo, no obstante, debemos estar de acuerdo con La Pira en que es difícil reconstruir el sistema originario a tenor de los textos de las fuentes.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Con relación a nuestro instituto, a partir del texto de las fuentes que sirve como fundamento a La Pira para la negación de la delación sucesiva del antiguo al nuevo *ius civile* —D. 38, 17, 2, 8— y, respecto al que concluye que la decisión dada al supuesto que se plantea en el mismo era la más equitativa, debemos seguir la opinión de Vaccaro que mantiene el carácter clásico del párrafo, a pesar de no descartar que podía haber sido acortado por los compiladores y, que en consecuencia podría no mostrar en su totalidad la regulación romana sobre la cuestión, pudiendo reconstruirse a tenor de la suposición de que Ulpiano en este pasaje, junto al supuesto de la abstención de todos los *sui* y, a la solución

dada al respecto según la cual la herencia era devuelta a la madre, debió hacer otra en la que ante la abstención de un solo *suus* tenía lugar el acrecimiento a favor del resto de coherederos, lo que encontraría confirmación en otro texto del Digesto referido al senadoconsulto Orficiano, y que sostiene que mientras por lo menos un hijo quisiera que a él le perteneciera la herencia legítima no tendría lugar el derecho antiguo, por ello, si de dos, uno acepta la herencia y el otro la repudia, le acrecerá a aquél la porción dejada vacante; la misma solución se verificaba en el caso de una liberta, pues si hubiese un hijo y un patrono, abandonando la herencia el hijo se le defiere al patrono.

Por lo tanto, en las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano, sólo cuando quedaban libres todas las cuotas de la herencia por el agotamiento del derecho de acrecer entre los primeros llamados, se otorgaban los bienes a la madre llamada *ex* senadoconsulto, *a fortiori*, es interesante la última frase de D. 38, 17, 2, 8, pues como Vaccaro sostiene, cuando Africano y Publicio decidieron contradecir los viejos principios admitiendo que la herencia de los abstenidos debía ser devuelta a la madre, debieron utilizar razones de oportunidad jurídica sobre la lógica más rigurosa, pues en su época el principio *in legitimis non est successio* era ya un residuo histórico por lo que impedir la delación sucesiva del derecho perteneciente a los *sui* abstenidos a la madre hubiera injusto, por lo que estamos a favor de admitir que por medio de la interpretación de las fuentes, Africano, Publicio y el propio Ulpiano admitieron la delación del *ius civile vetus* al *ius novum* con fundamento en razones de oportunidad y de equidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Como consecuencia, una vez admitida la delación sucesiva del derecho antiguo al nuevo debemos afirmar que con prioridad a la delación sucesiva debía verificarse el *ius adcrescendi*, lo que vendría demostrado como opinan Vaccaro y Biondi en D. 38, 17, 2, 14:

> D. 38, 17, 2, 14.- *Ulpianus 13 ad sab... sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.*

Así, este pasaje hace en su segunda parte asegura que si no hubiese un único hijo heredero legítimo sino que hubiese otros que fuesen admitidos con él y se abstuviere, la madre no debía ser llamada en virtud del senadoconsulto Tertuliano, de tal manera que con varios sucesores preferidos a la madre, cuando una de las cuotas por cualquier motivo quedase libre, se daba lugar a la aplicación del derecho de acrecer, por lo que la delación sucesiva a la madre *ex* senadoconsulto tenía su límite en la natural verificación del *ius adcrescendi*.

En este sentido, respecto a la teoría que expone La Pira sobre D. 38, 17, 2, 14, en la cual sostiene que la conclusión del texto extraída por Vaccaro y Biondi se fundamenta en una interpolación de los compiladores y que, este texto hace referencia a la opinión de Ulpiano sobre los hijos admitidos a la herencia por el senadoconsulto Orficiano, debemos afirmar que la pretendida

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

interpolación no sirve para negar la prioridad del acrecimiento cuando quedaban vacantes una o varios cuotas formadas a través de un concurso entre varios llamados, así, únicamente en el caso de renunciar todos los herederos legítimos según el *ius civile* se venía a llamar a la madre en razón del senadoconsulto Tertuliano, pues los presupuestos necesarios para aplicar nuestro instituto ya se habían presentando a tenor del primer llamamiento a herederos civiles, pues existiendo varios sujetos llamados en conjunto, por el concurso efectivo que se formaba entre ellos y, el derecho de todos al total de la herencia, ante una o varias cuotas vacantes, el derecho de los primeros que si admitían su parte de la herencia se extendía sobre los bienes que componían dicha cuota libre.

4.3.- La aplicación del derecho de acrecer en el senadoconsulto Orficiano. Supuesto particular de la liberta

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La promulgación del senadoconsulto Orficiano tuvo como finalidad complementar la regulación del nuevo derecho civil tomando en consideración los mismos principios informadores que ya habían sustentando la reforma promovida con el senadoconsulto Tertuliano; en este sentido, como un indicio más de la prioridad que se pretendía dar a los vínculos de sangre se ordenaba la admisión de todos los hijos –aún estando bajo la patria potestad del *paterfamilias*– a la sucesión de la madre, no sometida a la *manus* del marido, con prioridad a cualquier otro sucesor y, en contra de lo

que sucedía hasta entonces pues en el antiguo *ius civile* los hijos únicamente podían suceder a su madre como *cognati*.

Los hijos llamados por este senadoconsulto a ser herederos de la madre asimilaban la posición jurídica de los llamados por ley, de manera que concurrían entre sí a partes iguales, con preferencia a los *adgnati* y a otros consanguíneos de la madre fallecida, tomando como única razón el nacimiento aunque éste hubiese tenido lugar fuera del matrimonio; con este fundamento se les otorgaba el derecho a la herencia de su madre una vez que hubiesen cumplido el requisito de la *aditio*, sin necesidad de acudir a la *bonorum possessio* en su calidad de cognados de la mujer.

Asimismo, con relación al número y a la clase de los llamados, la regulación de este senadoconsulto establecía que el derecho a los bienes maternos no se encontraba conectado con el *status familiae* del llamado, esto, es, no se tomaba en consideración la *capitis deminutio* acudiendo a la sucesión incluso los hijos *vulgo quaesiti* o aquéllos nacidos de distintos matrimonios, sin embargo, se excluía el derecho de representación, motivo por el cual no eran llamados los ulteriores descendientes.

Centrando nuestra atención en el *ius adcrescendi*, en las disposiciones del senadoconsulto Orficiano, no se encuentra referencia explícita sobre la aplicación de este derecho, si bien en vía de interpretación podemos afirmar su efectividad y verificación de forma normalizada; en este sentido, dicha afirmación se sigue de la redacción del título tercero de las Instituciones de Justiniano bajo la rúbrica *"De senatusconsulto Orphitiano"*, y en concreto de I. 3,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4, 4, en el cual se afirma que entre muchos herederos legítimos si algunos repudiasen la herencia, o hubieren sido impedidos de adirla o, por la muerte o, por otra causa, la porción dejada vacante acrecía a los demás que si hubiesen aceptado y, si éstos últimos hubiesen fallecido sin conocer que había una cuota libre su derecho le pertenece a sus herederos.

Del estudio de este pasaje se puede observar que en el mismo aparecen expuestos con toda claridad los presupuestos básicos del acrecimiento ya puestos de manifiesto en diversas ocasiones en este trabajo, así, en primer lugar hace referencia a la existencia de varios herederos legítimos *–delatio in solidum–* quienes por cualquier causa repudiaban la herencia, o hubiesen sido impedidos de adirla –una cuota queda vacante–, lo que tenía como consecuencia que la parte que había quedado libre era devuelta *ipso iure* a los que sí habían adido por la eficacia del derecho de acrecer; a mayor abundamiento, si alguno de los herederos legítimos hubiese fallecido una vez realizada la adición pero antes de que la porción quedase libre *–etiam ignoranti et invito herede–* el acrecimiento le pertenecía a sus herederos.

En este sentido, debemos mostrarnos a favor de las tesis expuestas por Vaccaro, Voci, y Volterra que nos llevan a afirmar el ejercicio efectivo del derecho de acrecer en sede del senadoconsulto con fundamento en el texto de Ulpiano recogido en D. 38, 17, 1, 9, de cuyo contenido se puede inferir en vía de interpretación, que dicho derecho venía *ipso iure* aplicado entre los hijos llamados a la sucesión de la madre; este pasaje expone la regulación del

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

senadoconsulto Orficiano en el supuesto de renuncia al total de los bienes hereditarios por parte de los herederos legítimos, así, si bien es cierto que se admitía expresamente la delación sucesiva de la herencia de los llamados *ex iure novo* a los llamados por el *iure antiquo,* del estudio de dicho fragmento se puede extraer que se daba prioridad al *ius adcrescendi* respecto a la delación sucesiva, que tenía como límite nuestro instituto, por lo tanto, siempre que entre los primeros llamados quedase alguno dispuesto a hacerse cargo de la herencia no se producía la apertura de la sucesión con fundamento en el derecho antiguo llamando a los agnados por las XII tablas, esto es, se producía tal circunstancia únicamente en el supuesto de que se agotase la eficacia del *ius adcrescendi* en las personas de los llamados *ex iure novo*.

Sobre la base de esta exposición, se puede afirmar que el derecho de acrecer tenía su campo de ejecución entre los sucesores legítimos como consecuencia de la llamada solidaria de que gozaban todos ellos, lo que en consecuencia significaba la exclusión del derecho a suceder de los agnados una vez que los hijos adquirían la herencia materna, no obstante, la renuncia o la *restitutio in integrum* indicaba que tomaba efectividad el derecho antiguo, esto es, una vez que se había producido la renuncia de la totalidad de los hijos y, por lo tanto, se había agotado el efecto del *ius adcrescendi*.

Esta afirmación trae su causa, como se extrae del estudio de los preceptos del Digesto que hacen referencia al senadoconsulto Orficiano, del hecho de que la *ratio legis* que los emperadores

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

utilizaron para dictar esta disposición fue precisamente hacer depender de la voluntad de los hijos la aplicación o no del antiguo derecho, de tal manera que el *ius civile novum* en ningún momento quiso modificar el orden de sucesores establecido con anterioridad bien por el derecho civil o, por el *ius honorarium*, sino que se limitó a reconocer el derecho de los hijos sobre los bienes maternos con la simple manifestación de voluntad a favor de aceptar los mismos, lo que impedía el cumplimiento de las disposiciones sucesorias del antiguo *ius civile* hasta que, declarada la negativa de todos los hijos a recibir la herencia de su madre, se volvían a restaurar las reglas suspendidas acudiendo entonces al orden de sucesores establecido en la legislación decenviral.

En este sentido, seguimos a Volterra cuando establece que la renuncia de uno o, varios hijos a su cuota, no sólo era operativa frente al resto de hijos al dar lugar al cumplimiento del *ius adcrescendi*, sino que en otro sentido, cuando la renuncia era total también era operativa respecto a los sucesores *ab intestato* de las XII Tablas, pues les otorgaba la oportunidad de heredar los bienes de la madre a través de la *aditio*, en consecuencia, llegando a aceptar éstos últimos la herencia que les era deferida se extinguía definitivamente el derecho que otorgaba el senadoconsulto Orficiano a los hijos.

También debemos hacer referencia con respecto a esta cuestión a la opinión de Volterra que apunta hacía una posible vuelta desde el *ius civile antiquum* al *ius civile novum*, al plantear como posible que se pudiera admitir que si los sucesores *ab*

intestato iuris civilis tampoco aceptaban la herencia materna, el hijo en un año desde la *delatio* conservara su capacidad para decidir sobre la aceptación o no de la herencia, incluso modificando su decisión, aceptando unos bienes que anteriormente había rechazado.

Otro supuesto que influye en nuestra teoría del acrecimiento en el senadoconsulto Orficiano se encuentra en el pasaje D. 38, 17, 1, 10, donde se plantea que sucedía cuando había aceptación por parte de los hijos en primera instancia, pero alguno de ellos posteriormente solicitaba la *restitutio in integrum*; en este sentido, debemos partir del planteamiento que realiza en su tesis Sanfilippo quien sostiene respecto a la llamada a favor de los herederos *ex iure antiquum* que, cuando en lugar de una abstención de los hijos en los bienes de la herencia de su madre había una *restitutio in integrum* a favor de los mismos, en este sentido, con fundamento en los principios civilistas con la aceptación de los herencia el hijo adquiría a la misma vez el título de heredero, el cual como es sabido era perpetuo, lo que se explica por la máxima *semel heres semper heres*, de manera que si *a posteriori* se solicitaba la *restitutio in integrum* no se podía anular el título de heredero en la persona del hijo pues la *restitutio* limitaba sus efectos al derecho pretorio, en consecuencia en este caso existiendo según el derecho civil un heredero –aun restituido *ius honorarium*– no se podía acudir al *ius antiquum*, lo que motivaría que no tuviesen aplicación las disposiciones del senadoconsulto Orficiano.

Sin embargo, en el texto de Ulpiano se afirma que la situación del restituido era paralela al repudiante lo que provocaba la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

suspensión de la regla *semel heres semper heres*, y abría las puertas a la aplicación de la cláusula *si nemo filiorum volet* establecida por el senadoconsulto Orficiano, por lo tanto, del estudio de las fuentes se deduce que la delación sucesiva a favor de los llamados por las XII Tablas era plenamente admitida en la regulación del senadoconsulto; a este respecto, seguimos la opinión de Volterra, Solazzi y La Pira, que consideran la respuesta de Ulpiano ajustada no sólo a la letra sino al espíritu del senadoconsulto, así, explican a partir de los diferentes textos que hacen referencia a la cuestión, la idea de un paralelismo entre la abstención y la *restitutio in integrum* entendidos como términos jurídicos de distinta naturaleza pero que tenían las mismas consecuencias con relación a la llamada a la herencia materna que ordenaba el senadoconsulto Orficiano; en conclusión, como afirma La Pira era explícitamente admitida en cualquier caso la delación sucesiva de la herencia del llamado *ex iure novo* a los herederos *ex iure vetere* en virtud de este senadoconsulto.

Todas estas cuestiones, así como el estudio de la reordenación de la materia sucesiva legítima que hizo Justiniano y que nos han llegado a través del *Corpus Iuris Civilis* tienen influencia en la formación de nuestra teoría sobre la regulación del acrecimiento en el campo de aplicación del senadoconsulto Orficiano, así, podemos afirmar que la delación sucesiva tuvo siempre como límite el *ius adcrescendi*, lo que tenía como consecuencia que si algún llamado a la herencia no la hubiere querido adir y, no hubiera en su grado ninguno otro que pudiera y

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

quisiera suceder, sucedían entonces en el lugar de los que rehúsan los del grado siguiente.

Por lo tanto, nos mostramos a favor de la tesis de Vaccaro que define a la delación sucesiva como una de las novedades más importantes de las primeras normas imperiales tendentes a modificar el derecho sucesorio, si bien siempre desde la perspectiva de que la misma tenía como límite a su aplicación el derecho de acrecer, instituto de derecho antiguo que en este caso tenían los hijos que sí aceptaban los bienes maternos sobre la cuota dejada vacante por el hijo que, por cualquier causa, no había aceptado su parte, asumiendo los mismos presupuestos y características generales que tenía el acrecimiento en el resto del derecho sucesorio.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- Un supuesto particular dentro del senadoconsulto Orficiano que es objeto de estudio en nuestra investigación por su relación con la regulación del *ius adcrescendi* lo encontramos cuando la madre fallecida era una liberta sometida en consecuencia al derecho de patronato.

En este sentido, en la antigua legislación decenviral se encontraba regulado el derecho del patrono y la patrona a recibir de la liberta la totalidad de sus bienes con fundamento en el principio *feminae nunquam suum heredem habere possunt*, esto es, la mujer no podía tener herederos suyos; esta situación fue modificándose en el tiempo mediante la promulgación de una serie de normas que

trataron de mejorar la situación de la mujer ex esclava, entre ellas podemos encontrar, a tenor de las fuentes recogida en el Digesto, la que ordenaba que al beneficio otorgado por el senadoconsulto Orficiano la liberta fuese admitida sin lugar a dudas.

En este orden de ideas, la mayoría de la doctrina afirma que, en virtud del citado senadoconsulto, los patronos eran relegados por los hijos de la que fue esclava, pudiendo adquirir *ex iure antiquum* la herencia de la liberta únicamente en el caso de que la misma fuese rechazara por todos los *liberi* de la misma; esta misma regla continuaba intacta en el derecho justinianeo, *a fortiori*, fue ampliado el ámbito de los llamados a la herencia de la liberta con preferencia al patrono mediante una constitución del año 531 que convocaba también a los nietos *ex filio* y *ex filia* de la liberta, lo que nos lleva a afirmar que los descendientes de la liberta de cualquier grado excluían al patrono.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A este respecto, debemos manifestar nuestra opinión a favor de la prioridad del hijo respecto al patrono con apoyo en la doctrina y en el texto de D. 38, 17, 1, 9.- "*…repudiante filio patrono defertur.*", pues consideramos forzada la tesis de Lavaggi que proclama que en el senadoconsulto Orficiano la llamada a los bienes de la liberta se hacía efectiva en determinados supuesto conjuntamente con los hijos a favor del patrono, la patrona o los *liberi patroni*.

Por el contrario, apoyamos nuestra tesis en la opinión de Quadrato cuando afirma que el estado de las fuentes que hacen referencia a la sucesión del liberto en época clásica no permiten

presentar una teoría clara, si bien de un estudio en profundidad del citado texto de Ulpiano en el Digesto, así como de *Bas*. 45, 1, 27, 9, y del fragmento recogido en I. 3, 4, 1, se demuestra que los hijos, sin distinción de sexo, eran admitidos a los bienes hereditarios de sus madres fallecidas intestadas por el senadoconsulto Orficiano aun estando sometidos a la potestad de otro, con preferencia a consanguíneos y agnados de su difunta madre; asimismo, si bien en el comienzo de esta norma los nietos no eran llamados por derecho legítimo a la sucesión de su abuela, esta circunstancia se corrigió después por constituciones imperiales con la finalidad de que también fuesen llamados los nietos y nietas, de manera que, asimilada la liberta a la ingenua por el senadoconsulto los descendientes de la liberta eran preferidos a cualquier otro sucesor legítimo, incluso a aquellos en los que su derecho vendría avalado por las relaciones de patronato.

Ahora bien, con independencia de esta cuestión y de quienes fuesen los llamados, los hijos o, los hijos con otras terceras personas, lo relevante respecto a nuestra investigación era la llamada *in solidum* a la herencia, primer paso para la posterior efectividad del derecho de acrecer en el supuesto de que por cualquier causa una o varias de las cuotas de la herencia de la liberta quedasen vacante.

En consecuencia, cuando por virtud del senadoconsulto Orficiano existían varios llamados a los bienes de la madre liberta fallecida, ante la falta de aceptación de alguno de ellos, los que sí aceptaban su parte tenían el derecho de acrecer sobre los citados

bienes que habían quedado libres, pues en vía de interpretación era admitido el acrecimiento en esta nueva sucesión civil al igual que ocurría en el supuesto de una madre ingenua, como se demuestra tanto en D. 38, 17, 1, pr.- *Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto orphitiano.*, como en D. 38, 17, 1, 9.- … : *itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet*…

El derecho del patrono a los bienes de la liberta quedaría cubierto en la última parte de D. 38, 17, 1, 9.-… *et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*, donde queda patente que una vez agotado el *ius adcrescendi* por la no aceptación de su parte de la herencia de todos los descendientes de la liberta tenía lugar la delación sucesiva al patrono en virtud el derecho antiguo.

Con relación a esta afirmación contenida en el citado texto del Digesto, debemos manifestar que si bien gran parte de la doctrina romanística sostiene la interpolación de la última parte del pasaje afirmando que se debe interpretar *defertur* como equivalente a *adcrescit*, tal cambio hubiese significado la siguiente reconstrucción del texto: "…, y si acaso hubiere un hijo y un patrono, repudiándola el hijo le acrece al patrono.", sin embargo, debemos mostrar nuestra disconformidad con esta aseveración, pues sólo en el caso de aceptar un llamamiento solidario entre el hijo y el patrono hubiese sido posible la verificación del *ius adcrescendi*, pero del estudio del texto al completo no se infiere tal clase de llamada, sino que la delación sería subsidiaria a la realizada a favor de los hijos a quienes conjuntamente se les defiere la herencia

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

legítima; esta llamada al patrono tenía lugar en el supuesto de que ninguno de los hijos quisiera que a él le perteneciera esta herencia, por lo tanto, mientras que por lo menos un hijo quisiera que le perteneciera la herencia legítima, no tenía lugar el derecho antiguo en virtud del cual era llamado el patrono.

En este sentido, sin bien como hemos establecido una gran parte de la doctrina interpreta *defertur* como equivalente a *adcrescit*, debemos seguir a Lavaggi cuando se muestra contrario a la equivalencia entre los términos *defertur* y *adcrescit*, manifestando que tal explicación de *defertur* compromete de manera manifiesta el sentido del pasaje, pues vendría a significar que se transformaba en delación sucesiva lo que Ulpiano había considerado en su época como acrecimiento a favor del manumisor; en el mismo orden de ideas, Meinhart afirma que en D. 38, 17, 1, 9, queda demostrado que los hijos eran llamados en primer lugar a la sucesión de la madre con preferencia al patrono, así, interpreta la interpolación citada como un medio para recordar que según la legislación dictada en la época posclásica, podían suceder tanto los hijos como los nietos, de tal manera que se llegaba a la delación sucesiva al patrono en toda la herencia cuando la misma quedaba vacante en su totalidad.

Así, debemos concluir que en el supuesto de una cuota de la herencia vacante porque algún sujeto entre los hijos y nietos llamados en primer lugar a suceder a la liberta no la aceptase o, no pudiese hacerlo, antes de acudir al derecho antiguo originando la llamada a la herencia del patrono, debía agotarse la aplicación del

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

acrecimiento entre los que sí aceptaban, por lo tanto, el *ius adcrescendi* desplegaba su eficacia incluso dentro de la esfera del senadoconsulto Orficiano, ya fuese el sujeto pasivo ingenua o liberta, como producto de la evolución del Derecho romano tendente a hacer prevalecer las relaciones consanguíneas sobre la antigua familia agnaticia entre las que debemos incluir los derechos de patronato, siempre como un fenómeno necesario que tenía efectividad sin necesidad de voluntad o conocimiento del heredero siguiendo la máxima: *ipso iure, etiam ignoranti et invito herede, portio portionio adcrescit, non personae*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 7.- El derecho de acrecer desde el final de la época posclásica a las Novelas de Justiniano

1.- Cuestiones previas

1.1.- El sistema de llamamientos hereditarios según la legislación posclásica y justinianea anterior a las Novelas

La regulación de la sucesión intestada en la época posclásica persistía en la misma idea de acercamiento entre herencia y *bonorum possessio* que ya venía siendo asumida desde la época clásica, lo que trajo como consecuencia la modificación del derecho clásico a fin de adaptarlo a los cambios promovidos por la nueva corriente de ideas que sustentaba en esa época la legislación vigente y la práctica judicial; esta reforma, si bien fragmentaria y repleta de contradicciones, continuaba las grandes líneas de actuación que se habían iniciado con anterioridad. En este sentido, la innovación en el derecho hereditario surgida a consecuencia de la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano fue continuada por numerosas *constitutiones* a lo largo de toda la época posclásica dando como resultado una superposición continua de normas. Sobre estas disposiciones imperiales se desarrollo la compilación

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

justinianea, hasta que finalmente la situación culminó con las modificaciones realizadas por Justiniano en el nuevo sistema sucesorio establecido en las Novelas 118 y 127[976].

Con relación al derecho vigente con anterioridad a la reforma de Justiniano llevada a cabo en las Novelas podemos afirmar que, respecto al sistema de llamamientos hereditarios, se continuaba con la corriente de pensamiento que fijaba la prioridad de la parentela natural, esto es, la *cognatio* como ya venía siendo proclamada en multitud de constituciones imperiales prevalecía sobre la antigua familia agnaticia[977].

Con la finalidad de cumplir con esta idea, el legislador traspasó a los parientes más próximos desde la clase de los *cognati* a los *legitimi*, lo que tuvo como primera consecuencia que la citada categoría de los *legitimi* fuese ampliada de manera

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[976] A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 501 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 296 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, pp. 589 y ss.; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 44; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, pp. 798-799; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 36 y ss.; M.KASER, *Das Römische Privatech, II,* München, 1971 (apéndice 1975), pp. 497 y ss.; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, *op.cit.*, pp. 5 y ss.-39 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op.cit.*, pp. 714-715; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76; F.PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nella'età tardo-romana*, *op.cit.*, pp. 8 y ss.

[977] E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, pp. 723 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

sustancial, situación que lleva a sostener a La Pira[978] que en cierto sentido, debido a las múltiples reformas llevadas a cabo desde el final de la época clásica hasta la compilación justinianea, se puede considerar que la categoría de los legítimos llegó a sustituir a la categoría pretoria de los *cognati,* no obstante, el sistema sucesorio posclásico y justinianeo todavía mantiene en el derecho clásico las clases de los *liberi*, *legitimi*, *cognati* y *vir et uxor*.

Tomando en consideración estas afirmaciones podemos reconstruir la normativa aplicable en el derecho sucesorio anterior a las novelas siempre de la perspectiva de las directrices que tenían su fundamento en la prioridad de la familia entendida como parentela consanguínea y entre ella aun los más próximos[979].

Como punto de partida, se debe afirmar que en el derecho tardío los descendientes del *de cuius* continúan manteniendo una posición de privilegio que ya venía siendo observada desde finales de la etapa clásica; así, se parifican aquéllos *in potestate* a los emancipados –esta norma fue posteriormente sancionada expresamente por Justiniano– hasta que incluso en la *adoptio minus plena* el adoptado conservaba sus expectativas sucesorias respecto a

[978] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata …, op.cit.*, p. 296.

[979] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 44 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 36 y ss.

su familia de origen, además de obtener la sucesión del padre adoptivo aun con un derecho legítimo y no necesario[980].

Asimismo, una práctica antigua determinaba que los hijos naturales fuesen admitidos a la sucesión del padre y parientes cuando hubiesen sido reconocidos. Esta situación era ya un instituto estable con Justiniano, de tal manera, los hijos ilegítimos tenían derecho a adquirir un cuota viril de la herencia de su padre siempre que se cumpliesen determinadas circunstancias, lo que traía como consecuencia que a falta de descendientes legítimos y de mujer, los hijos ilegítimos, que cumpliesen los requisitos para legitimar su situación, obtuviesen en concurso con su madre, esto es, con la concubina del padre un sexto de la herencia.[981].

Respecto a los colaterales, también se afirma la prioridad de los vínculos cognaticios, lo que viene demostrado en el hecho de que a partir de la reforma llevada a cabo con anterioridad a las Novelas de Justiniano todos los colaterales dentro del tercer grado eran llamados a la sucesión en virtud del mismo título –el de *legitimi*– sin hacer distinción entre sí su derecho había nacido de la

[980] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 594; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 37 y 42; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 715.

[981] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 157; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 519; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 799; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 36; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), p. 502; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 836

parentela agnaticia o de la cognación, situación que lleva a Voci[982] a declarar que en la etapa posclásica los cognados mejoraban su posición siendo tratados como agnados, por lo que Justiniano en su compilación ya podía hacer referencia a una extensión de la cualidad de *legitimi* a todos los parientes de tercer grado[983].

En relación a la situación de la madre cristalizó la tendencia a separar cada vez más el derecho sucesorio de la misma del *ius liberorum*, así, en general se trataba de ampliar el derecho concedido por los senadoconsultos a pesar de la aparición de ciertas restricciones puntuales[984].

Con esta finalidad se dictaron leyes que abolieron el *ius liberorum*, y que establecían la preferencia de la madre a la sucesión frente a todos los *legitimi,* con excepción de los hermanos y hermanas[985]; en este sentido, Talamanca[986] afirma que la sucesión de los colaterales, entre los que como ha quedado establecido se concedía prioridad a la cognación ante el vínculo agnaticio, se interrelacionaba con el derecho de los ascendentes, de esta manera, la madre recibía en algunos supuestos una parte más o menos

[982] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 38 y ss.

[983] C. 6, 58, 15, 1; I. 3, 2, 4.

[984] *C Th*. 5, 1, 1; *C.Th*. 5, 1, 2; C. 6, 56, 4, 5; D. 37, 17, 2 pr.; I. 3, 3, 4. E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, pp. 723-724.

[985] I. 3, 3, 4; I. 3, 3, 5.

