

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**UNA REFLEXIÓN SOBRE LA IMPRONTA ROMANA
DEL ðBENEFICIO DE SEPARACIÓN DE
PATRIMONIOSö EN EL CÓDIGO CIVIL DE
CATALUÑA**

**A REFLECTION ON THE ROMAN SUBSTANCE OF
THE "BENEFIT OF SEPARATION OF
PATRIMONIES" IN THE CIVIL CODE DE
CATALONIA**

Paula Domínguez
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo no es otro que invitar al lector a reflexionar a cerca de la visible huella romana que, a día de hoy, todavía pervive en la regulación catalana del llamado

“beneficio de separación de patrimonios”, con el fin último de destacar ciertos aspectos que entiendo pueden interesar no ya a la doctrina romanista y civilista, en general, sino a cualquier jurista que opere en el ámbito sucesorio catalán.

Como romanista que soy y con vecindad civil en Cataluña, la elección del tema responde, en gran medida, por una parte, a que, tal y como se ha reiterado hasta la saciedad, la mayoría de instituciones sucesorias catalanas tienen su origen en el Derecho romano¹, al igual que muchas de las del Derecho civil común² y, por otra, en especial, a la marcada impronta romana

* Artículo publicado, recientemente, en la *Revista La Notaria*, 2 (2011) pp. 62-92.

¹ En estos términos ya me pronuncié en el capítulo 3º “*Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña* (pp. 249-306, p. 300), AAVV, *El Derecho romano en la universidad del s. XXI. Catorce siglos de historia y tradición*, Valencia, 2005, (coord. R. PANERO). Además, como observa ROCA, E., *La supervivència de les institucions romanes en el Dret Civil de Catalunya, Actes del I Simposi jurídic. Principat d’Andorra/República de San Marino, El “Ius Commune” com a dret vigent: l’experiència judicial d’Andorra i San Marino*, vol. III, Andorra, 1994, pp. 735-754, p. 739, lo mismo puede afirmarse de una buena parte de las instituciones de Derecho de familia.

² En este sentido, cabe recordar las palabras de FIGA FAURA, en *Llibre del II Congrés Jurídic català*, citadas por ROCA, *id. n. anterior*, en p. 735: “*Dir que el nostre Dret és fonamentalment romà és una veritat a mitges enunciada de forma ambigua i desencaminadora; perquè no és cap característica del dret català,*

de una figura sucesoria que es regulada por el Derecho catalán³ y, en la actualidad, a diferencia del Código Civil español (en adelante, CC)⁴, por el art. 461-21 del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC).

sinó, al contrari, és allò que el fa semblant -allò que el fa comú- amb tots els drets europeus: tots als drets continentals són fonamentalment romans”.

³ Al igual que por el Derecho foral navarro. Aprovecho estas líneas para manifestar que, a día de hoy, dedico mis esfuerzos de investigación a una próximo trabajo que tiene por objeto el análisis detallado del proceso de recepción de la *separatio bonorum* romana en el Derecho civil catalán, esto es, del devenir histórico de una institución sucesoria, de marcado carácter procesal, como es la separación de patrimonios, desde sus orígenes romanos hasta su vigente regulación catalana.

⁴ Por el contrario, nuestro Derecho histórico español, en concreto, el Proyecto del CC de 1851, sí la reguló, al igual, entre otros, que el vigente CC italiano y francés. En palabras de ROCA-SASTRE, R., *El “beneficium separationis” y los actuales sistemas de separación sucesoria*, *Anuario de Derecho Civil*, 13 (1960) pp. 1.117-1.169, p. 1.155 (= *El “beneficium separationis” en los actuales sistemas de Derecho comparado*, *Estudios sobre sucesiones*, tom. I, Madrid, 1981, pp. 316-374), García Goyena destacó la frecuencia y gran importancia de esta institución para los acreedores del difunto que contrataron con él atendiendo a su fortuna y cualidades personales y que, por ello, no era de extrañar que todos los Códigos modernos, a imitación del Derecho romano, se hubieran ocupado de ella, y ninguno con tanta prodigalidad como el de Luisiana. Para el citado autor, *ibidem*, p. 1.157, el silencio absoluto de nuestro CC sobre esta materia, no puede ser producto del olvido, aunque pueda dar pábulo a esta impresión el que las Partidas no se ocuparon de esta separación. Vid. en *op. cit.* pp. 1.157-1.162, las

La huella dejada por el Derecho común, en su vertiente romana, en el Derecho civil catalán, como ya señaló LUNA⁵, es particularmente profunda, externa y visible en la disciplina que dedica el Derecho civil catalán a las sucesiones por causa de muerte, ahora reguladas en el libro cuarto del CCC (aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, relativo a las sucesiones). Dicha huella es tan intensa que no sólo se aprecia en un gran número de instituciones concretas (siendo claro ejemplo el beneficio de separación de patrimonios), sino que, al igual que en el derogado Código de sucesiones catalán de 1991, es perfectamente observable en los principios sucesorios sobre los que el actual libro cuarto del CCC se estructura⁶. En definitiva, como con acierto observa el citado autor, las normas civiles catalanas presentan una notable *iuris continuatio*⁷, puesta hoy, de manifiesto, por los artículos 111-1 y 2 del CCC.

razones que esgrime ROCA-SASTRE, sobre la, a su entender, desacertada postura de nuestro CC sobre la materia.

⁵ *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil catalán, Estudios jurídicos in Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, vol. II., Salamanca, 2002, pp. 643-655, p. 654.

⁶ Vid. Preámbulo, Apartado I, párrafo 5º de la mencionada Ley 10/2008.

⁷ LUNA, *ibidem*, p. 643. En general, sobre la recepción del Derecho romano en Cataluña y bibliografía allí citada, vid. mi capítulo “*Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña*”, cit., pp. 249-306, pp. 280-306.

II. ASPECTOS MÁS DESTACADOS DE LA *SEPARATIO BONORUM* EN DERECHO ROMANO⁸

El tema de la *separatio bonorum* (en adelante SB), como señala F. CAMACHO EVANGELISTA⁹, es, sin duda, difícil y, como núcleo de una rica problemática, sobre él gira una compleja gama de figuras y situaciones jurídicas. A ello debe añadirse, con LÓPEZ-BARAJAS, que la SB constituye además de un mecanismo de protección del crédito, una parte importante del amplio campo relativo a la responsabilidad del heredero por deudas del causante. Así pues, en este ámbito la SB es una figura, de origen pretorio, de gran interés, ya que a su

⁸ Como ya he señalado en las primeras líneas del trabajo, y de conformidad con su título, éste no pretende ser, lógicamente, un nuevo estudio de la regulación de la SB en Derecho romano, misión que, por otra parte, merecería ser objeto de una monografía y que cuenta, con carácter general, con contribuciones de la doctrina de todas las épocas y con trabajos especializados, en su gran parte, de los primeros años del s. XX

⁹ Prólogo de la monografía de LÓPEZ-BARAJAS, M^a R., *Separatio bonorum*, Granada, 1995, p. 1. Sobre la misma, vid. HIRRIZUELO, G., recens. López-Barajas, *Separatio*, cit., *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, 22 (2000) pp. 1-2.

complejidad material se une el ser una institución eminentemente procesal¹⁰.

El estudio de la SB en Derecho romano plantea, a mi juicio, como principales retos o, cuando menos, dificultades, entre otras, la escasez de fuentes jurídicas; el que los trabajos que la tratan de forma particular sean, en su mayoría, de los últimos años del s. XIX y principios del XX¹¹ y, sobre todo, la

¹⁰ LÓPEZ-BARAJAS, *id.* n. anterior, p. 7. En definitiva, como destaca la autora, *ibidem*, la SB es una figura en que se manifiesta, con claridad, la íntima conexión entre derecho sustantivo y derecho procesal.

¹¹ Cabe reseñar, entre otros: SOLAZZI, S., *Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*, BIDR, 11 (1898) pp. 248-264; *id.* *Ancora sul diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede*, BIDR, 13 (1900) pp. 247 ss; BAVIERA, *Storia e teoria della separatio bonorum*, SDSD, 20 (1899) pp. 4 ss; *id.*, *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bologna, 1901; FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Napoli, 1900, pp. 348-409; FERRINI, C., "Nuovi appunti sulla separatio bonorum", BIDR, 13 (1900) pp. 32 ss (= *Opere*, IV, Milano, 1930, pp. 183 ss); MILANI, A., *Della separatio bonorum. Note ed osservazioni*, SDSD (1904) pp. 6 ss (ed. facsímil de dicho trabajo, Roma, 1971); BONFANTE, P., *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile*, *Scritti giuridici varii*, I, *Famiglia e successione*, Torino, 1916, pp. 569 ss; TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bologna, 1917; FUNAIOLI, C., *Sulla separazione dei beni ereditari*, *Studi Senesi*, 61 (1949) pp. 130-352. Asimismo, como trabajos más recientes, destacar los de ROCA-SATRE, *El "beneficium separationis"*, cit., GIUNTI, P., *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993; y LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit.

problemática procesal que el tema suscita, ya que como reconoce la romanística, no puede obviarse la vinculación de la *separatio* con el procedimiento ejecutivo universal, esto es, con la *bonorum venditio*¹².

A tenor de lo dicho y dadas las características del presente trabajo, quiero reiterar y subrayar que mi única intención es la de dar noticia de algunos de los aspectos más relevantes de la SB romana, abordados por voces autorizadas¹³, siendo consciente de los complejos problemas que la mismas plantea¹⁴.

La SB es un remedio introducido por el pretor, basado en el principio de equidad¹⁵, a favor de los acreedores del causante y posibles legatarios, que consiste en el beneficio que, en caso de venta de los bienes del heredero-deudor, se concede a aquéllos con el fin que puedan separar y reservar para sí el patrimonio

¹² En este sentido, cfr. por todos, LÓPEZ-BARAJAS, *ibidem*, p. 8, que advierte, con acierto, que “sólo la conexión de la SB con el procedimiento ejecutivo permite una mayor comprensión y solución de los problemas que conlleva”.

¹³ Vid. *supra*, n. 11.

¹⁴ En esta línea ya se expresó, entre otros, MELUCI, P., *Trattato della separazione del patrimonio del difunto da quello dell'erede secondo il codice civile italiano*, Torino, 1874, p. 4, para el que “la referida institución era proverbial por las innumerables controversias a que, continuamente, daba lugar en la escuela y en la jurisprudencia”.

¹⁵ D. 42, 6, 6, 1 Ulp. 64 ad ed.: ...est igitur aequissimum creditores...

hereditario, evitando, de este modo, que a su venta puedan concurrir los acreedores del heredero y manteniendo así intacta la garantía patrimonial que dicho patrimonio suponía¹⁶. La propia descripción de ULPIANO, en D. 42, 6, 1, 1 64 *ad ed.*¹⁷, permite concluir que la SB suponía la existencia de dos masas patrimoniales, la del heredero y la que fue del causante, que debían considerarse distintas para ciertos efectos, aún perteneciendo a un mismo y único titular, el heredero. La

¹⁶ Cfr. LÓPEZ- BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 7. El que la SB fuera concebida, originariamente, como mecanismo protector de los intereses de los acreedores del causante no excluye, observa la autora, que, dadas sus ventajas, fuera, con el paso del tiempo, ampliándose a otros supuestos, entre los que, a su juicio, es especialmente relevante la separación concedida al esclavo instituido heredero (*ibidem*, p. 56). Sin embargo, para cierto sector doctrinal el precedente inmediato de la separación a favor de los acreedores del difunto se encontraría, precisamente, en la concedida al esclavo instituido como heredero necesario (*beneficium separationis*). En esta línea, cfr. entre otros, BAVIERA, *Storia e teoria*, cit., pp. 4 y ss y TUMEDEI, *La separazione*, cit., pp. 76 y ss. Cabe destacar que la opinión de BAVIERA es hoy, de manera casi unánime, rechazada. Así, vid. entre otros, FADDA, *Concetti*, cit., pp. 355 y ss; MILANI, *Della separatio*, cit., pp. 6 y ss; GUARINO, A., *Il beneficium separationis dell'heres necessarius*, SZ, 60 (1940) pp. 185 y ss; *id.*, *Gaio 2, 155 e il beneficium dell'heres necessarius*, SDHI, 10 (1940) pp. 240 y ss; SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel Diritto romano*, IV, Napoli, 1942, pp. 70 y ss; LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, pp. 61-64. En definitiva, sobre las relaciones entre la SB y el *beneficium separationis*, vid. por todos, LÓPEZ- BARAJAS, *op. cit.*, pp. 61-64; 71-88 y bibliografía citada.

¹⁷ Vid. *infra*, pp. 6-7.

finalidad de la *separatio* era, por tanto, conceder a los acreedores del difunto y legatarios¹⁸, una preferencia de cobro sobre el patrimonio del causante, con el objeto de evitar, tratándose de un heredero, por lo común, cargado de deudas o insolvente¹⁹ y, como consecuencia de la confusión patrimonial que deriva de la aceptación pura y simple, el perjuicio que podría ocasionarles la concurrencia de los acreedores personales del heredero sobre esa misma herencia.

La SB se regula en el título 6, del Libro 42 del Digesto (*De separationibus*)²⁰, título que se encuadra en la ordenación del procedimiento ejecutivo²¹; así como en el título 72, del Libro 7 del Código (*De bonis auctoritate iudicis possidendis seu venundandis et de separationibus*), que también se inserta en el mencionado procedimiento.

¹⁸ Sobre la legitimación de los legatarios para pedir la SB, vid. *infra*, pp. 7-8.

¹⁹ Sobre la insolvencia del heredero, vid. *infra*, pp. 10-11.

²⁰ En concreto, después del título *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*.

²¹ Este título, particularmente breve, contiene, por este orden, un extenso fragmento de Ulpiano, tres de Papiniano, uno de Paulo, uno de Juliano y otro de Marciano. Por otra parte, a la *separatio* del esclavo heredero necesario, como apunta LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 58, se refieren, además de D. 42, 6, 1, 18 *Ulp. 64 ad ed.*, Gayo, en I. 2, 155 y el mismo Ulpiano en D. 4, 4, 7, 5 *Ulp. 11 ad ed.*

Aunque no se discute la configuración clásica de este remedio pretorio, que la romanística, dada la inequívoca fraseología de los antiguos, denomina, unánimemente, *separatio bonorum*²², sin embargo, la fecha aproximada de su origen es cuestión muy controvertida, dada la escasez de fuentes de que disponemos²³.

²² A lo largo de todo el título 6 del libro 42 del Digesto, se usan los términos “*separare*”, “*separationem*”, “*separatio bonorum*”...etc. Sólo en un caso, D. 42, 6, 1, 6 64 *ad ed.*, Ulpiano utiliza la expresión “*quasi separatio*”, pero, a juicio de LÓPEZ-BARAJAS, el remedio contemplado no constituye, en realidad, un caso de separación (vid. *ibidem*, p. 56, n. 2 y p. 57). Por lo que respecta a la separación del *heres necessarius*, aunque dicha figura no es objeto de este estudio, señalar que las fuentes ofrecen una terminología más variada (*separare, reservare, commodum*...).

²³ A lo dicho cabe añadir, con LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 61, que para cierto sector doctrinal el antecedente inmediato de la separación a favor de los acreedores del causante se encontraría en la otorgada al esclavo instituido heredero necesario (*beneficium separationis*). Por el contrario, para la citada romanista sería este beneficio el que tuvo su origen en la SB (p. 64). Sobre esta cuestión, vid. *supra*, n. 16. Asimismo cabe recordar que la escasez de fuentes también plantea el problema de cómo estaba estructurado el edicto relativo a la separación de patrimonios. Al respecto se han propuesto varias hipótesis que, a modo de síntesis, pueden reconducirse a dos: la que defiende que dicho edicto era único (además, para algunos autores, iría destinado, exclusivamente, a los acreedores de la herencia y, para otros, también alcanzaría al esclavo instituido heredero necesario); y la que aboga por la existencia de dos edictos, uno, referido a la separación del esclavo instituido heredero necesario, y otro, a la de los acreedores del causante. Sobre esta

En esta línea se pronuncia LÓPEZ-BARAJAS, si bien, y con la cautela exigida, ubica dicha institución a finales del s. II AC o, como muy tarde, en el s. I AC²⁴.

