

## 2. DERECHO SUCESORIO

### 2.1. La muerte.

La muerte de una persona trae como consecuencia que los derechos que tenía en calidad de marido, de padre o de tutor, así como sus derechos políticos, se extingan definitivamente, sin que sea posible que haya transmisión de ellos a otra persona. Sin embargo, otro tipo de derechos como el de propiedad o los personales, no siguen el mismo destino de aquellos, sino por el contrario, sobreviven al difunto y titular de ellos, ya que se traspasan a otros individuos que son denominados sucesores.

En el Derecho Romano disponía, que si moría una persona era necesario darle un continuador, que se le denominó “heredero”. Este ocupaba el lugar del difunto quedando dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas del difunto, como si las hubiese contraído en lo personal.

Las normas sucesorias están relacionadas con el derecho de familia, pero ello no las hace pertenecer a esta rama del Derecho, puesto que no es un requisito que los herederos, legatarios o fideicomisarios sean necesariamente parientes del difunto.

El Derecho Romano ofrecía tres tipos de sucesiones:

- a) La débil, era la llamada sucesión *legítima*.
- b) *La testamentaria*, tenía más fuerza que la legítima, ya que ésta última quedaba sin efecto cuando aparecía alguna de las diferentes clases de testamento.
- c) La oficiosa.

Como principio básico en materia de sucesiones estaba el siguiente:

“(…) para cada sucesión, una sola vía.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; p. 455. Se presentaba cuando las hijas o los nietos eran desheredados mediante una fórmula global, sin mencionarlos individualmente, y en caso de silenciar esta categoría de descendientes, el testamento no era nulo, sino que las personas “preteridas” recibían determinada porción de la sucesión, para lo cual se hacía una corrección preestablecida por la ley dentro del marco general del testamento.

Sin embargo, poco a poco se fueron permitiendo excepciones a este principio. Primero, se autorizó al soldado que hiciera un testamento sólo por una parte de su patrimonio, quedando el resto sujeto a la sucesión legítima. Otra excepción se presentaba, cuando el pretor anulaba el testamento a causa de “preterición”, de todos modos se conservaban en vigor algunas disposiciones del testamento como los legados a favor de la viuda y desheredaciones, mientras que por lo demás se repartía la sucesión en la vía legítima.

La vía oficiosa y testamentaria, no se excluían recíprocamente. Es verdad que la querrela “inofficiosi testamenti”, anulaba el testamento, de manera que la sucesión se repartía por la vía legítima, pero la “actio ad supplendam legitiman”, creación del Derecho postclásico, se limitaba a corregir algunas injusticias cometidas por el testador, permitiendo que las demás disposiciones testamentarias conservaran su validez.

De todo lo expresado al momento, el Derecho sucesorio en Roma se encargaba de regular las consecuencias que se producen con la muerte, entre otras, la designación de los herederos, la transmisión del patrimonio y la manera en que ésta puede hacerse.

## **2.2. Definición de herencia.**

Como se ha dicho, los herederos pasan a ocupar el lugar del autor de la sucesión y fallecido, o lo que es lo mismo, sucede en su situación jurídica a la persona muerta. La sucesión mortis causa se define como la transmisión a uno o varios herederos, de un patrimonio perteneciente a un difunto. A este último se le conoció en Roma con el nombre de “de cuius”.

La herencia es:

“(…) una transmisión universal, porque el heredero no recibe cosas particulares sino la totalidad del patrimonio o una cuota de éste; por ello, debía responder de las deudas de la misma manera que respondía su antecesor.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> MARINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Derecho Romano; 4º edición; 12º reimpresión; México; 2005; p. 210.

Otra noción de herencia es la siguiente:

“(...) El patrimonio recogido por el heredero (...)”<sup>31</sup>

Por cuanto al significado de la palabra heredero, hay que decir que:

“La palabra heres, heredero, viene de herus, amo.-l& 7, de hered, qual.,II,19:...Veteres enim heredes pro dominus appellabant.- Ad. Festo, V.º Heres.- Al heredero se le llama también sucesor, porque está colocado en lugar del difunto. (...)”<sup>32</sup>

El jurisconsulto Gayo daba a la sucesión la categoría de “cosa incorpórea”. La sucesión en general viene a satisfacer un triple interés:

- a) El interés del difunto. En ausencia del heredero, los acreedores se posesionaban de los bienes de la sucesión, vendiéndolos después en bloque y esta “bonorum venditio” manchaba de infamia la memoria del difunto.
- b) El interés de los acreedores. Estos adquieren en la persona del heredero un nuevo deudor, quien debe de pagar todas las deudas.
- c) El interés religioso. Cuando un paterfamilias moría era sumamente importante que su “sacra privata” continuase.