[986] M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 715. En el mismo sentido *vid.* P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 39-40.

considerable de la herencia con carácter prioritario respecto a consanguíneos de sexo masculino aun en ausencia del *ius liberorum*; en consecuencia, fue promulgada una constitución mediante la que se eliminaba de la concesión del *ius liberorum* realizada por el emperador en casos particulares todo límite de tiempo y de edad, esta disposición se encuentra recogida en *C.Th*. 8, 17, 1:

> *C.Th*. 8, 17, 1.- *Impp. arcadius et honorius aa. ad caesarium praefectum praetorio. sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nec implorantum preces aetas vel tempus impediat, sed sola miseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum. dat. vii id. mai. constantinopoli arcadio iiii et honorio iii aa. conss. (396 mai. 9)*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Continuando esta corriente fue abrogada la *lex decimaria* y mediante la constitución recogida en *C.Th*. 8, 17, 3, se otorgó a todas las mujeres el *ius liberorum* cuando hasta ese momento era concedido por el emperador como un privilegio, lo que vino a representar que este derecho alcanzase por ley carácter universal[987],

[987] S.PEROZZI en *Istituzioni di diritto romano, I, op.cit.*, p. 419 (nota 4) establece que este derecho era adquirido *ipso iure* y no previa solicitud. *Vid*. al respecto, E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 724; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 421; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

si bien como establece Perozzi[988] la citada concesión tenía naturaleza artificial:

> *C.Th.* 8, 17, 3.- *Idem aa. isidoro praefecto urbi. nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus. et cetera. dat. prid. non. sept. varane v. c. cons. (410 sept. 4).*[989]

Continuando con esta exposición de las distintas reformas legislativas que modificaron el sistema de llamamientos hereditarios y, en concreto respecto a la normativa que regulaba las distintas clases de sucesores debemos comenzar por establecer que primero en el derecho posclásico y, abiertamente en el justinianeo, la categoría de los *liberi* alcanzaba a los *sui*, a los emancipados y en general a todos los descendientes del *de cuius*. En este sentido, una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio –a quienes en palabras de La Pira[990] se les puede atribuir las principales modificaciones en este campo del Derecho de la época posclásica–

[988] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, I, op.cit.*, p. 421.

[989] Con relación a la extensión del *ius liberorum* recogida en *C.Th.* 8, 17, 3, S.PEROZZI en *Istituzioni di diritto romano, I, op.cit.*, p. 421 (nota 4) sostiene que, tomando en consideración que D. 38, 17, 2 pr.- *Ulpianus 13 ad sab. Sive ingenua sit mater sive libertina, habebit tertullianum commodum.*, es producto de una interpolación el citado texto teodosiano fue formulado con demasiada laxitud. Al respecto *vid.* S.SOLAZZI, "*Ius liberorum* e alfabetismo", en *RIL, LI, op.cit.*, pp. 587 y ss. (=en *Scritti di Diritto Romano, II, op.cit.*, pp. 230 y ss.).

[990] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata ..., op.cit.*, p. 297.

llamaba por primera vez a la sucesión del abuelo incluso a los nietos *ex filia* en una parte en el supuesto de que la madre hubiese fallecido con anterioridad al abuelo[991], como se puede observar en *C.Th.* 5, 1, 4 y C. 6, 55, 9, así, esta disposición ordena que, existiendo hijos del difunto de cualquier sexo o número, y nietos de cualquier sexo o número nacidos de una hija ya fallecida, éstos últimos obtuvieran dos partes de la porción que a la hija premuerta le hubiese correspondido en el caso de haber sobrevivido a su padre, reteniendo la otra tercera parte a favor de los *sui* o hijos emancipados, así se establece en *C.Th.* 5, 1, 4, pr.:

> *C.Th.* 5, 1, 4 pr.- *[=brev.5.1.4pr.] Imppp. valent., theodos. et arcad. aaa. constantiano pf. p. galliarum. si defunctus cuiuscumque* sexus aut numeri reliquerit filios et ex filia defuncta cuiuscumque* sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncti filia, superstes patri, inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve eius, quae defuncta est, id est filiis filiabusque eius, de cuius bonis*

[991] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata ..., op.cit.*, p. 297; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 724; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), pp. 501 y ss.; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 593; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 47; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 5-6 (recensión de G.IMPALLOMENI en *BIDR, LXXXII*, 1979, pp. 221 a 224 y en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, op.cit.*, pp. 427 a 429); M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 715; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

agitur, avunculis scilicet sive materteris eorum, quorum commodo legem sancimus, accrescat.[992]

Continúa la misma norma disponiendo que el tercio que queda le pertenezca a los hijos e hijas del difunto, pero si el mismo no tuviese más hijos que la ya citada premuerta, quedando únicamente los nietos de la hija fallecida, en opinión de La Pira[993] dicha tercera parte la recibían los agnados.

En contra de esta opinión sobre la cuantía de la cuota se manifiesta Lambertini[994] al afirmar que de los textos imperiales no puede deducirse la tesis de La Pira, de tal manera que, los emperadores establecieron claramente que se asignaba a los agnados una cuota Falcidia[995], esto es, un cuarto, y a los nietos un *dodrans* –tres cuartas partes– como se establece en *C.Th.* 5, 1, 4, 1; sin embargo, se debe tener en consideración que el citado texto del Código Teodosiano, como consecuencia del trabajo de los

[992] De misma redacción C. 6, 55, 9 pr. Con relación a la huella dejada por esta constitución en la época posclásica en occidente *vid.* R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, *op.cit.*, p. 5 (nota 3).

[993] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, p. 297.

[994] R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, *op.cit.*, p. 6. Además para un estudio en profundidad de la legislación posterior a la Novela 118 respecto a los derechos sucesorios así como sobre las características de la misma como síntesis romano-oriental consultar la obra de R.LAMBERTINI y los autores citados en ella.

[995] En el mismo sentido que R.LAMBERTINI se manifiesta E.CUQ en *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 724 cuando afirma que los nietos, hijos de una hija premuerta del *de cuius*, en presencia de agnados recibían tres cuartos de la herencia. *Vid.* S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, p. 593.

compiladores[996] no figura en C. 6, 55, 9, lo que ha servido de fundamento a discusiones doctrinales sobre la cuota que en realidad recibían los agnados, ya que el estudio del *Codex* parece indicar la evolución de la legislación posclásica eliminando toda referencia a la cuota Falcidia que no obstante sí aparece en la legislación anterior a Justiniano:

> *C.Th.* 5, 1, 4, 1.- *Quod si hic defunctus, de cuius bonis loquimur, habebit ex filia nepotes, et praeterea filios non habebit, sed qui praeferri nepotibus possint, habebit agnatos, in quandam Falcidiam et in dodrantem nepotes iure succedant.*[997]

Asimismo, se establece que la misma normativa que regía respecto de los bienes del abuelo materno, era aplicable en razón de la equidad con relación a los de la abuela materna y aun a los de la paterna, ya hubiese fallecido intestado el abuelo o la abuela; de igual manera, si al fallecimiento hubiese testamento por parte de los abuelos, incluso en el caso de testamento injusto, los nietos, hijos

[996] Respecto a la regla que reserva un cuota de la herencia a los agnados y su supresión de la obra de Justiniano *vid.* B.SANTALUCIA, "Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo, I", en *SDHI, XXXI*, 1965, pp. 190 y ss. así como los autores citados por el autor italiano en su artículo.

[997] Con relación a la cuota reservada a los agnados y a la llamada realizada a los mismos, *vid.* B.SANTALUCIA, "Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo, I", en *SDHI, XXXI*, *op.cit.*, pp. 184 y ss.; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, *op.cit.*, p. 6 (nota 4).

de la hija así como los del hijo debían ser instituidos herederos[998], *a fortiori,* si la legítima expectativa que les correspondía se viese frustrada, ya sea por preterición como por desheredación, en razón de esta constitución podían interponer la *querela inofficiosi testamenti,* pues les eran deferidas a los nietos las acciones que competían a los hijos respecto al testamento inoficioso de los padres, lo que podemos observar en *C.Th*. 5, 1, 4, 2 y *C.Th*. 5, 1, 4, 3:

> *C.Th*. 5, 1, 4, 2.- *Haec eadem, quae de avi materni bonis constituimus, de aviae maternae sive etiam paternae simili aequitate sancimus; nisi forte avia elogia inurenda impiis nepotibus iusta semotis ratione monstraverit.*[999]

> *C.Th*. 5, 1, 4, 3.- *Non solum autem, si intestatus avus aviave defecerit, haec nepotibus, quae sancimus, iura servamus, sed et si avus vel avia, quibus huiusmodi nepotes erant, testati obierint et praeterierint nepotes aut exheredaverint eosdem, et de iniusto avorum testamento, et si quae filiae poterant vel de re vel de lite competere actiones nepotibus deferimus, secundum iustum nostrae legis*

[998] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 297; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 6-7 (notas 4 y 5).

[999] De igual redacción C. 6, 55, 9, 1.

> *modum, quae de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis.*[1000]

La promulgación de esta normativa posclásica no es cuestión baladí por la importancia que tuvo la innovación que representaba respecto a los principios jurídicos aplicados hasta ese momento en el reparto de los bienes del *de cuius*, en este sentido, afirma La Pira[1001] que eran asimilados a los nietos *ex filio* los nacidos de una hija, los cuales hasta dicha disposición por el hecho de no ser agnados eran excluidos de la sucesión tanto del abuelo como de la abuela materna; además esta reforma tenía su ámbito de acción en todo el derecho hereditario, pues no se limitaba a la sucesión intestada sino también a aquella testamentaria al disponer expresamente la posibilidad de actuar de los nietos en contra del testamento de su abuelo o abuela en el supuesto de preterición o desheredación, lo que en opinión de La Pira indica el carácter necesario que asumía la nueva llamada hereditaria intestada, así, tenía a partir de aquí carácter de derecho subjetivo incondicionado cualquier lesión que podía ser removida con la *querela inofficiosi testamenti.*

En el mismo orden de ideas, Justiniano completó posteriormente la reforma con la abolición de la disminución de la cuota a favor de los agnados, de tal manera que los nietos *ex filia*

[1000] De igual redacción C. 6, 55, 9, 2.

[1001] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 297 y ss.

recibían el total de la parte que le hubiese correspondido a su madre premuerta[1002], como se recoge en C. 6, 55, 12:

> C. 6, 55, 12.- *Imperator Justinianus. Quotiens aliquis vel aliqua intestatus vel intestata mortuus vel mortua fuerit nepotibus vel pronepotibus cuiuscumque sexus vel deinceps aliis descendentibus derelictis, quibus unde liberi bonorum possessio minime competit, et insuper ex latere quibuscumque agnatis, minime possint idem agnati quartam partem hereditatis mortuae personae sibi vindicare, sed soli descendentes ad mortui successionem vocentur. quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis servari decernimus. * iust. a. menae pp. * <a 528 d. k. iul. constantinopoli dn. iustiniano a. pp. ii cons.>*

Asimismo, sostiene La Pira[1003] que la transposición de los parientes más próximos de la clase de los cognados a aquélla de los legítimos que se verificó en toda la etapa posclásica y justinianea, fue recogida en las Instituciones de Justiniano en I. 3, 1, 15 y 16,

[1002] R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, *op.cit.*, p. 7; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 724; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 593. En contra se manifiesta G.IMPALLOMENI en su recensión a R.LAMBERTINI en *BIDR*, *LXXXII*, *op.cit.*, p. 222 y en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, *op.cit.*, p. 428, cuando afirma que la tercera parte se mantuvo, lo que se explicaría con su aparición en el *Codex repetitae praelectionis* que fue redactado con posterioridad a las Instituciones.

[1003] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata …*, *op.cit.*, pp. 297 y ss.; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, pp. 724-725; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 593

donde se puede encontrar una exposición histórica breve de la sucesión de los nietos cuyo devenir culminó en la idea general que ordenaba la prioridad tanto de los nietos *ex filio* como *ex filia* a los demás sucesores, siendo evidente en opinión del autor italiano que no tenían relevancia los cambios en el *status* familiar que hubieran ocurrido al padre o a la madre de los nietos[1004]:

> I. 3, 1, 15.- *Item vetustas, ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes qui ex virili sexu descendunt ad suorum vocabat successionem, et iuri adgnatorum eos anteponebat: nepotes autem qui ex filiabus nati sunt et pronepotes ex neptibus cognatorum loco numerans, post adgnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni quam in aviae vel proaviae sive paternae sive maternae successionem. divi autem principes non passi sunt talem contra naturam iniuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque qui tam ex masculis quam ex feminis descendunt, ideo eundem gradum et ordinem successionis eis donaverunt: sed ut aliquid amplius sit eis qui non solum naturae sed etiam veteris iuris suffragio muniuntur, portionem nepotum et neptium vel deinceps, de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt, ut minus tertiam partem acciperent quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus*

[1004] C. 6, 55, 10.- *Imperatores Honorius, Theodosius. Ubi aviarum successio morte interveniente discutitur, capitis deminutio materna quaerenda non est. tunc enim in huiusmodi hereditatibus filiorum status aut persona spectatur, quotiens de eius bonis, qui potestatem familiae potuit habere, tractatur. * honor. et theodos. aa. maximo. pp. * <a 420 d.V k.Oct.Ravennae theodosio a.Viiii et constantio iii conss.>.*

Igual redacción en *C.Th.* 5, 1, 6.

sive maternus, quando femina mortua sit cuius de hereditate agitur, hisque, licet soli sint, adeuntibus adgnatos minime vocabant. et quemadmodum lex duodecim tabularum filio mortuo nepotes vel neptes vel pronepotes et proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat: ita et principalis dispositio in locum matris suae vel aviae eos cum iam designata partis tertiae deminutione vocat.

I. 3, 1, 16.- *Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter adgnatos et memoratos nepotes, partem quartam defuncti substantiae adgnatis sibi vindicantibus ex cuiusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro codice segregavimus neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo concessimus. nostra autem constitutione promulgata toti iuri eius derogatum est et sanximus, talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte et deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare, ne hi qui ex transversa linea veniunt potiores his habeantur qui recto iure descendunt: quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus. ita tamen quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri iubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas, ut utraque progenies matris suae vel patris, aviae vel avi portionem sine ulla deminutione consequantur, et, si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quattuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quattuor alteram dimidiam hereditatis habeant.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Partiendo del estudio de estos pasajes construye La Pira su tesis en la cual afirma que queda demostrado que todos los descendientes que no eran llamados por el antiguo *ius civile* eran trasladados de la clase pretoria de los cognados a los legítimos, sirva como ejemplo el hecho de que los hijos naturales dados en adopción fuesen llamados en esta última clase, mientras que en la época clásica y en toda la posclásica no eran llamados a la sucesión del padre más que en la categoría de los cognados.

Asimismo, el autor italiano hace referencia al trabajo de Justiniano en la constitución recogida en C. 8, 47, 10, del año 530 donde se establecen otras importantes reformas que sumadas a las expuestas anteriormente nos lleva a concluir que en el derecho justinianeo anterior a las Novelas eran llamados a la herencia del *de cuius* en la clase de los *liberi,* además de todos aquellos sujetos que en derecho clásico ya pertenecían a dicha categoría, todos los llamados por la nueva legislación civil, los hijos dados en adopción, y por lo tanto, los hijos de éstos así como por último los hijos legitimados[1005].

Estos mismos principios modificadores alcanzaron la categoría de los *legitimi*, en la cual vuelven a ser incluidos todos los llamados por ley, incluso los descendientes.

[1005] I. 3, 1, 2.

Esta afirmación vino a significar, en opinión de La Pira[1006] que así como en el derecho clásico, cuando no había *liberi* la herencia era atribuida a los agnados próximos, con el devenir histórico a éstos venía preferida en virtud de las modificaciones legislativas la madre siempre que no existiese padre natural, hermano o hermana consanguíneos; no obstante, estaban excluidos de esta categoría los hermanos y hermanas emancipados así como sus descendientes, la esposa, los descendientes por línea femenina y la hermana uterina y sus descendientes[1007].

Esta situación tuvo mayor evolución debido a diversas reformas dictadas en el derecho posclásico mediante las que se pasaba a transferir a la clase de herederos de los legítimos de algunos sujetos que pertenecían a la categoría de los cognados.

En este orden de ideas, una disposición de Anastasio introdujo el derecho de sucesión para los hermanos emancipados tanto entre sí mismos como hacía los hermanos que habían quedado *in potestate*, lo que significaba tomar en consideración la *cognatio* en línea colateral, como se establece en I. 3, 5, 1:

[1006] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 299 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 38; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 421; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

[1007] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 299.

> I. 3, 5, 1.- *Qua parte naturalis cognatio spectatur. nam adgnati capite deminuti quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed a praetore tertio ordine vocantur, exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum quos lex Anastasiana cum fratribus integri iuris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non aequis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere, aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit et procul dubio cognatis*[1008].

No obstante, como se puede observar en este pasaje la constitución excluía a los descendientes de los emancipados y a los hermanos y hermanas uterínos y sus descendientes, además se establece que los hermanos emancipados sufrían una disminución de la cuota hereditaria[1009].

Sin embargo, como sostiene La Pira[1010] el emperador Justiniano con la constitución recogida en C. 6, 58, 1, modificó estas circunstancias determinando la derogación de la norma de derecho antiguo que afirmaba que los agnados *ultra consanguineas* venían excluidos de la sucesión de los otros agnados; asimismo,

[1008] En este mismo sentido *vid.* C. 5, 70, 5 y C. 5, 30, 4.

[1009] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 299-300; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

[1010] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 299.

ordenó la aceptación a la sucesión del tío a los hijos de una hermana junto a los hijo del hermano, esto es, Justiniano elimina del ámbito de los agnados toda diferencia entre hombres y mujeres, así, afirma La Pira que el emperador traslada *unum gradum pietatis intuitu ab iure cognationis in legitimam successionem*.

En este mismo sentido, Justiniano también completó la reforma de Valentiniano aboliendo la reducción de la cuota, así, fue establecido que los hermanos y las hermanas, emancipadas o no, heredasen sin reducción de cuota[1011], además los uterinos fueron considerados como dentro de la categoría de los legítimos y preferidos a los llamados de grado posterior; también venían traspasados a la clase de los legítimos los hijos y las hijas de los emancipados como se observa en C. 6, 58, 15, 3 –reforma que era paralela a la llevada a cabo en C. 6, 58, 14, y que significo la llamada entre los legítimos a los hijos y las hijas de la hermana[1012]– en resumen los hijos y las hijas de los hermanos y hermanas emancipados, incluso los uterinos, eran admitidos a la sucesión del tío, junto con los hijos de los hermanos y hermanas no emancipados[1013].

[1011] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 38; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

[1012] A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 501 (nota 4); R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 23 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 76.

[1013] A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 501-502 (nota 5 y 6); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata*

En este orden de ideas, Justiniano realizó con anterioridad a las Novelas otras modificaciones que influían en el número de los legítimos, en concreto con relación a la llamada de la madre a la sucesión de sus hijos y, a las relaciones de ésta con la delación a los hermanos, las hermanas así como al padre del difunto, en este sentido, el emperador ordenó que la madre fuese llamada a la sucesión de sus hijos incluso sin tener el *ius liberorum*[1014]; asimismo, Justiniano derogó distintas constituciones imperiales dictadas en la época posclásica que habían modificado, algunas veces en sentido positivo y, en otras ocasiones con normas restrictivas el derecho atribuido a la madre por el senadoconsulto Tertuliano[1015], así se establece en I. 3, 3, 5:

> I. 3, 3, 5.- *Sed cum antea constitutiones iura legitima perscrutantes partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem ei abstrahentes certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrariam faciebant: nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint sive*

..., op.cit., pp. 299-300; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), pp. 502 y ss.; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 28 y ss.; *Vid*. C. 6, 58, 14, 4; C. 6, 58, 14, 6; C. 6, 58, 15, 1 pr.; C. 6, 58, 15, 1 ; C. 6, 58, 15, 1a; C. 6, 58, 15, 1b; C. 6, 58, 15, 2; C. 6, 58, 15, 3b; I. 3, 2, 3a; I. 3, 2, 3b; I. 3, 2, 4.

[1014] C. 6, 58, 2; I. 3, 3, 4; D. 38, 17, 2 pr.

[1015] *C.Th*. 5, 1, 1; *C.Th*. 5, 1, 2; C. 6, 56, 4, 5.

> *sola cognationis iura habentes, ut quemadmodum eam toto alio ordini legitimo praeposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen ut, si quidem solae sorores cognatae vel adgnatae et mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis iura habentibus intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas.*

De esta manera, del estudio del citado fragmento, así como de C. 6, 56, 7 pr.[1016] se concluye que en época de Justiniano la madre tenía prioridad sobre todos los legítimos excepto a los hermanos y hermanas, así, cuando alguno fallecía intestado sobreviviéndole su madre y un hermano, ya legítimo o con los únicos lazos de la cognación, Justiniano ordena que no sea excluida la madre a la sucesión de su hijo, con la particularidad de que si quedasen sólo

[1016] C. 6, 56, 7 pr.- *Imperator Justinianus. Si quis vel si qua matre superstite et fratre vel legitimo vel sola cognationis iura habente intestatus vel intestata decesserit, non excludi a filii successione matrem, sed una cum fratre mortui vel mortuae, si superstes vel filius vel privignus ipsius sit, ad eam pervenire ad similitudinem sororum mortui vel mortuae: ita tamen, ut, si quidem solae sorores agnatae vel cognatae et mater defuncti vel defunctae supersint, pro veterum legum tenore dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant: sin vero matre superstite et fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas nec liceat matri occasione soro rum mortui vel mortuae ampliorem partem sibi vindicare, quam rata portio capitum exigit: patruo scilicet mortui vel mortuae eius filio vel nepote nullum ius ad eius hereditatem matre herede existente habentibus nec ex veteribus legibus vel ex constitutionibus partem matris minui. * iust. a. menae pp. * <a 528 d. k. iun. constantinopoli dn. iustiniano a. pp. ii cons.>*

hermanas agnadas o cognadas y las madre del *de cuius*, esta última concurría con las hermanas, dividiendo la herencia por mitad, correspondiendo una parte a la madre, en virtud de las antiguas leyes, y la otra mitad las hermanas, sin embargo, si la madre era llamada junto hermanos y hermanas los bienes de la herencia eran repartidos entre todos por cuota viriles, declarando ilícita la posibilidad de la madre de reclamar mayor cuota que la correspondiente a la división por cabezas, asimismo afirma que en virtud de esta norma ni el tío paterno del difunto o difunta, ni los hijos o nietos de aquél tenían derecho alguno a la herencia, quedando heredera la madre sin que por las antiguas leyes o por las constitución se pudiese disminuir la parte de la madre[1017].

Se debe asimismo aclarar cual era la posición del padre una vez dictada la *lex Anastasiana* cuando existían hermanos del hijo emancipado que había fallecido, así como la misma situación cuando además estaba la madre. En este sentido, Justiniano respecto a la primera cuestión establecía en C. 6, 58, 13, que los hermanos recibiesen la nuda propiedad de los bienes hereditarios y el padre el derecho de usufructo de los citados bienes; ahora bien cuando también concurría la madre del fallecido se debía distinguir si el hijo era *sui iuris* o estaba bajo la patria potestad del padre, así, en el primer caso si el difunto era *sui iuris* la herencia la recibían los

[1017] P.VOCI en *Diritto ereditario romano, II*, *op.cit.*, pp. 40-41 afirmar al respecto que la reforma de Justiniano despoja de valor la agnación pues hermanos y hermanas, emancipados o no, concurrían con la madre, por lo tanto, la diferencia en la cuota a asignar a cada uno de los sujetos que fue establecida por Constantino a favor de los agnados ya no tenía sentido por lo que fue abolida. *Vid.* R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, *op.cit.*, pp. 9 y ss.

hermanos y los dos tercios del usufructo de los bienes pasaban al padre y a la madre a partes iguales, no obstante, si el hijo era un *filiifamilia* la madre era llamada a la herencia junto a los hermanos y al padre le quedaba el usufructo que ya tenía en vida del hijo sobre el patrimonio del mismo, como se observa en C. 6, 56, 7, 1, 2[1018].

De esta exposición se deduce que sin duda la clase hereditaria de los *legitimi* en virtud de las reformas del Derecho romano que tuvieron influencia en las relaciones sucesorias tanto de la época posclásica como justinianea era muy amplia, pues contaba entre los llamados a todos los herederos nombrados por las nuevas disposiciones legislativas desde la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, así, afirma La Pira[1019] que "a poco a poco la categoria dei legittimi si estende tanto da pigliare il posto di quella dei cognati", pues el trabajo de los emperadores posclásicos tuvo como finalidad pasar de pretoria a legítima la llamada hereditaria a los cognados más próximos, esto es, a la madre, hermanos emancipados, o colaterales del sexo femenino, entre otros.

[1018] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata ..., op.cit.*, p. 302; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 45-56; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 20 y ss.

[1019] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 255 y ss.

1.2.- Innovación posclásica y justinianea en la regulación de la delación sucesiva

Con relación a la delación hereditaria Justiniano vino a implantar la sucesión entre el segundo y el tercer grado, como se puede observar en C. 6, 58, 15, 3a:

> C. 6, 58, 15, 3a.-...*si qui ex secundo gradu vocati renuntiaverint hereditati et noluerint eam adire nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere et potest et vult, tunc hi, quos praesenti lege enumeravimus ex tertio gradu, in locum recusantium succedant. <a 534 d. id. oct. constantinopoli dn. iustiniano a. pp. iiii et paulino vc. conss.>*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Del estudio de este texto se extrae que el principio de la delación sucesiva, que el pretor no admitía en la categoria de los *legitimi,* con el devenir histórico debió ser necesariamente otorgado a los mismos cuando en dicha categoria fueron incluidos diversos grados de parientes pertenecientes a la clase de los cognados, la verificación de la delación sucesiva llegó a alcanzar incluso a los agnados, lo que traía su justificación en la continuación del trabajo

que el pretor había realizado concediéndola en la categoría de los cognados[1020].

A este respecto, en un primer momento en el derecho pretorio para los *legitimi* continuaba en vigor el conocido principio del *ius civile* que negaba la delación sucesiva, hasta que al fin debió ser aceptada la *successio graduum* entre los *legitimi*, pues como se ha señalado esta clase de herederos venía a recoger, según la nueva normativa posclásica, a sujetos que hasta entonces formaban parte de la parentela consanguínea, así, la limitación que se establecía por el *ius civile* desde las XII tablas ya no tenía sentido en la época posclásica, lo que tuvo como transcendental consecuencia en primer lugar la admisión por el pretor de la *successio graduum* en la categoria de los cognados y el que en la clase de los legítimos la delación sucesiva se encontrase admitida desde la promulgación primero del senadoconsulto Tertuliano y más tarde por el Orficiano[1021].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este orden de ideas, Justiniano generalizó el principio de la delación sucesiva entre los legítimos[1022] con la intención de corregir una imperfección del *ius honorarium*, como se recoge en I. 3, 2, 7:

[1020] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 296.

[1021] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, pp. 301-302; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 26 y ss.

> I. 3, 2, 7.- *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est quamvis proximus, qui, secundum ea quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem aut, antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo iure sequentes admittuntur. quod iterum praetores imperfecto iure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote adgnationis iure eis recluso. sed nos nihil deesse perfectissimo iuri cupientes, nostra constitutione*[1023] *sanximus quam de iure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat quod cognatis a praetore apertum est hoc adgnatis esse reclusum,...*

Sin embargo, en referencia a esta cuestión afirma Voci[1024] que la reforma de Justiniano fue más aparente que sustancial, pues los agnados ya podían desde el derecho clásico gozar del beneficio de la *successio in locum* solicitando la *bonorum possessio unde cognati*, cuando estaban legitimados para ello, de tal manera que respecto a la prohibición de la delación sucesiva sostiene el autor italiano que "la regola romana, anche se era ricordata nella sua formulazione, doveva essere disapplicata nella pratica del basso impero".

[1022] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 152 (nota 1).

[1023] C. 6, 4, 4, 20.

[1024] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 47.

Al hacer esta aseveración Voci está haciendo referencia a la negación de la delación sucesiva que se hace en *Pauli Sent*. 4, 8, 21 (23):

> *Pauli Sent*. 4, 8, 21 (23).- *In hereditate legitima successioni locus non est. Et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omissa successio proximiori defertur*.

Para el autor italiano este fragmento sufrió un grave recorte que modificó totalmente el sentido del mismo, así, a pesar de que en el mismo se recuerda la citada regla conforme al derecho clásico y en lógica debía reconstruirse como *non defertur*, sin embargo, en el texto que ha llegado hasta nosotros el *non* ha quedado eliminado.