En relación a D. 42. 6, nuestra principal fuente de conocimiento de la SB, es pacífico en doctrina que es un título algo confuso y que los textos comprendidos abordan cuestiones diversas sin que sigan un orden definido²⁵, a lo que cabe añadir, según criterio mayoritario, el problema de las interpolaciones²⁶.

problemática, vid. por todos, LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, pp. 59-60, con bibliografía citada y GIUNTI, *Ius controversum*, cit., p. 18, ns. 14-15.

²⁴ LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, p. 67. Sobre esta cuestión, vid. *ibidem*, pp. 64-67 y bibliografía citada.

²⁵ Así, en D. 42, 6, 1 Ulp. 64 *ad ed.*, el primero y más largo de los fragmentos, Ulpiano, tras apuntar, *ab initio*, que la separación deberá ser decretada por el pretor, empieza contemplando (párrafos 1 y 2) la cuestión de la legitimación activa. En el párrafo 3 alude a los bienes objeto de la separación y, tras referirse, en el 4, a una cuestión de la legitimación pasiva, vuelve a abordar el tema de la legitimación activa (párrafos 5, 6, 7, 8 y 9). A continuación, el jurista se dedica a los casos en que el acreedor del causante pierde el derecho a la separación, como consecuencia de haber manifestado su voluntad de aceptar al heredero como deudor (párrafos 10, 11 y 15). Asimismo, de la pérdida de dicho beneficio por causas relativas a los propios bienes del difunto o al paso del tiempo tratan los párrafos 12 y 13, respectivamente. En el 14 se destaca que, en último término, será el pretor el que deberá pronunciarse sobre si procede o no la separación. A la regulación de las relaciones entre los acreedores que han solicitado la separación y los que no, se dedica el párrafo 16. La

La figura de la *separatio*, como observa GIUNTI²⁷, y al margen de otros aspectos inciertos²⁸, resulta nítida en su perfil sustancial a la luz de una constitución, no fechada, del emperador Gordiano, C. 7, 72, 2, ya que en ella se describe su fisonomía, con singular precisión²⁹. Así, del texto deriva que el

polémica cuestión se si los acreedores separatistas, tras quedar insatisfechos con la herencia, pueden dirigirse, subsidiariamente, contra el patrimonio del heredero, se contempla en el párrafo 17 (otros 2 textos abordan el mismo problema: D. 42, 6, 5 *Paul. 13 quaest.* y D. 42, 6, 6, 3 *Pap. 27 quaest.*). Y, por último, a la separación otorgada al esclavo heredero necesario alude el párrafo 18.

En los restantes textos del citado título se contienen referencias, por un lado, a la legitimación activa para pedir la *separatio*, así, a los acreedores condicionales (D. 42, 6, 4 pr. *Pap. 12 respons.*), a los legatarios (D. 42, 6, 4, 1 *Pap. 12 respons.* y, sobre todo, D. 42, 6, 6 pr. *Iulian. 46 dig.*), al acreedor afianzado (D. 42, 6, 3 pr. y 1 *Pap. 27 quaest.*); y, por otro, a la venta de bienes relictos por el heredero (D. 42, 6, 2 *Pap. 25 quaest.*).

²⁶ Cfr. por todos, LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 58.

²⁷ *Ius controversum*, cit., pp. 20-21.

²⁸ STORTI, C., v. *Separazione dei beni del defunto (storia)*, ED, XLI (1989) pp. 1.445-1.472, p. 1.455, señala que la praxis y la doctrina de la edad media y moderna hicieron referencia al régimen de la SB del *Corpus Iuris*, no exento de contradicciones y, según parece, interpolado en varios puntos.

²⁹ Es práctica muy conocida de la jurisdicción *-Est iurisdictionis tenor promptissimus-* y remedio de indemnidad señalado a los acreedores de la herencia en el edicto del pretor *-indemnitasque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum-*, que siempre que piden la separación

remedio de la SB, encuadrado en el contexto normativo del edicto pretorio (*edicto praetoris...demonstratum*), se ofrecía como un beneficio exclusivo de los acreedores del causante (*creditoris hareditariis*), de cuya explícita petición dependía la activación de citado mecanismo (*quotiens separationem bonorum postulant...*). No obstante, la necesaria instancia de parte no agotaba la formalidad preliminar, pues se coordinaba con la reserva de una apreciación discrecional del magistrado sobre las circunstancias del caso concreto (*causa cognita*)³⁰. Agotado, y con éxito favorable, tal reconocimiento, la última fase del iter procesal preveía la formal concesión del *beneficium (impetrent)* a través de un decreto expreso, del que da noticia Ulpiano en D. 42, 6, 1 pr.³¹

de bienes -*ut, quotiens separationem bonorum postulant-*, la impetren con conocimiento de causa -*causa cognita impetrent-*. Así pues, preferirás el conveniente resultado de tu pretensión -*praeoptabis igitur convenientem desiderii tui fructum-*, si hubieres demostrado que no te atuviste a la seguridad de los herederos, sino que por necesidad los demandas a juicio -*si te non heredem fidem secutum sed ex necessitate ad iudicium eos provocare demonstraveris-*.

³⁰ Competentes para recibir la prescrita *postulatio* de los acreedores del causante habrían sido el pretor o el presidente de la provincia (vid. D. 42, 6, 1, 14 Ulp. 64 ad ed.) que preside el procedimiento de ejecución universal, esto es, la *bonorum venditio*, instaurada contra el heredero. Esto resulta lógico si se tiene en cuenta, como veremos, que la SB era un incidente dentro de dicho procedimiento.

³¹ *Sciendum est separationem solere impetrari decreto praetoris.*

Concretados, por tanto, a tenor de la mentada disposición imperial, los requisitos formales de la SB, coincidimos con GIUNTI³² que su estructura operativa y eficacia encuentran, sin embargo, el eco más claro y detallado en la obra de Ulpiano *ad edictum*, sobre todo, en el libro 64 que, puntualmente, comentaba la normativa pretoria y del que los compiladores del Digesto extrajeron el extenso fragmento de apertura del título *De separationibus* (D. 42, 6, 1), fundamental soporte exegético para el conocimiento de dicha institución³³. El jurista severiano, en D. 42, 6, 1, 1, enuncia la noción genérica de *separatio*, trazando su perfil funcional con la ayuda de un supuesto a modo de ejemplo -*Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta-*, cuya transcripción es la siguiente: uno tuvo como deudor a Seyo -*debitorem quis Seium-*, éste falleció -*hic decessit-* y quedó heredero Ticio -*heres ei extitit Titius-*, que no es solvente -*hic non est solvendo-* y que consiente la venta de los bienes -*patitur bonorum venditionem-*. Los acreedores de Seyo dicen que para ellos bastan los bienes de éste -*creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi-*, que los acreedores de Ticio deben contentarse con sus bienes -*creditores Titii contentos esse debere bonis Titii-* y hacerse, así -*et sic... fieri-*, *quasi duorum bonorum venditionem*. Porque puede suceder -*Fieri enim potest-* que Seyo fuera ciertamente solvente -*ut Seius quidem solvendo fuerit-* y que

³² *Ius controversum*, cit., p. 21.

³³ Vid. *supra*, n. 25, las múltiples cuestiones tratadas en el mismo.

se haya podido satisfacer a sus acreedores o, por lo menos, aunque no por completo, en alguna parte *-potueritque satis creditoribus suis vel ita semen, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere-*, pero que admitidos y mezclados los acreedores de Ticio *-admissis autem commixtisque creditoribus Titii*, aquéllos habrán de conseguir menos *-minus sint consecuturi-*, ya que Ticio no es solvente *-quia ille non est solvendo-*, o conseguirían menos *-aut minus consequantur, quia plures sunt hic -*, porque son muchos³⁴. En este caso es, por tanto, muy justo *-est igitur aequissimum-* que, deseando los acreedores de Seyo la separación *-creditores Seii desiderantes separationem-*, sean oídos y que soliciten del pretor *-audiri impetrareque a praetore-* que por separado se pague su importe a los acreedores de cada uno *-ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur-*.

Están legitimados para pedir la *separatio* sólo los acreedores del causante³⁵ y, en su caso, los legatarios. Por acreedores del

³⁴ La parte central de este largo texto (de *fieri enim* a *quia plures sunt hic*), harto reiterativa, contrasta con la esencialidad de su inicio, hasta el punto de dejar suponer, según GIUNTI, *ibidem*, p. 22, la caída de un glosema explicativo. Pese a ello, como reconoce la autora, no resulta contaminada, en su conjunto, la transparencia estructural del evento histórico, que integra el supuesto típico.

³⁵ Quedan comprendidos en dicha categoría, como se desprende de las fuentes: los acreedores a término o bajo condición (D. 42, 6, 4 pr. *Pap. 12 respons.*); los acreedores naturales (D. 42, 6, 1, 18 *Ulp. 64 ad ed.*); los acreedores hipotecarios (D. 42, 6, 1, 4 *Ulp. 64 ad. ed.*); los acreedores del

causante hay que entender, con la doctrina, sólo a los que lo eran a su muerte³⁶ y, por ello, no estaban legitimados para pedirla aquellos otros que, aún siéndolo *ex causa hereditaria*, lo eran del heredero³⁷.

peculio castrense (D. 42, 6, 9 *Ulp. 54 ad ed.*) y el acreedor cuyo deudor quedó heredero del fiador (D. 42, 6, 3 pr. *Pap. 27 quaest.*). Asimismo, el coheredero que sea acreedor del causante podrá pedir la separación por la cuota de su crédito no extinguido por confusión (vid. C. 7, 72, 7). Para un análisis detallado de los diversos acreedores referidos, vid. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 115-132 y 139-140.

³⁶ Cfr. por todos, ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1119, quien señala que, pese a que un texto de Paulo, D. 42, 6, 5 *12 quaest.*, presuponga que pueden pedir la separación los *creditoriis hereditarii*, sólo pueden hacerlo los acreedores del finado; y también LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, p. 11, que argumenta que si bien Ulpiano, en D. 42, 6, 6, 1 *64 ad ed.*, se refiere a los acreedores en general (*...separatio permitti creditoribus...*), sin distinguir entre sus diversas clases y, por ende, el título en que se basa su crédito, el que en relación a otra categoría de acreedores *ex causa hereditaria*, como son los legatarios, haya sido necesaria una disposición que, de forma específica, los haya admitido a la separación (D. 42, 6, 6 *Iul. 46 dig.*), permite concluir que sólo están legitimados para pedir la *separatio* los acreedores del causante.

³⁷ Me refiero a los acreedores por, las hoy llamadas, cargas de la herencia, esto es, por razón de gastos funerarios, de apertura de la sucesión, de pago de impuestos...etc., exceptuándose, los que lo sean por gastos de última enfermedad del difunto, pues dichos créditos nacen en vida de éste. En definitiva, como ya señaló ROCA-SASTRE, *ibidem*, p. 1.120, los gastos que no son deudas del causante, sino de la herencia, por originarse tras la apertura de la sucesión, corren a cargo del heredero.

El derecho de los legatarios a solicitar la SB³⁸, ya en época clásica, es afirmado por las fuentes, así, en D. 42, 6, 4, 1 *Pap. 12 respons.* y D. 42, 6, 6 pr. *Iul. 46 dig.*³⁹, aunque la razón por la que

³⁸ Como matiza BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milano, 1954, p. 363, la separación sólo se aplicaría al legado con efectos obligacionales, pues en el de efectos reales la *separatio* no parece tener mucho sentido, en la medida que el legatario adquiere, en este caso, *recta via*, la propiedad de la cosa o derecho legado sobre la misma.

³⁹ D. 42, 4, 4, 1: *Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, hebere pignoris causam convenit*; y D. 42, 6, 6 pr.: *Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem...*

El que los legatarios estuvieran ya protegidos frente al heredero con otras medidas de garantía, lleva a BONFANTE a preguntarse, en *Corso di Diritto romano, Le successioni. Parte Generale*, vol. VI, Milano, 1974 (reimpr. de la 1ª ed., Roma, 1930), pp. 439 y ss, entre otras cuestiones, si el derecho de los legatarios a pedir la SB fue ya reconocido en época clásica. Coincido con LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 133, que la respuesta, a tenor de los textos, parece ser afirmativa y que el hecho que el Edicto (vid. LENEL, O., *Edictum Perpetuum*, p. 418, n. 1) no hiciera mención alguna de los legatarios, permite concluir que su legitimación habría sido un logro de la jurisprudencia, lo que no excluye que tal legitimación sea de origen clásico. En esta línea ASTOLFI, R., v. *Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*, NNDI, XVII (1970) pp. 1-2, en p. 2, n. 5, ya se decantó por la poca convicción de las sospechas de interpolación. Sin embargo, a favor de la manipulación de D. 42, 6, 6, cfr. STORTI, *Separazione*, cit. p. 1456.

se les concede difiere de la de los acreedores del causante, pues el legatario difícilmente podría esgrimir que él había basado su crédito en el patrimonio del finado. Es claro que los legatarios, en concreto, los favorecidos con un legado *per damnationem*, son acreedores del heredero *ex causa hereditaria* y no del difunto⁴⁰ y que, por ello, no siendo acreedores del causante, la única razón posible de su referida legitimación radica en el origen de la obligación que, con motivo del legado, nace para el heredero, esto es, una obligación *ex causa hereditaria* de la que responde *intra vires hereditatis*⁴¹, lo que, en último término, los distingue de los acreedores personales del heredero. Lo dicho, justifica, al mismo tiempo, que los acreedores del causante que pidieron la separación (en adelante separatistas) tengan frente a los legatarios que también la solicitaron, en virtud del principio *nemo liberalis nisi liberatus*, un derecho preferente de cobro sobre el caudal relicto, como manifiesta Juliano en D. 42, 6, 6 pr. 46 *dig.*⁴².

⁴⁰ En esta línea, LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, p. 135, apoya tal afirmación en C. 7, 72, 2.

⁴¹ Sobre dicha cuestión, vid. *infra*, comentario del art. 461-23 CCC.

⁴² En suma, puede afirmarse con BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 363, que el legatario ocupa una posición intermedia entre los acreedores del causante y los del heredero, ya que es preferido a éstos, pero frente a él, como se desprende de D. 42, 6, 6, pr. *Iul. 46 dig.*, tienen preferencia los acreedores del difunto (*...aequum est, ita ut, cum in creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur*).

A tenor de lo expuesto, y según deriva de las fuentes⁴³, no pueden pedir la *separatio* el heredero -único legitimado pasivamente-⁴⁴ ni, como regla general, sus propios acreedores⁴⁵, el primero, porque cuenta con otros medios de protección para

⁴³ Vid. también, D. 42, 6, 1, 2 y 5-6 *Ulp. 64 ad ed.*; D. 42, 6, 6, 1, 1 *Iul. 46 dig.*

⁴⁴ En relación a si podía pedir, en alguna ocasión, la separación de patrimonios, es de gran interés un fragmento de Ulpiano, D. 42, 6, 1, 6 *64 ad ed.*, en que se discute tal posibilidad. A juicio de LÓPEZ- BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 140, todo parece indicar que estaríamos ante un supuesto de *restitutio in integrum* (sobre dicho texto, vid. *op. cit.*, pp. 140-141). En términos similares se manifiesta la autora, *ibidem*, pp. 141-147, respecto a otro supuesto referido, en apariencia, a la *separatio* a favor del heredero (vid. D. 42, 6, 6, 1, 1 *Iul. 46 dig.*). En definitiva, la romanista concluye, en p. 147, que aunque no son supuestos de verdadera separación, los efectos derivados de la *restitutio in integrum* son los mismos que si aquella hubiera tenido lugar; lo que explica, en primer lugar, que los juristas hablen de una *quasi separatio*, en lugar de *separatio* y, en segundo, que en un tratado destinado a la SB tengan cabida los dos casos citados.