### **2.3. Posesión de bienes sin testamento.**

El tema tiene íntima relación con la llamada “bonorum possessio” que es una sucesión de tipo pretoriano del conjunto del patrimonio del difunto. Es un derecho más de hecho, que no implica el hecho mismo de la posesión. Pueden ser “bonorum possessor, los herederos antes de poseer la sucesión, y aún sin que éste última contenga algún bien.

---

<sup>31</sup> PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 512.

<sup>32</sup> Ibídem; p. 511.

El "bonorum possessor no es un heredero, sino un "loco heredis", que tiene una situación análoga al heredero. Si alguna vez los terceros pretende ser herederos, o no teniendo ningún título se ha puesto en posesión de las cosas corporales de la sucesión, el "bonorum possessio tiene contra ello, no la "petitio hereditatis", que sólo pertenece al heredero, si no que la defensa que posee es el interdicto "quórum bonorum", que hace posible que les quite la posesión a aquellos.

Este tipo de interdicto da la posibilidad de obtener cosas hereditarias a título de propietario; las tiene "in bonis" y puede adquirirlas por "usucapión" empezada des el día de su entrada en posesión. Obtiene también una verdadera acción, que es la "petitio hereditatis" extendida fuera de su dominio civil, y llamada "possessoria hereditatis petitio.

En cuanto a las acciones contra los deudores de la sucesión, no pasan directamente al "bonorum possessor, por no ser heredero. Pero el Pretor le permite ejercitarlas modificando la fórmula y dando al demandante ficticiamente la calidad que le falta.

Otro tema que se relaciona con este punto es el de la herencia yacente, que se actualiza cuando entre la muerte del testador y el momento en que el heredero acepta la sucesión hay un intervalo durante el cual la herencia queda sin dueño. Todas las cosas propiedad del difunto quedaban momentáneamente sin dueño, aunque poseídas, esto fue solucionado ficticiamente al considerar al fallecido como sobreviviente y estaba representado por la herencia que sostenía su personalidad.

#### **2.4. Sucesión legítima.**

Tiene lugar cuando no había testamento o cuando lo hubiere el testamento era nulo; también, cuando el heredero testamentario no quisiera o no pudiera aceptar la herencia, como en el caso de que hubiera muerto antes que el testador. La Ley de las Doce Tablas es el cuerpo de normas que reconoce la existencia de este

tipo de sucesión, siendo modificada con posterioridad por el Derecho Pretoriano y por el Derecho Imperial y el de Justiniano.<sup>33</sup>

La sucesión legítima en el Derecho Romano antiguo se realizaba de la manera siguiente:

a) El orden en que heredan es el siguiente:

Primero los “heredes sui”, o sea los descendientes del “de cuius” que tuvieran bajo su potestad al momento de su muerte, incluyendo aquí a los póstumos; es decir, a los sui nacidos después de muerto el causante; la mujer de difunto, que hubiere entrado a su familia por una “conventio in manu”, ocupaban el lugar de una hija (loco filiae), la nuera in manu, el de nieta (loco neptis).

Entre los herederos del mismo grado la división del patrimonio se hacía por cabezas y, en cuanto a los de grado diferente, se repartía primero por stirpes y dentro de cada stirpe por cabezas.

La sucesión legítima en el derecho honorario, “bonorum possessio sine tabulis” o “ab intestato”. En el caso de la sucesión legítima ordenada por el pretor se llamaba a los siguientes herederos en el orden siguiente:

En primer lugar heredan los “liberi”, o sea los descendientes del difunto; tanto los “sui” como los que lo hubieran sido de no haber salido de la familia, y siempre que no estuvieran bajo la potestad de otro; de esta manera quedaban incluidos también los emancipados.