Una vez establecido el orden de llamamientos nacidos bajo el influjo de la nueva regulación sucesoria así como la derogación del antiguo principio *in legitimis non est successio*, queda patente la complejidad del nuevo sistema fruto de la evolución jurídica a favor de los vínculos de sangre y de la derogación del derecho agnaticio; sin embargo, este nuevo régimen todavía quedaba sujeto a algunos principios fundamentales del derecho arcaico que influían de forma notable en la regulación de nuestro instituto tanto en época posclásica como en la primera normativa de Justiniano.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.- La verificación del derecho de acrecer desde las constituciones imperiales al sistema justinianeo anterior a las Novelas

Una vez planteado el sistema sucesorio existente en la época posclásica y en el sistema justinianeo anterior a las Novelas, debemos centrar la cuestión objeto de investigación, a este respecto afirma Vaccaro[1025] que el derecho de acrecer continuaba teniendo prioridad sobre la delación sucesiva, tal y como sucedía tanto en el derecho clásico como con posterioridad a la promulgación de los senadoconsultos.

Para Vaccaro su opinión viene fundamentada en C. 6, 58, 15, 3a, pues en este fragmento se sostiene que en esta nueva legislación si alguno de los llamados en el segundo grado a la herencia, no la hubiese querido adir y, no quedando en dicho grado ningún otro que pudiera o quisiera suceder, se hacían herederos en virtud de la ley en el lugar de aquéllos los del tercer grado:

> C. 6, 58, 15, 3a.- *Imperator Justinianus. Successionis videlicet iure et in hac parte servando, ut, si qui ex secundo gradu vocati renuntiaverint hereditati et noluerint eam adire nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere et potest et vult, tunc hi, quos*

[1025] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 46; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303.

> *praesenti lege enumeravimus ex tertio gradu, in locum recusantium succedant. <a 534 d. id. oct. constantinopoli dn. iustiniano a. pp. iiii et paulino vc. conss.>*

Del estudio de este texto parece deducirse para el autor italiano que se pasaba del grado precedente al siguiente, esto es, aparecía la *successio graduum*, únicamente en el supuesto de que todos los sucesores del grado precedente no hubieran o no pudieran aceptar la herencia; de esta manera, quedando incluso uno sólo que aceptase los bienes hereditarios recibía vía *iure adcrescendi* la cuota o cuotas que habían quedado libres.

Con relación a esta cuestión, sigue la tesis de Vaccaro, con fundamento en el mismo fragmento de las fuentes, Biondi[1026] cuando afirma que Justiniano en su reordenación de la materia sucesoria legítima si bien decretó la admisión de la delación sucesiva, también afirmaba que únicamente se pasaba al grado siguiente en el caso de que todos los sucesores precedentes no hubiesen aceptado.

En este sentido, podemos extraer del estudio de C. 6, 58, 15, 3a, que en el mismo se afirma con claridad que en la sucesión legítima de la época tenía aplicación la delación sucesiva si bien siempre con el límite del acrecimiento.

Una vez asumido este planteamiento inicial realizado por Vaccaro a favor de la completa verificación del *ius adcrescendi* en

[1026] B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 418-419.

esta etapa de cambios en los principios del derecho sucesorio romano, debemos hacer referencia a un texto de las fuentes que muestra una de las variaciones más relevantes respecto a la delación prioritaria de la parentela consanguínea y del que parece deducirse una referencia al acrecimiento, así, en *C.Th.* 5, 1, 4 pr. –de igual redacción C. 6, 55, 9 pr.[1027] – se sanciona por ley, como se ha establecido anteriormente, que ante un escenario formado por un llamada hereditaria solidaria realizada a hijos del difunto de cualquier sexo o número, y nietos de una hija ya fallecida también de cualquier sexo o número, a éstos últimos les pertenecía dos partes de la cuota que le hubiese correspondido a su madre si estuviese viva, mientras que otra tercera parte acrecía a los hermanos o hermanas de la que falleció, esto es, literalmente este fragmento queda redactado de la siguiente manera:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

> C.*Th.* 5, 1, 4 pr..-...*duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve eius, quae defuncta est, id est filiis filiabusque eius, de cuius bonis agitur, avunculis scilicet sive materteris eorum, quorum commodo legem sancimus, accrescat.*

Sin embargo, en este caso debemos afirmar que no se hace referencia a nuestro instituto, pues aun existiendo una llamada en conjunto a varios sujetos sobre una misma herencia, no aparece el

[1027] *Vid.* nota 992.

presupuesto básico de la existencia de una cuota vacante, de esta manera, lo único que tenía lugar era una asignación legal a distintos sujetos de una parte y a otros de dos partes de una misma porción que hubiera continuado unida en el supuesto de no suceder la premoriencia de la hija del *de cuius*, esto es, el término *accrescat* utilizado en el pasaje presentado hace referencia al verbo acrecer en su sentido genérico y no al *ius adcrescendi* como instituto del derecho hereditario romano, tal como sucede en otros muchos textos recogidos en las fuentes.

3.- La reforma de Justiniano en las Novelas 118 y 127

El sistema sucesorio anterior a las Novelas presentaba en opinión de La Pira[1028] y por causa de los múltiples reformas citadas anteriormente "gravi eterogeneità", pues si bien prevalecían los derechos surgidos de los vínculos de sangre, el derecho agnaticio no había desaparecido del todo, por lo que fue necesaria su regulación

[1028] G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 302. En el mismo sentido se expresa E.VOLTERRA en *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 798, cuando afirma que la legislación justinianea en el Digesto y en el Código conservaba normas de derecho antiguo que no concordaban con las disposiciones dictadas en la época posclásica produciendo una legislación farragosa y compleja, lo que trajo consigo la necesidad de reordenar la materia, dictando reglas claras y precisas respecto al derecho sucesorio. *Vid.* E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 725; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 835.

definitiva por Justiniano en el 543 y el 548 a través de las Novelas 118 (*Authenticum* 113) y 127.

Estas disposiciones constituían un sistema completo en la sucesión *ab intestato*, además nacieron con la intención de que su regulación fuese la única aplicada en la sucesión intestada siguiendo dos principios ya conocidos en el derecho posclásico, pero que ahora eran presentados como soportes de una nueva reforma: por un lado la sucesión tenía exclusivo fundamento en la familia natural y, por otro en dicha sucesión la llamada hereditaria a la parentela debía tener en cuenta la prioridad de los descendientes. En resumen, la nueva regulación elimina el derecho agnaticio a favor de los vínculos de sangre, además de equiparar los derechos sucesorios de hombres y mujeres así como los efectos del parentesco de la mujer respecto al del hombre[1029].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[1029] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.,* pp. 141 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 502 y ss.; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 145-146; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 598 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata..., op.cit.*, p. 302; F.VON BOSSOWSKI, "Die *Nov.* 118 Justinians und deren Vorgeschichte. Römische und orientalische Elemente", en *Fs. Koschaker, II,* Weimar, 1939 (reimpresión en Leipzig, 1977), pp. 277 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 574-575; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, pp. 798; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 54 y ss.; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), pp. 510 y ss.; G.FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, p. 129; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 543 (nota 2); G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 77.

Como afirma Dernburg[1030] la Novela 118, de la que constituye un apéndice la Novela 127, estableció una sucesión gradual en la cual la proximidad de grado era fundamental y donde algunas categorías de parientes, por su estrecha unión familiar, eran distinguidas; de esta manera, se establecen cuatro clases de sucesores, excluyendo cada una de ellas a la siguiente[1031], esto es, si los sujetos encuadrados en la primera clase no querían o no podían heredar se llamaba a la siguiente, este principio regía en cada una de las clases respecto a los parientes del grado más próximo al más remoto, en conclusión, tenía lugar la *successio ordinum et graduum* como afirma Turiel de Castro[1032] por causa de la interpretación del espíritu de las Novelas que continuaba asimismo al que regía la *bonorum possessio* del edicto pretorio.

En este sentido, la sucesión de los parientes en línea directa y colateral tenía lugar tomando en consideración únicamente los vínculos de sangre[1033], sin incidencia por lo tanto de la *capitis deminutio* derivada de la adopción o la emancipación[1034].

[1030] A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 504 y ss. ; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, pp. 798-799.

[1031] A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 504 (nota 1).

[1032] G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, *op.cit.*, pp. 77-78. En el mismo sentido M.KASER, *Das Römische Privatech, II*, *op.cit.*, pp. 511-512.

[1033] Con relación a lo que entiende la Novela por descendiente, ascendiente o colateral se debe afirmar que dichas categorías no aparecen definidas en la disposición justinianea, por lo que para solucionar lo casos dudosos acudimos en primer lugar a los conceptos fundamentales de la Novela

Así, eran llamados a la herencia intestada en primer lugar los descendientes, sin distinción de sexo ni de situación familiar, esto es, no se tomaba en consideración si estaban o no sometidos a la potestas del *pater* en contra de lo que sucedía en el derecho antiguo cuando los sujetos que morían como *alieni iuris* no podían tener herederos legítimos[1035]; además, se aplicaba el principio del derecho de representación, de tal manera que el pariente de ulterior grado

y posteriormente a los principios generales; así, para la mayoría de la doctrina lo que podemos entender como cognado según el derecho anterior a las Novelas eran aquéllos que a la muerte del *de cuius* ya existían aunque fuese en el claustro materno, sin embargo, hay autores como A.DERNBURG en *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 513 que sostienen que se debe atender a un concepto de parentela más amplio, de tal manera que eran descendientes incluso aquéllos concebidos después de la muerte de quien dejaba la herencia. Asimismo, también son parientes los hijos legítimos de su padre y su madre así como de todos los parientes de éstos, ahora bien, esto mismo se puede afirmar respecto de los hijos legitimados por matrimonio o rescripto, así como también para aquellos nacidos de un matrimonio putativo contraído con las debidas formalidades –sin embargo, aquellos progenitores que conocían el impedimento del matrimonio no tienen derechos hereditarios hacía los mismos-, de esta manera, los hijos ilegítimos según la Novela 118 eran únicamente parientes de la madre y de los parientes de ella, pero no respecto a su progenitor natural y los parientes del mismo. *Vid.* Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes, op.cit.*, p. 189 (nota 157); K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II, op.cit.*, pp. 39 y ss.; A.BRINZ, *Lehrbuch der pandekten, III, op.cit.*, p. 128; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 143 (nota 6) y 144 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 512 y ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 221 (nota 1).

[1034] M.TALAMANCA en *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 715 afirma que a pesar de esta afirmación en la situación vigente quedaba una mínima eficacia de la *adrogatio*. Con relación a la situación que provocaba la adopción en el sistema sucesorio de las Novelas *vid.* L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 143-144; A.DERNBURG, *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 514-515 así como los autores citados por este autor.

[1035] L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 143 (nota 5); B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 226 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 799; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 55.

era llamado siempre que quien le precediera hubiese fallecido, recibiendo en este caso la parte de este último, en este sentido heredaban los sujetos de igual grado por cabezas y los de distinto *per stirpes*[1036].

A falta de éstos, la delación tenía lugar conjuntamente a ascendientes y hermanos germanos[1037]. Los ascendientes sucedían por grados siendo preferido el de grado más próximo al más lejano, además si hubiese distintas líneas las mismas eran separadas, esto es, se dividía la herencia por mitades entre la línea paterna y la materna, repartiéndose los bienes hereditarios dentro de cada una *per capita*, excluyendo por lo tanto el derecho de representación; así sucedía en el supuesto de que sólo existiesen ascendientes, sin

[1036] *Nov.* 118, 1. *Vid.* J.C.KOCH, *Successio ab intestato civilis*, Giessae, 1798, pp. 160 y ss.; F.MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, VII*, Giessen, 1827, pp. 427 y ss.; K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II, op.cit.*, pp. 48 y ss.; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 147 (nota 1); A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 504 (nota 2, 3, 4); B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 226 (nota 4, 5); E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 725; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 798; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 55; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), p. 511 (nota 7); C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 379-380; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 543; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 836; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 421 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 77.

[1037] *Nov.* 118, 2. Con relación al término "germano" A.D'ORS en *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1981, p. 330 (párrafo 267-nota 1), confirma que a partir del Código Teodosiano, *C.Th.* 2, 19, 1, se denominaba *germani* a los hermanos de padre en contraposición con los *uterini*, sólo de madre, sin embargo, Justiniano, Novela 84, define como germanos a los hijos del mismo padre y madre, asignando el término consanguíneo para los hijos del un mismo padre y distinta madre.

embargo, si concurrían ascendientes y hermanos adquirían cada uno una porción viril[1038].

Respecto a los sucesión exclusiva de hermanos germanos la herencia se dividía por cabezas, y en el supuesto de hermanos premuertos tenía lugar el derecho de representación si bien limitado a los descendientes directos, que heredaban por estirpes[1039].

Estas mismas directrices se seguían en el supuesto de acudir conjuntamente ascendientes e hijos de hermanos germanos ya fallecidos, así, éstos últimos heredaban las cuotas que correspondían a sus estirpes, sin llamamiento a descendientes de posterior grado[1040]. Otra característica de esta clase de sucesores la

[1038] *Vid.* J.C.KOCH, *Successio ab intestato civilis*, *op.cit.*, pp. 100 y ss.; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, pp. 147 y 153-154.; A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 505 y ss. (nota 5, 6); B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, pp. 229 y ss.; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains*, *op.cit.*, p. 725; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit*, pp. 599-600; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 798; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 55; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano, op.cit.*, pp. 87 y ss.; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 380; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 836; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op.cit.*, p. 422.

[1039] Com afirma G.TURIEL DE CASTRO en "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 78, si sólo concurriesen sobrinos del *de cuius*, la herencia era repartida por estirpes entre los mismos, aunque esta regla en época medieval cambió dando lugar a la división por cabezas al otorgarse preferencia a la opinión de Azo sobre la de Accursio. *Vid.* K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II, op.cit.*, pp. 54 y ss.; A.DERNBURG, *Pandette*, *III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 507; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *III*, *op.cit.*, p. 230 (nota 15).

[1040] M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), pp. 511-512; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 78.

podemos encontrar en los ascendientes, que hasta entonces quedaban como titulares de un usufructo legal sobre los bienes de su descendiente fallecido, y que con las Novelas perdían el citado derecho de usufructo con la adquisición de una cuota de la herencia del *de cuius*[1041].

A falta de los herederos anteriores, sucedían los hermanos de una sola línea o medio-hermanos, quienes heredaban por cabezas, con la misma limitación del derecho de representación expuesto para los hermanos germanos[1042].

Por último, si no existiera ninguna persona en las citadas categorías de herederos venían llamados, en virtud de la *successio graduum*, los demás parientes colaterales sin límite, en razón de su vínculo cognaticio, siendo preferido el de grado más próximo, quienes sucedían *per capita* sin derecho de representación[1043].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[1041] P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 55.

[1042] *Nov.* 118, 3. J.C.KOCH, *Successio ab intestato civilis, op.cit.*, pp. 142 y ss.; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 147; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 507 (nota 8); B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 231 y ss.; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 725; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 798; P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, p. 55; M.KASER, *Das Römische Privatech, II, op.cit.*, (apéndice 1975), pp. 511-512; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 380; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, op.cit.*, p. 78.

[1043] *Nov.* 118, 3, 1. *Vid.* J.C.KOCH, *Successio ab intestato civilis, op.cit.*, pp. 156 y ss.; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 147; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, pp. 147-148; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, p. 232; E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 726; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 799; P.VOCI,

Asimismo, otra clase de heredero a tener en consideración era el cónyuge *supérstite*, quien como afirma Arangio-Ruiz[1044] no estaba comprendido entre los sucesores según la Novela 118, debiendo limitarse a la concesión que el pretor le otorgaba después de los cognados a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, siempre que el matrimonio fuese válido y no existiese separación de hecho. Con relación al derecho civil aplicable en este supuesto, con anterioridad a la Novela 118, los agnados precedían al cónyuge *supérstite* sin limitación, y los cognados hasta el sexto grado, excepcionalmente incluso hasta el séptimo, sin embargo, una vez promulgada la Novela 118 incluso el cognado más remoto precedía al cónyuge sobreviviente, por lo que debemos destacar la situación negativa en que quedaba el mismo[1045] .

Continuando la misma idea, en la legislación de las Novelas se hacía referencia a la prioridad de los vínculos sanguíneos incluso en las relaciones serviles, por lo que se encontraba regulada la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Diritto ereditario romano, II, op.cit., p. 55; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 380; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, p. 836; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 422; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 716.

[1044] V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 544.

[1045] Respecto al cónyuge pobre se recomienda el estudio de la Novela 53.6 del año 537 y 117, 5 del año 542. *Vid.* A.MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Arch. Giur., XL, op.cit.*, p. 226; A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 516 (nota 2); E.CUQ, *Manuel des Institucions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 726 (nota 2); S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, p. 575; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 536; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 799; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 380; J.IGLESIAS, *Derecho Romano, op.cit.*, p. 423.

sucesión del liberto declarando heredero al patrono únicamente en el supuesto de morir sin hijos, pues la existencia de un solo hijo excluía al mismo[1046].

4.- La influencia del sistema de las Novelas en la regulación del acrecimiento

Con el fin de realizar una exposición clara respecto del reflejo que tuvo la normativa que era aplicable respecto al acrecimiento a partir de la promulgación de las Novelas por Justiniano debemos comenzar por afirmar que la delación sucesiva, admitida entre los legítimos en un primer momento en casos limitados, fue extendida a lo largo del tiempo por las distintas disposiciones legislativas a la generalidad de supuestos posibles en el derecho hereditario.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, como establece Dernburg[1047] la delación sucesiva no estaba expresamente prescrita en la Novela 118, si bien

[1046] C. 6, 4, 4; I. 3, 7, 3. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 184 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, pp. 575-576; P.DOMÍNGUEZ TRISTÁN, "*Bonorum possessio dimidiae partis ab intestato ex edicto*: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", *op.cit.*, pp. 167-168.

[1047] A.DERNBURG en *Pandette, III,* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 508 y ss.; este autor asimismo introduce a este respecto la cuestión de la polémica sobre si se debe interpretar la delación sucesiva dentro de la Novela 118 según los principios del anterior derecho sucesorio, o por el contrario, se debe tener en cuenta el espíritu de la disposición justinianea, en este sentido, sostiene que la mayor parte de la doctrina se muestra favorable a

por razones de oportunidad, equidad y debido al desarrollo histórico del Derecho romano, un instituto originario de la *bonorum possessio* fue, incluso antes de la promulgación de la citada Novela, aplicado a las clases de sucesores del derecho sucesorio civil[1048].

A este respecto, confirma la influencia de la generalización de la delación sucesiva en todos ámbitos de la herencia en la verificación del *ius adcrescendi* Perozzi[1049] cuando afirma que en la sucesión intestada establecida por Justiniano tenía lugar en todas las clases de parientes incluido el cónyuge *supérstite* la *successio graduum et ordinum*, esto es, como en cualquier otro caso de sucesión en la vocación se hacía referencia a la delación sucesiva.

La dificultad surgía cuando una parte de la herencia quedaba libre y se debía resolver como darle solución; a este

esta última tendencia, así, se debe admitir que la llamada sucesiva en todas la clases de herederos funcionaba desde el grado más próximo al más lejano y únicamente se pasaba a la clase siguiente en el supuesto de agotamiento de la anterior, lo que se denomina *successio graduum et ordinum*. A este respecto, algunos autores niegan la *successio graduum* en los descendientes, de tal manera que cuando un hijo llamado a la herencia no se hacía heredero no tenía lugar la llamada a sus descendientes, sino que se llamaba a los ascendientes o a los colaterales, lo que traía su apoyo en el antiguo derecho que afirmaba que en la clase de los *unde liberi* no existía la *successio graduum, vid.* K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II, op.cit.*, pp. 62 y ss., así como L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette, III, op.cit.*, p. 152 (nota 2) y los autores citados en esta última nota. Sin embargo, para A.DERNBURG esta razón histórica no debe ser traspasada a los descendientes de la Novela a tenor de la lectura del capítulo primero de la misma, a pesar de lo cual, hay autores que cuestionan la *successio graduum* para los hijos de hermanos y hermanas en la segunda y tercera clase.

[1048] I. 3, 2, 7.

[1049] S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit*, pp. 600-601(nota 1).

respecto**,** la tesis de Perozzi comienza afirmando dos soluciones posibles al supuesto de una cuota dejada vacante por uno de los llamados que podía ser asignada en virtud de la delación sucesiva o del acrecimiento pero siempre tomando en consideración el momento de la delación y no el de la adquisición[1050]; en esta situación se plantea una polémica sobre que instituto, entre los dos citados, resultaba de aplicación en este caso, en este sentido, Perozzi presenta la cuestión de que hacer si después de abierta la sucesión viniese a faltar un hijo entre cuatro llamados, en este supuesto, la doctrina oscila entre defender que la cuota vacante del hijo acrecía a sus tres hermanos, o en caso contrario, afirmar que la citada parte que había quedado libre debía devolverse a los hijos del hijo, pues se debía tener en consideración que los mismos hubiesen sido llamados a esta cuota junto a sus tíos *supérstites* en el supuesto de que su padre ya estuviese muerto a la apertura de la sucesión.

Presentada la cuestión debemos trasladar este supuesto a la totalidad de casos posibles, así, se puede concretar el tema en decidir que sucedía cuando existían varias personas llamadas *in solidum* en una de las clases hereditarias establecidas en las Novelas, y después de abierta la sucesión faltaba alguna de ellas provocando con ello que una cuota quedase vacante, sin olvidar que según la normativa hereditaria si dicho sujeto hubiese faltado

[1050] K.A.VANGEROW en *Lehrbuch der Pandekten, II, op.cit.*, pp. 68-69, realiza una exposición al respecto de la transcendencia que tiene la cuestión del momento jurídico a tener en consideración a la hora de aplicar el acrecimiento a la delación sucesiva en el sistema hereditario romano, en este sentido, cabe destacar la prelación de autores citados en la citada obra.

con anterioridad a la apertura de la sucesión otras personas hubiesen concurrido en representación del mismo junto a los primeros llamados.

En este sentido, como afirma Perozzi resolver esta cuestión es difícil a causa del silencio de las fuentes, por lo que se limita a exponer las dos soluciones opuestas que se pueden tomar, así, sostiene que si se toma en consideración que la Novela 118 no modificó el antiguo derecho a pesar de reformar la sucesión de los parientes, se debe manifestar la prioridad del acrecimiento; por el contrario, si se asume el espíritu de la Novela 118 debemos decidirnos por la delación sucesiva.

Para dar solución a esta polémica, debemos comenzar por exponer la tesis de Vaccaro[1051] quien sostiene que la delación sucesiva, desde sus comienzos hasta la etapa jurídica que nos ocupa encontraba su límite natural en la aplicación del *ius adcrescendi*, por lo tanto, únicamente en el caso de que se hubiese agotado el campo de acción del mismo se procedía a llamar a los sujetos que pertenecían al siguiente grado u orden, tomando como fundamento

[1051] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, pp. 46-47. Se manifiestan asimismo a favor de la preferencia del derecho de acrecer J.C.KOCH, *Successio ab intestato civilis*, *op.cit.*, pp. 160 y ss.; F.MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, *VII*, *op.cit.*, pp. 430 y ss.; A.THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts, IX*, Jena, 1846, pp. 188 y ss.-204 y ss.; H.BAUMEISTER, *Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg*, *II*, Hamburg, 1856, pp. 394 y ss. ; K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten, II*, *op.cit.*, p. 64**;** K.F.A.KÖPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, *op.cit.*, p. 411; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 208; A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX*, *op.cit.*, p. 303; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 418-419.

de su opinión la normativa aplicable en las distintas fase del nuevo Derecho romano civil, así, su tesis en el senadoconsulto Tertuliano se encontraba recogida en D. 38, 17, 2, 14, para el senadoconsulto Orficiano se puede consultar D. 38, 17, 1, 9 y por último, en las constituciones imperiales hay que hacer referencia a C. 6, 58, 15, 3a.

En este sentido, Vaccaro[1052] opina que esta afirmación se puede justificar en el carácter necesario del acrecimiento así como en la función misma de la delación sucesiva, cuya finalidad sería equivalente a la pretendida con nuestro instituto y, era precisamente esta aseveración la que informaba el hecho de que en el nuevo sistema sucesorio que nace con las Novelas 118 y 127 se reafirmase tal teoría.

Esta opinión, viene recogida por Guarino[1053] cuando asume la teoría de Vaccaro, al sostener que es precisamente la relevancia de la tendencia histórica de dar prioridad al acrecimiento sobre la delación sucesiva lo que permite afirmar que incluso en las Novelas, en las que no se hace referencia expresa al *ius adcrescendi,* el mismo tuviese aplicación preferente.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[1052] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 47.

[1053] A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX*, *op.cit.*, p. 303.

Con relación a esta cuestión, afirma Biondi[1054] que los principios del *ius civile novum* no fueron modificados en las citadas Novelas cuya promulgación tuvo como finalidad disciplinar orgánicamente la cuestión de la sucesión *ab intestato*, si bien tal idea, como reconoce el autor italiano no tiene apoyo en los textos, por lo que debido al silencio de la ley era necesario dilucidar la intención del legislador, que quedaba poco clara en las fuentes, lo que facilitaba que pudiese ser interpretada por la doctrina tanto en un sentido como en otro.

Vaccaro[1055] conocedor de esta circunstancia y precisamente con fundamento en ella, afirma que no se puede dar una respuesta a la cuestión sino argumentándola sobre la tradición precedente, que no resultaba desmentida por la nueva legislación, así, Justiniano tanto en el Digesto como en el Código concedía prioridad al *ius adcrescendi* sobre la *successio graduum*, y si su voluntad hubiese sido modificar el antiguo sistema de acrecimiento así lo habría expresado en su compilación, y como esta circunstancia no queda patente Vaccaro viene a sostener con relación a esta cuestión que "in realta nulla vole modificare in proposito" .

Así, podemos concluir la teoría de Vaccaro afirmando que el derecho de acrecer tenía su verificación en esta etapa del Derecho romano como continuación a la legislación que respecto a nuestro

[1054] B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 208; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 419.

[1055] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, *op.cit.*, p. 47.

instituto regía en el derecho sucesorio intestado desde antiguo, si bien, la situación fue cambiando al tomar en consideración los nuevos principios que habían ido creándose a lo largo de tiempo por razones de equidad y oportunidad, como respuesta a los cambios producidos en la sociedad romana.

Esta última afirmación trajo como consecuencia que la tendencia a hacer prevalecer la delación sucesiva en opinión de Vaccaro[1056] apareciera más tarde, en el ámbito del derecho común, como respuesta a una exigencia generalizada del sistema y, con justificación en el aparente silencio de las fuentes, lo que le lleva a aseverar que para los romanos esta cuestión no llegó a plantearse en ningún momento de su extensa tarea como legisladores.

En este orden de ideas, Scognamiglio[1057] sostiene respecto a la aplicación o no del acrecimiento que para manifestar su opinión a favor de nuestro instituto basta con fundamentar un único punto que adquiere un significado decisivo, en concreto, afirma que la naturaleza particular de la sucesión romana se explica sobre todo en la atribución al heredero, ya legítimo o testamentario, de un derecho sobre el total de la herencia que viene a inspirado en una estricta visión del sistema sucesorio romano que sigue una

[1056] R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 47. En el mismo sentido se expresa B.BIONDI en *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 419 cuando afirma que la voluntad de otorgar prioridad a la delación sucesiva no fue contemplada sino hasta con posterioridad al derecho de las Novelas. *Vid.* A.GUARINO, recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI, IX, op.cit.*, p. 303.

concepción personalista más que patrimonial de la herencia, por lo tanto, el acrecimiento debía ser verificado incluso en el derecho justinianeo, en el cual únicamente cabían algunas particularidades por la aplicación excepcional de *ius trasmissionis*[1058] y de la *successio graduum*, no obstante, en este último caso la pretendida innovación en la regla general de aplicación del *ius adcrescendi* ha sido objeto de múltiples discusiones en la doctrina.

Con relación a esta cuestión, debemos destacar la tesis de Bonfante[1059] recogida en su Commentario alle Pandette, a la que se vincula Vaccaro, y que viene a manifestar que es más justa la opinión que defiende la preferencia del acrecimiento sobre la *successio graduum* incluso en el derecho justinianeo, así, en opinión de Bonfante, la herencia romana era sólo indirectamente una adquisición patrimonial pues directamente su función se concretaba en atribuir el título de heredero, por lo tanto, respecto al derecho de acrecer, aquél a quien le había sido atribuida desde un principio tal cualidad tenía derecho al patrimonio, pues únicamente este sujeto era llamado a la cuota que había quedado vacante impidiendo la adquisición sucesiva de otras personas que no habían sido llamados contemporáneamente; así, en el conflicto entre derecho de acrecer y *successio graduum* entran en polémica dos opciones opuestas en función del concepto de herencia romana, la

[1057] R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, *op.cit.*, pp. 21 y ss.