⁴⁵ Mayor problemática plantea la cuestión de si la *separatio* puede ser pedida, en algún caso excepcional, por los acreedores del heredero, a tenor de lo dispuesto por Ulpiano en D. 42, 6, 1, 2 *64 ad ed.* Al respecto me limito aquí a destacar que para ASTOLFI, *Separazione*, cit. p. 2, n. 12, en contra del sentir mayoritario, los textos confirmarían (D. 42, 6, 1, 5-6 y D. 42, 6, 6, 1) que la regla relativa a la SB, ya en Derecho clásico, habría sido extendida a hipótesis excepcionales, derogando así el principio en virtud del cual la *separatio* no puede ser solicitada por los acreedores del heredero.

lograr el fin perseguido por la SB, esto es, evitar, de modo transitorio⁴⁶, algunos efectos perjudiciales de la confusión patrimonial⁴⁷, y los segundos, porque la *separatio* se configuró, precisamente, con este fin, esto es, para apartarlos del caudal relicto y proteger así a los acreedores del causante y legatarios respecto al cobro de sus créditos y percibo de sus legados.

Desde el punto de vista procesal es opinión casi unánime que, en época clásica, la SB constituía un incidente del procedimiento de ejecución patrimonial (*bonorum venditio*) contra el heredero⁴⁸. En otras palabras, la separación de

⁴⁶ Vid. *infra*, efectos de la SB.

⁴⁷ En particular, en Derecho justiniano, con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (C. 6, 30, 22, a. 531), que si bien coincide con la SB en que trata de evitar ciertos efectos derivados de la *confussio* patrimonial, sin embargo, se diferencia de ella por su finalidad, ya que con dicha aceptación lo que se pretende es proteger al heredero, evitándole la pérdida, por confusión, de los derechos que ostenta frente al causante y, en especial, la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. En general, sobre los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, vid. mi trabajo *Constitutio Scimus: el heredero después de la confección del inventario*, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9 (2005) pp. 211-235.

⁴⁸ Aunque no han faltado algunas voces que admiten la posibilidad que la SB sea, en sí, un medio de iniciar un procedimiento destinado a la venta del patrimonio del heredero, esto es, que pueda tener lugar al margen del procedimiento de ejecución universal. En este sentido, cfr. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p 339. Sobre los argumentos en que se apoya la opinión

patrimonios no consistía en una demanda principal que originase un procedimiento autónomo, sino en una pretensión conectada con una *bonorum venditio*, ya iniciada y que, por efecto de la *separatio*, se dividía en dos *bonorum venditiones*, referidas, una, al patrimonio del causante y la otra, al del heredero⁴⁹, con el fin de distinguir, de momento, entre acreedores de uno y otro⁵⁰, aunque ambas se concluían a nombre del heredero.

generalizada, así como la cuestión de determinar cuál es, dentro de dicho procedimiento, el momento procesal oportuno para solicitar la SB y, en su caso, para concederla, vid. por todos, LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 168-170; 171-177.

⁴⁹ La opinión de BAVIERA, *Storia e teoria*, cit., pp. 45 ss, que la venta de los bienes del heredero y los del difunto sería única, como señala LOPEZ-BARAJAS, *ibidem*, p. 194, es hoy, prácticamente, rechazada en doctrina; de manera que puede afirmarse que la SB implicó siempre una doble *bonorum venditio*. Sobre ésta y la doble *lex venditionis*, vid. la citada romanista, *op. cit.*, pp. 195-197 y 197-198.

⁵⁰ En palabras de GIUNTI, *Ius controversum*, cit., p. 23, la esencia operativa de la SB consiste, por tanto, en una distinción material, en el curso del procedimiento ejecutivo, entre los bienes de la herencia y los del heredero, así como en un cómputo separado del porcentaje de realización para las dos categorías de acreedores, gracias al fraccionamiento dispuesto en la fase de liquidación relativa a la quiebra (D. 42, 6, 1, 1 Ulp. 64 ad ed.: ...*quasi duorum fieri bonorum venditionem...ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur*).

Como he apuntado con anterioridad el pretor, previa solicitud de parte interesada y *causa cognitio*, concedía o no la SB, pero tal y como se desprende de las fuentes, dicha concesión estaba subordinada a la concurrencia de una serie de requisitos o presupuestos⁵¹, así: a) que el acreedor del causante no hubiera reconocido al heredero como deudor propio⁵²; b) que los bienes de la herencia no se hubieran confundido y mezclado con los del heredero, lo que podía ocurrir en el caso de cosas fungibles⁵³; c) que no se dejara pasar mucho tiempo desde la

⁵¹ A juicio de LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 180, fue la libertad del pretor, en atención a las circunstancias del caso, para acceder o no a la petición de los acreedores del difunto, la que dio lugar, con el paso del tiempo, a la exigencia práctica de una serie de requisitos.

⁵² Lo que ocurre, *ad exemplum*, si novó el crédito hereditario (vid. D. 42, 6, 1, 10), cobró intereses del heredero (D. 42, 6, 1, 10), o si obtuvo de éste nueva garantía del crédito de causante (vid. D. 42, 6, 1, 11 y 15). Pues en estos casos, como se afirma en las fuentes, el acreedor del difunto se atuvo a la persona del heredero: *...quippe cum secuti sunt nomen heredis nec possunt iam se ab eo separare...* (D. 42, 6, 1, 10); *...hi enim secuti sunt eum...* (D. 42, 6, 1, 11); *...non est ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit...* (D. 42, 6, 1, 15); *...plures creditores, quidam secuti heredem...* (D. 42, 6, 1, 16); *...si te non heredem fidem secutum...* (C. 7, 72, 2).

⁵³ Ulpiano, en D. 42, 6, 1, 12, afirma que se ha de saber *-Praeterea sciendum est-* que después que los bienes de la herencia fueron mezclados con los del heredero *-posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt-*, no se puede pedir la separación *-non posse impetrari separationem-*, porque, confundidos y unidos los bienes *-confusis enim bonis et unitis-*, no se podrá pedir la separación *-separatio impetrari non poterit-*. Aunque se admite que

aceptación para pedir la *separatio*⁵⁴; y d) ¿que el heredero fuera insolvente?

La insolvencia del heredero, como requisito necesario para obtener la *separatio*, ha sido, históricamente, objeto de discusión. Para cierto sector dicha insolvencia, como se reitera en las

este fragmento, seguramente, está manipulado (cfr. ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2, n. 3), sin embargo, la opinión mayoritaria matiza que los principios que contiene son clásicos. En este sentido, cfr. entre otros, MILANI, *Della separatio*, cit., p. 27; BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 375 ss; y VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, II, parte speciale, Milano, 1963, p. 671, n. 14. En general, sobre dicho texto, vid. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 187-189.

⁵⁴ Sin embargo, Ulpiano, en relación al tiempo en que se ha de pedir la SB, concreta, en D. 42, 6, 1, 13, que el plazo es el de cinco años a contar desde de la adición (...*ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separationem non postuletur*). Al respecto cabe observar que la interpolación de la última frase del fragmento (*ultra quinquennium post aditionem*), demostrada por FERRINI, *Nuovi appunti*, cit., pp. 546 ss, es hoy acogida por gran parte de la doctrina, que sostiene que el plazo de cinco años fue establecido en época justiniana y que, por tanto, en Derecho clásico, tan sólo debió exigirse que no hubiera pasado mucho tiempo desde la aceptación. En esta línea, cfr. entre otros, SOLAZZI, *Ancora sul diritto*, cit., p. 255; BAVIERA, *Il commodum*, cit., pp. 47 ss; BONFANTE, *Corso di Diritto*, VI, cit., p. 472 y LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, pp. 185-186. Asimismo señala ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1.123, en la época del *Ius commune* no se reconoció la existencia de este plazo y sólo se admitió la prescripción ordinaria.

fuentes⁵⁵, era presupuesto exigido para conseguir la SB⁵⁶. Sin embargo, como apunta ROCA-SASTRE⁵⁷, pese a que dos textos del Digesto refieren la separación al heredero no solvente⁵⁸, la opinión dominante es contraria a admitir la hoy denominada insolvencia “técnica” del heredero (= pasivo exigible superior al activo realizable), como presupuesto necesario para su concesión, aunque lo cierto es que sería el caso más frecuente⁵⁹.

Comparto con el mencionado autor que lo decisivo, en este aspecto, es que la concurrencia de los acreedores particulares del heredero en el caudal relicto pueda perjudicar, efectiva o potencialmente, la situación de los acreedores del causante y/o legatarios⁶⁰. Lo dicho, no es incompatible con la opinión de

⁵⁵ D. 42, 6, 1, 1 Ulp. 64 ad ed.: ...heres ei extitit Titius: hic non est solvendo...; D. 42, 6, 6 pr. Iul. 46 dig: Quotiens heredis bona solvendo non sunt...; y C. 7, 72, 7 (a. 294): ...sin autem coheredes solvendo non sit...

⁵⁶ Vid. entre otros, BAVIERA, *Storia e teoria*, cit., pp. 25 ss; *id.* *Il commodum*, cit., p. 47 y GIUNTI, *Ius controversum*, cit., pp. 58-59.

⁵⁷ *El “beneficium separationis”*, cit., p. 1.121.

⁵⁸ Literalmente “insolvente” es el que no paga o el que es mal pagador, pero según la Real Academia Española de la Lengua el concepto suele entenderse como la situación del que no tiene con qué pagar sus deudas.

⁵⁹ Vid. autores citados por LÓPEZ-BARAJAS y los argumentos esgrimidos a favor de esta opinión, en *Separatio*, cit., p. 181, n. 40, pp. 182-183.

⁶⁰ En este sentido ROCA-SASTRE, *id.* n. 58, apunta que es indiferente que el heredero sea solvente o insolvente, pues aunque sea solvente deberá

FADDA⁶¹, para el que si bien la insolvencia del heredero no es requisito, en el sentido que no se exige una prueba matemática y actual de ella, esto no obsta para que el pretor, en virtud de la discrecionalidad que le otorga el recurso a la *causa cognitio*, valore las circunstancias del caso y, en particular, la posible insolvencia del heredero, con el fin de conceder la *separatio* sólo cuando exista un riesgo de impago, efectivo o potencial, para los acreedores del difunto y legatarios; evitando, de este modo, que la separación tenga lugar por su mero capricho⁶². Por otra

tenerse en cuenta si, pese a ello, podrá incidir su situación en perjuicio de los acreedores del causante y legatarios. Además, y como con acierto matiza, podrán ser tenidas en consideración otras condiciones, como las de moralidad o de pagador correcto, que reúna el heredero. En términos parecidos se manifiestan otros autores (vid. n. anterior), que también defienden la no exigencia de la insolvencia del heredero como condición para obtener la separación, al argumentar que si bien es cierto que para obtenerla es necesario que se haya iniciado un procedimiento ejecutivo patrimonial *-bonorum venditio-* contra el heredero, sin embargo, no ocurre lo mismo respecto a la exigencia de su insolvencia, pues dicho procedimiento puede iniciarse por otras causas. Sobre éstas, vid. ROTONDI, G., *“Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio”*, *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1922, pp. 3 ss.

⁶¹ *Concetti*, cit., pp. 379 ss.

⁶² Coincido con LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit. p. 18, que la imposibilidad del heredero de hacer frente a los créditos, tanto de la herencia como los propios, puede producirse, en ocasiones, por causas diversas a la insolvencia y que, por ello, más que exigirse una prueba

parte, debe tenerse en cuenta que, en Derecho romano, a efectos de la SB, es irrelevante que la herencia tenga un pasivo inferior, igual o superior al activo⁶³.

Objeto de la separación será todos los bienes del causante, tal y como se encontraban a su muerte⁶⁴ y, en general, los incrementos *ex hereditate* que se hayan verificado después⁶⁵. Sin embargo, se excluyen los bienes hereditarios que hayan sido enajenados, de buena fe, por el heredero y, por ello, si enajenó la totalidad de la herencia, la *separatio* no podrá tener lugar⁶⁶.

El examen de los efectos de la SB, como reconoce la doctrina, constituye, sin lugar a dudas, el punto álgido de dicha institución, pues la determinación de su naturaleza jurídica, de

técnica de ésta, lo que habrá de aportarse al pretor será un indicio de la posible incapacidad del heredero para satisfacer los créditos sobrevenidos.

⁶³ Así lo viene a confirmar Ulpiano en D. 42, 6, 1 64 *ad ed.*, ya que considera aplicable la SB tanto si el causante Seyo era o no solvente.

⁶⁴ Se incluyen también, señala LÓPEZ-BARAJAS, *op. cit.*, pp. 186-187, en virtud del principio *fructus augent hereditatem*, los frutos civiles o naturales que produzcan los bienes hereditarios. En contra, vid. TUMEDEI, *La separazione*, cit., pp. 184 ss.

⁶⁵ Vid. D. 42, 6, 5 *Paul. 13 quaest.*

⁶⁶ Vid. D. 42, 6, 2 *Pap. 25 quaest.* Sin embargo, a juicio de ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2, parece que el heredero deberá consignar el precio obtenido de la/s venta/s.

honda trascendencia histórica, dependerá, en última instancia, de los efectos que se le atribuyan⁶⁷. La complejidad del tema radica, en esencia, en las opiniones contrarias de los juristas severianos sobre alguno de los efectos más relevantes de la *separatio*, esto es, si los acreedores separatistas, no satisfechos, íntegramente, con la herencia, tienen derecho al residuo patrimonial del heredero⁶⁸; cuestión que, a posteriori, se materializó en un arduo debate dogmático sobre su verdadera naturaleza, que, a día de hoy, todavía sigue abierto⁶⁹.

⁶⁷ En este sentido, cfr. entre otros, ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., pp. 1.123-1.124 y LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 259. Asimismo, es de justicia destacar el esfuerzo de la citada romanista en esta materia, pues tras señalar que son varias las cuestiones que surgen en torno a los efectos de la separación, examina, de modo exhaustivo, cada una de ellas, a saber: a) análisis de si la SB supone una paralización de la confusión patrimonial; b) determinación de si los acreedores separatistas, no satisfechos, íntegramente, sus créditos, pueden dirigirse contra el patrimonio hereditario; c) estudio de las relaciones entre los acreedores que han pedido la separación y los que no; y d) cuál sea la situación jurídica del adquirente del patrimonio separado (vid. pp. 205-237 y bibliografía citada).

⁶⁸ Es de obligada referencia y remisión el amplio y minucioso estudio de GIUNTI, *Ius controversum*, cit., pp. 26-123, sobre la problemática que plantea la SB romana respecto al residuo patrimonial del heredero y, en concreto, la participación en el mismo. Vid. también LÓPEZ-BARAJAS, *ibidem*, pp. 210-228 y bibliografía citada.