Como la concurrencia de los emancipados generaba en ocasiones situaciones injusticias para los “heredes sui” que no podían tener un patrimonio propio, el Derecho Honorario creó una institución especial, la “collatio bonorum” o colación de bienes, por medio de la cual, el emancipado que concurriera a la herencia del “pater” debía aportar a la sucesión una parte de propio patrimonio para compensar al “sus”.

En segundo lugar, el pretor llamaba a los “legítimi”, que eran los agnados del segundo orden de las Doce Tablas. En tercer lugar se llamaba a los cognados y, en cuarto lugar, al cónyuge superviviente.

---

<sup>33</sup> Véase; MARINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; ob. cit.; pp. 211 a 214. Este tema fue sacado de esta fuente bibliográfica.

La sucesión legítima en el Derecho Romano Imperial continuó con la tendencia del Derecho Honorario, al incluir a los cognados, tomando en cuenta el parentesco de sangre, que no tuvo mayor relevancia en el antiguo derecho civil. El Senadoconsulto Tertuliano le otorgó derechos a la madre en la sucesión de los hijos, y el Senadoconsulto Orfiliano esta misma facultad a los hijos en relación con la sucesión de la madre.

La Constitución Valentiniana admitió la concurrencia de los nietos nacidos de una hija premuerta, y la Constitución Anastasiana llamaba a las hermanas y hermanos emancipados a la sucesión de un hermano fallecido.

La sucesión legítima en el Derecho Justiniano estuvo regulada en la Novellae 118 y 127, sustituyendo en forma definitiva a la agnación por la cognación, equiparando en este aspecto a hombre y mujeres, al tomar en cuenta el parentesco por ambas líneas.

Se establecieron 4 órdenes de herederos:

- a) En primer lugar, los descendientes.
- b) En su defecto, se llamaba al padre, a la madre, a los demás ascendientes o a los hermanos carnales.
- c) En tercer lugar, suceden los medios hermanos y, por último los demás colaterales.
- d) A falta de familiares heredaban la viuda o el viudo siempre que no hubiera divorcio.
- e) Los hijos naturales y la concubina se le concedía la sexta parte de la herencia, a condición de que no hubiera viuda ni descendientes legítimos, en cuyo caso, sólo tenían derecho a la pensión alimenticia.

### ***2.5. Protección jurídica del heredero.***

El Derecho Romano proveía al heredero de una acción real, que fue denominada “hereditatis petitio”, para pedir que se le reconociera como heredero o se le entrará la herencia. Esta acción se ejercita contra cualquier persona que dijera que tenía

el título de heredero, o bien poseyera todos o algunos de los bienes que formaban parte del patrimonio del difunto.

El heredero pretorio, o sea, la persona que había obtenido el “honorum possessio” contaba con un interdicto, el “interdictum quorum bonorum”<sup>34</sup> para pedir la herencia. En el tema siguiente se detallaran las acciones que posee el heredero para protegerlo en contra de actos que afecten a su posición.

## **2.6. Legados.**

El legado es:

“(…) una liberalidad a cargo de la herencia dispuesta en el testamento a favor de una persona determinada, el legatario, concediéndole ciertas cosas o derechos.”<sup>35</sup>

El legatario podía estar sujeto a modo, condición o término. Para poder conocer lo que es un legatario, ayudaría mucho compararlo con lo que es el heredero, por ello lo siguientes:

- Una diferencia entre heredero y legatario es que el primero era designado por vía testamentaria y por vía legítima, en cambio, el segundo sólo se podía designar por testamento o codicilo confirmado.
- El heredero recibía los bienes a título universal o sea toda la herencia o una cuota de la misma, por lo que se hace responsable de las deudas. En cambio, el legatario recibía a título particular y no respondía de los gravámenes.
- Un punto de identidad entre heredero y legatario es que ambos deberían de tener la “testamenti factio passiva”, a ambos se les podía nombrar sustituto.

---

<sup>34</sup> “El heredero pretorio o bonorum poseedor, para reclamar los bienes de la herencia contra el que los poseía como heredero o como poseedor sin causa, disponía del interdictum quorum bonorum. Posteriormente, en una evolución paralela a la petición de la herencia, se concedió este interdicto contra los que dejaban dolosamente de poseer. Tenía la finalidad de conseguir la restitución de la herencia e incluso podía ejercitarse contra el que se había servido de usucapio pro herede.” TRIGO SÁNCHEZ, María; *Derecho Romano. La herencia*; p.3; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: [www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000515.doc](http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000515.doc) Fecha de la consulta: 6 de Febrero del 2009.