[1058] C. 6, 30, 1, 19.

[1059] F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, *op.cit.*, p. 618 (nota b comentada por P.BONFANTE).

primera de ella hace referencia a que el acrecimiento continuaba lógicamente los principios fundamentales del Derecho romano, sin embargo, la delación sucesiva, que contaba como fundamento la justicia intrínseca del instituto estaba destinada a remover los citados principios según la nueva finalidad patrimonial de la herencia, ahora bien, esta última tendencia no había vencido aún en el sistema justinianeo, por lo que se debe afirmar que no había encontrado su expresión legislativa debiendo como conclusión aceptar la preferencia del *ius adcrescendi*.

Sin embargo, el mismo Bonfante[1060] sostiene la teoría contraria en su obra posterior Corso di Diritto Romano "Le successioni", mostrándose a favor de la opinión mayoritaria de la doctrina al establecer como una limitación del acrecimiento, en cuanto que cede a una superior razón de preferencia, la *successio graduum*, por lo que el derecho de acrecer debía inclinarse desde el derecho justinianeo, en la sucesión intestada, ante la delación sucesiva.

La doctrina romanística a la que se hace referencia se muestra a favor de la preferencia en el derecho de las Novelas de la delación sucesiva sobre el acrecimiento[1061].

[1060] P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, *op.cit.*, p. 338.

[1061] Sostienen la preferencia de la delación sucesiva, W.FRANCKE, *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, I*, Göttingen, 1828, pp. 167 y ss.; C.J.M.VALETT, *Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes insbesondere für akademische Vorlesungen, III*, Leipzig, 1829, p. 205; R.FITTING, "Zur lehre vom Anwachsungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis, LVII*, *op.cit.*, p. 160; F.REGELSBERGER, recensión a R.LEONHARD,

Esta opinión es recogida por Sanfilippo[1062] cuando afirma que, en las llamadas establecidas en las Novelas las diferentes cuotas que pertenecían a varias estirpes no se comunicaban unas con otras, esto es, si el cabeza de familia de una de ellas había fallecido en el momento de abrir la sucesión, la cuota que le pertenecía no acrecía a aquéllas de igual grado sino que era atribuida a los descendientes del heredero premuerto llamados en representación del mismo.

A este respecto, hacemos referencia a la teoría de Dernburg[1063] que sostiene la existencia de un derecho general de acrecer entre los sucesores intestados, si bien añade lo que el autor denomina derecho de acrecer especial entre los parientes que sucedían en conjunto a una cuota que había sido dividida por estirpes.

A partir de estas premisas del régimen general, Dernburg se cuestiona que hacer si surgía la necesidad de asignar una cuota vacante, esto es, si bien tenía lugar el acrecimiento de forma inmediata o si debía darse ya prioridad a la delación sucesiva; a este respecto, este autor sostiene que según el antiguo derecho

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Versuch einer Entscheidung der Streitfrage ueber den Vorzug der *successio graduum* vor dem Accrescenzrechte nach roemischem Rechte : eine Gelegenheitsschrift, Halle, 1874 en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XVII*, 1875, pp. 265 y ss.; J.MERKEL, *Die lehre von der successio graduum unter intestaterben, op.cit.*, pp. 59 y ss.; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, pp. 380-381.

[1062] C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano, op.cit.*, p. 380.

[1063] A.DERNBURG, *Pandette, III* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 510 y ss.

debía actuar el derecho de acrecer[1064], sin embargo, la verificación de la llamada sucesiva a la cuota vacante cumplía en mayor medida tanto el espíritu de la Novela 118 como el principio de equidad, lo que le lleva a manifestarse a favor de la aplicación del acrecimiento sólo en el supuesto de que no fuese posible la delación sucesiva o, cuando los llamados sucesivamente no adquiriesen la porción que les era deferida[1065]; en este sentido, debemos tomar en consideración que, tanto en un caso como en el otro, se debía atender al momento de la llamada y no al de la adquisición pues era la delación quien atribuía el derecho de adquirir una cuota determinada.

En el mismo orden de ideas, debemos hacer referencia a la opinión favorable a la prioridad de la delación sucesiva sostenida por Windscheid[1066] ya apuntada en un capítulo anterior, en este

[1064] I. 3, 9, 9.

[1065] A.DERNBURG en *Pandette, III* (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 511 (nota 4), destaca que esta cuestión tiene importancia en la práctica en tres diferentes supuestos, así, en primer lugar plantea una herencia que era deferida a varios hijos del *de cuius*, donde un hijo moría antes de la adquisición de la herencia o la rechazaba mientras los otros adquirían la parte que les pertenecía, de tal manera que, este autor presenta la disyuntiva de qué hacer, o bien la cuota del hijo fallecido pasaba a sus hijos o bien acrecía a los hermanos y hermanas del hijo; en segundo lugar se encuentra el supuesto de que el difunto hubiese dejado un hermano, su padre y su abuelo, heredando en conjunto el padre y el hermano, ahora bien, si el primero moría antes de la adquisición la cuestión pasaba por decidir si su parte acrecía al hermano del difunto o bien le era asignada al abuelo por delación sucesiva, ya que si no hubiese existido el padre, el abuelo y el hermano hubiesen sido llamados juntos; por último, si la herencia era deferida a un hermano y al hijo de un hermano muerto, si el hermano fallecía antes de la adquisición, dejando a su vez hijos, debemos plantearnos si su parte venía dada a estos hijos, o bien le acrecía al hijo del otro hermano premuerto llamado solidariamente con el segundo hijo desde el principio.

[1066] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, III, op.cit.* p. 234 (nota 5) y 235 (nota 6). Asimismo para lo tesis mantenida por este autor *vid. supra* el

sentido, establece que así como el acrecimiento era excluido por la sustitución, asimismo podía serlo por la delación sucesiva.

Para sostener esta teoría Windscheid toma como un punto relevante la Novela 118, y a tenor de dicha disposición trata de dilucidar la voluntad de Justiniano respecto de que hacer con la cuota hereditaria dejada vacante, así, manifiesta que en su opinión el emperador no habría excluido a nietos o a hijos de hermanos a favor del tío o de la tía, lo que en consecuencia venía a significar que tampoco era verosímil que hubiese otorgado tanta importancia al principio que eliminaba al más lejano en grado, ya fuese que esta circunstancia apareciese antes o después de la muerte del heredero premuerto; con relación a esta cuestión también cabe hacer referencia a los efectos prácticos que derivaban de su tesis y que nos sirven para complementar su opinión al respecto de la cesión del *ius adcrescendi* ante la delación sucesiva, así, este autor afirma que la vocación sucesiva no tenía efecto a la hora de hacer la división de cuotas hereditarias, de tal manera que no se modificaba el modo de realizar el reparto, y si concurrían a la herencia hermanos, hermanas y ascendientes, la cuota correspondiente a los primeros no cambiaba en el supuesto de que faltase el ascendiente y entrase un número mayor de ascendientes más remotos en su lugar, de igual manera, si los hijos de hermanos y hermanos eran llamados en concurso con hermanos y hermanas del difunto y, en el puesto de éstos últimos, por cualquier causa, entrasen sus hijos, la división por estirpes no se transformaba en división por cabezas, *a fortiori*,

capítulo referido al acrecimiento y la *successio in graduum* en el ámbito de la *bonorum possessio* pp. 592 y ss.

toma como argumento principal la negación a que el Derecho admitiese como consecuencia de la aparición de otro llamamiento la revocación de un reparto de la herencia que ya se había establecido.

Sostiene de igual manera la preferencia de la *successio ordinum et graduum*, y por lo tanto, de la delación sucesiva Volterra[1067] aun con un fundamento diferente a los autores anteriores, así, tomando en consideración la compilación justinianea sostiene que el emperador derogó el antiguo sistema sucesorio vigente respecto a los agnados, en el cual si el más próximo no aceptaba la herencia no se pasaba la llamada a los otros agnados, lo que venía a concluir la delación sucesiva para esta clase de herederos, sin embargo, ya que todavía existían numerosas normas contrarias a esta idea fue necesario hacer una reordenación de la materia. Esto fue llevado a cabo por las Novelas 118 y 127 en las que se plasmaron las nuevas tendencias al respecto de la sucesión intestada, fundiendo el *ius civile* con la *bonorum possessio* y, donde Justiniano instauró cuatro clase de herederos siendo el más próximo en grado llamado a la sucesión, ocurriendo que en el supuesto de ausencia o renuncia de uno de éstos primeros herederos la delación pasaba al grado sucesivo dentro de la misma clase, verificándose en su caso el derecho de representación correspondiente, por último se pasaba a la siguiente clase cuando no quedaban más sujetos en la precedente.

[1067] E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.* p. 798.

5.- Conclusiones

5.1.- El *ius adcrescendi* en el derecho posclásico y en el derecho de Justiniano anterior a las Novelas

La reforma de la normativa hereditaria desde la etapa posclásica hasta la anterior a las Novelas y, en concreto la referida al sistema de llamamientos hereditarios y a la delación sucesiva, si bien fragmentaria y repleta de contradicciones continuaba con las dos ideas básicas que fundamentaban en dicho tiempo la legislación sucesoria, la primera de ellas estaba destinada a acortar la distancia que separaba la herencia de la *bonorum possessio*, y la otra se centraba en desarrollar en mayor medida la corriente que afirmaba la prioridad de la parentela natural, esto es, de la *cognatio* sobre la antigua familia agnaticia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, en virtud de las diversas revisiones legislativas debemos sostener que, en el derecho posclásico y con claridad en el justinianeo anterior a las Novelas eran llamados a la herencia en la clase de los *liberi*, junto con los sujetos que en derecho clásico ya pertenecían a dicha categoría, todos los llamados por la nueva regulación civil, esto es, alcanzaba a los *sui*, a los emancipados y en general a todos los descendientes del *de cuius*.

Respecto de las otras clases de herederos, en los *legitimi* vuelven a ser incluidos todos los llamados por ley incluyendo a los

descendientes, ahora bien, a este escenario hay que sumar el traslado de los parientes más próximos desde la clase de los *cognati* a los *legitimi* con el sustancial aumento de sujetos pertenecientes a esta última clase de herederos, pues se tomaba en consideración incluso la *cognatio* en línea colateral, así como los derechos de sucesión al padre de los hijos naturales que cumpliesen los requisitos para legitimar su situación y las nuevas ventajas concedidas a la madre centradas en la derogación del *ius liberorum* y, en la preferencia de la madre a la sucesión frente a todos los *legitimi* a excepción de los hermanos y hermanas de su hijo fallecido, *a fortiori*, se llegó a asumir por Justiniano que en el reparto de la herencia del hijo, cuando habían quedado la madre y hermanos, aunque éstos últimos tuviesen únicamente lazos de cognación, se tuviese en consideración a la madre, con la particularidad que suponía una cuestión presentada anteriormente, y que se concretaba en que si quedasen sólo hermanas del difunto junto con su madre se dividía la herencia por mitad, correspondiendo a la madre una mitad por las antiguas leyes y, a todas las hermanas la otra mitad, pero si la madre concurría con hermanos y hermanas el reparto se hacía por cuota viriles no pudiendo la madre reclamar más cantidad.

Respecto a la situación del padre emancipador Justiniano ordena en el *Codex* que si quedaban hermanos y el padre, los primeros recibieran la nuda propiedad de la herencia y el padre el derecho de usufructo de los mismos; ahora bien, si además entraba en juego la madre del fallecido se tenía en cuenta en primer lugar si el hijo era *sui iuris* o estaba *in potestate*, así, en el primer supuesto

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

los bienes de la herencia la recibían los hermanos mientras que la madre y el padre tomaban a partes iguales el usufructo de dos tercios de los mismos, en el segundo caso, a la sucesión del *filiifamilia* acudía la madre junto a los hermanos quedando al padre el usufructo sobre este patrimonio del que ya gozaba en vida del hijo.

Así, podemos concluir que como afirma La Pira la categoría de los *legitimi* se vió ampliada hasta alcanzar a aquella de los *cognati* más próximos, en concreto, el cambio afectaba principalmente a la madre, hermanos emancipados, o colaterales del sexo femenino, y todo ello en virtud de las nuevas disposiciones legislativas que comenzaron con los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

Todos estos cambios, si bien modificaron de manera importante el orden de llamadas clásico a la sucesión intestada, no alteraron en absoluto los presupuestos básicos necesarios para la aplicación del acrecimiento, esto es, la posibilidad de hacer un llamamiento solidario sobre un mismo objeto y la aparición, por cualquier causa, de una cuota vacante.

Por el contrario, sí tuvo su influencia en la verificación del *ius adcrescendi* en la etapa que nos ocupa la nueva regulación de la delación sucesiva.

En este sentido, conforme al trabajo del pretor se concedió en primer lugar la delación sucesiva a favor de los cognados, no obstante, el derecho pretorio insistía en negar este beneficio en el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

orden de los *legitimi*, de tal manera que continuaba en vigor el principio *in legitimis non est successio*, sin embargo, esta situación fue modificada desde el momento en que esta clase de herederos sumaba a sujetos que conformaban la parentela consanguínea, que como ha quedado establecido, ya tenían desde antiguo admitida la delación sucesiva.

Así, se puede sostener que la delación sucesiva entre los *legitimi* se encontraba admitida desde el *ius civile novum*, esto es, a partir de la promulgación del senadoconsulto Tertuliano y más tarde desde el Orficiano, situación que vino a ratificar más adelante Justiniano, cuando con la intención de corregir una imperfección del *ius honorarium* dictaminó que el principio de la delación sucesiva, negado por el pretor en la categoria de los *legitimi* debía ser otorgado a los mismos cuando esta clase de herederos alcanzaba a diversos grados de parientes que con anterioridad pertenecían a la clase de los cognados.

Además, el trabajo del pretor debió favorecer en el mismo sentido del expuesto para los cognados a la clase de los agnados continuando su labor desarrollada en el *ius honorarium*, pues como afirma Voci el pretor ya había contemplado la justicia de esta cuestión de tal manera que el agnado en derecho clásico también tenía la posibilidad, cuando estaba legitimado de disponer del beneficio de la delación sucesiva mediante la concesión de la *bonorum possessio unde cognati*, hasta que finalmente Justiniano culminó la legislación promulgando una constitución en la que por inspiración de humanidad y sobre el derecho de patronato se

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

afirmaba que no debía denegárseles la sucesión en la herencia de los agnados pues era absurdo que el derecho abierto por el pretor a los cognados fuese negado a los agnados, sobre todo porque con relación a las tutelas, faltando el primer grado, sucede el siguiente.

Así, es precisamente la derogación del principio clásico que negaba la delación sucesiva en la clase de los legítimos el cambio en la nueva legislación que más influencia tuvo en las opciones de aplicación del acrecimiento en la etapa del Derecho romano que nos ocupa.

A este respecto, debemos mostrarnos a favor de la tesis de Vaccaro y Biondi quienes sostienen todavía la prioridad del derecho de acrecer sobre la delación sucesiva como venía sucediendo desde el derecho clásico, esto es, con fundamento en C. 6, 58, 15, 3a se debe asegurar que se pasaba del grado precedente al siguiente –lo que se denomina como *successio graduum*– únicamente cuando los sujetos que conformaban el grado precedente no hubieran o no pudieran aceptar la herencia, pues existiendo uno sólo de ellos que aceptase los bienes hereditarios recibía vía *iure adcrescendi* la cuota o cuotas que hubiesen quedado vacantes, quedando la reordenación del derecho sucesorio de Justiniano con relación a la admisión de la delación sucesiva limitada a que todos los sucesores de uno de los grados hubiesen, por cualquier causa, desaparecido desde el punto de vista del derecho hereditario, pasando entonces y sólo en dicho caso al grado siguiente.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

5.2.- La verificación del derecho de acrecer a partir de la reforma de las Novelas 118 y 127

Con la promulgación por Justiniano en el 543 y el 548 de las Novelas 118 (*Authenticum* 113) y 127 se dió solución a la confusión existente hasta ese momento en el derecho hereditario a causa de la diversidad de normas que regulaban dicho ámbito del Derecho romano, pues en las mismas se formulaba un sistema completo y único en la sucesión *ab intestato* según dos principios que tomaban ahora verdadera relevancia a pesar de ser conocidos desde el derecho posclásico, así, en esta nueva regulación se elimina el derecho agnaticio a favor de la cognación, se igualan los derechos de hombres y mujeres a la herencia de los suyos y, finalmente se decretan los mismos efectos sucesorios del parentesco de la mujer respecto al del hombre.

En la regulación que establecían estas Novelas se determinaba con claridad una sucesión gradual, donde la prioridad de los más próximos en grado era la pauta que permitía la asignación y división de cuotas en la herencia intestada; en este orden de ideas, eran reconocidas cuatro clases de sucesores definidas como compartimentos estancos, de tal manera que si todos los sujetos que conformaban la primera de ellas no querían o no podían aceptar la delación pasaba a la clase siguiente, *a fortiori*, la llamada dentro de una de esta categorías alcanzaba desde los parientes de grado más próximo a los más remotos, lo que venía a significar la aceptación de la *successio ordinum et graduum*, según el espíritu que informó

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la reforma de las Novelas como continuación a aquél que ya regía en la concesión de la *bonorum possessio* que hacía el pretor.

Para cumplir esta idea, en primer lugar la delación hereditaria era ofrecida a los descendientes sin distinción de sexo ni de situación familiar, aplicando el principio del derecho de representación, dividiendo la herencia entre los sujetos de igual grado por cabezas y los de distinto *per stirpes*.

En segundo lugar, se llamaba a ascendientes y hermanos germanos. Entre los ascendientes –quienes perdían con la regulación de estas Novelas el derecho de usufructo de los bienes de sus descendientes con la adquisición de una cuota de la herencia del mismo– se sucedía por grados dividiendo la herencia por cabezas y por línea, esto es, la mitad de los bienes para la línea paterna y la otra mitad para la materna, se excluía el derecho de representación, si bien cuando había concurrencia con hermanos adquirían cada uno de los llamados una porción viril. Cuando la sucesión afectaba únicamente a hermanos germanos la división se producía por cabezas, con un derecho de representación limitado a los descendientes directos que heredaban por estirpes y, de igual manera se actuaba cuando los llamados a la herencia eran ascendientes e hijos de hermanos germanos fallecidos.

A continuación y ante la falta de los herederos anteriores, los bienes de la herencia se ofrecían a los hermanos de una sola línea o medio-hermanos, dividiendo la herencia por cabezas, y con un derecho de representación limitado a las mismas reglas que en el supuesto de hermanos germanos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En último lugar, estaban los demás parientes colaterales sin límite, con la única justificación de su vínculo cognaticio, quienes sucedían *per capita* sin derecho de representación.

No cabe hacer referencia aquí al cónyuge *supérstite* y a los derechos de patronato pues no varían en absoluto nuestra tesis al respecto del acrecimiento además de no ser citados en la redacción de las Novelas.

Respecto a nuestro instituto, al igual que hemos afirmado anteriormente, todos estos cambios producidos por la regulación de las Novelas en el orden de llamamientos a la sucesión *ab intestato*, no tenían influencia en la aplicación del *ius adcrescendi*. No obstante, como también ocurría con anterioridad a la redacción de estas disposiciones, sí podía ejercer influencia en la regulación del acrecimiento la cada vez mayor relevancia de la delación sucesiva en el derecho sucesorio romano, lo que fue debidamente recogido en estas normas.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Trasladando esta afirmación al sistema establecido en las Novelas, se debe establecer como premisa el hecho de que la delación sucesiva no estaba expresamente prescrita en la Novela 118, pero desde mucho antes de su promulgación era tomada en consideración a la hora de realizar un reparto de bienes hereditario en el sistema civil. Así, queda establecido por la doctrina que en la reforma llevada a cabo por Justiniano sobre la sucesión intestada la *successio graduum et ordinum* se aplicaba en todas las clases de sucesores.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es la doble posibilidad que se presentaba para dar solución a un mismo supuesto de hecho, así, vamos a intentar dar respuesta comenzado por plantear el caso típico a resolver por la normativa sucesoria romana de la época, en este sentido, tenemos una sucesión intestada, con varios sujetos pertenecientes a una clase hereditaria establecida en las Novelas llamados en conjunto a la misma, en la cual una vez abierta la sucesión, uno de dicho sujetos quedaba fuera y como consecuencia su cuota libre. Además, como premisa hay que plantear que para responder a la pregunta sobre a quien o quienes debían asignarse la cuota vacante se debe tener en consideración que si esta circunstancia tenía lugar antes de la apertura de la sucesión –supuesto de premoriencia— los sucesores del sujeto desaparecido heredaban en virtud del derecho de representación en concurrencia con los llamados en primer lugar.

Una vez clara la situación jurídica a la que se debía dar respuesta, debemos mostrarnos de acuerdo con Perozzi cuando sostiene la dificultad para resolver dicha cuestión, pues la falta de información existente al respecto en las fuentes conlleva una compleja tarea a la hora de teorizar sobre la manera de resolver este problema, que oscila entre asumir que la Novela 118 si bien estableció un orden de sucesión diferente no modificó el antiguo derecho, continuando por lo tanto la prioridad de derecho de acrecimiento, o afirmar que por el contrario, precisamente ese cambio en las clases de sucesores denotaba que el espíritu de la Novela 118 favorecía esencialmente los derechos de estirpe

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

fundamentados en los vínculos de sangre por lo se debía entender que la preferencia la tenía la delación sucesiva.

Para dilucidar esta disyuntiva existen dos corrientes romanísticas que muestran opiniones contrarias al respecto de otorgar la prioridad a uno u otro instituto.

La primera de ellas viene a ser sostenida por la mayoría de los autores de la doctrina, entre los que se cuenta Dernburg, Sanfilippo, Bonfante y, proponen a la delación sucesiva como una limitación del *ius adcrescendi* quedando este último relegado debido a una superior razón de preferencia a la *successio graduum*, pues con la verificación de la llamada sucesiva se estaba asumiendo el espíritu de la Novela 118 así como el principio de equidad; en este sentido, esta tesis únicamente daba la posibilidad de aplicar el acrecimiento cuando no fuese posible la delación sucesiva o, cuando los beneficiados por la misma no adquiriesen la porción que les correspondía, aplicándose uno u otro instituto siempre atendiendo al momento de la llamada y no al de la adquisición.

Era precisamente esta idea la que informaba la regulación de las Novelas 118 y 127 así como el nuevo orden de llamadas en el cual se asignaban las cuotas por estirpes y con admisión del derecho de representación, formando las cuotas que pertenecían a cada una de las estirpes compartimentos estancos por lo que no se comunicaban unas con otras, de tal manera que si la parte del cabeza de familia quedaba libre no acrecía a los herederos de igual grado sino que pertenecía a los descendientes del heredero que había faltado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis es defendida asimismo Windscheid argumentando que Justiniano, en función de las normas que había dictado a lo largo de su reinado y no sólo en las Novelas, ante una situación de vacancia de una cuota antes o después de la muerte del *de cuius*, no parece que deseara apartar de la herencia a nietos o a hijos de hermanos a favor del tío o de la tía y, en el mismo sentido, tampoco debía acoger con la rigidez antigua el principio que eliminaba al más lejano en grado, en resumen, afirma la admisión de la *successio ordinum et graduum*, además, fundamenta su opinión a favor de la prioridad de la delación sucesiva en que esta última no suponía la modificación del reparto de cuotas, lo que concuerda a la perfección con el principio de seguridad del Derecho que también estaba vigente en el Derecho romano y que no permitiría que debido a un nuevo llamamiento se revocase un reparto ya realizado.

Estas mismas normas justinianeas anteriores a las Novelas sirven a Volterra para sostener la preferencia de la *successio ordinum et graduum* ante el acrecimiento cuando una cuota de la herencia intestada quedaba vacante, así, cuando faltaba uno de los primeros llamados se llamaba al grado sucesivo dentro de la misma clase y, cuando no quedasen sujetos en ésta el derecho a suceder se trasladaba a la siguiente.

Esta teoría tiene a favor el hecho de que fue precisamente esta prioridad de la delación sucesiva en la sucesión intestada la que cristalizó en los distintos sistemas jurídicos nacidos del Derecho romano, *a fortiori*, es la normativa que recogen la mayoría de los Derechos civiles actuales, sin embargo, el dirimir que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

instituto, entre la delación sucesiva y el derecho de acrecer, era aplicable en la normativa que surgió a partir de las Novelas 118 y 127 de Justiniano debe hacerse siempre tomando en consideración la época que nos ocupa y no lo sucedido posteriormente en el derecho común, y todavía en menor medida en el pensamiento actual.

En este sentido, del estudio de estas disposiciones se deduce que si bien hacían referencia a la *successio ordinum et graduum*, en ninguno de sus fragmentos se deroga expresamente, es más ni siquiera se cita, el derecho de acrecer, que venía siendo aplicado generalmente en el supuesto de que una cuota quedase libre.

En conclusión debemos mostrarnos a favor de la teoría de Vaccaro y, por lo tanto, consideramos que en el sistema sucesorio romano, incluso durante la vigencia de las Novelas el derecho que nacía con la delación sucesiva era limitado por el *ius adcrescendi* y, sólo cuando no existiesen herederos entre los primeros llamados que pudiesen o quisieran recibir la cuota que había quedado libre se llamaba a los sujetos de siguiente grado u orden, así se cumplían con los presupuestos básicos para la verificación del acrecimiento en la sucesión *ab intestato*, esto es, primero estaba la llamada solidaria que se producía hacía los individuos que conformaban cada una de las cuatro clases establecidas por Justiniano en las Novelas y, en segundo lugar, una de las cuotas asignadas quedaba vacante, surgiendo entonces la necesidad de dar solución al problema de que hacer con la misma, cuestión que debía ser resuelta mediante nuestro instituto, por causa de su carácter necesario, tal y

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

como se venía realizando desde el derecho civil antiguo, en el nuevo *ius civile*, y en toda la época imperial incluso la justinianea

Así, aunque la delación sucesiva tenía la misma utilidad que el acrecimiento, esto es, evitar la vacancia de la cuota, como afirma Guarino la disposición histórica del Derecho romano de dar prioridad al segundo sobre la primera es lo que permite afirmar que incluso en el derecho nacido de las Novelas, donde como ha quedado establecido no se mencionaba el *ius adcrescendi*, ante un supuesto práctico donde se planteaban las circunstancias necesarias para tener que acudir a un instituto o al otro, debía darse aplicación preferente al acrecimiento, pues como afirma Biondi, los principios del *ius civile novum* no fueron modificados en las Novelas 118 y 127.

No obstante, ha quedado demostrado desde el principio de esta investigación la dificultad de resolver la cuestión que nos ocupa debido sobre todo al silencio de las fuentes respecto de cual era la decisión aplicable al caso, debiendo hacerse por lo tanto un complejo trabajo de interpretación sobre la intención del legislador.

Asimismo, seguimos la solución que da a esta cuestión Vaccaro en su teoría sobre el derecho de acrecer, en la cual sostiene que a pesar de no haber referencia en las Novelas al acrecimiento, se puede averiguar lo que quiso decir Justiniano en sus disposiciones siempre tomando en consideración el antiguo derecho, que no era desmentido en la nueva legislación ni en el Digesto o el Código y, donde se daba preferencia al *ius adcrescendi* sobre la *successio graduum*, por lo tanto, parece difícil aceptar que en un

trabajo tan importante como la compilación, si existiese la voluntad real de modificar el antiguo sistema de acrecimiento no hubiese quedado así reflejado, pues si bien es cierto que se habían creando nuevos principios más equitativos con la idea de familia consanguínea, esta idea todavía no fue recogida en toda la época de Justiniano, sino más tarde con la aparición del derecho común.

A este respecto, se ha tenido en consideración la opinión de Bonfante, quien aunque posteriormente adoptó la tesis general que afirmaba la prioridad de la delación sucesiva, en su intervención en el Commentario alle Pandette asume la polémica entre el derecho de acrecer y la *successio graduum*, que se producía desde el momento en que el primero continuaba los principios fundamentales del Derecho romano, mientras que la delación sucesiva estaba destinada a remover dichos principios, si bien esta última todavía no había logrado un lugar preferente en el sistema justinianeo, por lo tanto, en la etapa que nos ocupa se debe aceptar la prioridad del *ius adcrescendi*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ACCARIAS, C., *Précis de droit romain: contenant avec l'exposé des principes generaux, le text, la traduction et l'explicaton des Institutes de Justinien, II*, Paris, 1891.