⁶⁹ En esta línea, GIUNTI, *op. cit.*, p. 39, tras observar que la doctrina contemporánea parece calmarse frente a la contradicción cristalizada en el

En la línea de lo expuesto basta aquí recordar que, a juicio de ROCA-SASTRE, para simplificar la exposición de los términos del problema, éste debe plantearse en base al siguiente dilema: ¿el aislamiento del patrimonio hereditario respecto del propio del heredero, que produce la separación, entraña una separación absoluta y plena, o bien sólo relativa y limitada?⁷⁰ Observa el autor que si se opta por lo primero, los efectos específicos de la *confusio bonorum*⁷¹, que la *successio* ocasiona, con motivo de la aceptación pura y simple, dejan de producirse⁷²; si por la segundo, dichos efectos tienen lugar de otro modo⁷³.

título 6 del libro 42 del Digesto, puntualiza, no obstante, que acoge como hipótesis crítica máxima el postulado de la diversa configuración dogmática de la SB por los juristas severianos.

⁷⁰ ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., pp. 1.123-1.124.

⁷¹ Es por todos sabido que son los siguientes: 1º) el heredero queda obligado a satisfacer las deudas del causante, íntegramente, aunque superen el valor de la herencia; 2º) el heredero puede pagar a sus acreedores particulares y éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia, con independencia de los acreedores del difunto y legatarios; y 3º) las relaciones de crédito y deuda entre el difunto y el heredero se extinguen, al igual que los derechos reales limitados del heredero sobre bienes de la herencia o del causante sobre los del heredero.

⁷² Y, en consecuencia, afirma ROCA-SASTRE, *op. cit.*, p. 1.124, el heredero no queda obligado a satisfacer *ultra vires hereditatis* las deudas del causante, sino tan sólo con el caudal relicto; no puede pagar a sus

A tenor de lo dicho, entiendo que las características y el fin del presente trabajo me eximen de analizar, en esta sede, una de las problemáticas más complejas que suscita, a la luz de las fuentes, la SB romana y, por ello, me limito aquí a apuntar algunas consideraciones de interés.

Cuestión pacífica, como se afirma en los textos, es que satisfechos los acreedores del causante y, en su caso, legatarios, con la venta del caudal relicto, si todavía quedasen bienes, los

acreedores personales, ni éstos exigirle el cobro, con el patrimonio hereditario; las relaciones jurídicas de crédito y deuda o derivadas de derechos reales limitados entre el causante y el heredero no se extinguen.

⁷³ En relación a lo afirmado en n. 71, el primero de los efectos, manifiesta el autor, *ibidem*, p. 1.225, subsiste; el segundo, queda paralizado y, el tercero, en parte subsiste y en parte no. Para un análisis detallado de los efectos que derivan de cada una de las opciones indicadas, vid. ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., pp. 1.125-1.136.

acreedores particulares del heredero podrán cobrar sus créditos con el residuo hereditario⁷⁴.

Sin embargo, mención particular merecen los fragmentos D. 46, 6, 1, 17 Ulp. 64 ad ed.; D. 46, 6, 5 Paul. 13 quaest. y D. 46, 6, 3, 2 Pap. 27 quaest., que abordan la cuestión de si los acreedores separatistas, que no logran satisfacer, íntegramente, sus créditos con el caudal relicto, tienen derecho o no al remanente *ex bonis herediis*, ya que la disparidad de opiniones jurisprudenciales ha suscitado, como ya he indicado, una de las mayores polémicas doctrinales. En suma, los juristas clásicos debatieron sobre el destino del citado remanente, bien negándolo a los acreedores separatistas insatisfechos (opinión de Ulpiano y Paulo)⁷⁵, bien

⁷⁴ D. 42, 6, 1, 17 Ulp. 64 ad ed.: *Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum...heredis autem creditoribus hoc imputari non possit; D. 42, 6, 5 Paul. 13 quaest.:...ad id quod acquisitum est illi qui separationem impetraverunt: sed si illis satisfactum fuerit, quos superest tribuetur propriis heredis creditoribus...-; y D. 42, 6, 3, 2 Pap. 27 quaest.: ...ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis.*

⁷⁵ Ulpiano, en D. 42, 6, 1, 17 64 ad ed., declara que los acreedores del testador –*creditores vero testatoris*- no pueden tener nada de los bienes del heredero –*ex bonis heredis nihil*-. La razón de esto –*cuius rei ratio illa est*- es que el que pidió la separación –*quod qui impetravit separationem*- debe imputarse su propia facilidad –*sibi debet imputare suma facilitatem*-, si habiendo bienes suficientes del heredero –*si, cum essent bona idonea heredis*-, hubiere preferido que se separasen para él los bienes del difunto –*illi*

asignándosele, aunque con ciertas limitaciones, esto es, siempre que hubiesen sido pagados los acreedores propios del heredero (postura de Papiniano)⁷⁶, para dar vida, así, en palabras de

maluerint bona potius defuncti sibi separari-.... Mas si los acreedores del difunto desearan ser sustituidos también en los bienes del heredero *-at si creditores defuncti desiderant, ut etiam in bonis heredis substituantur-*, no han de ser oídos *-non sunt audiendi-*, porque la separación, que ellos mismos solicitaron *-separatio enim, quam ipsi petierunt-*, los separó de estos bienes *-eos ab istis bonis separavit*. En la misma línea Paulo, en D. 42, 6, 5 13 *quaest.*, afirma que si los acreedores de la herencia impetraron la separación de los bienes *-Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt-* y se hallara que no es solvente la herencia *-et inveniatur non idonea hereditas-*, pero que sí lo es el heredero *-heres autem idoneus-*, no podrán volverse contra el heredero *-non poterunt reverti ad heredem-*, sino que deben estar a lo que una vez pidieron *-quod semel postulaverunt, stare debent-...* Pero si los propios llegaron a cobrarlo todo *-quod si proprii ad solidum pervenerunt-* lo que sobrare, opinan algunos, se les ha de dar a los de la herencia *-id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant*, pero a mí no me parece así *-mihi autem id non videtur-*, porque cuando pidieron la separación *-cum enim separationem petierunt-*, se apartaron de la persona del heredero *-recesserunt a persona heredis-* y se atuvieron a los bienes *-et bona secuti sunt-* y los vendieron como de un difunto *-et quasi defuncti bona vendiderunt-*, los cuales no pueden recibir aumento *-quae augmenta non possunt recipere-*. Y lo mismo estimo que se ha de decir *-idemque existimo dicendum-*, si engañados en cuanto a la separación de los bienes *-etiamsi circa separationem bonorum decepti-*, consiguieron menos que los acreedores propios del heredero *-minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores-*.

⁷⁶ El jurista, en D. 42, 6, 3, 2 27 *quaest.*, sostiene que respecto a otro cualquier acreedor *-Sed in quolibet alio creditore-*, que pidió la separación -

GIUNTI⁷⁷, a una nueva manifestación del *ius controversum*, tanto más estimulante en cuanto sobrevive a la obra de los comisarios bizantinos⁷⁸. Y en este sentido prueba evidente de la

qui separationem impetravit-, será más conveniente admitir *-probari commodius est-* que si no pudiera recuperar de la herencia la totalidad *-ut, si solidum ex hereditate servari non possit-*, perciba de los bienes del heredero alguna cosa *-ita demum aliquid ex bonis heredis ferat-*, solamente si hubieren sido pagados los acreedores propios del heredero *-si proprii creditores heredis fuerint dimissi-*... Respecto a dicho fragmento, ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2, n. 8, mantiene que, probablemente, en origen, sería más amplio.

Asimismo, algunos autores han querido ver, en el ya comentado texto de Ulpiano, una tercera solución intermedia al referido problema, pues el jurista afirma, *in fine*, que si los acreedores del difunto pidieron temerariamente la separación *-si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti-*, pueden impetrar venia *-impetrare veniam possunt-*, habiendo alegado, por supuesto, justísima causa de su ignorancia *-iustissima scilicet ignorantiae causa allegata-*. ASTOLFI, *ibidem*, uniéndose al sentir común de la interpolación del fragmento, sostiene que dicha solución sería justiniana y que consistiría en la legitimación de los acreedores separatistas insatisfechos para pedir la rescisión de la *separatio*. Sin embargo, para STORTI, *Separazione*, cit., p. 1.456, n. 21, la mentada solución consistiría en aplicar la de Papiniano, pero sólo cuando la SB hubiera sido pedida por error excusable de los acreedores del difunto. Cfr. también VOCI, *Diritto hereditario*, II, cit., p. 623, que estimó que en derecho justiniano se habría acordado la preferencia de los acreedores del causante, propiamente, en esta solución intermedia.

⁷⁷ *Ius controversum*, cit., pp. 76-77.

⁷⁸ Ésta constituye la línea de opinión más reciente, esto es, la que niega la manipulación de los textos y entiende, por tanto, que la diversidad de

referida discusión es el “*quidam putant*” empleado por Paulo, en D. 42, 6, 5⁷⁹.

Estimo de gran interés observar que, según el texto de Papiniano, los legatarios separatistas, a los que no se menciona en el fragmento, no tienen derecho alguno al posible residuo patrimonial del heredero, lo que, a mi modo de ver, es totalmente lógico, pues éste, aunque acepte la herencia pura y

opiniones jurisprudenciales no ha de ser imputada a Justiniano, sino considerarse uno de tantos supuestos en que existieron divergencias de opiniones entre los juristas. Para GIUNTI, *ibidem*, p. 44, una nueva lectura responsable del debate jurisprudencial sobre el destino del excedente obtenido de la venta forzosa del patrimonio del heredero, no puede omitir un requisito de fondo, tan esencial, a su modo de ver, que condiciona el complejo replanteamiento de este tema, así: ¿cómo era técnicamente posible que el procedimiento concursal desembocara en la percepción de aquel residuo activo, de cuya suerte disputaban los juristas con tal vigor polémico? Sobre esta ardua cuestión, vid. GIUNTI, *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁷⁹ Como destacan algunos autores, cfr. entre otros, LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 220, esta expresión no debió limitarse a la opinión aislada de Papiniano, sino comprender la de otros juristas. Y prueba de ello no sólo es el uso del plural, sino, en especial, el ser Papiniano un jurisconsulto de entidad suficiente como para que se le hubiese llamado por su nombre, en caso de haber sido el único defensor de una determinada opinión. En este sentido, MILANI, *De la separatio*, cit., pp. 44 ss, se refiere a D. 24, 1, 23 y D. 12, 1, 40, textos en que Ulpiano y Paulo, respectivamente, citan, en particular y respecto a una opinión concreta, a Papiniano.

simplemente, no responde *ultra vires hereditatis* de los legados dispuestos por el causante, ya que éstos no constituyen una deuda como las que tenía el difunto⁸⁰

Por todo lo dicho, cabe concluir con LÓPEZ-BARAJAS⁸¹, que optar por una solución no significa que haya de calificarse a la otra de falsa, sino que habrá que ver cuál es más acorde a la naturaleza y estructura de la SB. En definitiva, la contradicción, irreconciliable, entre la opinión de Ulpiano y Paulo respecto a la de Papiniano⁸², produce un vacío normativo sobre dicha cuestión en Derecho justiniano, ya que la antinomia destruye la autoridad de los mencionados textos.

⁸⁰ En este sentido, cfr. ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1.131. Como afirma el autor, los legados constituyen una *delibatio* o sustracción de sustancia hereditaria (sustancia *in natura* en los legados *per vindicationem* o de efectos reales y *ad valorem* en los legados *per damnationem* o de efectos obligacionales). Sin embargo, la responsabilidad del heredero por los legados *per damnationem* plantea, como señala ROCA-SASTRE, un problema muy discutido, cuya amplitud no me permite entrar en su estudio, aunque entiendo con él que no supone una responsabilidad *ultra vires hereditatis* para el heredero, sin que la cuarta falcidia altere la situación. Sobre esta cuestión, vid. *infra*, comentario del art. 461-23 del CC. Tema distinto al apuntado es el de la responsabilidad del heredero por los legados, por razón de su conducta irregular.

⁸¹ *Separatio*, cit., pp. 220-221.

⁸² En este sentido ya se pronunció BONFANTE, *Corso di Diritto*, vol. VI, cit., p. 371.

Sobre la referida polémica jurisprudencial tan sólo destacar, en general, que la solución de Ulpiano y Paulo se basaría, a juicio de algunos⁸³, en la concepción de la *separatio* como una institución que rescindía los efectos de la *aditio hereditatis* frente a los acreedores separatistas, es decir, como si éstos hubieran vendido los bienes hereditarios como de un difunto (*et quasi defuncti bona vendiderunt*) y, precisamente, por ello, no podrían satisfacerse con bienes distintos. Pero como apunta SOLAZZI⁸⁴, la opinión de estos juristas no se apoyaría en la rescisión de la adición ni en la anulación de la condición de *heres*⁸⁵, sino en la consideración que los acreedores hereditarios, con la solicitud de la *separatio*, declaran su voluntad de apartarse de la persona del heredero (*recesserunt a persona heredis*)⁸⁶, optando, en consecuencia, por mantener inalterada su posición como acreedores del finado⁸⁷. Por el contrario, la otra opinión, representada por Papiniano, y a la que parece aludir Paulo

⁸³ Cfr. entre otros, MILANI, *De la separatio*, cit., p. 49 y VOGLI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 674.

⁸⁴ *Del diritto dei creditori*, cit. p. 254.

⁸⁵ Como afirma ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1.129, n. 36, esta tendencia ha de considerarse hoy abandonada.

⁸⁶ Así se expresa Paulo en D. 42, 6, 5.

⁸⁷ En general, sobre las razones de los citados juristas para excluir a los acreedores separatistas de los *bona herediis*, vid. por todos, GIUNTI, *Ius controversum*, cit., pp. 87 ss.

cuando observa que si los acreedores propios llegaron a cobrarlo todo *-quod si proprii ad solidum pervenerunt-* lo que sobrare *-id quod supererit-*, “opinan algunos” *-quidam putant-*, se les ha de dar a los de la herencia *-tribuendum hereditariis....-*, respondería, según *communis opinio*, a que la SB se configura aquí como un remedio cuyo objeto es la constitución de un derecho de preferencia o prelación de los acreedores del causante sobre los bienes hereditarios, lo que no obsta a que, insatisfechos sus créditos, puedan concurrir al patrimonio del heredero para su cobro, siempre y cuando los acreedores de éste ya hubiesen sido satisfechos.

Lógicamente, esta disparidad de posturas ha dado lugar, en doctrina, a diversas teorías, que se han inclinado por una u otra solución o que, incluso, han tratado de armonizarlas⁸⁸. Al margen de éstas, comparto con LÓPEZ-BARAJAS⁸⁹ que, en última instancia, la opción entre una u otra no es un problema de interpolación, sino de determinar cuál sea la solución más acorde con la naturaleza de la institución y con su encuadramiento en el procedimiento ejecutivo romano. Así pues, coincido con la romanista que la opinión de Papiniano es

⁸⁸ Sobre éstas, vid. por todos, LÓPEZ- BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 213-228 y bibliografía reseñada.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 224.

la que mejor se adapta a lo dicho⁹⁰, ya que el derecho de los acreedores separatistas a dirigirse contra el patrimonio del heredero se fundamenta: en la propia concepción del fenómeno sucesorio romano y, por tanto, en la consagración del principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por las deudas del causante; en que la SB es un remedio que, al menos, en su origen, nace para proteger los intereses de los acreedores del difunto y, también, en los caracteres del procedimiento ejecutivo universal contra el heredero, es decir, de la *bonorum venditio*⁹¹.

Los acreedores separatistas no satisfechos, íntegramente, con el caudal relicto, según opina Papiniano, tienen derecho al remanente *ex bonis herediis*, es decir, a lo que quede tras haber sido pagados los acreedores personales del heredero. A mi juicio, dicho límite, que a priori podría resultar extraño en atención a la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas del causante, respondería, como ya apuntó MILANI⁹², a razones de equidad, esto es, a que con el mismo el pretor habría

⁹⁰ En la misma línea, con anterioridad, cfr. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 372; y VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 673 ss.