<sup>35</sup> MARINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; ob. cit.; p. 226.

Los romanos clasificaron al legado en cuatro tipos:

a) Legado per vindicationem.

Es también llamado “legado vindicatorio”, se caracteriza porque es redactado utilizando las palabras: “doy y lego”. Transfería al legatario la propiedad quiritaria<sup>36</sup> del objeto, por lo que se convertía en titular de un derecho real. También podían ser objeto de estos legados el derecho de usufructo o una servidumbre predial.

b) Legado per damnationem.

Ya se ha hecho referencia de él en el tema anterior, se agregan algunos datos complementarios, como los siguientes:

Se hace uso de las palabras “que mi heredero esté obligado a transmitir”. Obligaba al heredero frente al legatario dando lugar a un derecho de crédito tutelado por una acción personal, que era la “actio testamenti”. El objeto de este legado no sólo las cosas pertenecientes al testador, sino también, al heredero o a un tercero, cosas que el heredero debía adquirir.

c) Legado sinendi modo.

Es también denominado “legado de permisión”. En él se utilizaban las palabras “que el heredero quede obligado a permitir”, otorgaba también un derecho de crédito al legatario y el heredero tenía la obligación de permitir que aquél dispusiera de la cosa legada. Se utilizó para hacer respetar un derecho que el legatario viniera ejerciendo como una servidumbre.

d) Legado per praeceptionem.

Es llamado también “legado de precepción”. Las palabras que eran utilizadas para su constitución eran: “apoderarse con preferencia”. Autorizaba al legatario que era uno de los herederos a tomar algo de la herencia antes de su división y con preferencia a los demás. Producía efectos reales y con el tiempo se fusionó al legado vindicatorio.

La adquisición de un legado dependía de la herencia. Si los herederos eran necesarios y adquirirían automáticamente con la delación, el legatario también

---

<sup>36</sup> Era la única propiedad conocida por los romanos, que se le denominaba, "dominium ex iure quiritium", por estar sancionada por el derecho civil. Los requisitos para ser propietario eran: que se tratara de una cosa mancipi; que el propietario fuera ciudadano romano; que el dominio se hubiera adquirido por "mancipatio" o por "in jure cessio".



adquiría en ese momento. En caso de que los herederos fueran extraños, debían hacer la adición. El legatario con la delación solo adquiría una expectativa de derecho.

Se habla de 2 momentos o plazos para adquirir el legado:

- a) El *dies cedens*, coincide con la delación y otorgaba al legatario un derecho condicionado y,
- b) El *dies veniens*, el legatario adquiría el legado al cumplirse la condición, que era la aceptación de la herencia por parte del heredero.

### **2.7. Nulidad de los legados.**

El legado como todo acto jurídico podía adolecer de determinados defectos en sus elementos constitutivos, ello traía como resultado la nulidad, siendo esta de tres tipos:

- Nulidad “ab initio”. Cuando le falta alguna condición esencial para su validez. La nulidad es irremediable. Un ejemplo de este tipo de nulidad se aprecia cuando en el momento de la confección del testamento el legatario no tiene la “testamenti factio” con el testador. La misma capacidad se exige entre el legatario y el heredero.
- Nulidad derivada de la aplicación de la “regla catoniana”. En este caso, puede ser que el legado tenga todas las condiciones esenciales, pero que al momento de ser escrito haya algún obstáculo accidental para su ejecución, susceptible de desaparecer, por nacer de relaciones particulares y temporales.

Por ejemplo: el legado de una cosa que pertenece al legatario; legado hecho al esclavo del heredero; legado de materiales incorporados a una construcción.

- Nulidad derivada de faltarle algún efecto por causas posteriores, aunque el legado tenga forma escrita.
- a) Las causas de esta nulidad pueden ser extrañas a la voluntad del testador, como por ejemplo: la caída del testamento; la muerte o la incapacidad del

legatario, antes del “dies cedit”; la reputación del legado; la extinción de la condición cuando el legado es condicional.