ALBALADEJO, M., "La sucesión *iure transmissionis*", en *ADC*, 1952.

ALBALADEJO, M., "Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario", en *RDP, LXII*, 1978.

ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo 10.2*, Madrid, 1989.

ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, 14.1*, Madrid, 1989.

ALBANESE, B., "La successione ereditaria in diritto romano antico. I, Il *consorzio ercto non cito*. II. Il preteso condominio familiare nel diritto romano arcaico (D. 28, 2, 11)" en *Annali Palermo, XX*, 1949.

ALBANESE, B., "*Gai*. II, 34-37 *e l'in iure cessio hereditatis*", en *Annali Palermo, XXIII*, 1953 (=en *Scritti Giuridici, I*, 1991).

ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

ALBERTARIO, E., *"Conceptus pro iam nato habetur"*, en *BIDR, XXXIII*, 1923 (=en *Arch. Giur., IC*, 1928 y en *Studi di diritto romano I: persone e famiglia*, Milano, 1933).

ALBERTARIO, E., "Schiavitù e favor libertatis", en *Studi di Diritto Romano, I, "Persone e famiglia"*, 1933.

ALBERTARIO, E. "Da Diocleziano a Giustiniano" en *Studi di Diritto Romano V,* Milano, 1937.

ALBERTARIO, E., "Glossemi e interpolazioni pregiustinianee", en *Studi di Diritto Romano V*, Milano, 1937.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ALBERTARIO, E., "In tema di alterazioni pregiustinianee", en *Studi di Diritto Romano V: Storia, metodología, esegesi*, Milano, 1937 (versión anterior *BIDR, 1923*).

ALBERTARIO, E., *"Tituli ex corpore Ulpiani"*, en *Studi di diritto romano, V: Storia, metodologia, esegesi,* Milano, 1937.

ALBERTARIO, E., *Il Diritto romano*, Milano, 1940.

ALBERTARIO, E., *"Actio de universitate* e *actio specialis in rem"*, en *Studi di Diritto Romano, IV, "Eredità e processo"*, 1946.

ALBI, T., "Derecho de acrecer entre herederos forzosos" en *RDP, XXVI*, 1942.

ALEMÁN, A., "La Capacidad sucesoria del transmisario en el *ius delationis*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, Orense, 1998.

AMBROSINO, R., "*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*", en *SDHI, X*, 1944.

AMBROSINO, R., *"Successio in ius-successio in locum-successio"*, en *SDHI, II*, 1945.

AMELOTTI, M., *Il Testamento romano attraverso la praxis documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966.

AMIRANTE, L., "Sulle XII Tavole. Un'ipotesi di lavoro: le "séquense" e l'ordine delle norme decemvirali", en *INDEX, XX*, 1992.

ANKUM, H., "La classicité de la *separatio bonorum* de l'*heres necessarius* en droit romain", en *Studi Grosso, II*, 1968.

APPLETON, C., *Le testament romain. La méthode du droit comparé et authenticité des XII tables*, Paris, 1903.

ARANGIO-RUIZ, V., "L'origine del *testamentum militis* e la sua posizione nel diritto romano classico, en *BIDR, XVIII*, 1906 (=en *Scritti di Diritto Romano, I*, Publicacione della Facolta di Giurisprudenza dell'Universitá di Camerino, 1974, reeditado en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954).

ARANGIO-RUIZ, V., "Osservazioni sul sistema della successione legitima nel diritto dei papiri", en *Studi Cagliari, V*, 1913 (=en *Rariora*, Roma, 1946, reed. Camerino 1970 y en *Scritti di Diritto Romano I*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell Università di Camerino, 1977).

ARANGIO-RUIZ, V., "Le genti e la città", en *Annuario dell'Università di Messina*, 1914 (=en *Scritti di Diritto Romano, I*, Publicacione della Facolta di Giurisprudenza dell'Universitá di Camerino, 1974, reeditado en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954).

ARANGIO-RUIZ, V., "Il nouvo Gaio. Discussioni e revisión", en *BIDR, XIII*, 1934.

ARANGIO-RUIZ, V., "Gayo III, 154 a) y b)", en *Papiri greci e latini, XI*, Firenze, 1935.

ARANGIO-RUIZ, V., *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957.

ARANGIO-RUIZ, V., *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'universitá di Roma 1949-1950*, Napoli, 1965.

ARANGIO-RUIZ, V., "Erede e Tutore", en *Scritti di Diritto Romano, II*, 1974 (=en *Atti della R. Academia di Scienze Morali e Politiche di Napoli, 53*, 1930, reeditado en *Rariora*, Roma 1946, y r. Camerino 1970).

ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1979.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ARANGIO RUIZ, V.-GUARINO, A.-PUGLIESE, G. *Il diritto romano*, Roma, 1980.

ARCHI, G., "Contributo alla critica del *Corpus Iuris*, Cod. 6, 23, 24 e Inst. 2, 20, 34, in tema di *heredis institutio*", en *IURA V*, 1954.

ARIAS RAMOS, J., "Los orígenes del contrato de sociedad", en *RDP, XXVI*, 1942.

ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981.

ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette, III*, Bologna, 1879.

ARNÒ, C., "La *bonorum possessio sine re*" *il problema dell'origine*, en *Memorie della R. Accademia delle Scienze in Modena, serie III, vol. XII (sezione Scienze)*, Modena, 1914.

ASTOLFI, R., "I beni vacanti e la legislazione caducaria", en *BIDR, LXVIII*, 1965.

ASTOLFI, R., *Lex Iulia et Papia*, Padova, 1970.

BALESTRI FUMIGALLI, M., "*Spes vitae*", en *SDHI, XLIX*, 1983.

BARASSI, L., *Diritto reali e possesso, I*, Milano, 1952.

BARBERO, D., "Successioni-Indegnità a sucederé-Natura ed effetti-Inammissibilità dell'eccezione", en *Foro Padano, I*, 1950.

BAUMEISTER, H., *Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, II*, Hamburg, 1856.

BEDUSCHI, C., *Hereditatis aditio, I, L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana clásica*, Milano, 1976.

BELTRÁN DE HEREDIA, P., "Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario" en *RDP, XXXIX*, Madrid, 1955.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BELLONUS, A., *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis, 1672, *Cap. II*.

BELLONUS, A., *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis, 1672, *Cap. VI*.

BERGER, A., voz: "*Immiscere se*", en *Encyclopedic dictionary of Roman law*, 9, Philadelphia, 1953.

BERGER, A., voz: "*Ius liberorum*", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991.

BESELER, G., *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, II*, Tübingen, 1911-1931.

BESELER, G., *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen, IV, V*, Tübingen, 1911-1931.

BESELER, G., "Einzelne Stellen" en *ZSS, XLIII*, 1922.

BESELER, G., "*Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*", en *ZSS, XLV*, 1925.

BESELER, G., "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante, II*, Milano, 1930.

BESELER, G., "Romanistische Studien", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, X*, 1930.

BESELER, G., *Et ideo —Declarare — Hic*, en *ZSS, LI*, 1931, p. 76 (=en *Studi Riccobono, I*, Palermo, 1936 (reimpresión 1974).

BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, Sevilla, 1995.

BETTI, E., "La creazione del diritto nella *iurisdictio* del pretore romano", en *Studi Chiovenda*, Padova, 1927 (=extracto publicado por CEDAM, Padova, 1927).

BETTI, E., "*In iure cessio hereditatis*", "*successio in ius*" e titolo di "*heres*", en *Studi Solazzi*, 1948.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BETTI, E., recensión a "La *bonorum possessio intestati liberti"* de LAVAGGI, G., en *BIDR, LIII-LIV*, 1948.

BETTI, E., "Ancora in difesa della conjetura del Bonfante sulla "*familia*" romana arcaica", en *SDHI, XVIII*, 1952.

BETTI, E., recensión a ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, en *BIDR, LI-LII*, 1948.

BETTI, E., "La *in iure cessio hereditatis*", en *RIDA, XIII*, 1966.

BIANCHINI, M., *Studi sulla "societas"*, Milano, 1967.

BIONDI, B., "La legittimazione processuale nella azioni divisorie romane", en *Annali Perugia*, 1913.

BIONDI, B., *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933.

BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1943.

BIONDI, B., *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, (Capacità, Acquisto delle'eredita ed effetti. Divisione)*, Milano, 1948.

BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954.

BIONDI, B., "*Universitas* e *Successio.* Saggio di anticritica, di storia e di dommatica romana", en *Studi De Francisci, IV*, Milano, 1956.

BIONDI, B., voz: "*Bonorum Possessio*", en *NNDI, II*, 1957.

BIONDI, B., voz: "*Ius Novum*", *NNDI, IX*, 1963.

BIONDI, B., "Degenerazione della "*cretio*" ed accettazione expresa non formale", en *Scritti Giuridici, III*, Milano, 1965.

BIONDI, B., "*Hereditas* e *bonorum possessio*", en *Scritti Giuridici, III*, 1965.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BONFANTE, P., "La *gens* e la *familia*", en *BIDR, I*, 1888 (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, Torino, 1916).

BONFANTE, P., "L'origine dell'*Hereditas* e dei *Legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*", en *BIDR, IV*, 1891 (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, Torino, 1916).

BONFANTE, P., "Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco", en *Rivista di storia antica e scienze affini, XIII*, Messina, 1910 (=en *Scritti Giuridici Varii, I "Famiglia e successione"*, Torino, 1916).

BONFANTE, P., "Il regime positivo e la costruzioni teoriche nel condominio", en *BIDR, XXV*, 1912 (= en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, Torino, 1921).

BONFANTE, P., "Il "*ius adcrescendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI*, 1913 (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, Torino, 1921).

BONFANTE, P., "Il "*ius prohibendi*" nel condominio", en *RIL, XLVI*, 1913 (=en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, 1921).

BONFANTE, P., "Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano en el diritto moderno", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916.

BONFANTE, P., "La formazione scolastica della dottrina dell' "*universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916.

BONFANTE, P., "La *successio in universum ius* e la *universitas*", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BONFANTE, P., "Le critiche al concetto dell'originiara eredità sovrana e la sua riprova", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916.

BONFANTE, P., "Teorie vecchie e nouve sull'origine dell'eredità", en *Scritti Giuridici Varii, I, "Famiglia e successione"*, Torino, 1916.

BONFANTE, P., "La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili", en *Scritti Giuridici Varii, III, "Obligazioni. Comunione e possesso"*, Torino, 1921 (= en *Arch.Giur.*, *IC*, 1921).

BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, Milano, 1930 (reimpresión 1974).

BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, I "Diritto di famiglia"*, Milano, 1963.

BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, II "La proprietà", parte II,* Milano, 1968.

BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987.

BORTOLAN, G., *Del diritto di accrescere (diritto di non decreceré) e questioni dipendenti*, Bologna, 1913.

BORTOLUCCI, G., "La *hereditas* come *universitas* e successione nella personalità giuridica del defunto. Sviluppo storico e critica dei concetti", en *BIDR*, *XIII*, 1934.

BOSCH CAPDEVILLA E., *L'acreixement en el dret successori català*, Barcelona, 2002.

BOSCH CAPDEVILLA, E., "El concepto de derecho de acrecer", en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I*, Murcia, 2004.

BOSCH CAPDEVILA, E., *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, Madrid, 2006.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BREMER, F.P., *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, II, 2*, Leipzig, 1985.

BRETONE, M., "*Consortium* e *Communio*", en *LABEO, VI*, 1960.

BRETONE, M., "Il giureconsulto interprete della legge", en *LABEO, XV*, 1969.

BRETONE, M., *Servus Communis. Contributo alla storia della compropietà romana in età classica*, Napoli, 1958.

BRINZ, A., *Lehrbuch der pandekten, I*, Leipzig, 1873-1892 (reproducción facsimil 1997).

BRINZ, A., *Lehrbuch der pandekten, III*, Leipzig, 1873-1892 (reproducción facsimil 1997).

BURDESE, A., voz: "Diseredazione", *NNDI, V*, 1960.

BURDESE, A., recensión a *El iussum en las relaciones potestativas* de HERNANZ PILAR, J., en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Suplemento 1992-1993.

BURILLO, J., "Sobre la "*Collatio emancipati*", en *SDHI, XXXI*, 1965.

CABALLÉ, A., La *Collatio emancipati*, Madrid, 1997.

CALZADA, A., "Algunas observaciones en torno a la *bonorum possessio dimidiae partis*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano del Derecho Romano, I*, Orense, 1998.

CALZADA, A., *La aceptación de la herencia en el Derecho romano. "Aditio nuda voluntate"*, Zaragoza, 1995.

CALZADA, A., "Una aproximación a la *aditio mandato creditorum*", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes*, Burgos, 2000.

CAMPANI, G., *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, Siena, 1877.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CANCER, J., *Variarum resolutionum Iuris Caesarei*, cap. *XXII.*

CARCATERRA, A., "La successione intestata dell'*adgnatus* nella legge delle XII tavole", en *Annali Bari, II,* 1939.

CARCOPINO, J., *Virgile et les origines d'Ostie*, Paris, 1968.

CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral, VI, Derecho de sucesiones, II*, Madrid, 1979.

CASTELLO, C., "Il pensiero giustinianeo sull'origine degli *status hominium*" en *Studi Albertario, II,* Milano, 1953.

CASTRO, A., "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "*aditio*", en *IURA, XLVII*, 1996.

CASTRO, A., "Aproximación posesoria al concepto y estructura de la *hereditas*", en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 91, Madrid, 1998.

CASTRO, A., "Aproximación a la *usucapio pro herede*", en *RIDA, XLVI*, 1999.

CASTRO, A., "Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del Derecho: *Bonorum Possessio* e *in Bonis Habere*", en *RIDA, XLII*, 2000.

CASTRO, A., "Contribución al estudio de la sucesión intestada en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos", en *INDEX, XXXIX*, 2001.

CASTRO, A., *Herencia y Mundo Antiguo. Estudio de Derecho Sucesorio Romano*, Sevilla, 2002.

CATALANO, P., "*Successio in universum ius*", en *Annali Catania, I*, 1946-47.

CATALANO, P., *Diritto e persona. Studi su l'origine e attualità del sistema romano I*, Torino, 1990.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

COHN, M.C., *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, I, Berlin, 1880.

COING, H., "Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", en *ZSS, LXIX*, 1952.

COLI, U., *Saggi critici sulle fonti del diritto romano, I, Capitis deminutio*, Firenze, 1922.

COLI, U., "Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma", en *SDHI, IV*, 1938 (=en *Scritti di Diritto Romano, I*, Milano, 1973).

COLI, U., "Tribu e centurie dell'antica repubblica romana", en *SDHI, XXI*, 1955 (=en *Scritti di Diritto Romano, II*, Milano, 1973).

COLI, U., "Il testamento nella legge delle XII Tavole", en *IURA, VII*, 1956 (=en *Scritti di Diritto Romano, II*, Milano, 1973).

COLI, U., "Sur la notion d'*imperium* en droit public romain", en *RIDA, VII*, 1960 (=en *Scritti di Diritto romano, II*, Milano, 1973).

COLLINET, P., "Les nouveaux fragments de Gaius", en *RHD, XXV*, 1934.

CONSENTINI, C., *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini, II*, Catania, 1950.

COPPOLA, G., *Studi sulla pro herede gestio, I. La structtura originaria de "gerere pro herede"*, Milano, 1987.

CRAWFORD, M.H., *Roman Statutes, II*, London, 1996.

CRIFÒ, G., "Sul "*consilium*" del magistrato" en *SDHI, XXIX*, 1963.

CUGIA, S., "Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità", en *Studi Besta, I*, Milano, 1937.

CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928.

D'AVANZO, W., "Il diritto di accrescimento e la prescrizione estintiva del diritto di accettare l'eredità o di chiedere il possesso del legato", en *Rivista Diritto Privato Civile*, 1935.

D'AVANZO, W., *Delle successioni, I*, Firenze, 1941.

D'ORS, A., "*Re et verbis*", en *Atti Congresso Internazionale di Diritto romano e di storia del diritto de Verona, III,* Milano, 1948.

D'ORS, A., "*Societas*" y "*consortium*", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Valparaiso, II*, 1977.

D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1981.

DAUBE, D., "*Consortium*" in Roman and Hebrew Law", en *The Juridical Review, LII*, 1950.

DE CAQUERAY, G., "Les principes suivis quand un cohèritier recueillait la part de son cohèritier qui ètait vacante?", en *RHD, IV*, 1858.

DE CILLIS, F., "Del diritto d'*accrescere* secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur., XXIII*, 1879.

DE COULANGE, F., *La ciudad antigua*, (traducción española), Barcelona, 1979.

DE FRANCISCI, P., *Storia del diritto romano, I*, Milano, 1943.

DE FRANCISCI, P., "La communitá sociali e política romana primitiva", en *SDHI, XXII*, 1956.

DE FRANCISCI, P., *Arcana Imperii, III, I*, Roma, 1970.

DE MARTINO, F., "Storia arcaica e diritto romano privato", en *RIDA, IV*, 1950.

DE MARTINO, F., "La *gens*, lo Stato e le classi in Roma antica", en *Studi Arangio-Ruiz, IV*, Napoli, 1953.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

DE VISSCHER, F., "*Ex iure Quiritium*", en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959.

DE ZULUETA, F., "The new Fragments of Gaius, P. II *societas ercto non cito*", en *The journal of roman Study, XXV*, Oxford, 1935.

DECLAREUIL, J., "Paternité et filiation legitimes. Contribution à l'historie de la familie légale à Rome", en *Mélanges Paul Frédéric Girard, I*, reimpresión Scientia Verlag Aalen, 1979 (Primera edición Paris, 1912).

DÉNOYEZ, J., "Les bona materna à la lumière du D. 5, 3", en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959.

DERNBURG, H., *Ueber das Verhältniss der Hereditatis Petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Heidelberg, 1852, (reproducción facsimil de 1970).

DERNBURG, A., *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905.

DESSERTEAUX, F., *Études sur la formation historique de la capitis deminutio, II, I*, Paris, 1919.

DI LELLA, L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione testamentaria*, Napoli, 1972.

DI LELLA, L., "Sulla *interrogatio in iure* "*an heres sit vel quota ex parte*", en *Sodalitas, VI*, Napoli, 1984.

S.DI MARZO, "Sul fr. 41 pr. *De legatis* II", en *Il Circolo Giuridico, XXX*, 1899.

DI MARZO, S., "Postille critiche ed esegetiche, en *Arch. Giur., LXX*, 1903.

DI MARZO, S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1968.

DI PAOLA, S., *Confessio in iure, I*, Milano, 1952.

DOMINGO, R., *Estudios sobre el primer capítulo del edicto pretorio. II. El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993.

DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., "*Bonorum possessio dimidiae partis ab intestato ex edicto*: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", Burgos, 2000.

DONATUTI, G., "*Bonorum Possessio*", en *Studi di Diritto Romano, II*, Milano, 1977.

DUARENO, F., *De iure accrescendi, Libro I, cap. I.*

DUPLÀ, T., "Consideraciones en torno al acrecimiento sucesivo en el legado de usufructo", en *Revista del Poder Judicial, 53*, 1999.

EISELE, F., *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1896.

ENNECCERUS, L.-KIPP, Th.-WOLFF, M., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II*, Marburg, 1928.

ERMINI, G., "La regola "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"* nella glosa ordinaria al *Corpus iuris*", en *Scritti di Diritto Comune*, Padova, 1976.

ERMINI, G., "Note sui diritto di accrescimento ereditario secondo la Glossa di Accursio", en *Studi Besta, I*, Milano, 1937.

F.LEIFER, F., "Altrömische Studien. VI. "*Suus heres*" und älteres Libraltestament", en *Fs. Koschaker, II*, Weimar, 1939 (reimpresión en Leipzig, 1977).

FABRE, G., *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la rèpublique romaine*, Roma, 1981.

FABRI, A., *Coniecturarum iuris civili, liber XVIII, cap. XIV.*

Universidad de Alicante

FABRICIUS, C.F., *Ursprung und Entwickelug der Bonorum Possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum: eine rechtshistorische Untersuchung*, Berlin, 1837.

FADDA, C., "*Consortium, collegia magistratuum, communio*", en *Studi Brugi*, Palermo, 1910.

FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli, 1900.

FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, Napoli, 1902.

FAGGELLA, G., "Presunzioni che accompagnono il sorgere e lo sparire del subbietto diritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato", en *Arch. Giur., IX*, 1902.

FERNÁNDEZ ALVAREZ, J.L.-PASCUAL DE LA PARTE, C.C., "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", en *ADC*, 49, 1996.

FERRERO, L., *Storia del pitagorismo nel mondo romano (dalle origini alla fine della republica)*, Torino, 1955.

FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedeicommessi*, Milano, 1889, (reimpresión 1976).

FERRINI, C., *Opere, II, Studi sulle fonti del Diritto romano*, Milano, 1929.

FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano,1953.

FITTING, R., "Zur lehre vom Anwachsungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis, LVII*, 1874.

FLUME, W., "Die Bewertung der Institutionen des Gaius", en *ZSS, LXXIX*, 1962.

FRANCIOSI, G., "L'*heres extraneus* e le Dodici Tavole", en *LABEO, X,* Napoli, 1964.

FRANCIOSI, G., *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965.

FRANCIOSI, G., *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, Napoli, 1984.

FRANCIOSI, G., "Ancora sul "*consortium*", en *LABEO, XXXVII*, 1991.

FRANCIOSI, G., *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali*, Torino, 1993.

FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica, dall'età arcaica al principato*, Torino, 1995.

FRANCKE, W., *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, I*, Göttingen, 1828.

FRANCKE, W., *Das Recht Der Notherben und Pflichttheilsberenchtigten*, Göttingen, 1831.

FREZZA, P., "*Il consortium ercto non cito* e i nouvi frammenti di Gaio", en *Rivista di Istruzione e Filologica Classica, LXII*, 1934.

FREZZA, P., "Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano, en *SDHI, V*, 1939.

FREZZA, P., "L'instituzione della collegialità in Diritto romano", en *Studi Solazzi*, 1948.

FUENTESECA, M., "*Proprietas, Possessio y Actio Publiciana*", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales)*, Madrid, 2001.

FUENTESECA, P. *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

GALENO, G., voz: "Parentele e affinita. (Diritto Romano e vigente)", *NNDI, XII*, 1965.

GALLO, F., "Osservazioni sulla signoria del *paterfamilias* in epoca arcaica", en *Studi De Francisci, II*, Milano, 1956.

GANGI, C., "Il diritto d'accrescimento nella successione testamentaria secondo il nuovo codice civile", en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo (1940-1941).*

GANGI, C., *Il Legati nel Diritto Civile Italiano, I*, Roma, 1908.

GANGI, C., *Il Legati nel Diritto Civile Italiano, II*, Roma, 1932.

GARCIA GARRIDO, M.J., "Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano", en *AHDE, XXVIII-XXVIII*, 1957-1958.

GARCIA GARRIDO, M.J.-REINOSO, F., *Digestorum similitudines, III*, 1604, Madrid, 1994.

GARCIA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano (Casos, Acciones, Instituciones)*, Madrid, 2000.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragona, 1974.

GAUDEMET, J., "Tentatives de systematisation du droit a Rome", en *INDEX, XV*, 1987 (=en ANTIQVA, 62, Paris, 1992).

GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit Romain*, Paris, 1934.

GAUDEMET, J., "*Testamenta ingrata et pietas Augusti*", en *Studi Arangio-Ruiz, III*, Milano, 1952 (=en *Études de Droit Romain, II*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell´Università di Camerino).

GAUDEMET, J., *Le droit privé Romain*, Paris, 1974.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

GEORGESCU, V., *Études de philologie juridique et de droit romain, 1. Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest-Paris, 1940.

GIARO, T., "Dogmatische warhreit und zeitlosigkeit in der roemischen jurisprudenz", en *BIDR*, *XC*, 1987.

GIFFARD, A.E., *Précis de Droit romain, I*, Paris, 1938.

GIRARD, P.F., "La date de la Loi Aebutia", en *ZSS*, *XIV*, 1893 (=en *NRHD*, *XXI*, 1897).

GIRARD, P.F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1929 (reimpresión 1978).

GIUFFRÈ, V., *Il diritto militare dei Romani*, Bologna, 1980.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXIX*, *I*, Milano, 1907.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXX-XXXII*, *I*, Milano, 1898.

GLÜCK, F., *Comentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVI*, Milano, 1907.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII*, *I*, Milano, 1909.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*,(traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII*, *II*, Milano, 1909.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII*, *II*, Milano, 1906.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXVII-XXXVIII*, *V*, Milano, 1909.

GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), *XXXIX*, Milano, 1907.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

GLÜCK, F., *Hermeneutisch-systematische. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts, als Beytrag zur Erläuterung der Pandecten*, Erlangen, 1803.

GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., "*Nasciturus.* El *status* jurídico del concebido", en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X*, 1989-1990.

GONZÁLEZ PALOMINO, J., "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, II*, 1946.

GROSSO, G., *Lezioni di Storia del diritto romano*, Torino, 1955.

GUARINO, A., "Über den Begriff der Kollation", en *ZSS, LIX*, 1939.

GUARINO, A., "Il *Beneficium Separationis* dell'*heres necessarius*", en *ZSS, LX*, 1940.

GUARINO, A., recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de VACCARO DELOGU, R., en *SDHI, IX*, 1943.

GUARINO, A., recensión a "*Studi sul diritto familiare e gentilicio romano*" de CASTELLO, C., en *SDHI, II*, 1944.

GUARINO, A., "*Gai* 2,155 e il "*beneficium*" dell' "*heres necessarius*", en *SDHI, X*, 1944 (=en *Pagine di diritto romano, VI*, Napoli, 1995).

GUARINO, A., "Questioni intorno a *Gai* 3, 10" en *SDHI, XI*, 1944 (=en *Pagine di diritto romano, VI*, Napoli, 1995).

GUARINO, A., recensión a LEPRI, M.F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizione delle XII Tavole secondo Cicerone*, en *SDHI*, 1944.

GUARINO, A., *Salvius Iulianus*, Catania, 1946 (=en *LABEO, X*, Napoli, 1964 y en *Pagine di Diritto Romano, V*, Napoli, 1994).

GUARINO, A., "Notazioni romanistiche", en *Studi Solazzi,* 1948.

GUARINO, A., "*Sui* e *adgnati* nelle XII Tabulae", en *Annali Catania, III,* 1949 (=en *Le Origini Quiritarie,* Napoli, 1973 y en *Pagine di diritto romano, IV,* Napoli, 1994).

GUARINO, A., "*Ius Quiritium*", en *IURA, IV,* 1950.

GUARINO, A., "La *Lex XII Tabularum* e la tutela", en *Le Origini Quiritarie,* Napoli, 1973 (=en *Studi Solazzi,* 1948).

GUARINO, A. "Il diritto e l'azione nella esperienza romana" en *Le origini quiritarie,* Napoli, 1973

GUARINO, A., *Storia del diritto romano,* Milano, 1981.

GUARINO, A., *Diritto privato romano,* Napoli, 1981.

GUARNERI CITATI, A., "Il frammento 41 pr. D. 31 *Iavol.* 7 *Epist.* Ossia un caso particolare di accrescimento tra collegatari", en *Annali Palermo, I,* 1916.

GUARNERI CITATI, A., "La regola "*condicio*" dividitur enumeratione personarum nel diritto testamentario giustineaneo", en *Annali Palermo, I,* 1916.

GUTIERREZ-MASSON, L., *Del Consortium a la societas, I, Consortium ercto non cito,* Madrid, 1987.

HANARD, G., "Observations sur l'*adgnatio*", en *RIDA, XXVII,* 1980.

HARADA, K., "*Textkritische Studien zur adsignatio liberti orcini*", en *ZSS, LIX,* 1939.

HARTMANN G., recensión a GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette,* en la *Rivista critica trimestrale, XIII,* 1871.

HERNÁNDEZ TEJERO, F., "Sobre el concepto de "*Potestas*", en *AHDE, XVII,* 1946.

HERNANZ PILAR, J., *El iussum en las relaciones potestativas*, Valladolid, 1993.

HERRERA, R., "*Bona vacantia* y sucesión a favor del Estado en el Derecho romano y su recepción en el Derecho histórico español", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II*, Orense, 1998.

HEYMANN, E., *Die Grundzuge des gesetzlichen Verwandteinrecht*, Berlin, 1927.

HOFMANN, F., *Kritische studien im römischen rechte*, Wien, 1885.