⁹¹ Vid. desarrollo de la postura de LÓPEZ-BARAJAS, en *op. cit.* pp. 224-227.

⁹² *De la separatio*, cit., p. 50. Ya con anterioridad, cfr. SOLAZZI, *Del diritto dei creditori*, cit., p 261.

querido evitar que la SB se convirtiera en un instituto *iniquum y damnosum* para los acreedores propios del heredero⁹³.

En definitiva, como señaló ROCA-SASTRE, la influencia de la *separatio* en el principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, que acepta la herencia pura y simplemente, por deudas del causante, puede adoptar, desde un punto de vista dogmático, tres posiciones⁹⁴:

1ª) Que los acreedores del causante, insatisfechos sus créditos por insuficiencia de la herencia, no puedan perseguir después, en caso alguno, los bienes propios del heredero. Esta postura extrema, seguida por Ulpiano y Paulo, responde a la idea de una tajante separación entre el patrimonio hereditario y el del heredero que conduce, en suma, a eliminar la responsabilidad *ultra vires hereditatis* de éste⁹⁵.

2ª) Que los acreedores del difunto, insatisfechos sus créditos por insuficiencia de la herencia, puedan perseguir después, en plena concurrencia y paridad con los acreedores personales del

⁹³ A juicio de LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 228, además de los argumentos de justicia material, no hay que olvidar los referidos al ámbito puramente procesal.

⁹⁴ ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1.125. Vid. desarrollo de tales posturas, con bibliografía, en pp. 1.127-1.130.

⁹⁵ Posición, antiguamente, dominante en doctrina.

heredero, los bienes de éste. Es ésta una solución totalmente opuesta a la anterior, no contemplada en la Compilación justiniana y que respeta, en alto grado, el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, conjugándolo con las exigencias de la *separatio*⁹⁶.

Y 3ª) Que los acreedores hereditarios, insatisfechos sus créditos por insuficiencia de la herencia, puedan perseguir después los bienes privativos del heredero, siempre que hayan sido ya pagados sus propios acreedores. Se trata, por tanto, de una posición intermedia y conciliadora, inspirada en el citado texto de Papiniano que, aunque respeta el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, “la modaliza en el sentido recíproco compensatorio”, por entender que, si en virtud de la *separatio* quedan diferenciados, de momento, el patrimonio hereditario y el del heredero, es justo y equitativo que los acreedores del causante puedan cobrar sus créditos, en primer lugar, con los bienes de la herencia y, subsidiariamente, con el remanente patrimonial del heredero; al igual que los acreedores particulares de éste pueden proceder, primero,

⁹⁶A su favor, cfr. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 373. Para ROCA-SASTRE, *op. cit.*, p. 1.1030, aunque quizás sea, teóricamente, la más fundada, todavía conserva cierta dosis de rigidez.

contra el patrimonio del heredero y, después, contra lo que sobre del caudal relicto⁹⁷.

Asimismo otra cuestión discutida en el ámbito de los efectos de la SB es la de la relación entre los acreedores separatistas y los que no la pidieron⁹⁸. Ulpiano se la plantea en D. 42, 6, 1, 16 64 *ad ed.*⁹⁹, ya que, en definitiva, lo que se pregunta es si habiendo algunos acreedores hereditarios solicitado la *separatio* y otros no, podrá ésta favorecer a los que se “atuvieron a la persona del heredero” *-quidam secuti heredem-*, en otras palabras, si serán también admitidos a la venta de los bienes hereditarios. La respuesta del jurista, pese a las diversas interpretaciones del

⁹⁷ Postura defendida por ROCA-SASTRE, *id.*, n. anterior y por otros muchos juristas.

⁹⁸ No puedo dejar de indicar, aunque aquí no sea objeto de examen, por las razones ya expuestas, otras situaciones, de interés, que pueden producirse en esta materia, así: la relación entre acreedores del causante que han obtenido la separación; la relación entre los legatarios y los acreedores del causante; y la relación entre legatarios separatistas y no separatistas. Sobre las mismas, vid. ROCA-SASTRE, *El “beneficium separationis”*, cit., pp. 1.135-1.136.

⁹⁹ *Quaesitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti, et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt. et putem nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerando.*

texto¹⁰⁰, no deja lugar a dudas, al opinar que en nada les aprovechará *-et putem nihil eis prodesse-*, porque han de ser contados con los acreedores del heredero *-hos enim cum creditoribus heredis numerandos-*.

En última instancia, como ya apuntó MILANI¹⁰¹, el problema está en determinar si la SB tiene carácter objetivo, esto es, beneficia a todos los acreedores del difunto, con independencia que la hubieran o no pedido y obtenido¹⁰² o, por el contrario,

¹⁰⁰ La redacción del fragmento ha suscitado dudas respecto a quiénes deben incluirse en la expresión *creditores, quidam secuti heredem*, así como cuál sea el significado de las palabras *an eos secum admittant*. Sobre las diversas opiniones postuladas, vid. por todos, LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 229-233. No obstante, y al margen de estas dudas, como con acierto observa ROCA-SASTRE, *op. cit.*, p. 1.133, al concepto de *heredem sequi*, utilizado en las fuentes como opuesto al de *defunctum sequi*, hay que atribuirle un doble significado: el de invocar al acreedor del causante que ha reconocido como propio deudor al heredero, en cuyo caso no puede pedir la *separatio*, y el de aludir al acreedor del causante que no la ha pedido.

¹⁰¹ *De la separatio*, cit.

¹⁰² Postura defendida por BAVIERA, *Il commodum*, cit., pp. 91 ss, para el que los acreedores del causante que no han pedido la *separatio* tienen derecho a una cuota de concurso, proporcional a sus créditos, sobre el patrimonio hereditario; aunque dicha cuota deberá ser compartida con los acreedores propios del heredero, a los que se equiparan los acreedores no separatistas. En la misma línea, cfr. ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., pp. 1.134-1.135, quien observa que este criterio "relativo

subjetivo, es decir, que sólo favorece al que la solicita¹⁰³. Comparto con ROCA-SASTRE que ambos criterios, que él califica, respectivamente, relativo o benigno (= objetivo) y absoluto (= subjetivo), coinciden en que la *separatio* ha de

o benigno” va prevaleciendo modernamente. Estima el autor que entre acreedores separatistas y no separatistas del causante la SB no altera su rango creditual, pues ella se limita a atribuir a los separatistas la facultad de postergar a los acreedores personales del heredero respecto a los bienes de la herencia, facultad de la que carecen los acreedores no separatistas. Subsiste, por tanto, a su juicio, la *par condictio creditorum*, que permanece inalterable, aunque los acreedores no separatistas se resienten de la interferencia de algún acreedor personal del heredero

¹⁰³ En este sentido, cfr. entre otros, FADDA, *Concetti*, cit., pp. 397 ss; BONFANTE, *Corso de Diritto*, IV, cit., pp. 463 ss; BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 373 ss; y LOPEZ- BARAJAS, *Separatio*, cit., p. 234. Sobre los argumentos esgrimidos en favor de esta portura, cabe destacar, entre otros, y a modo de síntesis: a) el que se funda en el propio texto de Ulpiano, D. 42, 6, 1, 16; b) el que razona que estando todos los acreedores del causante en condiciones de poder defender sus créditos con la SB, es lógico que quienes utilizaron este recurso sean preferidos a los que se abstuvieron hacerlo; y c) el que consiste en considerar que, jurídicamente, es un absurdo hablar de “acreedores del difunto”, pues no se puede ser acreedor de un muerto y, por tanto, no cabe referirse a una cuota de concurso de los acreedores no separatistas respecto al patrimonio del causante y su deudor sólo puede ser el heredero, ya que dejaron de ejercitar aquel beneficio del que podían disfrutar en atención a su cualidad histórica, ya extinguida, de acreedor del difunto.

favorecer a quienes la pidan, pero se diferencian en el grado y medida en que ha de beneficiarlos¹⁰⁴.

A la luz de D. 42, 6, 1, 16, me adhiero al sector doctrinal que defiende que los acreedores no separatistas, entre los que, obviamente, se incluyen los que no reconocieron, de modo expreso, al heredero como deudor propio, pero que tampoco solicitaron la SB ni se sumaron a la ya pedida, se equiparan, a todos los efectos, con los acreedores particulares del heredero y, en consecuencia, carecen de derecho alguno sobre el patrimonio del causante, salvo el eventual derecho sobre el remanente del caudal relicto, al igual que los acreedores del heredero, tras ser pagados los acreedores separatistas. Así pues, y según lo dicho, la *separatio* tiene carácter único, ya que se solicita y obtiene respecto de la totalidad de la herencia, pero sólo actúa a favor de los que la obtengan (carácter subjetivo)¹⁰⁵.

La problemática de la naturaleza jurídica de la SB¹⁰⁶, como ya he señalado, es una cuestión compleja íntimamente vinculada a los efectos que se le atribuyan. En función de éstos, las tres opiniones que, en líneas generales, se han mantenido son: 1ª) la

¹⁰⁴ ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1.134.

¹⁰⁵ Cfr. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 368.

¹⁰⁶ A respecto, vid. por todos, LÓPEZ BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 259-267.

separatio como garantía real sobre el patrimonio del causante¹⁰⁷; 2ª) la SB como verdadera y efectiva separación de los patrimonios del causante y heredero¹⁰⁸; y 3) la *separatio* como un derecho de prelación en favor de los acreedores del causante y/o legatarios separatistas, sobre el patrimonio de éste¹⁰⁹.

A tenor de lo expuesto en relación a los efectos de la SB, me adhiero a la última de las opiniones apuntadas sobre su naturaleza jurídica, de conformidad con el criterio del texto de Papiniano (D. 46, 6, 3, 2), que, a mi juicio, es el que debe prevalecer por las razones ya referidas. Por ello, entiendo que la SB romana evita, temporalmente, la confusión de ambos

¹⁰⁷ El máximo exponente de esta teoría es BAVIERA, *Storia e teoria*, cit., pp. 47 ss; *Il commodum*, cit., pp. 67 ss.

¹⁰⁸ Cfr. entre otros, FERRINI, *Nuovi appunti*, *Opere IV*, cit., pp. 186 ss; MILANI, *Della separatio*, cit., pp. 41 ss; y VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 672. LÓPEZ BARAJAS, *op. cit.*, p. 261, señala que esta postura es hoy mayoritaria.

¹⁰⁹ Cfr. entre otros, ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., p. 1.131; y LÓPEZ BARAJAS, *Separatio*, cit., pp. 263-267. A modo de conclusión, la citada romanista afirma que "la separación de patrimonios no constituye una separación jurídica, sino una mera separación material entre dos masas patrimoniales de las que es titular un mismo sujeto". Esta separación material, que se produce siempre en el procedimiento ejecutivo, es la que permite, afirma, que la venta de los bienes del heredero y causante se realice separadamente (pp. 265-266).

patrimonios, el del causante y el del heredero¹¹⁰, ya que la separación subsiste en la medida necesaria para el cobro preferente de los créditos de los respectivos acreedores. En otras palabras, supone la configuración de dos criterios de preferencia o prelación crediticia a favor, respectivamente, de los acreedores y/o legatarios separatistas sobre el caudal relicto y de los acreedores particulares del heredero sobre su propio patrimonio.

LÓPEZ-BARAJAS¹¹¹ afirma, con carácter general, que el ejercicio de la SB no implica una paralización de los efectos de la confusión de patrimonios. Aunque coincido con ella que la *separatio* no supone, como ocurre con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, la subsistencia y, por tanto, separación, de los posibles créditos entre el causante y el heredero, sin embargo, creo conveniente matizar que de los varios efectos que derivan de la *confusio bonorum*, uno de ellos, el de concurrencia de todos los acreedores, los del difunto y del heredero, para el cobro de sus créditos, sobre un mismo y único patrimonio, cuyo titular es el heredero, sí queda, transitoria o temporalmente, paralizado.

En definitiva, lo que sí cabe concluir con la citada romanista es que la separación no ha de concebirse, en caso alguno, como

¹¹⁰ En el mismo sentido, cfr. ROCA-SASTRE, *id.* n. anterior.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 265.

una manifestación de voluntad de rechazar a la persona del heredero, ni como una elección a la que el acreedor del difunto está obligado a realizar entre dos patrimonios. Con la SB lo que se tiende a evitar es la concurrencia entre unos y otros acreedores, pero no a rechazar la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas del causante¹¹² y, por tanto, su posición deudora frente a los acreedores hereditarios. Por todo ello, como observó BIONDI¹¹³, los conceptos de separación material y derecho de prelación de los acreedores separatista no son contradictorios ni incompatibles, pues dicha preferencia es el resultado práctico que se obtiene, precisamente, mediante la separación de ambos patrimonios.

Por último, sobre la regulación de la SB en Derecho justiniano y sus posibles novedades¹¹⁴, basta señalar aquí, con la doctrina, por un lado, que la separación de bienes puede coexistir con la aceptación de la herencia a *beneficium inventarii*¹¹⁵ y, por otro, que ya no está ligada a la *bonorum venditio*, ahora extinguida¹¹⁶.

¹¹² Se produce *ipso iure*, por la aceptación pura y simple de la herencia y, por tanto, no depende de la voluntad del acreedor separatista.

¹¹³ *Diritto ereditario*, cit., p. 370.

¹¹⁴ A lo largo del presente trabajo ya he aludido, en diversas cuestiones, al Derecho justiniano.

¹¹⁵ Cfr. ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2.

¹¹⁶ Para ASTOLFI, *id.* n. anterior, todavía debe acogerse la opinión que en Derecho justiniano la SB no puede ser independiente de un

Por lo demás, se mantiene, sustancialmente, el régimen clásico¹¹⁷.

III. LA REGULACIÓN DEL BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS EN EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: ART. 461-23 ¹¹⁸

procedimiento ejecutivo. Sin embargo, otros autores, como STORTI, *Separazione*, cit., p. 1.456-1.457, consideran que la separación de patrimonios adquiere ahora un carácter autónomo, en el sentido que la demanda de *separatio* ya no queda condicionada a un procedimiento de ejecución forzosa sobre los bienes del heredero.

¹¹⁷ ASTOLFI, *Separazione*, cit., p. 2.

¹¹⁸ El libro cuarto del CCC, relativo a las sucesiones, fue aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio (DOGC núm. 5175, de 17 de julio). Como se afirma en el Preámbulo, apartado I (Principios y sistemática) de dicha ley (traducción al castellano), ésta “siguiendo el plan de codificación del derecho civil catalán trazado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, aprueba el libro cuarto del Código Civil, dedicado al derecho de sucesiones. Pese a lo establecido en el artículo 6 de dicha Ley, no lo hace por medio de modificaciones de adición, supresión o nueva redacción de las normas vigentes, sino de un texto alternativo íntegro, que evita las dificultades inherentes a una refundición posterior.....Como es sabido, el derecho catalán había sido ya codificado en este ámbito, con vocación de completud, por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña. La Ley que ahora se aprueba sigue la huella de este código precedente y conserva sus fundamentos, su diseño institucional básico e, incluso, la redacción de numerosos artículos. Sin embargo, se ha aprovechado la oportunidad que ofrecía la incorporación

Una vez analizada, a grandes rasgos, la SB en el Derecho romano, corresponde ahora tratar, con carácter general, del beneficio de separación de patrimonios (en adelante, BSP) en el libro cuarto del CCC¹¹⁹, con el único fin de reflexionar, a tenor

de su contenido al libro cuarto del Código Civil para actualizar un número significativo de instituciones y preceptos y, en algunas materias, para realizar reformas de una cierta profundidad. Es preciso no olvidar, en este sentido, que, a pesar de que el Código de Sucesiones era un texto relativamente reciente, con dieciséis años de vigencia, una parte sustancial de su articulado procedía de la Compilación de 1960 o del Proyecto de compilación de 1955, cuerpos legales anquilosados por las circunstancias del momento en que se redactaron...