Las causas de esta nulidad que no son extrañas a la voluntad del testador son entre otras las siguientes: la revocación y la “traslatio” del legado

## **2.8. Sucesión ab intestato.**

Ya se ha comentado lo pertinente al momento de desarrollar el tema denominado Sucesión legítima.

## **2.9. Parientes que se excluyen.**

Los efectos de la adquisición de la herencia traían como consecuencia dividir a los herederos en dos clases:

### a) Herederos necesarios.

Son los que adquieren la sucesión quieran o no, por la sola razón de estar vivo y ser capaz cuando le es deferida. Es irrelevante que sea “infans”, impúbero o loco, puesto que no tiene ninguna necesidad de manifestar su voluntad.

Se llama heredero necesario, al esclavo instituido heredero y manumitido por el testamento de su señor. Por virtud del testamento, el esclavo se hace libre y heredero, la sucesión la adquiere libre y de pleno derecho, aun sin su consentimiento y mal que le pese.

Su origen está en las costumbre romanas. Cuando un ciudadano moría insolvente, no podía esperar que un heredero voluntario aceptase la sucesión. Morir sin heredero traía graves consecuencias para el difunto, entre otras cosas: porque su “sacra privata” se interrumpía y sus bienes eran vendidos en bloque por los acreedores y la “bonorum venditio” hacia caer sobre su memoria la infamia. El remedio para esto fue la institución de un esclavo como heredero.

Los herederos suyos y necesarios son las personas sometidas sin intermediario a la potestad paterna o a la “manus” del testador y que se hacen “sui juris” por su fallecimiento.

La situación de los herederos suyos necesarios es la misma que estén instituidos en el testamento del jefe de familia o que recojan la sucesión “ab intestato”. En los dos casos son herederos necesarios, porque la herencia la han adquirido sin su consentimiento.

b) Herederos voluntarios.

El heredero voluntario adquiere la herencia únicamente si la acepta. Por lo tanto, estarán dentro de esta categoría todos los herederos no comprendidos en las dos precedentes categorías, se trata de herederos “externos” o “voluntarios”: “externes” (extranei), porque estaban fuera de la potestad del testador. Son herederos voluntarios porque la herencia no la adquirían de pleno derecho, siendo libres de aceptarla o rehusarla.

El heredero por sí solo y según el Derecho Civil puede aceptar o repudiar la sucesión abierta en su beneficio, puesto que es un derecho personal que no puede ejercitar ninguna otra persona.

Vinculado con el tema en desarrollo está la aceptación o repudiación de la herencia son necesarias las condiciones siguientes:

1. Es preciso que la sucesión le sea deferida, es decir, que el derecho a esta sucesión este abierto en beneficio del heredero. La delación<sup>37</sup> tiene lugar a la muerte del testador, si la institución es pura y simple; pero si es condicional, la delación no tiene lugar más que a la realización de la condición, pues, de mientras está en suspenso.
2. Es necesario que el heredero esté informado de la delación, porque, en efecto, los actos que realiza con mira de aceptar o de repudiar la sucesión, deben ser hechos con conocimiento de causa; de otra manera no tendrían a este respecto ningún alcance.
3. Es heredero debe tener la “testamenti factio” en el momento de la delación y conservarla sin interrupción hasta la adición, siendo también natural exigir que sea capaz en el momento que adquiera la sucesión.

---

<sup>37</sup> Llamamiento que se hace a una o varias personas para que adquieran una determinada herencia.

4. Se exige la capacidad de obligarse, porque la adición lleva consigo la obligación de pagar las deudas hereditarias.

Los efectos de la adquisición de la herencia son siempre los mismos, bien se produzcan de pleno derecho para el heredero necesario, o bien para el voluntario.

Algunas de las consecuencias de la adquisición de la herencia son las siguientes:

- a) Todos los bienes de la sucesión se hacen bienes del heredero, formando con sus bienes personales una sola masa y un solo patrimonio. Esto es a excepción de los derechos que se extinguen con la persona del fallecido, como el usufructo, el uso o la habitación.
- b) Todas las deudas del difunto pasan al heredero y vienen a aumentar sus deudas personales, por lo que surte sus efectos la confusión de dos patrimonios.
- c) Los derechos que existían entre el heredero y el difunto se extinguen por consecuencia de la confusión de dos patrimonios.