HÖLDER, E., *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*, Erlangen, 1881, (reimpresión de Aalen 1970).

HÖLDER, E., "Die Stellung des römischen Erben", en *ZSS, XVI*, 1895.

HÖLDER, E., "Das Wesen der Erbgrunde", en *ZSS, XXX*, 1909.

HUMBERT, G., voz: "*Bonorum Possessio*", en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines, I*, Graz, 1969.

HUSCHKE, Ph.E., "Über die *usucapio pro herede, fiduciae* und *ex praediatura*", en *ZGR, XIV, I*, 1847-1848.

IGLESIAS, J., *Estudios: historia de Roma, Derecho romano, derecho moderno*, Madrid, 1958 (reimpresión 1985).

IGLESIAS, J., "Situaciones individuales y situaciones "*communio*" en el Derecho romano", en *RDP, LXV*, 1981.

IGLESIAS, J., *Roma. Claves Históricas*, Madrid, 1985.

IGLESIAS, J., *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1989.

IGLESIAS, J., *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1991.

IGLESIAS, J., *Arte del Derecho. Estudios romanísticos. Nuevas miniaturas. Última lección*, Madrid, 1994.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1999.

IMPALLOMENI, G., "In tema de vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità", en *IURA, XXII*, 1971.

IMPALLOMENI, G., recensión a *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano* de LAMBERTINI, R., en *BIDR, LXXXII*, 1979 y en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996.

IMPALLOMENI, G., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996.

Index Interpolationum II, Weimar, 1931.

Index Interpolationum, III, Weimar, 1935.

JÖRS, P., "*Iuliae Rogationes*" *due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 1985.

JÖRS, P.-KUNKEL, W.-WENGER, L., *Römisches Recht*, Berlin, 1949 (reimpresión Springer 1978).

KAGAN, R.L., *"Res corporalis* and *res incorporalis"*, en *Tulane Law Review, XX*, 1945.

KARLOWA, O., *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht, II*, Leipzig, 1901.

KASER, M., *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949.

KASER, M., "Die *Lex Aebutia*", en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953.

KASER, M., *Das Römische Privatech, II*, München, 1971.

KASER, M., *Das Römische Privatech, II*, München, 1971, (apéndice 1975).

KASER, M., "*Ius honorarium* und *ius civile*", en *ZSS, CI*, 1984.

KIPP, Th., *Das Römischen Recht*, Berlin, 1930.

KIRK, W.H., "*Suus heres*", en *ZSS, LVIII*, 1938.

KLIMA, J., "*Querela inofficiosi testamenti*", en *Atti Congresso Internazionale di Diritto romano e di storia del diritto de Verona, I*, Milano, 1948.

KNIEP, F., *Der Rechtsgelehrte Gajns und die Ediktskommentare*, Jena, 1910.

KNIEP, F., *Gai institutionum commentarius secundus*, Jena, 1914-1917.

KOCH, J.C., *Successio ab intestato civilis*, Giessae, 1798.

KÖPPEN, K.F.A., *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würzburg, 1895.

KOROSEC, V., *Die Erbenhaftung nach römischem Recht. Erster Teil: Das Zivil und Amtsrecht*, Leipzig, 1927 (reproducción facsimil de 1970).

KRÜGER, P., "*Verweisungsedikte im prätorischen Album*", en *ZSS, XXXVII*, 1916.

KÜBLER, B., "Über das *Jus liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten", en *ZSS, XXX*, 1909.

KÜBLER, B., "Über das *Ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten" (Fortsetzung und Schluß), en *ZSS, XXXI*, 1910.

KÜBLER, B., "Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom", en *ZSS, XLI*, 1920.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

KUNKEL, W., "Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische "*Consortium*", en *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, IV*, 1954.

KUNKEL, W., *Historia del Derecho Romano*, (traducción J.M.Miquel), Barcelona, 1982.

LA PIRA, G., "La sostituzione pupilare", en *Studi Bonfante, III*, Milano, 1930.

LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930.

LAMBERTI, F., *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana, I*, Napoli, 1996.

LAMBERTINI, R., *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977.

LANFRANCHI, F., "Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione", en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953.

LANFRANCHI, F., voz: "*Nascituri*", *NNDI, XI*, 1965.

LATORRE SEGURA, A., "*Uxor praegnas relicta*", en *LABEO, I*, 1955.

LAURIA, M., "Iurisdictio", en *Studi Bonfante, II*, Milano, 1930.

LAVAGGI, G., "La *bonorum possessio intestati liberti"*, en *Studi Cagliari*, 1946.

LAVAGGI, G., "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI, XII*, 1946.

LAVAGGI, G., "La *lex Iulia et Papia* e la successione nei beni della liberta", en *Studi Sassaresi, XXI*, Milano, 1948.

LAVAGGI, G., "Ancora in tema di *bonorum possessio intestati liberti*" en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LAVAGGI, G., "Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano" en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954.

LEMONNIER, H., *Étude historique sur la condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de l'empire romain*, Paris, 1887 (reimpresión Roma, 1971).

LENEL, O., "Zur geschichte der "*heredis institutio*", en *Essays in legal history*, Oxford, 1913.

LENEL, O., "Die Rechtsstellung des *proximus adgnatus* und der *gentiles* im altrömischen Erbrecht", en *ZSS, XXXVII*, 1916.

LENEL, O., "Textkritische Miszellen" en *ZSS, XXXIX*, 1918.

LENEL, O., "Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie", en *ZSS, LI*, 1931.

LENEL, O., *Palingenesia iuris civili, I*, Graz, 1960.

LENEL, O., *Das edictum perpetuum, III*, Leipzig, 1974.

LEONHARD, R., *Versuch einer Entscheidung der Streitfrage ueber den Vorzug der successio graduum vor dem Accrescenzrechte nach roemischem Rechte: eine Gelegenheitsschrift*, Halle, 1874.

LEONHARD, R., voz: "*Bonorum Possessio*", en *Paulys Real-encyclopädie Der Classischen Altertumswissenschaft, III*, 1897.

LEPRI, M.F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizione delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942.

LEPRI, M.F., "Ancora qualche parola a proposito di *sui* e di *adgnati*", en *Studi Solazzi*, 1948.

LEVY, E., "Neue Bruschtücke aus den Institutionen des Gaius", en *ZSS, LIV*, 1934.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LÉVY-BRUHL, H., "La Formule vindicatoire", en *RHD*, 1932.

LÉVY-BRUHL, H., "Observations sur le regime succesoral des XII Tables", en *RHD, XLVIII*, 1946 (=en *Nouvelles ètudes sur le très ancíen Droit Romain*, Paris, 1947).

LÉVY-BRUHL, H., "Le "*consortium*" artificiel du Nouveau Gaius" en *Nouvelles ètudes sur le très ancíen Droit Romain*, Paris, 1947.

LÉVY-BRUHL, H., "*Heres*", *en RIDA, III*, 1949 (=en *Mélanges Fernand De Visscher II*, Bruxelles, 1949.

LÉVY-BRUHL, H., "*Intestatus*", en *Studi Albertario, I*, Milano, 1953.

LOBRANO, G., *Pater et filius eadem persona, per lo studio della patria potestas*, Milano, 1984.

LONGO, C., "L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto Romano", en *BIDR, XIV*, 1902.

LONGO, C., voz: "*Bonorum Possessio*", en *Enciclopedia Giuridica Italiana, 2.1*, Milano, 1911.

LONGO, G., *L'hereditatis petitio*, Padova, 1933.

LONGO, G., *Manuale elementare di Diritto romano*, Milano, 1953.

LONGO, G., *Corso di diritto romano. Diritti reali*, Padova, 1962.

LONGO, C., voz: "*Lex Aebutia*", *NNDI, IX*, 1963.

LÓPEZ PEDREIRA, A., *Pupillaris Substitutio. Del Derecho romano al artículo 775 del Código Civil Español*, Madrid, 2006.

LÓPEZ RENDO, C., *Fundamento de la regla "sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi" en el ius civile*, Oviedo, 1991.

LÓPEZ RENDO, C., "La sucesión intestada en la Ley de las Doce Tablas", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I*, Burgos, 2000.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LOZANO, E., "Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, I*, Burgos, 2000.

MACKELDEY, F., *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, VII*, Giessen, 1827.

MACQUERON, J., "La controverse classique sur le "*ius adcrescendi*" en matière d'affranchissement", en *RHD, VIII*, 1929.

MACHELARD, M.E., "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataries aux diverses époques du droit romain", en *RHD, III*, 1857, (reimpresión 1985).

MAGDELAIN, A., "Les mots *legare* et *heres* dans la Loi des XII Tables", en *Hommage Schilling*, Paris, 1983.

MANZO, A.M., "L'organizzazione gentilizia nelle Dodici Tavole", *en Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana, III*, Copanello, 1984.

MARLASCA, O., "Algunos supuestos de indignidad del heredero relacionados con la muerte violenta del *de cuius* en las fuentes romanas y su recepción en códigos posteriores", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II*, Orense, 1998.

MARONGIU, A., voz: "Accrescimento"(derecho intermedio), en *Enciclopedia del diritto, I*, Varese, 1958.

MARRONE, M., *Querela inofficiosi testamenti*, Palermo, 1962.

MARTÍ DE EIXALÁ, R., *Tratado elemental del Derecho civil romano y español, volumen I*, Barcelona, 1838.

MARTÍ MIRALLES, J., "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP, XII*, 1925.

MARTÍ MIRALLES, J., "El derecho de acrecer entre los llamados "*ex aequis portionibus*", en *RDP, XVII*, 1930.

Universidad de Alicante

MASCHI, C.A., *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935.

MASCHI, C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937.

MASCHI, C.A., "Sulla origine del regime giustinianeo della manumissio del servo comune", en *Studi Albertoni, II*, Padova, 1938.

MASCHI, C.A., "Caratteri e tendenze evolutive nelle Istituzioni di Gaio", en *Atti Congresso Internazionale di Diritto romano e di storia del diritto de Verona, I*, Milano, 1948.

MASI, A., *Del dirito di accrescimento. Libro secondo-Delle successioni, art. 674-678*, Roma, 2005.

MASI, C., *Civitas Operae Obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993.

MASI, C., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996.

MATRINGE, G., "L'accroissement des Droit des fils et filles de famílla sur leurs acquets successoraux (Droit officiel et pratiques sous l'Empire romain) ", en *Studi Grosso, V*, Torino, 1972.

MAYNZ, C., *Curso de Derecho Romano, III*, (traducción española de Pou y Ordinas, A.J.), Barcelona, 1892.

MEINHART, M., "Die datierung des *Sc. Tertullianum*, mit einem beitrag zur Gaiusforschung", en *ZSS, LXXXIII*, 1966.

MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967.

MERKEL, J., *Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben*, Tübingen, 1876.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

MICOLIER, G., *Pécule et capacité patrimoniales. Etude sur le pécule, dit profecticise, depuis l'edit "de peculio" jusq'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932.

MICHON, L., "La succession *ab intestat* d' après les XII Tables", en *NRHD*, 1921.

MIQUEL, J.M., "Preterición y argumento histórico", *comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de* PERALTA ESCUER, T., *(Derecho y argumentación histórica)*, Lleida, 1999.

MITTEIS, L., *Römisches privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. 1, Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1908.

MOMMSEN, Th., *Römisches Staatsrecht, I*, Leipzig, 1876.

MOMMSEN, Th., *Römisches Staatsrecht, III*, Leipzig, 1876.

MOMMSEN, Th., "*Iudicium legitimum*", en *ZSS, XII*, 1892.

MONACO, L., *Hereditas e mulieres*, Napoli, 2000.

MONIER, R., *Les nouveaux fragments de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933.

MONIER, R., *Manuel élémentaire de droit romain, I*, Paris, 1977.

MONIER, R., "La date d'apparition du *dominium* et de la distinction juridíque des *res* en corporales et incorporales", en *Studi Solazzi*, 1948.

MOSCATELLI, A., "I *Senatusconsulti Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Arch. Giur., XL*, 1888.

MURILLO, A., "La división convencional de la comunidad de bienes en Derecho romano", en *Revista Jurídica del Notariado, 17*, 1996.

MURILLO, A., *Disposición Jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000.

NARDI, E., *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937.

NICCOLINI, G., "Le tribu locali romane", en *Studi Bonfante, II*, Milano, 1930.

NOODT, G., *Observationes, II, cap. XXI, Opera Omnia*, Lugduni Batavorum, 1724.

OLIVIERO, G.M., "A propósito di *successio ordinum* nell'eredità intestata delle Dodici Tavole", en *SDHI, LXVIII*, 2002.

ORESTANO, R., voz: "Gens", *NNDI, VII*, 1961.

ORTÍN GARCÍA, C., *El derecho de acrecer entre coherederos*, Malaga, 2002.

OTERO, A., "La mejora", en *AHDE, XXXIII*, 1963.

PACCHIONI, G., *Corso di diritto romano, II*, Torino, 1910.

PALANDT, O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985.

PARICIO, J., "¿Tres modos de aceptación de la herencia?", en *LABEO, XLV*, 1999.

PARICIO, J., "La"*Lex Aebutia*", la "*Lex Iulia de Iudiciis Privatis*" y la supuesta "*Lex Iulia Municipales*", en *LABEO, IL, II*, 2003.

PASTORI, F., "La definizione della *Bonorum possessio*", en *Studi De Francisci, III*, Milano, 1956.

PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Barcelona, 2001.

PERNICE, A., *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrbundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimpresión Tübingen, 1963).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PEROZZI, A., "Saggio critico sulla teoria della compropietà, en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso*, Milano, 1948.

PEROZZI, S., "Condominio e collegialita negli scritti di due miei censori" en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso,* Milano, 1948.

PEROZZI, S., "Parentela e grupo parentale", en *BIDR, XXXI,* 1921 (=en *Scritti Giuridici, III, Famiglia, successione, procedura e scritti varii*, Milano, 1948).

PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano, I,* Roma, 1928.

PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano, II,* Roma, 1928.

PEROZZI, S., "Un paragone in materia di compropietà", en *Scritti Giuridici, I, Proprietà e possesso,* Milano, 1948.

PFLÜGER, H., "Üeber körperliche und unkörperliche sachen", en *ZSS, LXV,* 1947.

PLANCK, G., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, 1930.

POGGI, A., *Il contratto di società in Diritto romano classico, I*, Roma 1972.

POLO ARÉVALO, E., *Conceptus nodum natus en el Derecho Romano: Régimen Sucesorio*, Alicante, 2002.

POLO ARÉVALO, E., "Influencia del matrimonio y condición ciudadana de los padres en el *status civitatis* y *familiae* de los hijos", en *Actas del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, 2003.

POLO ARÉVALO, E., "Aproximación a la estructura de la sucesión *mortis causa* en Derecho romano arcaico", en *Studia Iuridica, 88*, Coimbra, 2006.

PRINGSHEIM, F., "Die archaistische Tendenz Justinians", en *Studi Bonfante*, Milano, 1930.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PROVERA, G., *La pluris petitio nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino, 1958.

PUGLIESE, G., "*Res* corporales, *res* incorporales e il problema del diritto soggettivo", en *RISG, V*, 1951.

PUGLIESE, G., voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto, I*, Varese, 1958.

PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1986.

PULITANÒ, F., *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nella'età tardo-romana*, Torino, 1999.

QUADRATO, R., "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO, XV*, 1969.

QUADRATO, R., *Hereditatis Petitio Possessoria*, Napoli, 1972.

RAMPONI, L., *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli, 1922.

RASCÓN, C.-GARCÍA GONZÁLEZ, J.M., *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1996.

RATI, U., "Rinascita della proprietà in tema di accessione", en *Studi Bonfante, I*, Milano, 1930.

RE, C., voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano, I*, 1887.

RECHNITZ, W., *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925.

REGELSBERGER, F., recensión a Versuch einer Entscheidung der Streitfrage ueber den Vorzug der *successio graduum* vor dem Accrescenzrechte nach roemischem Rechte: eine Gelegenheitsschrift de LEONHARD, R., en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XVII*, 1875.

REIMUNDO YANES, B.M., *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*, Oviedo, 1983.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

REIMUNDO YANES, B.M., "Nociones básicas introductorias", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I*, Orense, 1998.

RESINA SOLA, P., "La cláusula penal en la sucesión universal *mortis causa* antes de la partición de la herencia", en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge, II*, Salamanca, 2002.

RIBAS, J., "La "*transmissio*" de la delación en Derecho romano clásico", en *BIDR, XXXIII-XXXIV*, 1991-1992.

RICARDO RIBAS, T., "Indignidad y Desheredación", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II*, Orense, 1998.

RICART, E., "*Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA, XLVIII*, 2001 (=en *Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge, II*, Salamanca, 2002).

RICCOBONO, S., "Dalla *communio* del diritto quiritario alla comproprietà moderna", en *Essays in legal history*, Oxford, 1913.

RICCOBONO, S., "Postilla a GUARNERI CITATI, A., Il Fr. 41 pr. D. 31**",** en *Annali Palermo, I*, 1916.

RICCOBONO, S., "La fusione del "*ius civile*" e del "*ius honorarium*" in unico ordenamento", en *Fs. Zitelmann, XVI*, 1922 (extracto en *LABEO, XXXV*, 1989).

RICCOBONO, S., "*Cognitio extra ordinem*. Nozione e caratteri del "*ius novum*", en *BIDR, XIV-XV*, 1952.

RICCOBONO, S., "Nota sulla doctrina romana dell'alveo abbandonato", en *Studi Schupfer*, Roma, 1975.

ROBBE, U., "Origine e concetto della eredità", en *Studi Cagliari, XXV*, 1937.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ROBBE, U., *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937.

ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953.

ROBBE, U., voz: "Accrescimento", *NNDI, I*, 1957.

ROBBE, U., voz: "*Postumi*", *NNDI, XIII*, 1960.

ROBBE, U., *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, Milano, 1965.

ROBBE, U., "Le definizioni della fonti della hereditas ed i suoi due significati. *La in iure cessio hereditatis*", en *Studi Donatuti*, Milano, 1973.

ROBERTI, M., "*Nasciturus pro iam nato habetur* nelle fonti cristiane primitive", en *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935.

ROMANO, S., *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933.

ROSSBERGER, W.M., *Ius adcrescendi ex fontibus*, Lipsiae, 1827.

RUIZ FERNÁNDEZ, E., "En torno al condominio", en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero, II*, Madrid, 1992.

SACCONI, G., "Appunti sulla *Lex Aebutia*", en *Arch. Giur., CIIIC*, 1979.

SALAZAR REVUELTA, M., "Algunas consideraciones sobre la Doctrina del *nasciturus* en la tradición romanística y en la codificación", en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1999.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SALAZAR REVUELTA, M., "La cohesión familiar a través del c*onsortium inter fratres* y su posible pervivencia histórica", en *Actas del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano,* Huelva**,** 2003.

SALAZAR REVUELTA, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano,* Jaen, 2003.

SAMPER, F., "*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE, IXL*, 1971.

SANFILIPPO, C., "Studi sull'*hereditas*", *Annali Palermo, XVII*, 1937.

SANFILIPPO, C., *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Napoli, 1946.

SANFILIPPO, C., "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti *Orfiziano* e *Tertulliano*", en *Fs. Schulz, I*, 1951.

SANFILIPPO, C., "*Interrogatio in iure*", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954.

SANFILIPPO, C., *Istituzioni di diritto romano,* Catania, 1992.

SANGUINETTI, A., "Considerazioni sull'origine del principio "*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*", en *SDHI, LIX*, 1993.

SANTALUCIA, B., "Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo, I", en *SDHI, XXXI*, 1965.

SARGENTI, M., "Premesse ad una recerca sulla "discrecionalità" del magistrato romano" en *Studi Scherillo, I*, Milano, 1972.

SAVIGNY, M.F.C., "Ueber das interdict *Quorum Bonorum*", en *Vermischte Schriften, II,* Berlin, 1850, (reimpresión 1981).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SAVIGNY, M.F.C., *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), Granada, 2005.

SCAPINI, N., *La confessione nel diritto romano*, Torino, 1973.

SCARANO, V., "Il *testamentum militis* nell'età di Nerva e Traiano", en *Sodalitas, III*, Napoli, 1984

SCIALOJA, V., "L'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale e la *L.64 D. de evictionibus 21, 2*" en *Arch. Giur., XXX*, 1883.

SCIALOJA, V., "Sunto dei verbali delle riunioni dell'Istituto", en *BIDR, III*, 1890.

SCIALOJA, V., *Teoria della proprietà nel diritto romano, I*, Roma, 1933.

SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali*, Roma, 1934.

SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953.

SCHERILLO, G., voz: "Agnazione", *NNDI, I*, 1957.

SCHERILLO, G., "D. 1, 4, 3 (Giavoleno, L. 13 "EP") e il testamento militare", en *Studi Volterra, III*, Milano, 1971.

SCHEURL, A., *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechtn*, Erlangen, 1884.

SCHILLING, F., *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Leipzig, 1829.

SCHIRMER, Th., *Handbuch des Römischen Erbrechtes*, Leipzig, 1863, (reproducción facsimil de 1970).

SCHIRMER, Th., "Das Familien-Vermögen und die Entwickelung des Noterbrechts bei der Römern", en *ZSS, II*, 1881.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SCHMIDT, A., "Die Anfänge der *Bonorum Possessio"*, en *ZSS, XVII*, 1896.

SCHMIDT, K.A., *Das formelles Recht der Notherben*, Leipzig, 1862.

SCHMIDT, K.A., *Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor: eine rechtsgeschichtliche Abhandlung*, Heidelberg, 1868.

SCHNEIDER, K.A., *Das altcivile und justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Julia et Papia*, Berlin, 1837.

SCHNORR VON CAROLSFELS, L., *Geschichte der juristischen person universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht,* München, 1933 (reimpresión 1969).

SCHRÖDER, F., *Das notherbenrecht, I, Das recht vor der Novelle 115*, Heidelberg, 1877.

SCHULTING, C., *Jurisprudentia Vetus ante-Justinianea ex recensione et cum notis*, Lipsiae, 1737.

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, (traducción española de Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, 1960.

SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana* (traducción italiana de Nocera de la versión inglesa *History of the Legal Roman Science*, Oxford, 1953), Firenze, 1968.

SEGRÈ, G., "Sulla natura della comproprietà in diritto romano", en *RISG, VIII*, 1889.

SEGRÈ, G., *Ricerche di diritto ereditario romano,* Roma, 1930.

SEGRÈ, G., "*Obligatio, obligare, obligari* nei testi della giurisprudenza clasica e del tempo de Diocleziano", en *Studi Bonfante, III*, Milano, 1930 (=en *Scritti Varii di Diritto Romano*, Torino, 1952).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SEGRÈ, G., "Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra Diritto civile e pretorio", en *Scritti di Diritto Romano in onore di Contardo Ferrini*, 1946.

SENN, F., "La notion *d'heres suus*", en *RHD, XXXVI*, 1958.

SIBER, H., *Römisches Recht, II*, Berlin, 1928.

SMITH, W., voz: "*Bonorum Possessio*", en *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, 1875.

SOKOLOWSKI, P., *Die philosophie im Privatrecht, 1. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1907 (reproducción facsimil 1959).

SOLAZZI, S., "*Ius liberorum* e alfabetismo", en *RIL, LI*, 1918 (= en *Scritti di Diritto Romano, II*, Napoli, 1957).

SOLAZZI, S., "I modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano", en *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, V*, Pavia, 1919.

SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano, I*, Napoli, 1932.

SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano, II*, Napoli, 1933.

SOLAZZI, S., "Glosse a Gaio", *Seconda puntata, Volume Per il XIV Centenario delle Pandette, Studi e Profili*, Pavia, 1933.

SOLAZZI, S., "*Societas* e *communio*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, LVII*, 1935 (=en *Scritti di Diritto Romano, III*, Napoli, 1960).

SOLAZZI, S., "Glosse a Gaio", en *Studi Riccobono, I*, Palermo, 1936 (reimpresión 1974).

SOLAZZI, S., "Le tracce di un commento agli Scritti di Salvio Giuliano", en *Studi Besta, I*, Milano 1937.

SOLAZZI, S., "Glosse a Gaio", *Terza Puntata*, en *SDHI, VI*, 1940.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SOLAZZI, S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano, IV*, Napoli, 1943.

SOLAZZI, S., "*Bonorum possessio ex SC Pegasiano*?", en *RISG, III*, Torino, 1949 (=en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972).

SOLAZZI, S., "*Adgnati*", en *Atti della Reale Accademia di Napoli, LXIII*, 1950-1951 (= en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972).

SOLAZZI, S., "L' *in iure cessio hereditatis* e la natura dell' antica *hereditas*", en *IURA, III*, 1952 (=en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972).

SOLAZZI, S., "Diritto di accrescimento e testamento dei militari", en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954.

SOLAZZI, S., "*Unum testamentum duarum hereditatum*", en *LABEO, I*, 1955 (= en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972).

SOLAZZI, S., "L'*obligatio* dell'erede in *Gai*. II, 35-56", en *Studi De Francisci, IV*, Milano, 1956.

SOLAZZI, S., "Ancora di *Gai*. 3, 154ª" en *Scritti di Diritto Romano, III*, Napoli, 1960.

SOLAZZI, S., "*Bonorum possessio decretalis*", en *Scritti di Diritto Romano, III*, Napoli, 1960.

SOLAZZI, S., "Attorno ai "caduca", *en Scritti di Diritto Romano, IV*, Napoli, 1963.

SOLAZZI, S., "Osservanza della volontà testamentaria e indegnità", en *Scritti di Diritto Romano, IV*, Napoli, 1963.

SOLAZZI, S., "La renuncia dell'eredità e P.Col. 123.12", en *Arch. Giur., CL*, 1956 (=en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972).

SOLAZZI, S., "*Vulgaris substitutio*", en *Scritti di Diritto Romano, V*, Napoli, 1972.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SOSA RIED, M.A., "Adquisición y Subrogación: convergencias y diferencias", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los derechos reales),* Madrid, 2001.

SPRUIT, J.E., *De Lex Iulia et Papia Poppaea: Beschouwingen over de bevolkingspolitiek van Augustus,* Deventer, 1969.

STEINWENTER, A., voz: "*Ius Liberorum*", en *Paulys Real-encyclopädie Der Classischen Altertumswissenschaft, X, 2,* Stuttgart, 1897.

STELLA MARANCA, F., "Intorno al fr. 7 dig. 1, 5, *de statu hominum*", en *BIDR, I,* 1934.

STOJCEVIC, D., "*Agnatus proximus*", en *Mélanges Lévy-Bruhl,* Paris, 1959.

STOLFI, G., "Concetto dell´erede", en *Studi Carnelutti III,* 1950.

STROHAL, E., *Transmission pendente condicione,* Graz, 1879.

STROUX, J., "Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen ende der republikanischen zeit", en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, I,* Bologna-Roma, 1934.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Reflexiones sobre la *bonorum possessio ex testamento cum tabula et contra tabulas* y *bonorum possessio ab intestato*", en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, II,* Burgos, 2000.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de los emancipados en el Derecho hereditario romano clásico,* Orense, 1996.

TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione pasiva alla Hereditatis Petitio,* Milano, 1956.

TALAMANCA, M., *Lineamenti di storia di diritto romano,* Milano, 1989.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990.

TALAMANCA, M., "L'acquisto dell'eredita da parte dei "*gentiles*" in XII Tab. 5.5", en *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne-Hommage à la memoire de André Magdelain*, Paris, 1998.

TELLEGEN, O.E., "Was there a "consortium" in Pliny's Letter VIII, 18", en *RIDA, XXVII*, 1980 (=en *The roman law of succession in the letters of pliny the younger I*, Zutphen, 1982).

THIBAUT, A., *System des Pandekten-Rechts, IX*, Jena, 1846.

THOMAS, Y., "Le "ventre" corps maternel, droit paternel" en *La valeur. Le Genre humain, XIV*, 1986.

TOMULESCU, C., "Gaius 2, 55 e *l'usupacio pro herede*", en *Studi Grosso, IV*, 1971.

TONDO, S., "Il consorcio domestico nella Roma antica", en *Atti e memorie dell'accademia toscana di scienze e lettere "La Colombaria", XL*, 1975.

TONDO, S., "Osservazioni intorno alla "*pro herede gestio*", en *Arch. Giur., CLIII*, 1957.

TORRENT, A., "*Consortium ercto non cito''*, en *AHDE, XXXIV*, 1964.

TORRENT, A., *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966.

TORRENT, A., "Notas sobre la relación entre *Communio* y copropiedad", en *Studi Grosso, II*, 1968.