¹¹⁹ El análisis detallado del proceso de recepción de la *separatio bonorum* romana en el Derecho civil catalán, esto es, del devenir histórico de dicha institución desde sus orígenes romanos hasta el CCC, constituye, como ya he apuntado al inicio de este trabajo, el objeto principal de mi próxima publicación. No obstante, considero oportuno anticipar, a modo de síntesis, una serie de consideraciones, de interés, sobre el tema apuntado, así:

1º) La fiel adhesión al texto justiniano fue una característica en la elaboración de la institución en la fase del *Ius commune*, conforme a la doctrina de los autores clásicos, sin que penetrase en Cataluña, como observa ROCA-SASTRE, *El "beneficium separationis"*, cit., pp. 1.162-1.163, la desviación francesa sobre esta figura jurídica, como lo demuestran los antiguos juristas catalanes. Respecto a los precedentes compilados del BSB en la tradición jurídica catalana, observar, con ARROYO, E., *El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català*, *Revista jurídica de Catalunya*, 3 (2000) pp. 646-677, p. 651, n. 15, que los juristas del *Ius commune* destacan

la operatividad del BSP como correctivo de la confusión automática de patrimonios, una vez producida la aceptación pura y simple del heredero. En este sentido, CANCER e, indirectamente, FONTANELLA, citados por ARROYO, *ibidem*.

2º) El BSP no aparece recogido expresamente en el Derecho catalán hasta el Anteproyecto de 1955 (= Proyecto de 1955), cuyo art. 503 rezaba así: (1) “Los acreedores por deudas o cargas hereditarias y los legatarios, podrán obtener del juez competente que el patrimonio hereditario sea separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio si estima necesaria tal salvaguardia, pudiendo adoptar las medidas conducentes para que la misma sea efectiva”. (2) “Los acreedores hereditarios y legatarios que obtengan este beneficio de separación de patrimonios tendrán para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados derecho preferente sobre los acreedores particulares del heredero; pero mientras éstos no queden pagados no podrán aquéllos perseguir bienes privativos del heredero”.

3º) A tenor de lo dicho *supra*, en nota 119, el art. 37 del derogado CS, que regulaba el BSP, es uno de los muchos preceptos que el mencionado Código importó de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (aprobada el 21 de julio de 1969; BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960), de modo directo (art. 264) o a través del Anteproyecto de 1955 (= Proyecto 1955). Pero esta línea continuista no obsta para destacar con ARROYO, *op. cit.*, p. 651, que la proyectada regulación compilada del BSP fue objeto de ciertas vicisitudes en el periodo de 1955-1959, como consecuencia de la revisión del Proyecto de 1955 por la Comisión General de Codificación y de las enmiendas realizadas por los procuradores de las Cortes Generales Españolas al Proyecto de ley aprobado por el Gobierno en 1959. En

del estudio previamente realizado, sobre la impronta romana de dicho beneficio, según su vigente regulación catalana, así como destacar alguna/s novedad/es digna/s de mención.

El lector coincidirá conmigo que en los precedentes compilados del BSP¹²⁰, al igual que en el derogado CS de 1991, resuena el

general, sobre dicha cuestión, vid. por todos, ARROYO, *op. cit.*, pp. 651-659 y bibliografía citada.

4º) El Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (DOGC núm. 456, de 27 de julio de 1984. Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, BOE núm. 107, de 4 de mayo), traslada, íntegramente, el art. 264 de la Compilación catalana de 1960 al nuevo texto refundido de 1984.

5º) El art. 37 del CS de 1991 suprime la referencia expresa, como favorecidos por el BSP, de los acreedores por gastos de última enfermedad, pero, en lo demás, reproduce, fielmente, el contenido del anterior art. 264 CDCC.

¹²⁰ El capítulo III (*Del beneficio de inventario y del de separación de patrimonios*), del título V (*Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada*) de la Compilación catalana de 1960 disponía en su art. 264:

(1) “Los acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad y los legatarios, podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad”. (2) “Los acreedores del causante y

eco, cuando menos, de la idea básica de la *separatio* romana, a la luz de los textos que la regulan, prevaleciendo la opinión de Papiniano sobre la participación de los acreedores separatistas en el residuo patrimonial del heredero y prescindiendo, sin embargo, de todo plazo preclusivo para solicitar tal beneficio¹²¹.

El art. 37 del CS, antecedente inmediato del art. 461-23 del CCC, como ya he apuntado, suprime la referencia expresa, como favorecidos por el BSP, de los acreedores por gastos de última enfermedad, pero, en lo demás, reproduce, fielmente, el contenido del art. 264 del texto refundido de 1984 de la Compilación catalana. Así pues, en el citado precepto del CS se decía:

(1) “Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden obtener del juez competente que el patrimonio

legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados, respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero”.

El texto refundido de 1984 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, como ya se ha indicado, transcribe, íntegramente, el art. 264 de la referida Compilación de 1960.

¹²¹ En este sentido se manifiesta ROCA-SATRE, *El “beneficium separationis”*, cit., p. 1.164, respecto al art. 264 de la Compilación catalana de 1960.

hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, a fin de salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares de este último. El juez, una vez hecho previamente el inventario de la herencia y con la adecuada justificación previa, concede este beneficio y adopta, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad". (2) "Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados, dichos acreedores no podrán perseguir los bienes privativos del heredero".

En el art. 461-23 del CCC, relativo al beneficio de separación de patrimonios¹²², podemos leer:

(1) "Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar del juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante". (2) "Una vez tomado el inventario de la

¹²² Ubicado en el libro cuarto, título 6 (*La adquisición de la herencia*), capítulo primero (*La aceptación y repudiación de la herencia*), sección 4ª.

herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo". (3) "Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero".

La simple lectura del precepto pone de manifiesto que se amplía la legitimación para solicitar el BSP a "los acreedores del heredero", con el objeto de salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante. Esta extensión es, sin duda, la gran novedad que introduce el art. 461-23. 1 *in fine*, ya que, con anterioridad, al igual que en el Derecho romano, estos acreedores no gozaban de dicho beneficio¹²³. Asimismo cabe reseñar, desde un punto de vista procesal, que el nuevo artículo

¹²³ No obstante, el examen de las fuentes romanas revela, como hemos visto, que si bien los acreedores particulares del heredero no podían solicitar, como regla general, la SB, la legitimación activa de éstos, en ciertos casos excepcionales, contemplados en los textos, es objeto de discusión. Al respecto, vid. *supra*, n. 45.

ha precisado que nos hallamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹²⁴.

Al margen de esta novedad o modificación, digna de mención, el art. 461-23. 1 CCC no se aparta del concepto de *separatio* formulado en las fuentes romanas, pues el mismo, por lo que respecta a los acreedores por deudas del causante y legatarios, dispone que éstos pueden solicitar del juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que *el patrimonio*

¹²⁴ La normativa aplicable continúa siendo el libro III de la LEC de 1881, cuya vigencia fue prorrogada hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, mediante la excepción 1ª prevista en el apartado primero de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, que aprobó la nueva LEC. No obstante, considero oportuno destacar que la Exposición de Motivos del fallido Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (121/000019), de 27 de octubre de 2006, en concreto, la alusión a la nueva posición de los Secretarios Judiciales en la materia, lo que se manifiesta en el reconocimiento de competencia para dictar “decretos motivados” en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el Juez de primera instancia. La razón de esta referencia no es otra que subrayar aquí, como se hizo en dicha Exposición, que la utilización del término “decreto” supondría recuperar la denominación de la resolución “*decretum*”, con la que el magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Lo dicho cobra gran relevancia si tenemos presente que, en Roma, el pretor, previa *causa cognitio*, concedía por decreto la SB.

hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. Así pues, este beneficio, al igual que en Derecho romano, tiene como fin proteger a los acreedores del causante y legatarios de un heredero que, teniendo un patrimonio poco saneado, acepta la herencia de forma pura y que, por tanto, en virtud de la confusión patrimonial, pone en peligro sus expectativas de cobro efectivo¹²⁵.

El BSP es propio de la aceptación pura y simple, ya que lo que pretende es separar los dos patrimonios que se han unido como consecuencia de este tipo de aceptación. De ello resulta, como se afirmaba, expresamente, en el inciso final del art. 35. 3 del CS¹²⁶, que existiendo aceptación a beneficio de inventario, el BSP no opera aunque haya sido solicitado, sino que, como ya se admitía respecto al Derecho justinianeo, permanece latente, esto

¹²⁵ Sin embargo, de conformidad con el nuevo precepto catalán, se puede afirmar que la finalidad del BSP es hoy más amplia, ya que persigue salvaguardar el derecho de los acreedores, tanto del causante como del heredero, frente a los efectos perjudiciales de la aceptación pura y simple de la herencia.

¹²⁶ “En previsión que el beneficio de inventario decaiga, éstos (acreedores del causante) pueden, no obstante, hacer valer simultáneamente el beneficio de separación de patrimonios”. Mención que, sin embargo, es silenciada en el nuevo art. 461-20. c, relativo a los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

es, como medida preventiva que se activará, *ipso iure*, si decae aquella¹²⁷.

Están legitimados activamente para solicita el BSP, al igual que en Derecho romano, los acreedores por deudas del causante y

¹²⁷ En este sentido, cfr. MEZQUITA, E., *Comentario al art. 37 CS, AAVV, Comentarios al Código de Sucesiones* (coord. JOU, Ll.), tom. I., Barcelona, 1994, pp. 126-131, p. 126; ARROLLO, *El benefici*, cit., p. 649; y GETE-ALONSO, M^a C., *La protección de los acreedores: el beneficio de separación de patrimonios*, GETE-ALONSO-LLOBET, J.-SOLÉ, J.-YSÁS, M., *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, 2^a ed., tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 298 ss., p. 298.

los legatario. También lo están hoy los acreedores del heredero (art. 461-23.1 CCC)¹²⁸.

Como en Derecho romano, se trata de acreedores del causante cuyas deudas no se extinguen por su muerte, es decir, los que lo eran a su fallecimiento y, por ello, quedan excluidos los acreedores por cargas hereditarias, pues éstas no son débitos del causante, sino de la herencia, que nacen *ex novo*, con ocasión de su apertura para el heredero¹²⁹.

¹²⁸ Así pues, a tenor del art. 461-23. 1 *in fine* CCC, los acreedores del heredero, ante la posibilidad de una herencia pasiva, también pueden obtener el BSP para salvaguardar su derecho frente a los acreedores del causante. En este caso el efecto de la separación no es otro que el derecho de los acreedores del heredero para satisfacer sus créditos con el patrimonio privativo de éste y con preferencia a los acreedores del causante y legatarios. En definitiva, este reconocimiento no sólo es una novedad respecto al derogado art. 37 CS, reivindicada, desde hace tiempo, por gran parte de la doctrina catalana (vid. en este sentido, MEZQUITA, *Comentario al art. 37*, cit., p. 128), sino un gran avance en la historia del Derecho civil catalán. Si se piensa, con lógica, la atribución del derecho a pedir el BSP a los acreedores del heredero era algo que cabía esperar y, en caso alguno, un “privilegio”, ya que hasta entonces dicho acreedores se encontraban, injustificadamente, en una posición inferior a los del causante.

¹²⁹ Como apunta ARROYO, *El benefici*, cit., p. 665, normalmente están vinculadas a las gestión económica de la herencia.

Aunque las deudas por gastos de última enfermedad son contraídas en vida del causante, el art. 461-19 CCC, al igual que el anterior art. 34 CS, no las considera obligaciones de aquél, sino que las cataloga de cargas hereditarias y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el CCC, los acreedores de dichas deudas quedarían excluidos de la referida legitimación activa¹³⁰. No obstante, observa ARROYO respecto al derogado art. 37 CS, que es evidente que tanto los créditos por estos gastos como los derivados de los funerales están vinculados a la persona (o memoria) del causante y, por tanto, pese a que el art.

¹³⁰ Al igual que el art. 37. 1 CC, a diferencia del texto anterior de la Compilación (1984), la nueva redacción del BSP tampoco hace mención expresa de los acreedores por gastos de última enfermedad como beneficiarios con derecho a solicitarlo. En palabras de MEZQUITA, *Comentario al art. 37*, cit., p. 127, esto podría interpretarse como una exclusión expresa, por corrección negativa, respecto del texto de la Compilación. Sin embargo, coincido con el autor que los referidos acreedores lo son del causante, pues se trata de deudas asumidas en vida de éste, a diferencia de las de entierro, incineración o funeral y de las demás cargas hereditarias, y que, por tanto, como acreedores del causante deberían tener derecho a pedir el citado beneficio. En el mismo sentido se pronuncia LLÁCER, M^a R., *Comentari al art. 461-23, AAVV, Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (coord. L. ALASCIO) vol. II, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1.538-1.543, p. 1.541.

Así las cosas, no se entiende que el legislador catalán todavía catalogue de carga hereditaria (vid. art. 461-19 CCC) a los gastos de última enfermedad. A tenor de lo dicho, deben excluirse, sin embargo, todos los demás titulares de derechos por otras cargas hereditarias.

37 CS (hoy, el art. 461-23 CCC), no atribuya legitimación a sus titulares, el art. 1924. B y C del CC permitiría el pago preferente cuando se liquida la herencia en cumplimiento de lo establecido por el art. 461-23 CCC¹³¹.

La vigente legislación catalana mantiene para los legatarios, en concreto, los favorecidos con un legado *per damnationem*, el mismo tratamiento que ya les dispensó el Derecho romano, esto es, su legitimación para solicitar el BSP (art. 461-23. 1 CCC) y su postergación por los acreedores separatistas a la hora de cobrar sus créditos con el caudal relicto¹³². No obstante, cabe matizar, que a diferencia de las fuentes romanas¹³³, este derecho preferente de cobro de los acreedores separatistas sobre la herencia frente a los legatarios, también separatistas, no se menciona, de modo expreso, en el propio art. 461-23 CCC, sino

¹³¹ ARROYO, *El benefici*, cit., pp. 665-666.

¹³² Al igual que en Derecho romano, es indiscutible la legitimación de los legatarios obligacionistas para pedir el BSP y su derecho a obtenerlo, sobre todo, como indica ARROYO, *op. cit.*, p. 666, cuando dichos legados no están especialmente garantizados. Asimismo, tampoco hoy, como en Derecho romano, parece tener mucho sentido que los legatarios favorecidos con un legado *per vindicationem* (con efectos reales) y que, por tanto, adquieren *recta via*, del causante, la propiedad de la cosa legada o el derecho real limitado, puedan solicitar el BSP, pues de hacerlo, coincido con ARROYO, *ibidem*, p. 667, que difícilmente podrán justificar su necesidad.

¹³³ Vid. *supra*, p. 8, n. 42.

que se infiere de otros preceptos del libro cuarto del CCC¹³⁴. En definitiva, se puede concluir que el BSP concede a los legatarios separatistas una preferencia para el percibo de sus legados sobre el caudal relicto frente a los acreedores particulares del heredero, pero, en caso alguno, frente a los acreedores separatistas, cuyo derecho preferente de cobro puede suponer, en su caso, la reducción o la supresión de legados excesivos (vid. art. 427-39.1 CCC)¹³⁵.

También la legitimación pasiva del BSP coincide con la del Derecho romano, pues el heredero es el único legitimado

¹³⁴ Vid. art. 432-2. 1.f; art. 461-21.2 y 3 CCC.