El heredero está obligado a pagar sobre el activo neto de la sucesión las cargas que le sean impuestas por el testamento.

### **2.10. Nulidad de los testamentos.**

Todo testamento que no se ajusta a las formas prescritas, que emana de un testador incapaz, que instituye a herederos incapaces, que no satisface las reglas referentes a la institución del heredero o a la desheredación, es nulo según el derecho civil.

TIPO CAUSAS DE LA NULIDAD RESULTADO DEL TESTAMENTO.

I. TESTAMENTO RUPTUM es nulo:

- a) Por la agnación de un heredero suyo que no ha sido ni instituido ni desheredado legalmente.
- b) Por la confección posterior de otro testamento.

La ruptura del testamento es el resultado de una interpretación de la voluntad probable del difunto. Se considera como un cambio de voluntad que entrañaba la ruptura del testamento el hecho de haberlo destruido voluntariamente o de haber

borrado sus disposiciones, en este caso el testamento destruido permanecía válido. El testamento destruido lo consideraba sin efecto.

II. TESTAMENTO IRRITUM es nulo:

Cuando después de su confección el testador sufre una capitis diminutio, como ésta cambia el status del testador, impide la confirmación o perpetuación de su voluntad. Se reputa que el testamento no ha sido obra del difunto. Si el testador recobra los tres elementos de su estado, caput, el testamento permanece nulo.

El derecho pretorio admite su validez: “Aunque en estricto derecho y con gran sutileza se considerase que es inválido el testamento, sin embargo, si hubiese sido sellado, el heredero instituido puede recibir la posesión de los bienes hereditarios conforme al testamento y podrá quedarse con el patrimonio”

III. TESTAMENTO DESTITUTUM es nulo:

Cuando los herederos instituidos o los substitutos no han querido aceptar la sucesión, o no han podido como cuando no se realiza la condición bajo la cual se instituía al heredero.

EL TESTAMENTO INOFICIOSO

Es aquel que se hace en perjuicio de los hijos desheredados y no por el deber de piedad o afecto familiar. Despoja sin causa seria a un descendiente, a un ascendiente, a veces a un colateral, llamados a la sucesión legítima. Se ejecuta cuando los interesados mueren antes o no lo atacan. Podrá ser rescindido por la Querela inofficium testamenti.<sup>38</sup>

### **2.11. Fideicomiso.**

El fideicomiso se entiende como:

“(…) una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario”<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> El contenido de este tema fue tomado textualmente de: <http://74.125.155.132/search?q=cache:bfKPxFuq6fcJ:virtual.uav.edu.mx/tmp/14201841431507.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk>

<sup>39</sup> MARINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; ob. cit.; p

La forma normal que tomó en el derecho romano era el de fideicomiso “mortis causa”, en el que el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o legatario; y el fideicomisario un tercero. No siempre el fiduciario tenía que entregar inmediatamente el objeto del fideicomiso, en algunos casos había la posibilidad de mediar una propiedad fiduciaria, durante el cual el fiduciario gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía ser limitado por un término resolutorio o por una condición. Este fideicomiso se realiza “verbis precativis”, con absoluta libertad de forma y encuentra su base en la “bona fides” del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas. Era útil para favorecer “post mortem” a personas que no tenían la “testamenti factio passiva” o para burlar la Ley Falcidia.<sup>40</sup>

Tal fue la importancia del fideicomiso en el Derecho Romano, que se creó el “praetor fideicommissarius” encargado de resolver todos los problemas derivados de su creación, aplicación e interpretación. Para conocer mejor en qué consistía el fideicomiso en Roma, sería de mucha ayuda realizar un ejercicio comparativo entre aquel y en legado, al respecto lo siguiente:

- a) Una diferencia entre el fideicomiso y el legado, es que el primero no sólo puede dejarse por testamento, sino que también era posible dejarlo por “codicilo”<sup>41</sup> y por alguien que haya muerto intestado.
- b) El fideicomiso puede ser puesto a cargo del heredero, de un legatario o de un fideicomisario, mientras que solo se puede llegar a cargo del heredero.
- c) El fideicomisario sólo adquiere un derecho de crédito. Su acción es llevada a Roma delante del pretor, y el presidente de las provincias. Estos magistrados no entregan ninguna fórmula y juzgan ellos mismos: en una “cognitio extraordinaria”.
- d) El fideicomiso gozaba de libertad de forma, mientras que el legado tenía como requisito básico el testamento.
- e) El cumplimiento del fideicomiso se reclamaba de acuerdo con un procedimiento especial y moderno, la llamada “cognitio extra ordinem”; mientras que el

---

<sup>40</sup> Fue legislada en el año 40 a de J.C., tuvo por objeto prescribir que el heredero no podía ser constreñido a entregar legados por más del setenta y cinco por ciento del valor neto de la herencia. Si así estaba dispuesto, todos los legados sufrían en forma proporcional una disminución que se ajustara a ese porcentaje.

<sup>41</sup> Actos de última voluntad que no está sujeto a las formalidades exigidas a los testamentos.

cumplimiento del legado debía reclamarse a través del sistema formulario, utilizando este procedimiento.

En la época de Justiniano desaparecieron estas diferencias como motivo de la asimilación que se hizo de los fideicomisos a los legados.

El fideicomiso era posible constituirlo por un plazo determinado y así, por sustitución fideicomisaria se podían crear fideicomisarios sucesivos de manera que se favoreciera primero a uno y después de cierto plazo.

Existen 2 clases de fideicomisos:

- a) Los particulares que recaían sobre objetos determinados y
- b) El universal, que podía incluir toda la herencia o una parte de la misma, logrando beneficiar a las personas que no tuvieran la *testamenti factio passiva*.

El fideicomiso en Roma era:

“(...) un encargo de confianza que hacía el de cuius al heredero o a otra persona para beneficiar con la totalidad o una parte de la sucesión a un tercero.”<sup>42</sup>

En la historia de su régimen se distinguen tres etapas:

- a) La primera, que es anterior a los senadosconsultos Trebeliano y Pegasiano;
- b) La segunda, que data del momento en que estuvieron vigentes los senadoconsultos referidos en el inciso anterior.
- c) La tercera, justiniana. Se producían, las mismas consecuencias prácticas como en una sustitución de herederos, pero con la diferencia de que no eran necesarias las exigencias formales de la sustitución y con la posibilidad de disponer, incluso, a favor de personas que todavía no existen.

El sujeto obligado a efectuar el traspaso es el fiduciario, quien actúa por cuenta de un mandamiento expreso del fideicomitente o causante. El hecho de que una persona sea llamada a la cesión universal de otra sin la institución de heredero, no

---

<sup>42</sup> FUP; Doctrina. Antecedentes históricos del Fideicomiso; [en línea]; Disponible en la World Wide web en: <http://federacionuniversitaria.blogspot.com/2008/04/doctrina-antecedentes-historicos-del.html> Fecha de la consulta: 6 de Febrero del 2009.

constituye *successio* en el sentido técnico del Derecho Civil. Es un legado universal del patrimonio pero no confiere la calidad de heredero.

Por ello es que el verdadero sucesor no es el fideicomisario universal, sino el heredero fiduciario. En el caso de los fideicomisos hereditarios, los créditos y las deudas del de "cuius" no pasan "ipso iure" al fiduciario como si ocurre en el caso del heredero.

En los fideicomisos universales se tiende a considerar al fiduciario como heredero; el fideicomisario es un adquirente de los bienes del acervo, que aquél debe transmitirle por los medios adecuados. A tal fin el heredero fiduciario vende al fideicomisario el patrimonio por "mancipatio nummo uno".

El fideicomiso universal nace por los contenidos y disposiciones de los senadosconsultos Trebeliano y Pegasiano, y es una figura intermedia entre la herencia y el legado.

En el Derecho justiniano que establecen los siguientes principios relacionados con el fideicomiso:

- a) Las acciones hereditarias se transfieren al fideicomisario de acuerdo con las normas del senadoconsulto Trebeliano y en consecuencia se suprimen las estipulaciones.
- b) El heredero fiduciario tiene siempre derecho a la cuarta llamada Falcidia, Trebeliana o Pegasiana.
- c) El fiduciario puede ser obligado judicialmente a aceptar el fideicomiso.