TORRENT, A., *La "iurisdictio" de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970.

TORRENT, A., "Cronología, finalidad y desaparición de la *In iure cessio hereditatis"*, en *Studi Volterra, III*, Milano, 1971.

TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 2002.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

TORRENT, A., voz: "*Communio* (Comunidad Romana)", en *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005.

TORRENT, A., voz: "Copropiedad", en *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005.

TORRENT, A., voz: "*Ius adcrescendi*", en *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005.

TURIEL DE CASTRO, G., "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I,* Orense, 1998.

UNTERHOLZNER, K.A.D., "Über das patronatische Erbrecht", en *ZGR, V,* 1825.

VACCA, L., "In tema di *bonorum possessio contra tabulas*", en *BIDR, LXXX*, Milano, 1977.

VACCA, L., *"Derelictio" e acquisto delle "Res pro derelictio habitae"*, Milano, 1984.

VACCARO DELOGU, R., *L'accrescimento nel diritto ereditario romano,* Milano, 1941.

VALETT, C.J.M., *Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes insbesondere für akademische Vorlesungen, III,* Leipzig, 1829.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio, I,* Madrid, 1980.

VAN WETTER, P.A.H., *Droit d'accroissement entre colégataires,* Bruxelles, 1866.

VANGEROW, K.A., *Lehrbuch der Pandekten, II*, Marburg-Leipzig 1863-1869.

VARELA, E., "La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica", en *Estudios jurídicos en homenaje a Álvarez Suárez*, Madrid, 1978.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VARELA, E., "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Studia Iuridica, 88*, Coimbra, 2006.

VIARENGO, G., *L'excusatio tutelae nell'etá del principato*, Genova, 1996.

VILLEY, M., "L'idée du droit subjectif et les systèmes juridíques romains", en *RHD, XXIV-XXV*, 1946-1947.

VISMARA, G., "Appunti intorno alla "*heredis institutio*", en *Studi Besta, III*, Milano, 1939.

VITALEVI, M., *Della comunione dei beni*, Torino, 1884.

VITALI, V., *Delle successioni legittime e testamentarie*, Napoli, 1899.

VOCI, P., *Il diritto romano, III, Diritto privato*, Milano, 1946.

VOCI, P., "Esame delle tesi del Bonfante su la familia romana arcaica", en *Studi Arangio-Ruiz, I*, Napoli, 1952.

VOCI, P., "Per la definizione dell'*imperium*", en *Studi Albertario, II*, Milano, 1953.

VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano, II*, Milano, 1963.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano, I*, Milano, 1967.

VOCI, P., "Testamento Pretorio", en *Studi Grosso, I*, Torino, 1968.

VOCI, P., recensión a *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* de MEINHART, M., en *SDHI, XXXIV*, 1968.

VOCI, P., "Storia della "*patria potestas*" da Augusto a Diocleziano", en *IURA XXXI*, 1980 (=en *Studi di diritto romano*, Padova, 1985).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VOCI, P., "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, Padova, 1985 (=en *Ausfstieg und Niedergang der römischen Welt, II*, 14, Berlin, 1982).

VOGEL, C.A., "Über die bedingte Erbeinsetzung von *sui heredes* nach *ius civile*", en *ZSS, LXVIII*, 1951.

VOLTERRA, E., *Diritto romano e diritto orientali*, Bologna, 1937.

VOLTERRA, E., "Sulla capacità delle donne a far testamento", en *BIDR, XLVIII*, 1941 (=en *ANTIQVA, 62*).

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961.

VOLTERRA, E., "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del III secolo d.C.", en *ANTIQVA, 58*, Paris, 1991 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano, 1966).

VON BOSSOWSKI, F., "Die *Nov.* 118 Justinians und deren Vorgeschichte. Römische und orientalische Elemente", en *Fs. Koschaker, II*, Weimar, 1939 (reimpresión en Leipzig, 1977).

VON LÜBTOW, U., "Die entwichlungsgeschichtlichen Grundlagen des römisches Erbrechts", en *Studi De Francisci, I*, Milano, 1956.

WAGNER, H., recensión a NELSON, H.L.W., "Überlieferung, aufbau und Stil von *Gai Institutiones*" en *IURA, XXXII*, 1981.

WATSON, A., *Rome of the XX Tables. Persons an Property*, Princenton-London, 1975.

WESTRUP, C.W., *Introduction to early Roman Law. Comparativa sociological studies. The patriarchal family I, 1: The house community, 1. Community of cult, Copenhagen-London*, 1944 (=en *Introduction to early Roman Law. Comparativa sociological studies. The patriarchal joint family IV. 1. Sources and methods*, Copenhagen-London, 1950).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

WESTRUP, C.W., "Sur les gentes et les curiae de la reyauté primitive de Rome", en *RIDA*, 1954.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, I*, Torino, 1930.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, III*, Torino, 1930.

WLASSAK, M., *Studien zum altrömischen Erb-und Vermächtnisrecht, I*, Wien, 1933.

WOLFF, H.J., "Die Pupilarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des "*Heres*"-Begriffs und der römischen Rechtswissenchaft", en *Studi Riccobono, III*, Palermo, 1936 (reimpresión 1974).

YARON, R., "Two notes on intestate succession (1. Succession by agnates; 2. Mother *versus* sisters under the *Sc. Tertullianum*)", en *TJ, XXV*, 1957.

ZABLOCKA, M., "Il *ius trium liberorum* nel diritto romano", *en BIDR, IXC*, 1988.

ZIMMERMANN, R., "*Coniunctio verbis tantum*", en *ZSS, CI*, 1984.

ZLINSZKY, J., "Actes à cause de mort dans le droit romain archaïque", en *Actes à cause de mort/Acts of Last Will*, Bruselas, 1992.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE DE FUENTES

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

FUENTES LITERARIAS

ALCIATO
Paradoxa, 9, 9 p. 97.

ARISTÓTELES
Historia Animalium VII, 4 p. 458.

Auct. Ad Herenn. I, 13, 23 p. 517.

CATULO
68, 123 p. 517.

CENSOR
De die natali liber ad Q. Caerellium, IX, 1 p. 458.

C. I. L.
VI, 1572 p. 517.

CICERÓN
Ad atticum ad familiares ad Quintum ad Brutum VIII, 21 p. 550.
De Domo, 13, 35 p. 517.
De Inventione, II, 42 p. 337.
De Inventione, II, 50, 148 pp. 42, 367, 517.
De Oratore, I, 38, 175 pp. 463, 468.
De Oratore, I, 39 p. 337.
De Oratore, I, 39, 176 p. 517.
De Oratore, I, 57, 241 p. 463.
De Oratore, II, 32, 141 p. 337.
In Verrem, I, 12 p. 550.
In Verrem, I, 45, 115 p. 517.
In Verrem, II, 1, 44 p. 550.
In Verrem, II, 1, 45 p. 550.
In Verrem, II, 1, 113 pp. 549, 550.
In Verrem, II, 1, 114 p. 543.
In Verrem, II, 1, 115 pp. 543, 550.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

In Verrem, II, 1, 116 p. 550.
In Verrem, II, 1, 117 pp. 543, 549.
In Verrem, II, 1, 123 p. 550.
In Verrem, II, 1, 124 p. 550.
In Verrem, II, 1, 137 p. 550.
In Verrem, II, 3, 16 p. 550.
In Verrem, II, 45, 117 p. 559.
In Verrem, II, 45, 177 p. 560.
Topica, 6, 29 p. 518.
Topica 18, 50 p. 550.
Philippics, II, 16 p. 398.
Philippics, II, 25, 62 p. 550.
Pro Cluentio, 11 p. 337.
Pro Cluentio 60, 165 p. 564.

FESTO
Epitome de Paulo Diácono, 99, lin. 18 p. 369.

GELIO
Noct. Att. 3, 16, 12 pp. 451, 453, 459, 470.
Noct. Att. 10, 2 pp. 481, 482, 484.
Noct. Att. 16, 10, 8 p. 573.

HIPÓCRATES
Peri heptameron, IV p. 458.

ISIDORO DE SEVILLA
Etimologías 5, 24, 15 p. 507.
Etimologías 5, 24, 16 p. 507.
Etimologías 9, 2, 1 p. 518.

MANTICA
De coniecturis ultimarum voluntatum tractatus, IV, 11, 6 p. 97.

PLINIO El viejo
Historia Natural 7, 5, 38 p. 458.
Historia Natural 7, 40 p. 550.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PLINIO El Joven
Panegyricus, 37 p. 517.
Epistularum II, 4 p. 398.

***Rhet. ad Her**. I, 23* pp. 42, 367.
***Rhet. ad Her**. IV, 27, 37* p. 88.

SÉNECA
Epistulae Morales ad Lucilium 5, 47, 14 p. 374.
De beneficiis 7, 12, 1 p. 111.

VALERIO MASSIMO
VIII, 7, 5 p. 550.

VARRO
De lingua latina 6, 8, 81 p. 507.

Horati Flacci Epistularum, Liber secundus
Epist. 2, 2, 175 p. 47.
Epist. 2, 2, 176 p. 47.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

FUENTES JURÍDICAS

I.- PREJUSTINIANEAS

XII Tabulae

XII Tab. V, 4 pp. 218, 368, 499.
XII Tab. V, 5 pp. 218, 368, 517, 542.
XII Tab. V, 9 p. 434.

Lex Aebutia. Commentarius quartus

30 p. 573.

Gai, Institutiones

Gai 1, 11 p. 454.
Gai 1, 89 p. 454.
Gai 1, 90 p. 455.
Gai 1, 93 p. 560.
Gai 1, 123 p. 400.
Gai 1, 135 p. 456.
Gai 1, 138 p. 400.
Gai 1, 147 pp. 456, 459, 470.
Gai 1, 156 pp. 498, 500.
Gai 2, 14 p. 558.
Gai 2, 54 p. 558.
Gai 2, 58 p. 396.
Gai 2, 97 p. 47.
Gai 2, 111 p. 318.
Gai 2, 121 p. 505.
Gai 2, 123 pp. 463, 465.
Gai 2, 124 pp. 141, 172, 216.
Gai 2, 126 p. 505.
Gai 2, 128 p. 141.
Gai 2, 130 p. 463.
Gai 2, 131 pp. 463, 464.
Gai 2, 138 p. 464.
Gai 2, 139 p. 464.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Gai 2, 140 p. 464.
Gai 2, 141 p. 464.
Gai 2, 142 p. 464.
Gai 2, 143 p. 464.
Gai 2, 148 p. 544.
Gai 2, 152 p. 388.
Gai 2, 153 p. 388.
Gai 2, 154 pp. 389, 391.
Gai 2, 155 pp. 391, 394, 395.
Gai 2, 156 p. 373.
Gai 2, 157 pp. 33, 34, 374.
Gai 2, 158 pp. 398, 405, 523.
Gai 2, 159 p. 400.
Gai 2, 160 pp. 399, 400.
Gai 2, 161 pp. 399, 507.
Gai 2, 162 pp. 399, 507.
Gai 2, 163 pp. 394, 395, 399, 400.
Gai 2, 164 p. 507.
Gai 2, 165 p. 507.
Gai 2, 166 p. 507.
Gai 2, 167 pp. 507, 508.
Gai 2, 168 p. 507.
Gai 2, 169 pp. 507, 508.
Gai 2, 170 p. 507.
Gai 2, 171 p. 507.
Gai 2, 172 p. 507.
Gai 2, 173 p. 507.
Gai 2, 174 pp. 336, 507.
Gai 2, 175 p. 336.
Gai 2, 178 p. 336.
Gai 2, 179 p. 337.
Gai 2, 181 p. 336.
Gai 2, 182 p. 337.
Gai 2, 186 p. 388.
Gai 2, 188 p. 389.
Gai 2, 199 pp. 185, 189, 211, 262.
Gai 2, 205 pp. 185, 211.
Gai 2, 207 p. 319.
Gai 2, 215 p. 185.
Gai 2, 223 p. 262.
Gai 2, 224 p. 42.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Gai 2, 229 p. 262.
Gai 2, 232 p. 262.
Gai 2, 235 p. 262.
Gai 2, 238 pp. 262, 466.
Gai 2, 240 p. 466.
Gai 2, 241 pp. 456, 457, 469.
Gai 2, 242 p. 456.
Gai 2, 251 p. 555.
Gai 2, 277 p. 337.
Gai 2, 286 p. 262.
Gai 2, 286a p. 262.
Gai 3, 1 pp. 368, 369.
Gai 3, 2 pp. 370, 505.
Gai 3, 3 p. 370.
Gai 3, 4 pp. 447, 459, 532.
Gai 3, 8 pp. 569, 582.
Gai 3, 9 pp. 42, 218, 498.
Gai 3, 10 pp. 498, 500.
Gai 3, 11 p. 498.
Gai 3, 12 pp. 256, 498, 506, 507, 593.
Gai 3, 13 p. 498.
Gai 3, 14 p. 505.
Gai 3, 15 pp. 498, 506.
Gai 3, 16 pp. 64, 506, 511, 514.
Gai 3, 17 pp. 42, 517, 521, 542.
Gai 3, 20 p. 560.
Gai 3, 22 pp. 507. 593.
Gai 3, 25 pp. 551, 552.
Gai 3, 26 p. 551.
Gai 3, 27 pp. 551, 597.
Gai 3, 28 pp. 507, 551, 597.
Gai 3, 29 p. 551.
Gai 3, 30 p. 551.
Gai 3, 31 p. 551.
Gai 3, 32 pp. 551, 554, 555, 567.
Gai 3, 33 p. 556.
Gai 3, 34 pp. 551, 556, 560.
Gai 3, 35 pp. 544, 551.
Gai 3, 36 p. 551.
Gai 3, 37 pp. 551, 597.
Gai 3, 38 pp. 551, 552.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Gai 3, 40 p. 689.
Gai 3, 41 pp. 559, 689.
Gai 3, 42 p. 689.
Gai 3, 43 p. 690.
Gai 3, 44 p. 690.
Gai 3, 45 p. 689.
Gai 3, 47 p. 690.
Gai 3, 51 p. 690.
Gai 3, 52 p. 690.
Gai 3, 53 p. 690.
Gai 3, 54 p. 690.
Gai 3, 63 p. 690.
Gai 3, 64 p. 690.
Gai 3, 67 p. 411.
Gai 3, 71 pp. 559, 560.
Gai 3, 80 p. 564.
Gai 3, 114 p. 400.
Gai 3, 152 p. 125.
Gai 3, 201 p. 397.
Gai 3, 220 p. 269.
Gai 3, 225 p. 269.
Gai 4, 16 p. 548.
Gai 4, 34 p. 551.

Fragmentum Dositheanum

Fragm. Dosith. 10 p. 113.

Collatio Legum Mosaicorum et Romanorum

Coll. 16, 2, 7 p. 569.
Coll. 16, 2, 9 p. 498.
Coll. 16, 2, 10 p. 498.
Coll. 16, 2, 12 pp. 498, 506, 507.
Coll. 16, 2, 15 p. 506.
Coll. 16, 2, 16 p. 511.
Coll. 16, 2, 17 p. 517.
Coll. 16, 3, 3 pp. 498, 517.
Coll. 16, 3, 5 p. 373.
Coll. 16, 3, 6 p. 373.
Coll. 16, 3, 13 pp. 498, 506.
Coll. 16, 3, 19 p. 511.
Coll. 16, 3, 20 p. 505.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Coll. 16, 4, 1 p. 367.
Coll. 16, 4, 2 pp. 367, 517, 518.

Fragmenta Vaticana

Frag.Vat. 75 p. 283.
Frag.Vat. 76 p. 283.
Frag.Vat. 77 pp. 75, 100, 283.
Frag.Vat. 78 pp. 182, 283.
Frag.Vat. 79 pp. 182, 206, 283.
Frag.Vat. 80 p. 283.
Frag.Vat. 81 p. 283.
Frag.Vat. 82 p. 283.
Frag.Vat. 83 pp. 118, 283.
Frag.Vat. 85 pp. 186, 283.
Frag.Vat. 86 p. 283.
Frag.Vat. 87 p. 283.

Gai Fragmenta Augustodunensia

Frag. Aug. 2, 24 pp. 399, 523.
Frag. Aug. 2, 25 p. 400.
Frag. Aug. 2, 26 p. 394.
Frag. Aug. 2, 27 pp. 394, 404.
Frag. Aug. 2, 28 p. 404.
Frag. Aug. 2, 29 pp. 282, 404.
Frag. Aug. 2, 30 p. 404.
Frag. Aug. 2, 31 p. 404.
Frag. Aug. 2, 32 p. 404.
Frag. Aug. 2, 33 pp. 282, 404.

Tituli ex corpore Ulpiani

Tit.Ulp. I, 18 pp. 113, 118.
Tit.Ulp. V, 10 p. 454.
Tit.Ulp. XI, 4 p. 498.
Tit.Ulp. XI, 14 p. 42.
Tit.Ulp. XII, 24 p. 399.
Tit.Ulp. XVII, 1 p. 318.
Tit.Ulp. XVII, 2 p. 318.
Tit.Ulp. XVII, 3 pp. 303, 314.
Tit.Ulp. XXII, 4 p. 466.
Tit.Ulp. XXII, 14 p. 463.
Tit.Ulp. XXII, 15 p. 459.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tit.Ulp. XXII, 17 pp. 142, 172.
Tit.Ulp. XXII, 18 p. 463.
Tit.Ulp. XXII, 20 p. 142.
Tit.Ulp. XXII, 24 pp. 373, 391, 399, 523.
Tit.Ulp. XXII, 26 p. 508.
Tit.Ulp. XXII, 27 p. 507.
Tit.Ulp. XXII, 28 p. 507.
Tit.Ulp. XXII, 29 p. 507.
Tit.Ulp. XXII, 30 p. 507.
Tit.Ulp. XXII, 31 p. 507.
Tit.Ulp. XXII, 32 p. 507.
Tit.Ulp. XXII, 33 pp. 336, 507.
Tit.Ulp. XXII, 34 pp. 336, 507.
Tit.Ulp. XXIII, 2 pp. 463, 690.
Tit.Ulp. XXIII, 6 p. 544.
Tit.Ulp. XXIII, 8 p. 337.
Tit.Ulp. XXIV, 12 pp. 186, 189, 211, 580.
Tit.Ulp. XXIV, 13 pp. 186, 211.
Tit.Ulp. XXVI, 1 pp. 42, 367, 368, 498, 505.
Tit.Ulp. XXVI, 1a pp. 518, 542.
Tit.Ulp. XXVI, 2 p. 569.
Tit.Ulp. XXVI, 3 pp. 461, 473.
Tit.Ulp. XXVI, 4 p. 511.
Tit.Ulp. XXVI, 5 pp. 62, 258, 506, 510, 541, 593.
Tit.Ulp. XXVI, 6 p. 505.
Tit.Ulp. XXVI, 7 pp. 673, 675, 688, 693.
Tit.Ulp. XXVI, 8 pp. 505, 643, 645, 646, 671, 675.
Tit.Ulp. XXVIII, 8 p. 560.
Tit.Ulp. XXVIII, 10 p. 560.
Tit.Ulp. XXVIII, 12 pp. 554, 555, 567.
Tit.Ulp. XXVIII, 13 p. 544.
Tit.Ulp. XXIX, 1 p. 689.
Tit.Ulp. XXIX, 2 p. 690.
Tit.Ulp. XXIX, 3 p. 690.
Tit.Ulp. XXIX, 4 p. 689.
Tit.Ulp. XXIX, 5 p. 689.
Tit.Ulp. XXIX, 6 p. 690.
Tit.Ulp. XXIX, 7 p. 690.

Codex Theodosianus
C.Th. 2, 19, 1 p. 763.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C.Th. 2, 19, 2, 1 p. 642.
C.Th. 3, 8, 2, 1 p. 645.
C.Th. 5, 1, 1 pp. 649, 748.
C.Th. 5, 1, 2 pp. 649, 733, 748.
C.Th. 5, 1, 4 pp. 672, 676, 736.
C.Th. 5, 1, 4 pr. pp. 736, 755, 758.
C.Th. 5, 1, 4, 1 pp. 737, 738.
C.Th. 5, 1, 4, 2 p. 739.
C.Th. 5, 1, 4, 3 p. 739.
C.Th. 5, 1, 6 p. 742.
C.Th. 5, 1, 7 pp. 645, 649.
C.Th. 8, 17, 1 p. 734.
C.Th. 8, 17, 3 pp. 734, 735.
C.Th. 8, 18, 1, 1 p. 673.
C.Th. 8, 18, 4 p. 673.
C.Th. 8, 18, 8, 1 p. 673.

Pauli Sententiae
Pauli Sent. 3, 4b, 8 p. 142.
Pauli Sent. 4, 5, 5 p. 373.
Pauli Sent. 4, 8, 3 pp. 498, 517.
Pauli Sent. 4, 8, 13 p. 498.
Pauli Sent. 4, 8, 19 p. 511.
Pauli Sent. 4, 8, 20 (22) p. 505.
Pauli Sent. 4, 8, 21 (23) pp. 593, 755.
Pauli Sent. 4, 8, 23 p. 507.
Pauli Sent. 4, 8, 24 (26) pp. 62, 258, 286, 512, 542.
Pauli Sent. 4, 9, 1, 2 p. 643.
Pauli Sent. 4, 9, 3 p. 458.
Pauli Sent. 4, 9, 4 p. 458.
Pauli Sent. 4, 9, 6 p. 458.
Pauli Sent. 4, 9, 8 p. 644.
Pauli Sent. 4, 9, 10 p. 646.
Pauli Sent. 4, 10, 1 pp. 671, 677.
Pauli Sent. 4, 12, 1 p. 113.
Pauli Sent. 5, 4 p. 269.

Epitome Gai
Ep. Gai 1, 4, 9 p. 454.
Ep. Gai 2, 2 pr. p. 47.
Ep. Gai 2, 3, 1 p. 141.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Ep. Gai 2, 3, 2 p. 463.
Ep. Gai 2, 3, 6 p. 370.
Ep. Gai 2, 8, 2 p. 569.
Ep. Gai 2, 8, 3 p. 498.
Ep. Gai 2, 8, 6 p. 511.
Ep. Gai 2, 8, 7 p. 498.

Appendices Legis Romanae Wisigothorum

Appendix legis rom. Wis. I, 5 pp. 399, 404.

Lex Romana Burgundionum

28, 2 p. 646.
28, 3 p. 646.
45, 4 p. 142.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.- *CORPUS IURIS CIVILIS*

Institutiones

I. 1, 6, 2	p. 388.
I. 1, 12, 9	p. 456.
I. 1, 13, 4	p. 470.
I. 2, 13 pr.	pp. 371, 463.
I. 2, 14 pr.	p. 388.
I. 2, 14, 5	p. 217.
I. 2, 14, 7	pp. 217, 491.
I. 2, 15	p. 336.
I. 2, 15 pr.	p. 336.
I. 2, 15, 3	p. 336.
I. 2, 16	p. 337.
I. 2, 16, 1	p. 337.
I. 2, 19, 1	pp. 371, 394, 522.
I. 2, 19, 2	pp. 371, 399, 522, 523.
I. 2, 19, 6	pp. 282, 395.
I. 2, 19, 7	p. 508.
I. 2, 20, 8	pp. 189, 221, 259, 580.
I. 2, 20, 25	p. 466.
I. 2, 23, 3	p. 555.
I. 3, 1, 2	p. 744.
I. 3, 1, 3	pp. 373, 380.
I. 3, 1, 9	p. 569.
I. 3, 1, 14	p. 556.
I. 3, 1, 15	pp. 739, 742.
I. 3, 1, 16	pp. 739, 743.
I. 3, 2, 3	pp. 498, 505.
I. 3, 2, 3a	p. 748.
I. 3, 2, 3b	p. 748.
I. 3, 2, 4	pp. 511, 733, 748.
I. 3, 2, 7	pp. 507, 593, 594, 597, 754, 768.
I. 3, 3	p. 594.
I. 3, 3, 1	p. 642.
I. 3, 3, 2	pp. 635, 643.
I. 3, 3, 3	pp. 645, 646, 647, 683.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I. 3, 3, 4 pp. 733, 748.
I. 3, 3, 5 pp. 733, 748.
I. 3, 4 p. 683.
I. 3, 4, pr. pp. 635, 673.
I. 3, 4, 1 pp. 695, 724.
I. 3, 4, 2 pp. 635, 677.
I. 3, 4, 3 p. 677.
I. 3, 4, 4 pp. 286, 513, 639, 679, 716.
I. 3, 5, 1 p. 746.
I. 3, 6, 10 p. 698.
I. 3, 7, pr. p. 689.
I. 3, 7, 1 p. 689.
I. 3, 7, 2 p. 689.
I. 3, 7, 3 p. 767.
I. 3, 8 p. 690.
I. 3, 9 pr. pp. 547, 552.
I. 3, 9, 2 pp. 552, 554, 555, 567.
I. 3, 9, 3 pp. 552, 559, 562.
I. 3, 9, 6 p. 698.
I. 3, 9, 9 pp. 595, 777.
I. 3, 10 pr. p. 47.