¹³⁵ En este sentido, cfr. LLÁCER, *Comentari al art. 461-23*, cit., p. 1.542. Respecto a esta cuestión considero, de interés, destacar las palabras de ARROYO, *El benefici*, cit., p. 667 (en versión castellana), y que entiendo son aplicables a la actual regulación del BSP en el CCC: "La solicitud y posterior obtención del b.s.p no impide que los legados no lleguen a hacerse efectivos. Éstos, no sólo pueden resultar inoficiosos (el derecho de los legitimarios es preferente al de los legatarios), sino que también pueden ser reducibles por falcidia; o por fraude de acreedores, cuyo derecho es preferente al de los propios legitimarios. Esto último implica tener presente que, aunque la propiedad de los objetos legados con eficacia real pasa directamente al legatario –son bienes que no forman parte de la herencia- su consideración como bienes relictos hace que éstos hayan de constar necesariamente en el inventario y, por tanto, siempre operan como garantía para los acreedores hereditarios separatistas. De otro modo, la preferencia de estos últimos resultaría meramente teórica".

pasivamente y, por ello, no puede solicitar dicho beneficio¹³⁶. El mismo, al igual que en Derecho justiniano, cuenta ya con otro mecanismo específico no sólo para evitar el efecto perjudicial que produce la confusión patrimonial, en el caso de una herencia poco saneada, sino también para salvaguardar los créditos que tenga contra el causante¹³⁷. A lo dicho cabe añadir que el art. 461-23 CCC, en la línea del derogado art. 37 CS, sigue sin reconocer al legitimario el derecho para pedir el BSP¹³⁸.

Respecto al objeto de la separación basta decir que es el caudal relicto (art. 461-23 CCC)¹³⁹, que queda, materialmente, separado

¹³⁶ Al igual que en Derecho romano. Vid. al respecto lo apuntado *supra*, en n. 44.

¹³⁷ Vid. lo afirmado en n. 47.

¹³⁸ Los legitimarios, al igual que los legatarios, son acreedores del heredero *ex causa hereditaria*, pero como señala ARROYO, *El Benefici*, cit., p. 668, la legítima, a diferencia del legado, no es un título: “ser legitimario es sólo una condición o una cualidad personal”. Lo dicho no obsta a que si la legítima ha sido atribuida a título de legado, su legitimación queda ya comprendida en lo dispuesto por el ar. 461-23. 1 CCC. Sin embargo, para ROCA, E., PUIG FERRIOL, Ll. i ROCA, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II. *Dret de successions*, 7ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 620, que interpreta de forma muy amplia la legitimación activa para solicitar el BSP, aunque no sean aludidos en el precepto, también la tienen los legitimarios por ser acreedores de la herencia.

¹³⁹ Lo mismo que en Derecho romano, vid. *supra*, p. 11.

del patrimonio del heredero, con el único fin de proteger el derecho del que ha solicitado el BSP¹⁴⁰.

La separación de patrimonios, al igual que en Derecho romano, no se produce automáticamente¹⁴¹, sino sólo a instancia de parte interesada¹⁴². El procedimiento es siempre judicial, de conformidad con el art. 461-23.1 CCC, que dispone que los interesados “pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria” la separación de patrimonios¹⁴³. Dicho artículo, en el párrafo 2º, continua

¹⁴⁰ Cfr. ROCA, *Instituciones del Dret civil*, cit., p. 620.

¹⁴¹ Como ocurre, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación como sistema automático. A estos efectos, señala ROCA-SASTRE, *El “beneficium separationis”*, cit., p. 1.148, hay que distinguir entre el ordenamiento sucesorio inglés y sus derivados, el mejicano y los demás ordenamientos. En todos ellos, el aislamiento de la herencia se consigue por la propia virtualidad del mecanismo sucesorio. En general, sobre dichos ordenamientos, vid. dicho autor, *op. cit.*, pp. 1.148-1.154.

¹⁴² El Derecho civil catalán opta, como el Derecho romano, por el principio de separación como sistema facultativo, al igual que el sistema francés, el alemán y los respectivos sistemas derivados. Vid. un examen de los mismos, en ROCA, *op. cit.*, pp. 1.139-1.148.

¹⁴³ El Derecho romano se aparta, en época clásica, del procedimiento actual para la concesión de la separación, ya que, como hemos visto, la SB era un incidente de un procedimiento ejecutivo universal contra el heredero, esto es, de una *bonorum venditio* ya iniciada. Sin embargo, se discute, en

diciendo que “una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo”.

Del art. 461-23.2 CCC deriva, en consecuencia, que son presupuestos necesarios para obtener del juez una resolución favorable a la solicitud realizada y, por tanto, la concesión del BSP, los siguientes:

- a) Que se realice un inventario del caudal relicto¹⁴⁴, cuya forma aquí es siempre judicial¹⁴⁵.
- b) Que los interesados presenten una justificación adecuada y previa¹⁴⁶, lo que se traduce: por un lado, para los acreedores y

doctrina, si en época justiniana la *separatio* quedaba o no condicionada a un procedimiento ejecutivo sobre los bienes del heredero (vid. n. 117).

¹⁴⁴ En los textos romanos no se hace referencia expresa a la necesidad de practicar un inventario.

¹⁴⁵ Aunque el art. 461-23.2 CCC nada indica sobre su confección y contenido, comparto con GETE-ALONSO, *La protección de los acreedores*, cit., p. 299, que lo más lógico es pensar que son de aplicación analógica las normas previstas para el beneficio de inventario.

¹⁴⁶ Cabe apuntar que si bien es verdad que el vigente precepto catalán, a diferencia del anterior art. 37. 1 CS, omite la referencia expresa a la “previa adecuada justificación”, ésta se deduce del tenor del citado precepto, al

legatarios, en probar la realidad del crédito/legado, que éste subsiste y que el heredero no garantiza suficientemente el pago, a lo que cabe añadir, a mi entender, el deber de justificar la necesidad del beneficio, es decir, acreditar el riesgo del perjuicio que derivaría para ellos de la confusión patrimonial¹⁴⁷; y por otro, para los acreedores del heredero, en la prueba del crédito no extinguido, así como del riesgo de perjuicio aludido.

Sobre esta última cuestión juzgo de interés destacar que las fuentes romanas no se apartan, en lo esencial, de lo dispuesto por el CCC, pues de ellas se desprende que el pretor, previa *causa cognitio*, concede la separación¹⁴⁸, lo que significa, en definitiva, que el mismo, valoraba las circunstancias concretas del caso y, en particular, la justificación de los interesados (acreedores del causante y/o legatarios) de la necesidad o, cuando menos conveniencia, de obtener la SB.

disponer éste que “el, juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación...”.

¹⁴⁷ En este sentido, con ocasión del art. 37 CS, ya se pronuncia MEZQUITA, *Comentario al art. 37*, cit., p. 129, aunque reconoce la poca claridad del texto en cuanto al alcance de la “justificación”. Cfr. también, LLÁCER, *Comentari al art. 461-23*, cit., p. 1.542.

¹⁴⁸ Sobre los requisitos o presupuestos a que quedaba supeditada la concesión de la SB por el pretor, previa *causa cognitio*, vid. pp. 9-10, con notas.

En lo demás del procedimiento, el juez, como el pretor en Roma, tiene amplio arbitrio para poder adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el BSP y, así, proteger a los acreedores y/o legatarios separatistas. El art. 461-23.2 CCC no concreta las medidas a adoptar, sino que se refiere a ellas de forma genérica, al afirmar que “el juez...concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo”¹⁴⁹.

Hasta que no se acepta la herencia (de forma simple) por el llamado, no se puede solicitar, al igual que en Derecho romano, el BSP. Sin embargo, el art. 461-23 CCC, a diferencia de la regulación justiniana¹⁵⁰, prescinde de establecer un plazo de

¹⁴⁹ La doctrina menciona, entre otras, el nombramiento de un administrador, la exigencia al heredero para que garantice el pago (garantías reales y personales), la anotación preventiva del derecho de los acreedores, si están comprendidos en alguno de los supuestos del art. 42 LH, la anotación preventiva del procedimiento en el Registro de la propiedad, el depósito de bienes y la correspondiente prohibición de disponer del heredero...etc

¹⁵⁰ El plazo de 5 años, a contar desde la adición, para solicitar la *separatio* (D. 42, 6, 1, 13), según opinión mayoritaria, como ya he dicho, sería justiniano y, por tanto, en Derecho clásico, sólo debió exigirse que no hubiera pasado mucho tiempo desde la aceptación. Sobre el referido plazo de 5 años, vid. *supra*, n. 55.

caducidad para pedir dicho beneficio¹⁵¹, por lo que cabe entender, con GETE-ALONSO¹⁵², que se aplica la prescripción decenal prevista para cualquier tipo de acción sin plazo señalado (art. 121-20 CCC), que no puede confundirse con el plazo que corresponda a cada crédito en concreto. Parece lógico pensar que los acreedores interesados en obtener el BSP (cualquiera que sea su deudor, el causante o el heredero) y, por tanto, su efectividad, esto es, la separación material de ambos patrimonios para salvaguardar su derecho preferente de cobro, lo solicitarán lo antes posible, ya que cuanto más tiempo transcurra desde la aceptación de la herencia más posibilidades hay que los bienes desaparezcan (por enajenación o dación en pago) y, en suma, que la petición devenga inútil¹⁵³. Lo dicho cobra pleno sentido en la SB del Derecho romano clásico (a favor de los acreedores del causante y legatarios), pues como vimos, a tenor de los textos, la *separatio* no tendrá lugar si se hubieran confundido y mezclado los bienes relictos y del

¹⁵¹ El anterior art. 37 CS tampoco fijaba plazo alguno y, según ARROYO, *El benefici*, cit., p. 669, todo parece indicar que era una omisión deliberada (vid., p. 669, n. 75). La fijación de un término, como observa la autora, es innecesaria si se tiene en cuenta que, por la propia naturaleza de las cosas, la petición del BSP no es operativa siempre y en cualquier momento que se interponga.

¹⁵² *La protección de los acreedores*, cit., p. 299.

¹⁵³ En estos términos ya se pronunció ARROYO, *op. cit.*, n. 151, respecto al art. 37 CS.

heredero (lo que podía ocurrir en el caso de cosas fungibles), o si éste hubiera enajenado, de buena fe, la totalidad de la herencia, situaciones que pueden darse, con mayor probabilidad, cuanto más tiempo se deje transcurrir desde la aceptación de la herencia y la solicitud de la separación.

Otra cuestión a destacar y que, a juicio de ARROYO¹⁵⁴, no es de fácil solución, es la de si el BSP, en el caso que lo pidan los acreedores del causante y/o legatarios, presupone la insolvencia del heredero¹⁵⁵, o bien la simple probabilidad de impago a dichos acreedores “sobrevenidos” que, en principio, carecen de preferencia frente a los acreedores particulares del heredero¹⁵⁶.

¹⁵⁴ *El benefici*, cit., p. 662, sin olvidar que la autora se refiere al derogado art. 37 CS.

¹⁵⁵ De ser así, ARROYO, *id.* n. anterior, distingue tres posibilidades: la exigencia de una situación de insolvencia técnica (pasivo exigible superior al activo realizable); simplemente fáctica; o judicialmente declarada (vid. bibliografía citada).

¹⁵⁶ Postura sostenida por ROCA-SASTRE, *El “beneficium separationis”*, cit., p. 1.121, como hemos visto, también para el Derecho romano. Hoy la doctrina catalana se manifiesta sobre dicha cuestión en términos poco comprometidos (al respecto, vid. ARROYO, *El benefici*, cit., p. 663, n. 58).

Por otra parte, no debe olvidarse que, a tenor de la actual legitimación activa de los acreedores del heredero para solicitar el BSP, la misma cuestión cabe plantearse respecto a la situación económica del heredero, a efectos de pedir sus acreedores personales el citado beneficio.

Sobre este tema, históricamente debatido, cabe señalar que el actual art. 461-23 CCC no exige, de manera explícita, como requisito necesario para solicitar el beneficio por los acreedores del causante y/o legatarios, la situación de concurso del heredero ni, como se ha postulado aquí respecto al Derecho romano¹⁵⁷, su insolvencia.

En relación a la cuestión planteada coincido con lo argumentado por ARROYO con ocasión del anterior art. 37 CS y, además, considero que es perfectamente trasladable al art. 461-23 CCC, ya que éste (como el art. 37. 1 CS), sólo contempla la situación de un heredero con deudores particulares, sin exigir a los acreedores del causante y legatarios la prueba de su crisis económica o de la insuficiencia de su patrimonio. Pero que no se exija esto, como indica la autora, puede significar dos cosas: o bien, que dicha prueba, (por ejemplo, presentar balance de sus cuentas, un inventario de su situación patrimonial, acreditación de la existencia de embargos por ejecuciones pendientes...etc.), sería presupuesto necesario de un procedimiento concursal previo contra el heredero, que comprendería, por tanto, la *separatio*¹⁵⁸; o bien, que estos datos

¹⁵⁷ Vid. *supra*, pp. 10-11.

¹⁵⁸ Lo que recordaría al Derecho romano clásico, al margen de las diferencias procesales, en el que la SB, como se ha dicho, era un incidente

sobre la referida crisis económica o insuficiencia del patrimonio del heredero son los que los acreedores del causante y/o legatarios deberían aportar con la presentación de la demanda de solicitud del BSP, según lo dispuesto por el art. 461-23. 2 CCC (“con la motivación adecuada” = art. 37. 2 CS: “previa adecuada justificación”), que es la que, de obtenerse, activaría un procedimiento ejecutivo y liquidatorio contra el heredero¹⁵⁹. Al respecto, creo interesante señalar, con ARROYO,¹⁶⁰ que la hipótesis según la que la separación de patrimonios puede formar parte de un procedimiento concursal, ya iniciado contra el heredero, antes de la aceptación, es viable, pues dicho procedimiento es uno de los mecanismos que permiten a los acreedores del difunto y/o legatarios comprobar, precisamente, la existencia de créditos personales del heredero y, a su vez, en qué medida la concurrencia en el cobro les perjudica¹⁶¹. No

del procedimiento ejecutivo patrimonial, esto es, de una *bonorum venditio*, ya iniciada, contra el heredero.

¹⁵⁹ ARROYO, *El benefici*, cit., p. 663.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, p. 664.

¹⁶¹ Aunque ARROYO, *El benefici*, cit., p. 664, reconoce que el art. 150.2 LEC (2000) conduciría al mismo resultado y, por tanto, que para saber quiénes y cuántos son los acreedores particulares del heredero, no parece requisito indispensable que exista una previa ejecución universal contra el heredero; sin embargo, considera que todo parece indicar que éste es, precisamente, el caso que contempla el art. 37.2 *in fine* CS, puesto que la frase “pero mientras estos últimos no resulten pagados <acreedores particulares del heredero>, dichos acreedores <los hereditarios> no pueden perseguir los

obstante, esta declaración del heredero en concurso, como concluye la citada civilista, no ha de presuponer, necesariamente, una situación de insolvencia “técnica”¹⁶².

El punto que cierra este trabajo es el de los efectos del BSP que, como hemos visto, en Derecho romano plantea no pocos problemas. Mi única intención, en esta sede, es la de destacar, a modo de síntesis, las principales ideas, en virtud del nuevo precepto catalán, pero centrando la atención tan sólo en los acreedores del causante y/o legatarios que lo obtienen¹⁶³.

El efecto definitorio del BSP, de conformidad con su finalidad, no es otro que la separación (material) de ambos patrimonios y, en consecuencia, el establecimiento de un derecho preferente de cobro en favor de los acreedores y/o legatarios separatistas sobre el caudal relicto (art. 463-23.3 CCC). Así pues, con dicho

bienes privativos del heredero” (= art. 461-23.3 CCC), da a entender que la ejecución patrimonial del heredero, por sus acreedores personales, es un requisito para poder dirigirse después, a mi modo de ver, sólo los acreedores del causante, contra el posible remanente de su patrimonio privativo. Así las cosas, concluye ARROYO, parece que contra el heredero, ya existe un procedimiento concursal iniciado, del que la separación sería “incidente y pieza separada”.

¹⁶² ARROYO, *ibidem*, p. 664. Vid. argumentación esgrimida.

¹⁶³ Hoy, vuelvo a reiterar, a tenor del art. 461-23. 1 *in fine* CCC, también pueden pedir la separación de patrimonios los acreedores personales del heredero.

beneficio se evita, temporalmente, la confusión patrimonial que produce la aceptación pura y simple de la herencia en todo lo que pudiera perjudicar a los acreedores del causante y/o legatarios que lo obtuvieron¹⁶⁴.

Al igual que en Derecho romano el citado efecto, aunque no es general, sí es unitario, en el sentido que la separación existe, con independencia del número de acreedores del causante y/o legatarios que la hayan pedido, pero sólo favorece a aquéllos que, efectivamente, la obtuvieron (art. 423-23.3CCC)¹⁶⁵.

Nadie discute hoy que el BSP no persigue limitar la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por obligaciones del causante (art. 461-18 CCC), sino asegurar a los acreedores y/o legatarios separatistas su derecho preferente de cobro. La garantía que se logra con el citado beneficio es, por tanto, la preferencia de aquéllos para cobrar con bienes

¹⁶⁴ Lo mismo cabe afirmar respecto a los acreedores del heredero (art. 461-23.1 *in fine*).

¹⁶⁵ “Los acreedores del causante y legatarios que *obtengan* el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero...”

relictos¹⁶⁶, esto es, con exclusión de los acreedores del heredero (art. 461-23. 3)¹⁶⁷.

Después de los mencionados acreedores del causante, que, como ya he apuntado, siempre tienen un derecho preferente de cobro sobre el caudal relicto, los legatarios separatistas tienen el mismo derecho frente a los acreedores del heredero, esto es, a satisfacer sus legados con bienes hereditarios¹⁶⁸.

¹⁶⁶ En el caso que sean acreedores particulares del heredero los que obtienen la separación, también adquieren un derecho preferente de cobro sobre los bienes del heredero frente a los acreedores del causante y/o legatarios

¹⁶⁷ Sobre la relación entre los acreedores separatistas y los acreedores no separatistas, una de las cuestiones más polémicas que suscita el actual estudio del BSP, vid. por todos, ARROYO, *El benefici*, cit., pp. 674-676 y bibliografía recogida. Asimismo sobre la relación entre los legatarios separatistas y los legatarios y acreedores no separatistas, vid. la misma autora, *ibidem*, pp. 676-677 y bibliografía.

¹⁶⁸ No obstante, como observa, entre otros, ROCA, *Institucions del Dret civil*, cit., p. 622, debe tenerse en cuenta la limitación del art. 427-39 CCC respecto a la responsabilidad del heredero por el pago de legados excesivos.

Lo dicho hasta aquí no impide, según el 461-23. 3 CCC¹⁶⁹, que si el patrimonio hereditario resulta insuficiente para el referido cobro, los acreedores del causante que obtuvieron la separación y <¿los legatarios separatistas?> puedan perseguir los bienes privativos del heredero, pero siempre y cuando los acreedores particulares de éste ya hayan sido pagados¹⁷⁰. Así pues, de esta afirmación del citado precepto deriva, como con acierto apuntó MEZQUITA respecto al anterior art. 37. 2 *in fine* CS, en primer lugar, la confirmación de que el BSP no modifica el sistema de responsabilidad *ultra vires* del heredero; y en segundo lugar, que los acreedores del causante que no solicitaron dicho beneficio no se ven afectados por esa restricción, ya que si se entiende que la separación de patrimonios no les favorece es justo, como ocurría en Derecho romano, que tampoco les perjudique, de modo que concurrirán con los acreedores del heredero para el cobro de sus créditos¹⁷¹.

En definitiva, el legislador catalán, de conformidad con la naturaleza y finalidad del BSP, opta por la solución de

¹⁶⁹ "...pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero".

¹⁷⁰ En virtud del art. 461-23. 3 *in fine*: "...Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero"

¹⁷¹ MEZQUITA, *Comentario al art. 37*, cit., p. 130.

Papiniano respecto a la participación de los acreedores separatistas en el residuo patrimonial del heredero¹⁷² <¿también de los legatarios separatistas, según el art. 461-23.3 CCC?> y, en consecuencia, por la correlativa preferencia de los acreedores del heredero para cobrar sus créditos con los bienes de éste¹⁷³.

Por otra parte, considero oportuno señalar que aunque el actual art. 461-23 CCC no alude, de manera expresa, como sí lo hacen los textos romanos, al derecho de los acreedores del heredero para cobrar sus créditos con el remanente hereditario, es decir, con lo que sobra una vez satisfechos los acreedores y/o legatarios separatistas, esto no significa, a mi modo de ver, que carezcan de tal posibilidad, ya que, pagados aquellos que obtuvieron la separación de patrimonios, ésta se extingue y, por tanto, deja de producir efectos¹⁷⁴.

¹⁷² Ésta solución ya se encuentra en los precedentes compilados del BSP (art. 503 del Proyecto de 1955; art. 264 de la Compilación catalana de 1969 y art. 264 del texto refundido de 1984 de la Compilación) y en el art. 37.2 CS.

¹⁷³ Es el denominado por MEZQUITA, *op. cit.*, p. 130, “efecto bidireccional” del BSP, pues mientras no resulten pagados los acreedores del heredero, no podrán perseguir los acreedores separatistas los bienes privativos de aquél.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, cfr. MEZQUITA, *Comentario al art. 37*, cit., p. 130 y ROCA, *Institucions del Dret civil*, cit., p. 622.

No quiero finalizar este trabajo sin manifestar, cuando menos, mi sorpresa por la referencia expresa del nuevo art. 461-23.3 CCC a “los legatarios separatistas”, junto a los acreedores del causante que obtuvieron la separación, a los efectos de poder dirigirse contra el residuo patrimonial del heredero¹⁷⁵.

Al margen de los problemas que pueda plantear en doctrina la responsabilidad del heredero por legados *per damnationem* (esto es, de efectos obligacionales)¹⁷⁶ y, sin pretender ahondar ahora en los mismos, lo que sí cabe afirmar, de conformidad con la vigente regulación catalana en materia sucesoria, es que el heredero que acepta una herencia de forma pura y simple sólo responde *ultra vires hereditatis* de las deudas del causante (contraídas en vida de éste) y de las cargas hereditarias (art. 461-18 CCC¹⁷⁷ = art. 34. 1CS)¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Art. 461-23.3 CCC: “...pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los *legatarios* no pueden perseguir los bienes privativos del heredero...”

¹⁷⁶ ROCA-SASTRE, *El “beneficium separationis”*, cit., p. 1.131, ya apuntó la discusión sobre la misma (vid. *supra*, n. 80).

¹⁷⁷ “Por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no sólo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente”.

¹⁷⁸ Como ya ocurría en Derecho romano.

De admitirse, como a mi juicio debe hacerse¹⁷⁹, que los legados, en concreto, los obligacionales, no pueden catalogarse de “deudas del causante”, ya que los favorecidos con ellos, son acreedores del heredero *ex causa hereditaria*, pero no del causante, ni tampoco de “cargas hereditarias”, puesto que no son mencionados en el precepto que las enumera¹⁸⁰; habrá que concluir que el heredero responde de los mismos *intra vires hereditatis*, esto es, hasta el valor de los bienes hereditarios¹⁸¹.

Lo dicho hasta aquí, bien pudiera parecer una obviedad, de no ser por la redacción del nuevo art. 461-23. 3 CCC, que, al añadir, a diferencia del art. 37. 2, la mención explícita de los legatarios separatistas en aras a su participación en el residuo patrimonial del heredero¹⁸², entra en contradicción, a mi entender, con lo

¹⁷⁹ En el mismo sentido, cfr. entre otros, MEZQUITA, *Comentario al art. 37*, cit., p. 130 y ARROYO, *El benefici* cit., p. 31.

¹⁸⁰ Vid. art. 461-19 CCC.

¹⁸¹ La garantía, como observa ARROYO, *op. cit.*, pp. 31-32, con ocasión del art. 273. 1 CS (hoy = art. 427-39.1 CCC), es *pro viribus hereditatis*, esto es, que quedan vinculados a su cumplimiento, indistintamente, los bienes privativos del heredero y los de la herencia, pero sólo hasta el valor de estos últimos.

¹⁸² Coincido con MEQUITA, *id.* n. 179, que la afirmación final del derogado art. 37.2 CS (“los acreedores del causante y los legatarios,...pero mientras estos últimos <acreedores particulares del heredero> no resulten pagados, dichos acreedores no pueden perseguir los bienes privativos del heredero”), nos recuerda que la responsabilidad *ultra vires* del heredero no

establecido en otros preceptos del CCC¹⁸³ y, por tanto, con el principio en virtud de cual el heredero responde de los legados *intra vires hereditatis* (hasta el valor de los bienes de la herencia)¹⁸⁴, en último término, con el alcance o extensión de la responsabilidad *ultra vires* del heredero, según la vigente regulación catalana que, como la anterior, también sigue en este aspecto al Derecho romano.

En definitiva, admitir, como hace el art. 461-23 CCC, que los legatarios separatistas, que no logran percibir, íntegramente sus legados con el caudal relicto, tienen también derecho a dirigirse, una vez pagados los acreedores particulares del heredero, contra los bienes privativos de éste, es reconocer, que en el caso del BSP, quiebra el principio de la responsabilidad *ultra vires* del heredero sólo por deudas del causante y cargas hereditarias.

alcanza a los legados, pues no se dice que los legatarios puedan perseguir los bienes del heredero después de pagados los acreedores de éste. En contra, vid. ARROYO, *El benefici cit.*, p. 32.

¹⁸³ Así, el art. 427-39. 1 CCC, relativo a la reducción o supresión de legados excesivos, dispone: "Si el valor de los legados excede de lo que la persona gravada obtiene por causa de muerte, ésta los puede reducir o suprimir, salvo que los cumpla íntegramente a sabiendas de que son excesivos". Vid. también el art. 427-40 CCC, sobre el derecho a la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima.

¹⁸⁴ En la misma línea se manifiesta, LLOBET, J., AAVV, *Derecho de sucesiones vigente*, cit., p. 158.

Por último¹⁸⁵, tan sólo decir que la doctrina catalana, en general, no ha destacado la, a mi juicio, referida contradicción en que incurre el legislador catalán, en atención al tenor del citado precepto¹⁸⁶, tal vez, porque, a su entender, la misma no se produce.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, E., *El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català*, *Revista jurídica de Catalunya*, 3 (2000) pp. 646-677.

ASTOLFI, R., v. *Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (Diritto romano)*, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino (= NNDI), XVII (1970) pp. 1-2.

BAVIERA, *Storia e teoria della separatio bonorum*, *Studi e Documenti di Storia e Diritto* (= SDSD), 20 (1899) pp. 4 ss; *Il commodum separationis nel Diritto moderno*, Bologna, 1901.

¹⁸⁵ Esta relevante cuestión será objeto de un amplio análisis en mi próxima publicación, partiendo de lo establecido en los textos romanos sobre la responsabilidad del heredero por los legados, para examinar después su regulación en el Derecho civil catalán.

¹⁸⁶ En este sentido, cfr., entre otros, ROCA, *Institucions del Dret civil*, cit., p.622; y LLÁCER, *Comentari al art. 461-23*, cit., p. 1.541.

BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milano, 1954.

BONFANTE, P., *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile, Scritti giuridici varii, I, Famiglia e successione*, Torino, 1916, pp. 569 ss; *Corso di Diritto romano, Le successioni. Parte Generale*, vol. VI, Milano, 1974 (reimpr. de la 1ª ed., Roma, 1930), pp. 439 y ss.

DOMÍNGUEZ, P., *Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña (capítulo 3º)*, AAVV, *El Derecho romano en la universidad del s. XXI. Catorce siglos de historia y tradición*, Valencia, 2005, (coord. R. PANERO), pp. 249-306; *Constitutio Scimus: el heredero después de la confección del inventario*, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9 (2005) pp. 211-235.

FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Napoli, 1900.

FERRINI, C., "Nuovi appunti sulla separatio bonorum", *BIDR*, 13 (1900) pp. 32 ss (= *Opere*, IV, Milano, 1930, pp. 183 ss).

FUNAIOLI, C., *Sulla separazione dei beni ereditari, Studi Senesi*, 61 (1949) pp. 130-352.

GETE-ALONSO, M^o C., *La protección de los acreedores: el beneficio de separación de patrimonios*, AAVV, *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, 2^a ed., tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 298 ss.

GIUNTI, P., *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, 1993.

GUARINO, A., *Il beneficium separationis dell'heres necessarius*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanis. Abt.*, Weimar = (SZ), 60 (1940) pp. 185 y ss; *Gaio 2, 155 e il beneficium dell'heres necessarius*, *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma (= SDHI), 10 (1940) pp. 240 ss.

HIRRIZUELO, G., recens. LÓPEZ-BARAJAS, *Separatio bonorum*, Granada, 1995, *Rev. de Estudios histórico-jurídicos*, 22 (2000) pp. 1-2.

LÓPEZ-BARAJAS, M^a R., *Separatio bonorum*, Granada, 1995.

LUNA, A., *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil catalán*, *Estudios jurídicos in Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, vol. II., Salamanca, 2002, pp. 643-655.

LLÁCER, M^a R., *Comentari al art. 461-23*, AAVV, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (coord. L. ALASCIO), vol. II, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1.538-1.543.

MELUCI, P., *Trattato della separazione del patrimonio del difunto da quello dell'erede secondo il codice civile italiano*, Torino, 1874.

MEZQUITA, E., *Comentario al art. 37 CS, AAVV, Comentarios al Código de Sucesiones*, tom. I., Barcelona, 1994 (coord. Ll. JOU), pp. 126-131.

MILANI, A., *Della separatio bonorum. Note ed osservazioni*, SDSD (1904) pp. 6 ss (ed. facsímil de dicho trabajo, Roma, 1971).

PUIG FERRIOL, Ll., i ROCA, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. II. *Dret de successions*, 7^a ed., tirant lo blanch, Valencia, 2009.

ROCA, E., *La supervivència de les institucions romanes en el Dret Civil de Catalunya*, Actes del I Simposi jurídic. Principat d'Andorra/República de San Marino, El "Ius Commune" com a dret vigent: l'experiència judicial d'Andorra i San Marino, vol. III, Andorra, 1994, pp. 735-754.

ROCA-SASTRE, R., *El "beneficium separationis" y los actuales sistemas de separación sucesoria*, Anuario de Derecho Civil, 13 (1960) pp. 1117-1169 (= *El "beneficium separationis" en los actuales sistemas de Derecho comparado*, Estudios sobre sucesiones, tom. I, Madrid, 1981, pp. 316-374).

ROTONDI, G., *“Una nuova hipótesi in materia di bonorum venditio”*, *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1922, pp. 3 ss.

SOLAZZI, S., *Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'herede*, *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, Milano (= BIDR), 11 (1898) pp. 248-264; *Ancora sul diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'herede*, *BIDR*, 13 (1900) pp. 247 ss; *Il concorso dei creditori nel Diritto romano*, IV, Napoli, 1942, pp. 70 y ss.

STORTI, C., v. *Separazione dei beni del difunto (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano (= ED), XLI (1989) pp. 1445-1472.

TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bologna, 1917.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, II (parte speciale), Milano, 1963.