Digesta

D. 1, 1, 7, 1 p. 552.
D. 1, 2, 2, 5 p. 43.
D. 1, 4, 12 p. 129.
D. 1, 5, 7 p. 459.
D. 1, 5, 11 p. 455.
D. 1, 5, 14 p. 458.
D. 1, 5, 18 p. 455.
D. 1, 5, 26 pp. 455, 470.
D. 1, 6, 8 p. 455.
D. 1, 7, 14 p. 456.
D. 2, 11, 15 p. 403.
D. 2, 14, 7, 18 p. 416.
D. 2, 14, 44 p. 416.
D. 3, 36, 3 p. 119.
D. 3, 37 p. 115.
D. 4, 1, 6 p. 325.
D. 4, 2, 21, 5 p. 433.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 4, 4 p. 282.
D. 4, 4, 3, 2 p. 404.
D. 4, 4, 7, 5 pp. 394, 404, 433.
D. 4, 4, 7, 9 pp. 394, 404.
D. 4, 4, 7,10 pp. 370, 433.
D. 4, 4, 29, 2 p. 404.
D. 4, 5, 7 pr. p. 677.
D. 4, 5, 11 p. 455.
D. 4, 7, 12 p. 126
D. 4, 44, 24, 2 p. 325.
D. 5, 1, 28, 5 pp. 476, 478, 484.
D. 5, 2, 6 pr. pp. 458, 460.
D. 5. 2, 8, 2 p. 337.
D. 5, 3, 3 p. 631.
D. 5, 3, 50 pr. pp. 36, 46.
D. 5, 4, 1, 5 p. 477.
D. 5, 4, 3 pp. 461, 472, 473, 475, 484, 486, 536.
D. 5, 4, 4 pp. 477, 486, 491, 497, 536.
D. 5, 4, 5 pr. pp. 489, 494, 496.
D. 5, 5, 1 p. 557.
D. 5, 5, 2 p. 557.
D. 7, 1, 33 p. 58.
D. 7, 1, 33, 1 pp. 191, 283, 491.
D. 7, 2 p. 129.
D. 7, 2, 1, 3 pp. 63, 68, 75, 206.
D. 7, 2, 1, 4 p. 136.
D. 7, 2, 3 p. 206.
D. 7, 2, 3 pr. pp. 140, 163.
D. 7, 2, 3, 2 p. 118.
D. 7, 2, 7 p. 173.
D. 7, 2, 11 p. 173.
D. 7, 4, 3, 1 p. 89.
D. 8, 1, 11 p. 110.
D. 8, 2, 26 p. 115.
D. 8, 2, 27, 1 p. 114.
D. 8, 4, 6, 1 p. 110.
D. 9, 2, 35 p. 135.
D. 10, 2, 11 p. 459.
D. 10, 3 p. 115.
D. 10, 3, 28 pp. 114, 132.
D. 11, 1, 12 p. 411.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 11, 1, 12 pr. p. 410.
D. 11, 7, 6 pr. pp. 410, 411.
D. 11, 7, 12, 7 p. 401.
D. 11, 7, 33 p. 270.
D. 12, 4, 12 pp. 191, 195, 491.
D. 12, 6, 61 p. 403.
D. 13, 6, 5, 5 p. 115.
D. 13, 6, 5, 15 pp. 116, 220.
D. 13, 7, 18, 1 p. 129.
D. 14, 5, 5, 2 p. 410.
D. 16, 2, 16 pr. p. 233.
D. 17, 2, 35 p. 125.
D. 17, 2, 59 pr. p. 125.
D. 17, 2, 63, 8 p. 125.
D. 17, 2, 65, 9 p. 125.
D. 18, 4, 1 p. 368.
D. 18, 4, 2 p. 194.
D. 18, 4, 2 pr. pp. 288, 289.
D. 18, 4, 2, 1 p. 290.
D. 18, 4, 2, 2 p. 337.
D. 18, 4, 2, 4 pp. 194, 288, 289, 337.
D. 19, 1, 13, 14 pp. 129, 191, 491.
D. 19, 2, 15, 9 p. 415.
D. 20, 6, 11 p. 411.
D. 21, 1, 31, 3 p. 129.
D. 21, 3, 3, 1 p. 46.
D. 22, 1, 38, 4 p. 265.
D. 22, 6, 1, 3 p. 560.
D. 23, 2, 67 pr. p. 411.
D. 25, 4, 1, 1 p. 458.
D. 26, 7, 2 pr. p. 411.
D. 26, 7, 2, 1 p. 403.
D. 26, 7, 46, 1 p. 415.
D. 26, 7, 59 p. 416.
D. 26, 8, 12 p. 79.
D. 26, 8, 21 pp. 400, 403.
D. 28, 1, 11 p. 383.
D. 28, 2, 8 p. 463.
D. 28, 2, 9, 2 p. 368.
D. 28, 2, 11 pp. 33, 34, 371.
D. 28, 2, 12 pr. p. 458.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 28, 2, 12, 1 p. 458.
D. 28, 2, 14 pr. p. 463.
D. 28, 2, 29, 10 pp. 463, 465.
D. 28, 2, 30 pp. 463. 465.
D. 28, 2, 31 pp. 463, 465.
D. 28, 3, 1 pp. 463, 465.
D. 28, 3, 3 p. 463.
D. 28, 3, 4 p. 463.
D. 28, 3, 5 p. 463.
D. 28, 3, 6 p. 463.
D. 28, 3, 6 pr. p. 459.
D. 28, 3, 17 pp. 410, 446.
D. 28, 3, 19 pr. p. 463.
D. 28, 5, 1, 4 pp. 39, 142, 205.
D. 28, 5, 4 pr. p. 391.
D. 28, 5, 5 p. 142.
D. 28, 5, 7 p. 142.
D. 28, 5, 9, 12 p. 59.
D. 28, 5, 9, 13 p. 205.
D. 28, 5, 11 p. 85.
D. 28, 5, 13 p. 491.
D. 28, 5, 13 pr. pp. 68, 85, 173.
D. 28, 5, 13, 1 pp. 85, 257.
D. 28, 5, 13, 2 pp. 67, 142, 217, 257.
D. 28, 5, 13, 3 pp. 136, 217, 257.
D. 28, 5, 15 pr. pp. 84, 176.
D. 28, 5, 17, 1 pp. 176, 179, 222.
D. 28, 5, 17, 2 p. 176.
D. 28, 5, 17, 4 p. 178.
D. 28, 5, 31, 1 p. 37.
D. 28, 5, 34 p. 38.
D. 28, 5, 42 p. 336.
D. 28, 5, 59, 3 p. 222.
D. 28, 5, 59, 7 p. 279.
D. 28, 5, 60 (59) p. 179.
D. 28, 5, 60 (59), 2 pp. 85, 177.
D. 28, 5, 60 (59), 3 pp. 178, 295.
D. 28, 5, 60 (59), 6 p. 285.
D. 28, 5, 63 p. 222.
D. 28, 5, 64 (63) pp. 177, 179, 238, 293.
D. 28, 5, 67 (66) pp. 93, 173, 179, 295.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 28, 5, 75 (74) pp. 41, 205.
D. 28, 5, 87, 1 pp. 391, 399.
D. 28, 5, 89 (88) p. 66.
D. 28, 6 p. 336.
D. 28, 6, 1, 1 p. 337.
D. 28, 6, 2, 1 p. 410.
D. 28, 6, 2, 12 p. 410.
D. 28, 6, 3 p. 337.
D. 28, 6, 4 pr. p. 337.
D. 28, 6, 5 p. 41.
D. 28, 6, 6 p. 257.
D. 28, 6, 10, 5 p. 337.
D. 28, 6, 12 pp. 411, 412.
D. 28, 6, 14 p. 337.
D. 28, 6, 30 pp. 330, 338.
D. 28, 6, 31 pr. p. 337.
D. 28, 6, 39, 2 p. 222.
D. 28, 6, 41, 8 p. 205.
D. 28, 6, 43, 3 p. 271.
D. 28, 7, 12 p. 391.
D. 28, 7, 15 p. 391.
D. 28, 8, 4 p. 404.
D. 28, 8, 7 pr. p. 404.
D. 28, 8, 8 pp. 404, 415.
D. 28, 16, 1, 9 p. 498.
D. 29, 1, 6 p. 228.
D. 29, 1, 17, 1 p. 232.
D. 29, 1, 36 p. 231.
D. 29, 1, 37 pp. 86, 224, 228.
D. 29, 1, 38 p. 222.
D. 29, 1, 41, 4 p. 337.
D. 29, 1, 41, 5 p. 337.
D. 29, 2, 1 pp. 38, 205, 577.
D. 29, 2, 2 pp. 205, 426, 574, 577.
D. 29, 2, 7, 1 p. 413.
D. 29, 2, 10 p. 205.
D. 29, 2, 11 pp. 394, 399, 403.
D. 29, 2, 12 pp. 400, 402.
D. 29, 2, 19 p. 368.
D. 29, 2, 20, 1 p. 401.
D. 29, 2, 20, 4 pp. 400, 406, 411.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 29, 2, 20, 5 p. 410.
D. 29, 2, 27 p. 368.
D. 29, 2, 30 pr. p. 325.
D. 29, 2, 30, 1 pp. 461, 473, 560.
D. 29, 2, 30, 6 pp. 479, 480, 483, 484, 489, 494, 496.
D. 29, 2, 31 pp. 280, 486, 490, 535.
D. 29, 2, 35 p. 495.
D. 29, 2, 35 pr. pp. 205, 276.
D. 29, 2, 37 pp. 37, 46, 59.
D. 29, 2, 38 pp. 296, 371, 411, 427, 431, 438, 444, 529.
D. 29, 2, 39 p. 218.
D. 29, 2, 40 pp. 410, 411.
D. 29, 2, 41 p. 411.
D. 29, 2, 42 pr. pp. 337, 410, 411.
D. 29, 2, 42, 3 p. 400.
D. 29, 2, 44 p. 403.
D. 29, 2, 52, 1 pp. 39, 205.
D. 29, 2, 53 p. 495.
D. 29, 2, 53 pr. p. 205.
D. 29, 2, 53, 1 pp. 47, 65, 205, 235, 276, 281.
D. 29, 2, 54 p. 172.
D. 29, 2, 55 pp. 281, 371, 424, 426, 429, 438, 444, 527, 574, 577.
D. 29, 2, 56 pp. 425, 429, 444, 527.
D. 29, 2, 57 p. 410.
D. 29, 2, 57 pr. pp. 371, 399, 403, 411.
D. 29, 2, 57, 1 pp. 394, 404.
D. 29, 2, 57, 2 p. 391.
D. 29, 2, 59 pp. 224, 279.
D. 29, 2, 61 pp. 282, 296, 429, 432, 529.
D. 29, 2, 67 pp. 118, 224.
D. 29, 2, 70 p. 218.
D. 29, 2, 71, 3 p. 412.
D. 29, 2, 71, 4 pp. 399, 400.
D. 29, 2, 71, 9 p. 412.
D. 29, 2, 73 p. 409.
D. 29, 2, 76 pp. 205, 276.
D. 29, 2, 78 p. 110.
D. 29, 2, 80 p. 205.
D. 29, 2, 80, 1 p. 205.
D. 29, 2, 80, 2 p. 287.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 29, 2, 83 p. 285.
D. 29, 2, 84 pp. 325, 463.
D. 29, 2, 86 pr. p. 325.
D. 29, 2, 87, 1 p. 411.
D. 29, 2, 89 p. 403.
D. 29, 2, 91 p. 400.
D. 29, 2, 98 pp. 436, 443, 529, 531.
D. 29, 2, 99 pp. 296, 371, 411, 433, 435, 438, 443, 445, 446, 529, 531.
D. 29, 4, 1, 7 pp. 373, 411, 419, 446.
D. 29, 5, 15 pp. 270, 330.
D. 29, 5, 15 pr. p. 273.
D. 29, 5, 3, 30 p. 325.
D. 29, 5, 4 p. 325.
D. 29, 7, 14 pr. p. 262.
D. 30, 5, 1 p. 126.
D. 30, 5, 2 p. 126.
D. 30, 16 p. 262.
D. 30, 16, 1 p. 299.
D. 30, 16, 2 pp. 174, 181, 237.
D. 30, 34, 10 p. 182.
D. 30, 34, 11 p. 262.
D. 30, 36, 2 p. 173.
D. 30, 50, pr. p. 110.
D. 30, 84, 8 p. 262.
D. 30, 89 p. 406.
D. 30, 96, 1 p. 315.
D. 30, 101, 1 p. 262.
D. 30, 102 p. 262.
D. 30, 109 pr. p. 262.
D. 30, 116, 3 p. 37.
D. 30, 122, 1 p. 298.
D. 31, 28 p. 689.
D. 31, 29 p. 41.
D. 31, 29 pr. p. 311.
D. 31, 29, 1 pp. 302, 311.
D. 31, 29, 2 pp. 302, 311.
D. 31, 41 pr. pp. 174, 181, 237, 262.
D. 31, 49, 4 pp. 297, 311.
D. 31, 61 pr. p. 297.
D. 31, 61, 1 pp. 302, 304, 305, 312, 318.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 31, 66, 2 p. 110.
D. 31, 88, 17 p. 337.
D. 32, 80 pp. 63, 67, 68, 75, 79, 88, 95, 100, 140, 163, 182, 206.
D. 32, 87 p. 556.
D. 32, 89 pp. 84, 89, 173.
D. 34, 1, 2, 1 p. 315.
D. 34, 3, 11 p. 262.
D. 34, 5, 4 p. 262.
D. 34, 5, 5 p. 262.
D. 34, 5, 7 pp. 482, 484.
D. 34, 5, 24 p. 337.
D. 34, 8, 1 p. 262.
D. 34, 8, 2 p. 262.
D. 34, 8, 3 p. 142.
D. 34, 8, 4 pr. p. 262.
D. 34, 8, 5 pp. 311, 318.
D. 34, 9 p. 269.
D. 34, 9, 8 p. 270.
D. 34, 9, 16 pr. p. 270.
D. 34, 9, 26 p. 262.
D. 35, 1, 5, 1 p. 306.
D. 35, 1, 23 p. 310.
D. 35, 1, 26, 1 pp. 257, 279, 285.
D. 35, 1, 30 pp. 308, 309.
D. 35, 1, 54, 1 pp. 308, 309, 310.
D. 35, 1, 56 p. 309.
D. 35, 2, 1, 13 p. 336.
D. 35, 2, 5 p. 337.
D. 35, 2, 9, 1 p. 458.
D. 35, 2, 65 p. 262.
D. 36, 1, 28, 2 p. 337.
D. 36, 1, 28, 3 pp. 409, 410.
D. 36, 1, 78 p. 337.
D. 36, 1, 79 p. 337.
D. 36, 1, 81 pp. 403, 424, 429, 442, 531.
D. 36, 4, 1, 4 p. 412.
D. 37, 1, 1 pp. 393, 570.
D. 37, 1, 2 p. 570.
D. 37, 1, 3 pr. pp. 36, 393, 570.
D. 37, 1, 3, 2 pp. 551, 554.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 37, 1, 3, 3 pp. 426, 528, 559.
D. 37, 1, 3, 9 pp. 222, 567, 575, 576, 580, 609, 610, 618, 620.
D. 37, 1, 4 pp. 566, 567, 576, 581, 610, 618, 689.
D. 37, 1, 5 pp. 567, 565, 576, 580, 610, 618, 620.
D. 37, 1, 6 pr. p. 136.
D. 37, 1, 14 p. 325.
D. 37, 2, 6, 1 p. 569.
D. 37, 4, 1, 6 p. 560.
D. 37, 4, 3, 6 p. 560.
D. 37, 4, 4, 3 p. 325.
D. 37, 4, 5 p. 325.
D. 37, 4, 11, 1 pp. 569, 582.
D. 37, 4, 12 p. 222.
D. 37, 4, 12 pr. pp. 144, 584, 604.
D. 37, 4, 14 pr. p. 419.
D. 37, 7, 8 p. 411.
D. 37, 7, 9 p. 411.
D. 37, 8, 1 p. 589.
D. 37, 8, 1, 12 pp. 144, 584, 590.
D. 37, 8, 3 p. 588.
D. 37, 9, 1, 2 p. 560.
D. 37, 9, 1, 13 p. 588.
D. 37, 9, 7 pr. p. 560.
D. 37, 9, 11 p. 560.
D. 37, 9, 13 p. 560.
D. 37, 10, 12 p. 325.
D. 37, 11, 2, 4 p. 331.
D. 37, 11, 2, 8 pp. 87, 274, 286, 332, 567, 575, 581.
D. 37, 11, 5 pr. p. 325.
D. 37, 11, 6 p. 325.
D. 37, 11, 8 pr. pp. 217, 491.
D. 37, 11, 10 p. 325.
D. 37, 11, 12 p. 325.
D. 37, 14, 5 p. 689.
D. 37, 14, 9, 1 p. 689.
D. 37, 14, 10 p. 689.
D. 37, 14, 16 pr. p. 689.
D. 37, 17, 2 pr. p. 733.
D. 38, 1, 9 p. 661.
D. 38, 2, 2 p. 593.
D. 38, 2, 6, 1 p. 325.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 38, 2, 6, 2 pp. 411. 417, 446.
D. 38, 2, 6, 3 pp. 404, 419.
D. 38, 2, 26 p. 689.
D. 38, 2, 37 pr. p. 690.
D. 38, 2, 37, 1 p. 689.
D. 38, 2, 38 pr. p. 689.
D. 38, 2, 38, 1 p. 689.
D. 38, 2, 42, 1 p. 230.
D. 38, 2, 42, 3 p. 325.
D. 38, 2, 50, 5 p. 419.
D. 38, 4 p. 690.
D. 38, 4, 10 p. 689.
D. 38, 4, 12 pr. p. 68.
D. 38, 5, 13 p. 689.
D. 38, 6 p. 560.
D. 38, 6, 1, 1 pp. 545, 560.
D. 38, 6, 1, 7 p. 588.
D. 38, 6, 4 pp. 545, 560.
D. 38, 6, 5, 2 pp. 144, 590.
D. 38, 6, 13 p. 690.
D. 38, 7 p. 562.
D. 38, 7, 2, pr. p. 562.
D. 38, 7, 2, 4 pp. 545, 560, 643, 676.
D. 38, 7, 5, 1 pp. 461, 473.
D. 38, 8 p. 562.
D. 38, 8, 1, 2 p. 563.
D. 38, 8, 1, 3 pp. 545, 560.
D. 38, 8, 1, 8 pp. 458, 560.
D. 38, 8, 1, 9 pp. 458, 676, 677.
D. 38, 8, 1, 10 pp. 545, 560, 601, 604, 626.
D. 38, 9, 1, pr. p. 600.
D. 38, 9, 1, 1 p. 559.
D. 38, 9, 1, 2 p. 559.
D. 38, 9, 1, 3 p. 559.
D. 38, 9, 1, 6 pp. 559, 594.
D. 38, 9, 1, 7 p. 559.
D. 38, 9, 1, 8 p. 594.
D. 38, 9, 1, 10 pp. 560, 594.
D. 38, 9, 1, 11 p. 562.
D. 38, 9, 1, 12 p. 560.
D. 38, 9, 1, 13 p. 560.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 38, 9, 2 pp. 419, 525, 560.
D. 38, 9, 5 p. 559.
D. 38, 11 p. 563.
D. 38, 11, 1 pp. 545, 560.
D. 38, 15, 1, 2 p. 560.
D. 38, 15, 4 p. 576.
D. 38, 15, 4 pr. pp. 426, 567, 574, 577.
D. 38, 16, 1, 2 p. 371.
D. 38, 16, 1, 4 p. 371.
D. 38, 16, 1, 8 pp. 381, 459.
D. 38, 16, 1, 11 p. 459.
D. 38, 16, 2 pp. 498, 597.
D. 38, 16, 2, 2 pp. 506, 511.
D. 38, 16, 2, 3 p. 500.
D. 38, 16, 3, 9 pp. 258, 448, 459, 461, 473, 532, 534, 542.
D. 38, 16, 3, 10 pp. 462, 473, 474, 489, 494, 495, 496, 534, 537.
D. 38, 16, 3, 11 pp. 458, 459.
D. 38, 16, 4 p. 597.
D. 38, 16, 5 p. 597
D. 38, 16, 6 pp. 448, 459, 532.
D. 38, 16, 7 pp. 459, 470.
D. 38, 16, 8, 1 p. 658.
D. 38, 16, 9 pp. 62, 257, 258, 279, 286, 513.
D. 38, 16, 10 p. 671.
D. 38, 16, 11 p. 636
D. 38, 16, 14 pp. 373, 378.
D. 38, 17 p. 639.
D. 38, 17, 1 pr. pp. 677, 691, 725.
D. 38, 17, 1, 1 p. 326.
D. 38, 17, 1, 2 pp. 635, 671, 677.
D. 38, 17, 1, 3 pp. 677, 678.
D. 38, 17, 1, 4 p. 677.
D. 38, 17, 1, 5 p. 458.
D. 38, 17, 1, 8 pp. 631, 636, 677.
D. 38, 17, 1, 9 pp. 258, 318, 603, 631, 663, 671, 680, 684, 685, 692, 694, 695, 697, 698, 699, 717, 723, 725, 726, 771.
D. 38, 17, 1, 10 pp. 318, 433, 631, 681, 685, 686, 687, 720.
D. 38, 17, 1, 11 p. 636.
D. 38, 17, 2 pr. pp. 735, 748.
D. 38, 17, 2, 4 p. 644.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 38, 17, 2, 5 p. 644.
D. 38, 17, 2, 6 p. 645.
D. 38, 17, 2, 7 pp. 636, 661.
D. 38, 17, 2, 8 pp. 411, 417, 419, 440, 442, 446, 531, 647, 659, 661, 663, 664, 667, 711, 712, 713.
D. 38, 17, 2, 9 pp. 649, 654.
D. 38, 17, 2, 10 pp. 326, 417, 433, 636, 647, 659.
D. 38, 17, 2, 11 pp. 560, 647, 662, 665, 667.
D. 38, 17, 2, 12 p. 647.
D. 38, 17, 2, 13 pp. 635, 647.
D. 38, 17, 2, 14 pp. 602, 647, 667, 669, 714, 771.
D. 38, 17, 2, 15 p. 645.
D. 38, 17, 2, 17 pp. 645, 654.
D. 38, 17, 2, 18 pp. 652, 653, 656, 659, 706.
D. 38, 17, 2, 19 pp. 653, 654, 707.
D. 38, 17, 2, 20 pp. 631, 658.
D. 38, 17, 2, 22 pp. 631, 658.
D. 38, 17, 2, 47 p. 658.
D. 38, 17, 5 pr. p. 645.
D. 38, 17, 5, 1 p. 645.
D. 38, 17, 5, 2 p. 644.
D. 38, 17, 6 p. 635.
D. 38, 17, 6 pr. p. 673.
D. 38, 17, 6, 1 pp. 671, 685.
D. 38, 17, 9 p. 673.
D. 38, 17, 10, 1 pp. 645, 661.
D. 39, 2, 24, 1 p. 46.
D. 39, 2, 40, 4 p. 110.
D. 40, 4, 13, 3 pp. 559, 560.
D. 40, 4, 32 p. 410.
D. 40, 5, 22, 2 p. 410.
D. 40, 5, 26, 6 pp. 262, 311, 317.
D. 40, 5, 30, 10 p. 410.
D. 40, 5, 47, 4 p. 671.
D. 40, 9, 24 p. 689.
D. 40, 10, 5 p. 689.
D. 40, 12, 7, 3 p. 110.
D. 41, 1, 6 p. 326.
D. 41, 1, 30 pr. pp. 129, 191, 491.
D. 41, 1, 56 pr. pp. 191, 491.
D. 41, 2, 3 p. 579.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 41, 3, 22 p. 37.
D. 41, 3, 32 p. 579.
D. 41, 5, 1 p. 368.
D. 41, 7, 3 p. 118.
D. 42, 1, 44 pp. 403, 411, 417, 419, 430, 529.
D. 42, 5, 6, 1 p. 403.
D. 42, 5, 6, 2 p. 403.
D. 42, 5, 28 pp. 5, 337, 398, 403, 405, 410, 411.
D. 42, 8, 1 p. 265.
D. 42, 8, 6 p. 265.
D. 42, 8, 24 p. 403.
D. 43, 2, 2 p. 571.
D. 43, 3, 1, 13 p. 46
D. 44, 2, 14, 1 p. 283.
D. 45, 3, 1 p. 79.
D. 45, 3, 1, 2 p. 118.
D. 45, 3, 1, 4 p. 118.
D. 45, 3, 1, 6 p. 118.
D. 45, 3, 2 p. 118.
D. 45, 3, 4 p. 118.
D. 45, 3, 5 p. 220.
D. 45, 3, 9 p. 118.
D. 45, 3, 17 p. 118.
D. 45, 3, 18 pr. p. 118.
D. 45, 3, 21 p. 118.
D. 46, 3, 36 pp. 478, 480, 481, 482, 484.
D. 46, 3, 90 p. 404.
D. 47, 10, 1 p. 270.
D. 47, 12, 10 p. 410.
D. 48, 10, 14 p. 318.
D. 48, 10, 14, 2 p. 311.
D. 48, 19, 17 pr. p. 142.
D. 48, 20, 7 pr. p. 382.
D. 49, 14, 1 p. 270.
D. 49, 15, 9 p. 677.
D. 49, 17, 12, 2 p. 217.
D. 49, 17, 19, 3 pp. 115, 220.
D. 50, 16, 24 pp. 37, 46.
D. 50, 16, 25, 1 p. 111.
D. 50, 16, 28, 1 p. 176.
D. 50, 16, 39, 1 p. 393.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

D. 50, 16, 53 p. 42.
D. 50, 16, 119 pp. 36, 46.
D. 50, 16, 120 p. 42.
D. 50, 16, 129 p. 458.
D. 50, 16, 138 pp. 551, 556.
D. 50, 16, 142 pp. 84, 85, 89, 91, 176.
D. 50, 16, 145 p. 689.
D. 50, 16, 149 p. 689.
D. 50, 16, 150 p. 689.
D. 50, 16, 151 p. 376.
D. 50, 16, 162 p. 368.
D. 50, 16, 173 pr. p. 132.
D. 50, 16, 178, 1 p. 47.
D. 50, 16, 195, 1 p. 368.
D. 50, 16, 195, 2 p. 374.
D. 50, 16, 195, 4 p. 518.
D. 50, 16, 196 p. 500.
D. 50, 16, 208 p. 557.
D. 50, 16, 220 pr. p. 368.
D. 50, 17 p. 555.
D. 50, 17, 7 p. 37.
D. 50, 17, 34 p. 290.
D. 50, 17, 62 pp. 37, 47.
D. 50, 17, 73, 3 p. 262.
D. 50, 17, 89 p. 218.
D. 50, 17, 117 pp. 554, 555, 567.
D. 50, 17, 141, 1 pp. 59, 77, 89, 99, 182, 515.
D. 50, 17, 193 p. 37.

Codex

C. 2, 2 p. 282.
C. 2, 3, 26 pp. 119, 434.
C. 2, 11, 7 p. 398.
C. 2, 38, 1 p. 402.
C. 2, 50 p. 326.
C. 2, 51, 53 p. 282.
C. 3, 28, 38 p. 642.
C. 3, 31, 9 p. 556.
C. 3, 36, 3 p. 119.
C. 3, 36, 16 p. 434.
C. 3, 42, 8, 1 p. 556.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C. 5, 9, 1, 4 p. 556.
C. 5, 30, 4 p. 746.
C. 5, 51, 4, pr. p. 411.
C. 5, 70, 5 p. 746.
C. 6, 3, 12 p. 559.
C. 6, 4, 4 p. 767.
C. 6, 4, 4, 10 pp. 692, 698.
C. 6, 4, 4, 11 p. 698.
C. 6, 4, 4, 14 p. 698.
C. 6, 4, 4, 20 p. 754.
C. 6, 9, 1 p. 673.
C. 6, 10, 1 pp. 568, 567, 575, 576.
C. 6, 18 p. 563.
C. 6, 19 p. 559.
C. 6, 21, 1 pp. 228, 231.
C. 6, 26, 6 pp. 136, 143.
C. 6, 26, 9 p. 337.
C. 6, 27, 5 p. 388.
C. 6, 28, 4 p. 41.
C. 6, 29, 2 pp. 458, 463, 465.
C. 6, 29, 3 pp. 458, 463.
C. 6, 30 p. 326.
C. 6, 30, 1, 19. p. 774.
C. 6, 30, 3 p. 373.
C. 6, 30, 4 p. 673.
C. 6, 30, 14 p. 556.
C. 6, 30, 19 p. 326.
C. 6, 30, 19, pr. pp. 87, 414.
C. 6, 30, 20 p. 205.
C. 6, 30, 22 p. 395.
C. 6, 30, 22, 4 p. 396.
C. 6, 31, 1 p. 411.
C. 6, 31, 2 p. 400.
C. 6, 31, 6 pp. 414, 415.
C. 6, 35 p. 269.
C. 6, 48, 1 p. 469.
C. 6, 51 pp. 220, 305, 308, 318, 319, 355, 356.
C. 6, 51, 1, 2 p. 263.
C. 6, 51, 1, 3 p. 263, 320.
C. 6, 51, 1, 4 p. 320.
C. 6, 51, 1, 5 pp. 88, 326.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C. 6, 51, 1, 9c p. 321.
C. 6, 51, 1, 9e p. 321.
C. 6, 51, 1, 10 p. 294.
C. 6, 51, 1, 10a p. 286.
C. 6, 51, 1, 10b pp. 205, 274, 280.
C. 6, 51, 1, 10e p. 93.
C. 6, 55, 2 pp. 569, 582.
C. 6, 55, 3 pp. 449, 532, 583.
C. 6, 55, 4 pp. 448, 459, 532.
C. 6, 55, 9 pp. 676, 736, 738.
C. 6, 55, 9 pr. pp. 737, 758.
C. 6, 55, 9, 1 p. 739.
C. 6, 55, 9, 2 p. 740.
C. 6, 55, 10 p. 742.
C. 6, 55, 12 pp. 650. 676, 741.
C. 6, 56, 2 p. 645.
C. 6, 56, 4, 5 pp. 733, 748.
C. 6, 56, 7 p. 650.
C. 6, 56, 7 pr. pp. 645, 749.
C. 6, 56, 7, 1, 2 p. 751.
C. 6, 57, 2 p. 673.
C. 6, 58, 1 p. 746.
C. 6, 58, 2 p. 746.
C. 6, 58, 6 pp. 411, 419, 446.
C. 6, 58, 10 p. 337.
C. 6, 58, 13 p. 750.
C. 6, 58, 14 pp. 505, 747.
C. 6, 58, 14, 4 p. 748.
C. 6, 58, 14, 6 p. 748.
C. 6, 58, 15, 1 pr. p. 748.
C. 6, 58, 15, 1 pp. 733, 748.
C. 6, 58, 15, 1a p. 748.
C. 6, 58, 15, 1b p. 748.
C. 6, 58, 15, 2 p. 748.
C. 6, 58, 15, 3 pp. 603, 747.
C. 6, 58, 15, 3a pp. 629, 752, 756, 757, 771, 784.
C. 6, 58, 15, 3b p. 748.
C. 6, 58, 15, 4 p. 556.
C. 6, 59, 8 p. 218.
C. 6, 59, 10 p. 556.
C. 6, 60, 1 p. 673.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C. 7, 75, 2 p. 411.
C. 7, 75, 3 p. 411.
C. 8, 47, 10 p. 744.
C. 8, 58, 2 p. 650.
C. 12, 62, 4 p. 411.

Novellae

Nov. Maior 6, 3 p. 142.

Nov. 22, 47 p. 650.

Nov. 118, 1 p. 763.
Nov. 118, 2 p. 763.
Nov. 118, 3 p. 765.
Nov. 118, 3, 1 p. 765.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

III.- DERECHO BIZANTINO

Basilici

Bas. 40, 7, 1 pp. 574, 575.
Bas. 45, 1, 27, 9 pp. 695, 724.
Bas. 49, 1, 28 p. 692.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante