

RESÚMENES DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FUENTES

TEMA 1: Evolución histórica del derecho romano

- Periodificación histórica

Por derecho romano se entiende el sistema jurídico por el cual se rigió la vida social y política del pueblo romano desde sus primeros tiempos (753 a.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.); quien intentó reconstruir el imperio romano pero fracasó, alcanzando sin embargo el éxito en la compilación del derecho romano (*Corpus Iuris Civilis*).

La promulgación de esta compilación es el último momento de vigencia del derecho romano, posteriormente en la Edad Media se estudiaron de nuevo los manuscritos de la compilación justiniana, elaborándose así toda la ciencia del derecho europeo.

Hay dos modos de periodificar el derecho romano:

- Según la evolución política del estado romano: Monarquía, República e Imperio. En cada forma política existe una concepción propia de la justicia y del derecho, así como un orden jurídico distinto.
- Según la evolución de la jurisprudencia. Los jurisperitos eran los conocedores y estudiosos del derecho. Tomamos como base la etapa clásica de la jurisprudencia, y así podemos distinguir las etapas pre-clásica, clásica y post-clásica.

Las dos formas se complementan.

- Derecho romano arcaico
 - *Mores maiorum* (Costumbres de los ancestros)

Son una serie de normas que constituyen el derecho romano primitivo, formadas por costumbres, usos sociales y modos de vivir, que para los antepasados eran reglas de conducta, y que constituyeron el sistema normativo del periodo monárquico romano.

Son una especie de moralidad pública, más bien del ámbito familiar, cuyos vigilantes eran unos magistrados llamados censores.

Estos magistrados elaboraban el censo donde evaluaban la economía de cada ciudadano y por lo tanto su situación social, a ello añadían una evaluación de la conducta moral del ciudadano desde el punto de vista familiar.

Son normas morales más que jurídicas, no son todavía principios jurídicos. Además no se recogían por escrito en ninguna parte, aunque se dice que en las XII tablas se recogieron algunas de ellas. También en algunas leyes de los reyes se pueden encontrar recogidas estas costumbres de los antepasados, pero en definitiva no forman un cuerpo escrito de normas.

- *Fas y ius*

La diferencia entre *fas* y *ius* no se ha clarificado del todo. Podemos diferenciar los conceptos partiendo de

que el *ius* es un conjunto de normas que se comienza a desligar de lo familiar y lo religioso, para convertirse en normas jurídicas. El término *fas* queda relegado a la licitud moral más que jurídica. Así el *ius* es licitud jurídica y el *fas* es licitud moral.

Para la historia del derecho romano lo que importa es el concepto de *ius* porque *fas* se utilizó en el lenguaje religioso.

El concepto de *fas* no se ha desvelado del todo pero fue superado por el concepto de *ius*.

- *Ius Quiritium* (*Quiris* = lanza)

Indica el derecho de los ciudadanos romanos armados con lanza, los quirites, primer grupo del ejército de los ciudadanos romanos.

El *ius Quiritium* se aplica principalmente a los patricios pero más adelante el *ius Quiritium* significó el derecho propio de los ciudadanos romanos, en cuanto adquirían la ciudadanía romana adquirían el *ius Quiritium*.

- Ley de las XII tablas

- La Monarquía

En todas las ciudades antiguas se han colocado por tradición o por mito un reino. Así los historiadores romanos hablaban de la existencia en Roma de una serie de reyes sucesivos. Actualmente los historiadores modernos han puesto en duda la mayor parte de los relatos tradicionales acerca de la monarquía primitiva, ya que la Monarquía aparece como forma política poco clara y difusa. Lo único seguro es la existencia misma de la realza porque en las fuentes romanas se menciona un *rex* (un rey) y también un *regnum* (un reino).

Hay dos fases de la monarquía en Roma:

- Monarquía latina: siendo el primero de los reyes Rómulo (necesidad de atribuir un héroe fundacional a la ciudad).
- Monarquía etrusca: se debe a la aparición de reyes que eran oriundos de Etruria. Estos ejercieron su poder de forma despótica. El último de estos reyes fue Tarquinio el Soberbio, que aparece como un tirano destronado por una revuelta popular dirigida por jóvenes de la nobleza romana.

El régimen monárquico se caracteriza por la existencia de tres órganos fundamentales: el rey, el senado y los comicios juriados (*comitia curiata*).

- El rey (*rex*)

Era el supremo dirigente y regulador de la comunidad política, y el jefe máximo en materia religiosa y del ejército. En la función sagrada era el Sumo Sacerdote y la institución era vitalicia aunque no hereditaria.

Funciones del rey:

- Religiosa: nombraba a los sacerdotes, colaboraba en rito religiosos, fijaba los días festivos y sobretodo interpretaba la voluntad de los dioses indagando los auspicia.
- Militar: supremo mando del ejército en campaña y también decidía la organización del ejército; tenía derecho de reclutamiento y nombraba a los jefes militares y era responsable último de la declaración de guerra.
- Tareas de dirección y de gobierno de la comunidad: en estas tareas tenía poderes muy amplios que no

estaban limitados constitucionalmente. Frente a cada miembro de la comunidad podía dar órdenes o exigirles obediencia y también imponerles castigos.

- El senado (*senatus*)

Es una asamblea de representantes que se llamaron *patres* (padres de la patria). Inicialmente eran 100 miembros nombrados por el rey, que tenían como misión aconsejar y asistir al monarca.

Funciones del senado:

- El *interregnum*: el poder de nombrar un rey en caso de que hubiera una vacante en la realeza y que debía ser renovado cada cinco días. Este se llamaba *interrex*, éste ocupaba la vacante hasta que se convocaran los comicios juriados (*comitia curiata*) que eran los que aprobaban el nombre del sucesor.
- Consejeros del rey: le ofrecían información y su opinión sobre los problemas que se planteasen o las decisiones que debían tomarse.
- *Auctoritas patrum*: la función de confirmar las decisiones de las asambleas populares.
- Comicios juriados (*comitia curiata*)

Reuniones del pueblo por curias: grupos de personas que pertenecían a la misma stirpe (*gens*). Es la forma más antigua de asamblea popular, la convocatoria se hacía por el rey dos veces al año y el motivo era la celebración de determinados actos de tipo religioso y político; por ejemplo la *adrogatio* y el *testamentum*.

Estos actos se hacían ante el pueblo para darle publicidad al hecho.

- La República
 - La expansión de Roma

Durante el siglo III a.C. Roma llevó a cabo un movimiento de expansión que la hizo dueño de todo el Mediterráneo. Este proceso comenzó con las dos Guerras Púnicas contra Cartago de 264 a 241 a.C. y 218 a 201 A.C.; estas guerras concluyeron con la hegemonía de Roma en el Mediterráneo.

Posteriormente Roma sometió a diferentes pueblos del norte de Italia, e impuso su poder en el mundo Helenístico, pasando Macedonia a ser provincia romana. Esta expansión prosigue ya que Roma hizo declinar definitivamente el poder comercial de Cartago, tras la tercera de las Guerras Púnicas en entre 149 y 146 A.C.

Después, se estableció la primera provincia oriental, y desde ese momento hasta la conquista de las Galias por Cesar en los años 58 a 51 A.C., prosigue el movimiento expansivo romano, anexionando incluso territorios del norte de África.

Esta expansión trajo importantes consecuencias económicas; y en el ámbito social apareció la esclavitud (los prisioneros de guerra se convertían en esclavos).

Se creó un sistema latifundista en el que los propietarios tenían esclavos; ello dio lugar a rebeliones y otros problemas sociales debido a la estructura social de clases, siendo la más elevada la nobleza (*nobilitas*), formada por los descendientes y las familias de quienes habían sido cónsules.

- Constitución política de la República
 - Magistrados

Los magistrados son personas que realizaban funciones de gobierno específicas.

Caracteres generales:

- La elección de los magistrados se hacía por el pueblo reunido en asambleas populares, a excepción del dictador (*dictator*). Estas asambleas eran tres: los *comitia centuriata* que elegían a los magistrados más importantes; los *comitia tributa* que elegían a los magistrados menores y los comicios de la plebe que elegían a los magistrados plebeyos.
- El cargo tenía duración limitada, generalmente 1 año, salvo el cargo del censor cuya función duraba 18 meses y también salvo el *dictator* cuyo cargo no podía exceder de 6 meses.
- Las magistraturas eran colegiadas (dos o más personas ejercían el mismo cargo con los mismos poderes). Como consecuencia cada uno de ellos podía anular los actos del otro mediante un veto llamado *intercessio*; esto podía provocar inconvenientes que se salvaban mediante acuerdos o el reparto de competencias, o alternando en el cargo durante determinados periodos.
- El cargo era gratuito porque tenía carácter honorífico, no se compensaba económicamente; la única compensación era el prestigio social que conllevaba o por ejemplo, la posibilidad de repartirse el botín de guerra. Este carácter honorífico se manifestaba en signos externos como determinada vestimenta (la toga), ocupar sitios preferentes en actor públicos, ir acompañados de oficiales subalternos (*lictors*).

Los magistrados se fueron multiplicando a lo largo de la República, lo que hizo necesaria una clasificación: magistraturas ordinarias y extraordinarias, estas últimas son creadas en situaciones especiales para resolver situaciones excepcionales. Las ordinarias son magistraturas cuyas competencias se fijan de una vez para siempre.

También podemos clasificar distinguiendo entre magistraturas patricias y plebeyas, aunque esta clasificación perdió sentido ya que las patricias se fueron haciendo accesibles a los plebeyos.

Clasificación de los magistrados:

- **Cónsul:** magistratura ordinaria y del más alto rango, máximo poder dentro de la ciudad (*potestas*) y también máximo poder en el mando militar (*imperium*). Elegidos en los comicios centuriados y su mandato cesaba en 1 año desde su nombramiento, a no ser que hubiesen obtenido una prórroga. Era una magistratura colegiada, cada cónsul tenía todo el *imperium* y lo ejercía de forma independiente y autónoma, pudiendo a su vez oponer el veto a los actos de *imperium* de otro cónsul.
- **Dictador** (*dictator*): máxima magistratura extraordinaria (funciones con carácter especial que no podía ser realizados por otros magistrados). Lo nombran los dos cónsules de mutuo acuerdo o por uno solo de los cónsules sin que el otro pudiera oponerle el veto. Su cargo no podía exceder de 6 meses, ni tampoco del tiempo que le faltara a los cónsules que le nombraron para cumplir su cargo. Según las funciones para las que fue nombrado distinguimos el *dictator optima lege creatus*, nombrado como último recurso en caso de guerra, o el *dictator inminuto iure*, para llevar a cabo determinados actos religiosos o políticos, como convocar las asambleas centuriadas. El dictador tenía también el máximo *imperium* pero quedaba limitado a la realización de los actos que debía cumplir.
- **Pretor** (*praetor*): creado por una ley en el año 367 A.C.; dotado de *imperium* y podía presidir los comicios en los que se elegía a los magistrados menores, podía proponer leyes y convocar al senado. Su competencia más importante aparece dentro del proceso civil, que estaba dividido en dos partes:

In iure: que se celebraba ante el magistrado, que era el pretor.

Apud iudicem: que se celebraba ante el juez.

El pretor presidía la primera fase del procedimiento (*in iure*) y era el que establecía las bases para que luego el juez llegase a una sentencia; a la vista de los hechos que se le planteaban concedía o denegaba una acción,

permite que se pase o no a la fase *apud iudicem*.

También tenía el *ius edicendi* que era el derecho a emitir edictos y en ellos promulgar normas procesales, donde fijaba las pautas según las cuales se celebraría todo el procedimiento; en el edicto podía recoger normas de los edictos de los pretores anteriores, y entonces a esa parte del edicto se la llamaba *edictum traslatitium*.

A partir del siglo III el edicto del pretor se convirtió en una de las fuentes más importantes del derecho privado romano, contribuyendo a renovar y transformar el derecho adaptándolo a las nuevas situaciones sociales.

En el año 242 a.C. se creó la figura del pretor peregrino (*praetor peregrinus*), que resolvía las cuestiones que se suscitaban entre extranjeros o entre ciudadanos romanos y extranjeros.

- **Censor:** magistrado mayor ordinario y sin *imperium*. Se creó en el 443 a.C. y sólo a partir del 351 a.C. tuvieron acceso a ella los plebeyos. Los censores eran dos y su elección correspondía a los comicios centuriata, y tenía lugar cada 5 años. La permanencia del censor en el cargo no podía exceder de los 18 meses.

Tenían la *potestas censoria* que consistía en la elaboración y renovación del censo de los ciudadanos cada 5 años. Además en un edicto establecía las normas de valoración de los bienes muebles y inmuebles de los ciudadanos. En consecuencia los ciudadanos quedaban clasificados según su categoría, teniendo en cuenta la riqueza de su patrimonio. Además tenían el control sobre la conducta moral de los ciudadanos.

- **Cuestor** (*quaestor*): magistrado ordinario menor y sin *imperium* que realizaba funciones específicas como por ejemplo los *quaestores parricidii* (cuestores de los parricidios), que juzgaban casos de homicidios en general.

Originariamente estos cuestores eran solo dos pero fueron apareciendo más magistrados con este nombre que ayudaban a los cónsules en la administración de la ciudad y su número fue aumentando hasta cuarenta en la época de César; también aumentaron sus funciones, se encargaban de la vigilancia del erario público (el tesoro del estado) o también custodiaban los documentos públicos o las insignias militares. Existían también *quaestores aquarii* que vigilaban el servicio de salida y entrada de aguas.

- **Tribunos de la plebe** (*tribuni plebis*): magistrados que defendían los intereses de la plebe y además eran sus jefes. Su cargo era anual y gozaban de la inviolabilidad en el ejercicio de sus funciones (podían contravenir las órdenes de otro magistrado o desobedecer una ley en ejercicio de sus funciones).
- **Ediles de la plebe** (*aediles plebis*): magistrados plebeyos que surgieron como auxiliares de los *tribuni plebis*.
- **Aediles curules:** magistrados plebeyos, aunque posteriormente accedieron al cargo también los patricios. Tenían funciones muy variadas, como el mantenimiento del orden de la ciudad (*cura urbis*); también vigilaban el comercio público o los juegos públicos (*cura ludorum*).

- El senado

Órgano de gran importancia en la vida política romana. Su origen se remonta a la Monarquía, pero fue en la República donde tuvo mayor importancia y tuvo gran influencia en la vida política interna.

A partir del siglo II pierde poder político, aunque lo recupera más tarde durante el Principado. El senado fue la base para la clase social que tenía más poder, contribuyendo así a consolidar una política conservadora y poco abierta a innovaciones.

En el siglo VI a.C. tuvo lugar la admisión de los plebeyos al senado, y en el 312 a.C. se eliminó el carácter

vitalicio de la función senatorial, quedando los censores encargados de renovar el senado cada 5 años.

Funciones del senado:

- *Interregnum*; durante la Monarquía esta función consistía en nombrar un rey cuando había una vacante a modo provisional, un *interrex*. En la República, en caso de vacante de un magistrado supremo (cónsul), el senado procede al nombramiento de un *interrex* entre los senadores procedentes de otros cargos de magistrados, y éste transmite su dignidad a otro *interrex* después de 5 días y este proceso continua hasta que se convocan los comicios centuriados, que proceden al nombramiento definitivo de los nuevos cónsules.
 - *Auctoritas patrum*: era la ratificación de los acuerdos de las asambleas (comitia), ya se tratara de elegir un magistrado o votar una ley; pero como esto podía producir problemas porque el senado podía obstaculizar la actividad de las asambleas populares. Una ley del año 339 a.C. cambió el sentido de la ratificación, convirtiéndola en una autorización previa a los proyectos de ley y sin carácter vinculante (al final tenían una función simplemente aparente).
 - En el ámbito militar: dirección suprema de la guerra, política exterior y dirección de las actividades religiosas.
- Los comicios o asambleas

Tipos de comicios:

- *Comitia curiata*: de la época monárquica, son asambleas de la población patricia que se agrupaba por curias. La más importante de sus funciones fue votar una ley llamada *lex curiata de imperio*, un acto por el cual se otorgaba el *imperium* a los magistrados.
- *Comitia centuriata*: asambleas del pueblo organizado por centurias, asamblea fundamental del pueblo romano durante mucho tiempo (las centurias eran la división por unidades para formar parte del ejército). Sus funciones eran la elección de los magistrados mayores y la confirmación de los censores elegidos, votar leyes o resolver cuestiones relativas a la guerra.
- *Comitia tributa*: asambleas del pueblo por tribus que se considera una forma de reunirse el pueblo más sencilla que los *comitia centuriata*, y por lo tanto, sólo se reunían cuando no era posible reunir el pueblo por centurias. Elegían a los magistrados inferiores, y realizaban determinadas actividades religiosas.
- *Concilia plebis*: asambleas de la plebe que tenían lugar en el foro romano, elegían a los magistrados plebeyos y votaban los plebiscita (leyes aplicables sólo a la plebe).
- El Principado

La expansión de Roma durante la República tuvo importantes consecuencias sociales, económicas y culturales. Ello dio lugar a una gran inestabilidad política y a una gran tensión social y desequilibrio económico, dando lugar a varios intentos de reforma. Hubo una larga época de enfrentamientos y de luchas entre los grupos sociales; la República quedó sin ningún fundamento firme.

En el año 44 a.C. muere César y el dueño de la situación pasa a ser Marco Antonio, que pretendía asumir la herencia política; pero César había decidido hacer hijo adoptivo y heredero a su sobrino Octavio. A continuación se formaron dos triunviratos para la restauración de la República pero fue imposible.

Octavio queda vencedor en el año 31 a.C. y así quedan el oriente y el occidente reunificados en una sola persona, bajo su dominio.

Octavio fue acumulando una serie de poderes que fueron legalizados por el senado y por los comicios. A partir del 27 A.C., recibe el título de Augustus (le daba un carácter sagrado y a partir de ahí sería el nombre oficial del monarca). Centró su labor en la instauración de un nuevo régimen político que se denominó Principado.

Después de Augusto siguen varios emperadores pertenecientes a su estirpe, después fueron los Flavios, los Antoninos y los Suevos; a esta época le sigue un largo periodo de anarquía y de crisis hasta que Diocleciano instauró el régimen del Dominado.

Características del Principado:

- Arranca en el 27 a.C. porque en ese año Octavio quería aparecer como restaurador de la República, devolvió al Senado los poderes extraordinarios que había recibido. Sin embargo el Senado le permitió que conservara el cargo de cónsul y el título de *imperator* y de *princeps*; y a la vez le otorgaba el *imperium* para gobernar durante 10 años en las provincias no pacificadas, es decir, se le otorgaba el mando del ejército.
- En los años siguientes es elegido cónsul anualmente, y recibe el privilegio de no estar vinculado a las leyes (*legibus solutio*); además recibe la *tribunicia potestas* vitalicia y también la *potestas censoria* y el cuidado de las leyes y costumbres (*cura legum et morum*) y alcanzó también la dignidad de Sumo Sacerdote (*pontifex maximus*).

• El Dominado

Diocleciano transformó el Imperio en una Monarquía Absoluta, y le dio una nueva estructura, así intentó que el poder tuviera una autoridad más directa, y dividió el Imperio en dos grandes gobiernos: el oriental y el occidental, y así quedó repartida la soberanía.

A cargo del **occidente** quedó el general Maximiliano que recibió también el título de Augustus; y el oriente se quedó a cargo de Diocleciano que retenía todo el prestigio de la autoridad y el poder legislativo; así, todavía se consiguió mantener la unidad entre el oriente y el occidente. Para asegurar la sucesión, ambos se asociaron en vida con la persona que iba a sucederles y así quedó instaurado un sistema de tetrarquía.

- **Ámbito económico:** durante el Dominado hay una transformación de las finanzas con un cambio en el sistema fiscal, y en el sistema monetario; la justicia estaba totalmente en manos del emperador y en las personas en que él delegaba; por lo tanto era un sistema estatal de justicia que la hizo muy burocrática y en consecuencia, la justicia se hizo lenta y costosa para los ciudadanos.
- **Ámbito religioso:** Diocleciano intentó reforzar su autoridad vinculando el poder del emperador con el origen divino, y así se pretendió una divinización de los emperadores para mantener la unidad del imperio; ello dio lugar a que se combatiera el cristianismo y en esa época existieran las persecuciones más duras del Imperio romano a los cristianos.
- El emperador se convierte en monarca absoluto, estableciéndose así un régimen de Dominado donde el monarca es el *Dominus* (el señor).

Diocleciano abdica en el año 305 d.C. y el sistema de tetrarquía resultó muy poco consistente; hubo una serie de luchas por el poder hasta que se impuso definitivamente Constantino.

Constantino compartió el poder entre 306 y 324 d.C. con Lucinio, consiguiéndose así la unidad del Imperio y con él va a prevalecer el principio dinástico, es decir, el poder se transmitía por vía hereditaria. En el plano constitucional hay una continuidad, porque el poder imperial sigue centralizado en una sola persona. Lo más relevante es la política religiosa de Constantino, pues reconoció el cristianismo como religión oficial.

Después de Constantino rigió en el Imperio su dinastía, luego la dinastía Valentiniana y luego la Teodosiana, hasta que en el año 476 d.C. tuvo lugar el fin del Imperio romano de occidente.

• Justiniano

En el **oriente**, sin embargo el imperio Bizantino había sobrevivido a las invasiones bárbaras. Justiniano llega

al poder intentando reunificar el imperio y darle una nueva fortaleza política y militar; consiguió reconquistar África, Italia y parte de España, pero esta restauración fue frágil por la presión continua de los Bárbaros y la insuficiencia de las fuerzas militares. Aunque la labor de Justiniano fue muy significativa en el campo social-económico, la faceta más importante de Justiniano fue su obra legislativa, es decir, la recopilación del derecho romano en el *Corpus Iuris Civilis*.

TEMA 2: Fuentes del derecho romano

2.1. El derecho romano primitivo: la ley de las XII tablas

Datan del año 450 A.C., fueron redactadas por una comisión de 10 personas llamadas: *decemviri legibus scribundi*. Se ha pretendido ver las raíces en las leyes de los griegos anteriores pero no está claro.

Las XII tablas no representan un código en el sentido moderno del término, puesto que no recogen íntegramente todo el sistema jurídico y tan solo contempla ciertas instituciones fundamentales.

2.2. El Derecho en la época republicana: *ius civile*, *ius gentium* y *ius honorarium*

- *Ius civile*

Derecho reservado a quienes tenían la condición de ciudadanos o miembros de la *civitas*, se llamó también derecho propio de los ciudadanos (*ius proprium civitatis*).

El *ius civile* atribuye a cada ciudadano una cuota igual de poder para la defensa de sus intereses. La primera manifestación del derecho civil fue el derecho quiritario o *ius Quiritium*; una esfera de poder que cada ciudadano podía hacer valer como miembro armado del *populus romano Quiritium* (el pueblo romano de los quirites).

Este *ius civile* se aplica entre los ciudadanos romanos (*inter cives*), y otorgaba una serie de derechos que se podían defender ante el pretor urbano.

Mediante un procedimiento, el pretor determina los ritos que habrán de llevarse a cabo para administrar la justicia civil entre los ciudadanos.

Ante el pretor urbano la justicia tenía carácter laico, no religiosa; y la penalidad religiosa se convierte en pecuniaria (de dinero). El primer gran monumento jurídico de la época republicana son las XII Tablas del 450 A.C.; en esa época se sistematizó el *ius civile* y se formaron los conceptos fundamentales del derecho como la propiedad (*dominium*), la herencia (*hereditas*) o la servidumbre (*servitus*).

Nació en esa época la diferencia con el derecho público, porque éste es un derecho relativo a la organización del Estado, es un derecho que no puede ser modificado por los particulares.

- *Ius gentium*

Es el derecho común a todos los pueblos, aplicable a extranjeros (*peregrini*). Este derecho parte de unos principios naturales y universales que se consideraban aplicables a todas las personas.

Se hizo necesaria la aplicación de normas a personas que no eran ciudadanos romanos, es decir, a personas sometidas por el pueblo romano, y se comenzó por otorgarles el *ius commercii* (derecho a comprar y vender válidamente con ciudadanos romanos), fue el primero que se concedió pero pronto se hizo insuficiente; se crearon una serie de derechos que fueron aplicables también a los extranjeros y el conjunto de todos ellos se llamó *ius gentium*.

En consecuencia se creó un pretor peregrino que fue el magistrado encargado de aplicar el derecho entre extranjeros o entre un ciudadano romano y un extranjero.

- *Ius honorarium*

Es todo lo que el pretor dispone en su edicto. El pretor en su edicto renovaba el derecho civil, porque el derecho civil era rígido y necesitaba adaptarse a las necesidades sociales; el pretor completa y desarrolla las normas rígidas del *ius civile*. Se llamó *honorarium* porque hace referencia al honor (*honor*) que reviste el cargo del magistrado.

La fuente más importante del derecho pretorio es el edicto del pretor.

2.3. El derecho clásico durante el Principado: la jurisprudencia

Se entiende por derecho clásico el que corresponde a la época del Principado. En esta época el derecho alcanza su máxima significación y desarrollo. Llamado también *ius novum* porque es distinto en cierto modo del *ius civile* y del *ius honorarium*; ya que además del derecho procede de la voluntad del príncipe, se combina la actividad de la jurisprudencia con la labor del *princeps* (príncipe), por lo tanto la fuente del derecho es el príncipe. Del príncipe emanan las constituciones interiores, donde hay varios tipos de normas:

- Los *edicta* (edictos), que son disposiciones que dicta el emperador en virtud de su *ius edicendi*, igual al que tenían los magistrados en época de la República. Eran prescripciones de carácter general y aplicables a todo el imperio, aunque a veces se referían sólo a determinados territorios o personas.
 - Los *decreta* (decretos), decisiones de los emperadores en los procesos penales y civiles.
 - Los *rescripta*, respuestas que da el emperador a consultas jurídicas que le hacen magistrados, funcionarios o simples particulares. Estos *rescripta* constituyen la parte más importante de las constituciones del Emperador, desde el punto de vista del derecho privado.
 - Los *mandata*, mandatos o instrucciones de carácter administrativo que el Príncipe da a sus funcionarios y a los magistrados especialmente a los gobernadores provinciales.
 - Los *orationes in senatu habitae*, disposiciones pronunciadas por el Emperador como presidente del senado. Inicialmente eran propuestas que él hacía como senador pero, a partir de la época de los Severos pasaron a ser órdenes que el senador había de cumplir necesariamente previo sometimiento a votación, en la época del Dominado estas *orationes* eran disposiciones legislativas que salían directamente del senado para ser publicadas.
- La jurisprudencia en el periodo clásico

Es la época de mayor esplendor de la jurisprudencia romana y se extiende desde el principado de Augusto hasta la muerte del emperador Severo. El mayor apogeo de esta jurisprudencia clásica se da en el siglo II.

Fue importante también el labor de enseñanza de la jurisprudencia, además aparecieron centros estables y organizados y allí hubo una gran relación entre los maestros del derecho y sus discípulos que los acompañaban; durante la época de Augusto se formaron las dos grandes escuelas: los Sabinianos y los Proculianos.

Podemos diferenciar las escuelas por el carácter conservador de los Sabinianos y el carácter progresista de los Proculianos.

Las obras de los juristas se pueden clasificar en las siguientes:

- Obras de comentarios al edicto (*libri ad Edictum*).
- Obras de comentarios al derecho público (*ius publicum*).

- Obras de comentarios a juristas anteriores.
- *Libri responsorum*: colecciones de respuestas dadas por los juristas a casos prácticos concretos.
- *Libri quaestionum*: soluciones a casos imaginarios que creaban los propios juristas.
- *Digesta*: tratados completos de derecho privado.
- Manuales para la enseñanza (*instituta*).
- *Libri singulares*: que son escritos sobre un asunto o cuestión concreta.

2.4. El derecho romano posclásico: derecho vulgar

Durante el bajo imperio sólo el Emperador, que tenía el poder absoluto, podía crear normas; esto lo hacía mediante *constitutiones* que contenían normas generales, bien para todos los súbditos, o bien para toda una ciudad.

A partir del siglo II fueron apareciendo obras en las que se pretendía la sistematización de todas las leyes de los emperadores; estas obras fueron recopilaciones llamadas códigos, el primero de los cuales fue el código Gregoriano, luego el Hermogeniano y el último fue el Teodosiano.

Pero es esta época el derecho se caracteriza también por la influencia de los derechos locales y del derecho romano vulgar.

Se fueron introduciendo innovaciones importantes para satisfacer nuevas necesidades que iban surgiendo y esto dio lugar a un nuevo derecho de occidente llamado derecho romano vulgar; el vulgarismo se acentuó más cuando aparecieron nuevas poblaciones con una mentalidad distinta a la de Roma. Las características de este derecho son:

- Es menos técnico que el derecho clásico.
- Prevalecen las concepciones jurídicas más simples, incluso se ha dicho que el derecho perdió su carácter científico.

En definitiva el término vulgar no se usa en sentido peyorativo, sino como perteneciente a una determinada etapa social e histórica.

2.5. El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano

Entre los años 528 y 534 tuvo lugar la compilación de Justiniano, en el siguiente orden:

- Se prepara y se publica un *codex* (código) entre el 528 y 529 D.C.; colección de leyes que no se conserva, y que fue sustituido por otro *codex* nuevo del año 534.
- Se procede a compilar el *ius*, la producción más sobresaliente de los juristas clásicos, llamada *Digesto*.
- Se recopilan las *institutiones*, los manuales de enseñanza del año 533.
- Se publica el segundo *codex* del 534.
- A partir del 534 hasta el 542 se siguen promulgando leyes que se recogen también en una colección llamada las novelas constitucionales (*Novellae constitutiones*).

En consecuencia el *Corpus Iuris Civilis* quedó formado por cuatro grandes apartados:

- El *codex*
- El *Digesto*
- Las instituciones
- Las novelas

◊ El *Digesto*

La parte más importante del *Corpus Iuris Civilis* es el *Digesto*, que se elaboró entre el 530 y el 533, y está dividido en 50 libros que se subdividen en títulos; sigue fielmente la tradición del derecho romano, sobretudo del derecho romano clásico.

En el momento de compilar el derecho clásico aparecieron problemas de adaptación y de ajuste para adaptar el derecho antiguo al nuevo; así los compiladores introducen las interpolaciones, es decir, añaden notas aclaratorias o suprimen determinadas palabras o frases para adaptar el texto a las nuevas situaciones sociales.

Gracias a la investigación de estas interpolaciones se ha conseguido llegar a saber como eran las instituciones del derecho antes de la compilación.

- Las instituciones

Son un manual elemental de enseñanza con función didáctica, que sigue las instituciones de Gayo; se dirige al Emperador en nombre propio, en primera persona.

- La novelas

Recogen todas las leyes posteriores al segundo código (529), que se promulgaron hasta el año 542; fueron muy numerosas, el Emperador ordenó que se llamasen *Novellae constitutiones*. En estas novelas queda clara la voluntad de Justiniano de establecer normas nuevas y precisas cuando constata la existencia de confusión o incoherencia con los textos antiguos.

INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO

I.– Precesiones conceptuales

TEMA 3: Sujetos del derecho

3.1. Status libertatis

Hace referencia al modo de estar integrada una persona en la sociedad, se distingue entre personas libres y esclavos (*servi*, pl. *servus*).

Las personas libres están integradas en la comunidad política plenamente; los esclavos no eran miembros de la comunidad política, no se les reconocía personalidad, eran objeto de derechos reales y de obligaciones, es decir, para el derecho eran como cosas y estaban sometidos al poder absoluto del propietario.

- Situación social del esclavo

El esclavo está sometido al poder del padre de familia (*pater familias*), pero su situación va cambiando a lo largo de los tiempos.

Primero eran un grupo muy numeroso lo que daba lugar a rebeliones y problemas sociales; durante el Principado, comenzó una legislación reguladora de la situación social de los esclavos, hasta que, a partir del siglo III d.C. en que comenzó a igualarse la situación social de todas las personas. Tuvo gran influencia el cristianismo, se comenzó a aplicar el principio llamado *favor libertatis*, consistía en entender las normas del modo que más favorecía la libertad de los esclavos.

- Situación jurídica del esclavo

No es sujeto de derecho, es una cosa para el derecho.

No puede realizar ningún acto jurídico por si mismo.

Pertenece al *dominus* (dueño), puesto que es una cosa, y puede hacer con él lo que quiera.

Tiene una cierta capacidad, porque aunque no es sujeto de derecho si es un hombre; podía celebrar actos religiosos, tenía derecho a un sepulcro y podía tener un pequeño patrimonio propio llamado *peculium*.

- Causas de caer en la esclavitud

Por nacimiento. El hijo de una esclava es también esclavo.

Por causas posteriores al nacimiento: la cautividad (ser prisionero de guerra, incluso si es todo un pueblo); por causas que establece el derecho civil, como cuando un padre vende a un hijo que ha causado un daño en vez de repararlo; también el deudor que no paga

- Causas de extinción de la esclavitud

Por manumisión (*manumissio*) de quien lo tiene en su poder. Hay dos variedades:

- Las reconocidas por el *ius civile*: *vindicta*, cuando el dueño del esclavo lo lleva ante el magistrado y lo tocaba con una varilla pronunciando palabras solemnes en las que le otorgaba la libertad, luego el magistrado otorgaba la libertad al esclavo; *censu*, el dueño presentaba el esclavo al censor para que lo inscribiera en el censo; *testamento*, lo hacía el dueño del esclavo estableciendo que éste sería libre cuando el testador muriese.
- Las reconocidas por el derecho pretorio: manifestación de la voluntad de manumitir al esclavo sin los requisitos y formalidades del derecho civil; cuando un propietario manifiesta su voluntad de manumitir sin tener la propiedad plena del esclavo.

3.2. *Status civitatis*

Distingue entre tres tipos de ciudadanos:

- *Cives*

Los ciudadanos romanos, con plenitud de los derechos y plena capacidad jurídica; tienen todos los derechos públicos: derecho de voto (*ius suffragii*), derecho a acceder a un cargo como magistrados (*ius honorum*) y el derecho a formar parte de ejército (*ius legioris*). Tienen también derechos privados: derecho a celebrar actos de comercio y a transmitir el título de propietario en los negocios jurídicos (*ius commercii*) y el derecho a formar parte en un procedimiento (*ius actionis*).

- *Latini*

Los miembros de la liga latina (confederación de estados formada por Roma y otras ciudades del lacio, unidas por un tratado llamado *foedus Casianum*, que establecía la situación de los ciudadanos de cada ciudad y las relaciones entre éstas).

Los *latini* no tenían la misma capacidad que los *cives*, la tenían limitada; solo tenían algunos de los derechos como es el *ius commercii* y otros, aunque se discuten cuales.

Tras la ruptura de esta liga latina, algunas ciudades se convirtieron en municipios de Roma, y otras se hicieron ciudades independientes; pero todos los integrantes de estas ciudades continuaron teniendo el estatus de *latini*

y se les llamó *latini prisci*, por ser los más antiguos.

Luego aparecieron también otras categorías de *latini*:

- *Latini colonianrii*, habitantes de las ciudades conquistadas por Roma, quedaban como ciudades independientes, y el estatus de estos era muy parecido al de los *latini prisci*.
- *Latini iuniani*, proceden de una ley que se llamó ley *Iulia Norbana* del año 19 d.C. que otorgaba el estatus de *latini* a los esclavos manumitidos en forma no solemne. Tienen un estatus derivado de los *latini coloniarii*.
- *Peregrini*

Los extranjeros que no eran ni *cives* ni *latini* y que viven en Roma. No tienen derecho a la tutela jurídica, además los *peregrini*, si pertenecían a una comunidad política que estaba en guerra con Roma, podían caer en esclavitud; si pertenecían a una comunidad política con la que Roma si tenía relación, pues si se les otorgaba una cierta capacidad jurídica, como el *ius commercii* y el *ius conubii* (derecho a contraer matrimonio válido).

- Modo de adquirir la ciudadanía romana
 - Por nacimiento: si el padre y la madre son romanos, es decir, existe un *matrimonium inustrum*; si se trata de un *matrimonium iniustrum* (entre personas que no tiene el *ius conubii*), sólo se adquiere la ciudadanía romana si la madre es romana en el momento del nacimiento, aunque esto cambió a favor de la adquisición de la ciudadanía romana.
 - Mediante una ley especial.
 - Mediante concesión: mediante una ley se podía conceder la ciudadanía a las personas que lo solicitasen; también el Emperador podía conceder la ciudadanía, por ejemplo, en época de Julio César, se concede la ciudadanía a todos los habitantes de Sicilia, finalmente la disposición más importante es la del emperador Caracalla del año 212 d.C. por la que se concede la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.
- Modo de perder la ciudadanía
 - Cuando se cae en esclavitud.
 - Por otras causas como la *interdictio aquae et igni* (la prohibición del agua y fuego), llamada muerte civil, esta prohibición es una condena que se imponía cuando se perdonaba a alguien al que le correspondía la pena capital; se le permitía que huyera al extranjero y se prohibía el regreso y en consecuencia el reconocimiento de sus derechos.

3.3. *Status familiae*

Se refiere a la posición que ocupa una persona dentro de la familia; hay dos posiciones:

- *Sui iuris*

Personas independientes del padre de familia.

- *Alieni iuris*

Personas dependientes del padre de familia, no tienen plena capacidad jurídica. Hay tres tipos de *alieni iuris*:

- *In potestate*: personas sometidas a la patria potestad del padre: hijos propios y extraños que entran en la familia por adopción o *adrogatio* (cuando un padre de familia entra en otra familia como hijo y

queda *in potestate* del padre de familia).

- *In manu*: mujeres que entran en la familia por matrimonio.
- *In mancipio*: personas que se entregan al poder del padre de familia por determinadas circunstancias, como la reparación de un daño (en vez de reparar el daño se entrega al causante del daño), esto se llamó *deditio in noxa*.

3.4. *Capitis deminutio*

Dentro de estos tres estatus, puede haber situaciones de disminución de capacidad (*capitis deminutio*); hay tres modos.

- *Capitis deminutio máxima*

Incapacidad que existe cuando se pierde la libertad, por ejemplo si se cae en esclavitud.

- *Capitis deminutio media*

Cuando no se pierde la libertad pero sí la ciudadanía.

- *Capitis deminutio mínima*

Cambia la posición dentro de una familia. La forma típica es la *adrogatio*, un padre de familia pasa a formar parte de otra familia en posición de hijo. También la emancipación y la adopción, aunque no son verdaderas incapacidades, ya que en la emancipación un hijo se libera de la patria potestad del padre y mejora su posición; y en la adopción, un menor de edad sigue en la posición de hijo, sólo que cambia de familia. Las dos últimas son incapacidades sólo formales, no reales.

II.– El proceso romano

TEMA 4: Introducción al estudio del proceso romano

4.1. De la justicia privada a la Administración Pública de justicia

Al principio el proceso romano consistía en una actividad privada del individuo contra aquel que le había ocasionado una lesión física o patrimonial. En la esfera del Derecho penal la venganza, única sanción aflictiva y reparadora, se ejerce al principio sin limitación alguna.

El Estado interviene pronto para limitar y regular la reacción privada. Ley del Talión, donde se faculta al sujeto pasivo de una lesión física o patrimonial para irrogarle a su autor la misma lesión; se limita la venganza a los límites de la ofensa.

Después se admite que la víctima pacte con el ofensor un rescate de la venganza a cambio del pago de una cantidad al ofendido. (Composición voluntaria).

Finalmente, el Estado impone de un modo coactivo esta composición al fijar la cuantía de la pena pecuniaria que se debe satisfacer al sujeto pasivo. (Composición legal).

En suma, al término de esta evolución, la autoridad pública va a monopolizar la función de administrar justicia, reservándose el poder de resolver las controversias que se suscitan en el seno del Derecho privado.

Con todo, persisten huellas de la primitiva fase de venganza o justicia privada. La autotutela de los derechos no aparece, en principio, prohibida por el ordenamiento jurídico romano; muy al contrario, se encuentran

casos abundantes de aplicación de la justicia privada en sus dos aspectos activo y de resistencia.

4.2. Conceptos previos

- Proceso y relación procesal

Proceso significa una serie de actos condicionados el uno por el otro ordenados por una norma que regula su realización. En el ámbito jurídico, llamamos proceso a la sucesión de actos relacionados entre sí y reglados conforme a una ley, imprescindibles para el ejercicio de los derechos. La palabra procedimiento alude con más propiedad a los aspectos externos del proceso mismo.

El Derecho procesal se centra sobre todo en la forma. La determinación de los modos con los que deben ser realizados los actos procesales (formas procesales) ha estado vinculada de manera inexorable al proceso, ya que constituye uno de los soportes básicos de la seguridad jurídica.

La relación procesal es un vínculo formal que surge justamente cuando queda trabada la litis, esto es, en el momento del comienzo del litigio, y une a las partes intervinientes en el proceso, derivándose una serie de derechos y obligaciones.

- Jurisdicción

La presencia del Estado dentro de la relación procesal se pone de manifiesto a través de la jurisdicción.

Con el término *iurisdictio* las fuentes romanas hacen referencia al poder *ius dicere*, esto es, de pronunciar con efectos vinculantes respecto de las partes, una regla de Derecho o de aplicar una regla existente. Comprende, en sentido amplio, toda la actividad de tutela o protección jurídica que en el orden civil un magistrado pueda llevar a cabo.

Algunos autores han concretado la función jurisdiccional del magistrado en los *tria verba legitima*, expresados en infinitivo (*dare, dicere* y *addicere*) o en indicativo (*do, dico* y *addico*). La primera (*dare*) indicaría la declaración con la que el magistrado concede un medio de defensa y de tutela con carácter definitivo o transitorio. La actividad expresada con el término *dicere* es incierta, el magistrado puede fijar la normalidad procesal, publicando reglas o normas jurídicas generales a través de edictos o resolver o regular una cuestión litigiosa. *Addicere* sería el acto del magistrado de añadir a la declaración de la parte su pronunciamiento autorizado.

- Acción y derecho subjetivo

Al problema de cómo exigir la reparación de un derecho subjetivo lesionado se puede contestar que esa reparación se pide presentando una acción, es decir, actuando.

En las fuentes romanas, el concepto de acción se define como derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe (*ius persequendi iudicio quod sibi debetur*). Los romanos concebían la acción bajo el aspecto de un *ius*, de un poder. La acción no se concibe sin la preexistencia de un derecho subjetivo; el derecho subjetivo es el derecho al cual le corresponde una acción para defenderse.

4.3. Distintos tipos de procesos ordinarios civiles

La romanística distingue, básicamente, dos categorías de procedimientos civiles.

El primero, *ordo iudiciorum privatorum*, también denominado *iudicia ordinaria*, abarca los dos procedimientos normales en que se sustancia el proceso privado durante la época clásica: el procedimiento de

las *legis actiones* y el procedimiento formulario. Su característica fundamental radica en la bipartición del proceso. Éste se divide en dos fases bien diferenciadas: la primera (*in iure*), ante el magistrado, que culmina con la *litis contestatio*, acto central del proceso; y la segunda (*apud iudicem*) que se desarrolla ante el juez privado, quien emite su opinión (*sententia*) sobre la cuestión debatida en juicio. El procedimiento de los *iudicia ordinaria* era el procedimiento normal en Roma.

Con carácter excepcional aparece la *cognitio extra ordinem*, que se desarrollaba íntegramente ante el magistrado y que, al principio coexiste con el *ordo iudiciorum privatorum*, de ahí su calificativo de extraordinaria.

Se produce un decaimiento progresivo del *ordo iudiciorum privatorum* y su sustitución por la *cognitio*, con lo que ésta se convierte, a finales del siglo III, en régimen ordinario.

4.4. La administración de la justicia en Roma

Tiempo. La justicia se administraba únicamente en determinados días (*dies fasti*). Los días inhábiles (*nefasti*) tenían en cuenta las diferentes festividades.

Lugar. En la ciudad de Roma se administraba justicia en una parte del Foro, donde también se reunían los *comitia*. Allí se emplazaba sobre una plataforma (*tribuna*) la *sella curulis* en la que se sentaba el magistrado. En la época imperial pasa a actuar en locales cerrados (*basilicae*) o en la misma cancillería. Fuera de Roma, se administraba justicia en la capital.

Modo. En los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum* las actuaciones procesales se desarrollaban normalmente de forma oral. Al principio sólo en latín, pero posteriormente se admite progresivamente el griego en las sentencias. En la *cognitio* se va requiriendo cada vez más el escrito.

TEMA 5: El procedimiento de las *legis actiones* (acciones de la ley)

5.1. Nociones generales

El origen de estas antiguas vías litigiosas es difícil de precisar.

Gayo testimonia una doble explicación de la locución *legis actiones*; dice que se llama así bien porque fueron introducidas por la ley, pues aún no existían los edictos del pretor, de los que luego han salido tantas acciones, bien porque las palabras que debían ser pronunciadas en ellas se acomodaban estrictamente a los términos de las leyes, cumpliéndose con el mismo rigor con que se observaban aquéllas, hasta el punto de que el error más nimio acarrearía la pérdida de litigio.

Parece más lógica la segunda afirmación de ligar la expresión *legis actiones* al significado del vocablo *lex* como rito o fórmula verbal o solemne.

5.2. Clases

Las cinco *legis actiones* que nos transmite Gayo suelen ser agrupadas en declarativas: que sirven para plantear y resolver un litigio y ejecutivas: que son formas de ejecución de una sentencia judicial ya pronunciada o de supuestos análogos.

• Declarativas

El que pretenda ejercitar una *legis actio* debe, en primer lugar, citar al demandado ante el magistrado. Este acto de citación es la *in ius vocatio*, en el que no interviene el magistrado. El demandante se dirigía al

demandado y le conminaba oralmente para que le acompañase a juicio. Si el *vocatus* (el llamado a juicio) rehusaba ir, el demandante, tras invocar la presencia de testigos, podía echar sus manos sobre él, conduciéndolo por la fuerza (*manus iniectio*) ante el magistrado. Únicamente el demandado podía sustraerse a los efectos de la aprehensión corporal presentado un *vindex*, persona amiga, que garantiza su comparecencia *in iure* el día fijado y que respondería personalmente, caso de que el reo no se presentase. La rigidez de la primitiva *in ius vocatio* se explica porque era indispensable la presencia de las partes para el desarrollo del procedimiento de las *legis actiones*.

Comparecientes ambas partes, en tiempo y lugar adecuado, tenía lugar el primer debate contradictorio. El actor solicitará del magistrado la vía litigiosa adecuada (*editio actionis*) y el demandado, podría o bien negar la pretensión del actor o bien allanarse y ceder ante la misma, con lo cual el litigio finalizará en ese mismo instante al faltar la contradicción de intereses. En el supuesto de que el demandado opte por defenderse y continuar el litigio, a la vista de las alegaciones de las partes, el magistrado concederá o denegará la acción solicitada (*dare o denegare actionem*) y, en caso afirmativo, decretaría el nombramiento del *iudex*. Acto seguido se efectúan los actos rituales y solemnes que constituyen la *legis actio* que hace valer el demandante. Es el momento central del litigio, de ahí la exigencia de la presencia de testigos que garanticen el cumplimiento de tales rígidas formalidades. Este acto recibe el nombre de *litis contestatio* y persigue como finalidad esencial la fijación de los términos del litigio.

La segunda fase del pronunciamiento (la etapa *apud iudicem*) tiene como finalidad primordial practicar la prueba de los hechos alegados por las partes ante el *iudex*, quien, en vista del criterio que sobre ellos se forme, falla el litigio emitiendo su opinión o sentencia.

- *Legis actio sacramento*

Esta acción de la ley constituye la forma más general e importante de enjuiciar en el procedimiento de las *legis actiones*. Era la vía litigiosa usada para hacer valer derechos subjetivos de toda clase, salvo para aquellos que requieran un procedimiento específico. La *legis actio sacramento* presenta dos modalidades, concordantes con las pretensiones que pueden hacerse valer mediante ella: *in rem*, cuando se ejercita para afirmar los derechos absolutos del *paterfamilias* sobre las cosas y personas a él sometidas, e *in personam*, cuando tiene por objeto la afirmación de un derecho de crédito.

En la *legis actio sacramento in rem*, demandante y demandado comparecían ante el magistrado portando la cosa objeto del litigio (si era un inmueble o una cosa que no podía transportarse fácilmente, bastaba con llevar un fragmento o símbolo de la misma). Ambos litigantes afirmaban solemnemente sus derechos, pronunciando las mismas palabras y tocando la *res* litigiosa con una varita que simbolizaba la propiedad civil sobre la cosa. Luego depositaban una cierta suma llamada *sacramentum* que pierde aquel cuya afirmación resulta fallida. Surgía por tanto, la necesidad de una decisión arbitral o judicial. El pretor procedía luego al nombramiento de juez. El fallo del juez se basa precisamente en el *sacramentum*.

La tramitación de la *legis actio sacramento in personam* nos es mucho menos conocida. La aparición de los créditos obligaron a la *interpretatio*, a buscar una nueva tramitación en la que el demandante no tuviera que afirmar, como lo venía haciendo en la *legis actio sacramento in rem*, que aquel deudor era suyo. El actor sería el que iba a hacer una solemne declaración de su derecho de crédito conminando al demandado a que lo reconociera o lo negara. En el primer caso (*confessio in iure*) el demandado queda equiparado al juzgado y condenado, mientras que si se oponía se discutía su pretensión en el proceso.

- *Legis actio per iudicis arbitrive potestatem* (acción de la ley por petición de un juez o árbitro)

Esta vía litigiosa solo puede ejercitarse en casos determinados fijados expresamente por la ley: para reclamar deudas surgidas de una promesa solemne o *sponsio*; para la división del patrimonio hereditario; y para instar la división de la cosa común. En tales supuestos no es preciso acudir al *sacramentum*, exponiéndose a los

riesgos procesales que lo acompañan, sino que el actor se limita a afirmar su derecho invocando la causa jurídica del mismo; si el demandado se opone al derecho del actor éste hace un requerimiento al magistrado para que nombre un juez o un árbitro si se quiere valorar la cuantía de la prestación. El hecho aducido en la demanda debe ajustarse a la letra de la ley y, por tanto (so riesgo de perder el litigio), debe exponerse en idénticos términos.

- *Legis actio per condictionem*

Es la más moderna. Era para las reclamaciones de cantidades ciertas de dinero, o a todas las que recaigan sobre una *certa res*. Se trata de un campo de aplicación que coincide con el de la *legis actio sacramento in personam* (reclamaciones crediticias) y de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (deudas nacidas de la *sponsio*); con todo presenta indudables ventajas. En primer lugar se trata de una acción de la ley de carácter abstracto que no especifica en el momento de formalizarse el litigio, ya que el actor se limita a indicar al cuantía adecuada, debiendo probar *apud iudicem* por qué el demandado le debe dar lo reclamado. Su procedimiento debía ser más rápido y menos costoso: el demandante declaraba solemnemente que el demandado le debía una determinada cantidad o una cosa concreta y le preguntaba si lo admitía o lo negaba. Si lo reconocía queda equiparado al *iudicatus*, si lo negaba el actor lo emplazaba a presentarse de nuevo ante el pretor para el nombramiento del *iudex* encargado de fallar el litigio.

- **Ejecutivas**

En estas acciones de ejecución no se solicita del magistrado, sino la satisfacción de un derecho patente y demostrado. Si el demandado es condenado y se niega a cumplir con los términos de la sentencia, es de todo punto lógico que el demandante disponga de una vía litigiosa que le permite ejecutar por sí mismo estos derechos.

- *Legis actio per manus iniectioem*

En época histórica se nos presenta como un procedimiento judicial que se desarrolla ante el magistrado y en el que el actor solicita de éste autorización para ejecutar sus derechos sobre la persona del deudor. Casos de aplicación de las *manus iniecto*:

- Ante todo, cuando existan deudas de dinero reconocidas por una sentencia. Se le denomina *manus iniecto iudicati*. Al *iudicatus* se le equipara el demandado que confiesa su deuda *in iure* (*confessus*).
- Se añadió otros casos donde se podía hacer valer la *manus iniectio* sin necesidad de juicio declarativo previo. Se trata de créditos privilegiados que facultan para el ejercicio de la *manus iniectio* como si el deudor hubiera sido juzgado (*manus iniectio pro iudicato*).

La tramitación del procedimiento se desarrollaba así: transcurridos treinta días desde que se dictara la sentencia o desde la *confessio*, el actor, tras realizar la *in ius vocatio*, acude ante el magistrado y, en su presencia, echándole la mano al demandado, le intima mediante una declaración solemne como condenado y reo de ejecución. El demandado no puede oponerse por sí mismo a esta situación, pero puede intervenir en su lugar otra persona llamada *vindex* que asume su defensa y discute en el proceso si estaba o no justificado el ejercicio de la *manus iniectio*. La intervención del *vindex* libera definitivamente al demandado. Si el *vindex* no lograba salir victorioso es condenado a abonar el doble del importe de la deuda.

Si no presenta un *vindex* para interceder por el deudor, sigue la tramitación del procedimiento. El magistrado pronunciaba la *addictio* que facultaba al acreedor a llevarlo a su casa y tenerlo allí atado y cargado de cadenas y si, después de tres pregones consecutivos, transcurridos sesenta días ningún pariente o amigo se ofrece a rescatarlo pagando la deuda, el ejecutante podía vender al deudor como esclavo fuera de Roma o darle muerte. Cuando había varios acreedores, se admite que puedan repartirse en pedazos su cuerpo en proporción a la cuantía de sus respectivas deudas. Se refiere a una época antiquísima pronto superada.

- *Legis actio per pignoris capionem* (*pignos* = prenda / *capere* = coger)

Se trata de una acción que permite la ejecución de los bienes del deudor, sin necesidad de sentencia judicial. Se diferencia de la anterior en que la *pignoris capio* no se da nunca un apoderamiento sobre la persona del reo, sino sobre sus bienes. Los casos en que procede pertenecen al Derecho público y entre ellos figuran los créditos del rematante de impuestos sobre tributos y contribuciones. La demanda, en estos supuestos, lleva aparejada la *pignoris capio*, que le infunde una eficacia ejecutiva directa, de carácter penal, sobre los bienes del deudor, suponiendo que éste se allane al embargo, o el correspondiente proceso (*actio*), si se resiste a él.

Esta vía litigiosa de remota antigüedad desapareció más bien pronto.

5.3. Valoración de conjunto

Estas *legis actiones* tenían un excesivo formalismo que se llevaba al extremo de que el mínimo error en el pronunciamiento de los *certa verba* hacía perder el litigio. Además, estas vías litigiosas no cubrían las crecientes necesidades del tráfico jurídico derivadas de la expansión territorial y comercial romana. Solamente un corto electo de derechos gozaban de privilegio de engendrar por vía directa, una *legis actio*; los demás deben hacerse valer por la *legis actio sacramento*, que es la única posible para defender aquellos derechos que no tengan la categoría de privilegiados. Además estas acciones no eran accesibles a los peregrinos. La única solución a estos defectos vino imponiéndose con la introducción del nuevo procedimiento *per concepta verba, id est per formulas*.

TEMA 6: El procedimiento formulario: nociones introductorias

6.1. Origen y características del procedimiento formulario

El procedimiento formulario es el segundo de los que integran el *ordo iudiciorum privatorum*; constituye el cauce procesal típico de la época clásica.

El tránsito del procedimiento de las *legis actiones* al formulario tuvo lugar de forma gradual, de ahí que esta nueva vía litigiosa coexistiese al principio con aquel viejo modo de litigar. Sólo a través de una evolución progresiva se produjo la abolición total del arcaico procedimiento de los *certa verba* y su sustitución por los *agere per formulas*.

La mayoría de los romanistas sitúan el origen del procedimiento formulario en los procesos entre extranjeros que se sustancian ante el tribunal del pretor peregrino.

Se introduce la práctica de redactar esta pauta por escrito: el pretor fija los términos de la cuestión, ordenando al tribunal en virtud de su *imperium* que, en vista de las circunstancias, condenase o absolviese. Estas instrucciones redactadas por escrito reciben el nombre de *formulas*, por concretar el litigio en términos breves.

Las ventajas que se derivaban de la aplicación de este nuevo procedimiento facilitaron su pronta acogida por el pretor urbano, para dotar protección a situaciones no tuteladas por el *ius civile*.

En el 130 a.C. se abolió la *legis actio per condictioem* y se sustituyó por una *condictio* formularia. A base de una simple fórmula. Los pretores, valiéndose de su *imperium*, crean nuevas acciones formularias y, cuando el interés de los particulares lo exigía, recurrían a la ficción del cumplimiento de los ritos de la acción de la ley, con lo que en la práctica las fórmulas desplazan paulatinamente a las otras *legis actiones*. Las *legis actiones* subsisten sólo en dos casos: en los llamados procesos de jurisdicción voluntaria, que no suponen una auténtica controversia, ni dan lugar a la designación de un juez; y en los procesos que se tramitaban ante el tribunal de los centunviro.

La característica más representativa del procedimiento formulario estriba en la bipartición del litigio en dos fases: la fase *in iure* y la *apud iudicem*. La primera se desarrollaba ante el pretor, titular del órgano jurisdiccional, quien teniendo en cuenta las alegaciones de las partes concedía o denegaba la *actio* solicitada, fijando y definiendo los límites de su protección. Esta fase culmina con la redacción por escrito de la fórmula que luego pasa al juez privado. En la segunda parte, presidida por el *iudex*, tendrá lugar la prueba de los hechos que sirvan de base a la futura sentencia.

Otra nota distinta del *agere per formulas* era que la sentencia del juez sólo podía consistir en la absolución del demandado o en la condena de éste al pago de una cantidad de dinero. No cabrá un contenido diferente, ni la realización de una actividad concreta, ni la restitución de una determinada cosa o disposiciones que debe cumplir el demandante.

6.2. La organización judicial

• Magistrados

Se necesita crear una magistratura para las controversias *inter cives et peregrinos*. Pretor urbano y pretor peregrino presidían y encauzaban el proceso en la fase *in iure*, sin limitación alguna respecto de la cuantía del litigio. También dentro de la ciudad de Roma los ediles curules tuvieron *ius dicere* en el ámbito de determinadas competencias especiales, sobre todo relativas a actividades de índole mercantil efectuadas en los mercados.

El lugar de la administración de justicia era en la ciudad de Roma el foro, allí se colocaba la silla curul (*sella curulis*) sobre una plataforma o estrado (*tribuna*), desarrollando su actividad el magistrado investido con la toga pretexta. Los ediles curules desarrollaban sus funciones jurisdiccionales en el mercado.

Fuera de Roma, la actividad de *ius dicere* se desenvolvía en la capital de la provincia o del municipio.

Las sesiones eran públicas y se desarrollaban en latín. Persiste la vieja distinción entre días hábiles (*dies fasti*) y días inhábiles (*dies nefasti*).

• La competencia y los demás límites de la *iurisdictio*

Dada la multiplicación de magistraturas jurisdiccionales, se hizo necesario fijar una esfera de actuación para cada uno de ellos, sus esferas de competencia. La competencia es la atribución de un determinado litigio a un concreto órgano jurisdiccional. Tal atribución puede obedecer a diversos motivos:

- A que el ordenamiento jurídico le asigne competencia a un magistrado especial.
- A la voluntad expresa o tácita de las partes. Los litigantes pueden acordar someterse a un órgano jurisdiccional determinado siempre que sea el competente por razón del territorio.
- Al territorio donde el magistrado ejerce su *iurisdictio*. El criterio general es el de asignar la competencia la magistrado del domicilio o del lugar de origen del demandado según la máxima de que el actor sigue el fuero del reo (*actor sequitur forum rei*). Caso de que sean distintos el domicilio y el lugar de origen, el actor podrá elegir entre ambos. Otro criterio es del *forum contractus*, es decir, del lugar en que se hallan las cosas litigiosas. En el ámbito de los delitos público y privados, las fuentes declaran competente al órgano jurisdiccional del lugar donde fue perpetrado el delito (*forum delicti commissi*).

Si la acción se tramita ante un magistrado incompetente, todas las actuaciones procesales son nulas de pleno derecho.

• Jueces

Al juez se le encomienda el conocimiento de la segunda etapa del proceso. Se trata de un particular (*iudex privatus*), nombrado especialmente para cada proceso y cuya tarea finaliza con el pronunciamiento de la sentencia. El juez desempeña sus funciones con total libertad e independencia, estando limitado únicamente por el principio de fidelidad de la fórmula que le obliga a no salirse del marco exacto que le marca su estructura lógica.

Las partes podían ponerse de acuerdo en que fuese juez una persona determinada, mientras tuviera condiciones mínimas de capacidad. Normalmente se elegía una de las personas que figuraban en la lista de jueces posibles (*album iudicium*) que confeccionaba y publicaba anualmente el pretor, junto con el edicto para el año de su magistratura.

Si las partes no se ponían de acuerdo, se sorteaba un nombre de aquella lista. Siempre se podía recusar al juez si concurría alguna circunstancia que así lo exigiera, como, parentesco próximo, amistad íntima o enemistad con una de las partes.

Ordinariamente el *officium iudicis* lo desempeñaba un órgano unipersonal. Unas veces se trataba del *unus iudex* y otras del *arbiter*. Cuando en el litigio se reclamaba pecunia certa, dinero concreto y cierto, había que nombrar un *unus iudex*; si la reclamación era *incerta* el juzgador debería ser un *arbiter* (debía estimar la cantidad).

En acciones que revisten un especial interés público, el edicto pretorio preveía el nombramiento de un tribunal colegiado de *recuperatores*. Estaba compuesto de tres o más miembros, siempre en número impar, y se elegía del mismo modo que los jueces unipersonales. El origen de este tribunal parece residir en los litigios de carácter internacional, para cuya solución se nombraban tribunales mixtos de romanos y ciudadanos del pueblo en conflicto.

6.3. Clases de acciones

Una de las características más destacables del procedimiento formulario, en comparación con las *legis actiones*, es la existencia de tantas acciones como derechos subjetivos protegidos o situaciones de hecho amparadas por el pretor. Hay pues una neta correspondencia entre derecho y acción: hay derecho subjetivo en tanto en cuanto existe una acción que lo protege.

Esta multiplicidad de acciones fue objeto de clasificaciones y divisiones:

• Acciones civiles y pretorias

Las primeras tutelaban una relación jurídica reconocida por el *ius civile*. Las segundas fueron introducidas por los magistrados jurisdiccionales, especialmente los pretores, para proteger una relación no contemplada por el *ius civile*. Entre las acciones pretorias:

- *Actiones in factum* (hecho): son las más genuinamente pretorias. Mediante ellas el pretor tutelaba una relación fáctica carente de protección por el *ius civile*.
- *Actiones ficticiae* (ficticias): eran acciones en cuya fórmula el pretor, en aras de la justicia, ordenaba al juez que fingiera la existencia de un hecho que en realidad no existía o que diese por inexistente uno que se había producido realmente
- Acciones con transposición de personas: mediante ellas se obtiene que el destinatario de la sentencia sea una persona distinta del titular de la relación jurídica controvertida; en la *intentio* de la fórmula figura el nombre del demandante y en la *condemnatio* aparece otra persona distinta sobre la que recaerá la sentencia judicial. Esto es habitual en la representación procesal.

• Acciones reales y personales

Actiones in rem son las que se ejercitan por quien se presenta como titular de un derecho subjetivo real. Demandante y demandado están determinados en virtud de una relación con la cosa litigiosa. En la *intentio* aparece el derecho del demandante sobre la cosa, en la *condemnatio* el nombre del demandado.

Las *actiones in personam* están dirigidas a la protección de un derecho de crédito. Demandante y demandado son individualizados sobre la base de una relación obligacional existente entre ellos. De ahí que en la *intentio* de la fórmula figuren *nominatim*, esto es, designados por sus propios nombres.

- **Acciones reipersecutorias, penales y mixtas**

De los actos ilícitos surgen una serie de acciones que se dividen en *reipersecutoriae*, cuando persiguen la reintegración patrimonial del perjuicio ocasionado; *poenales*, que son las que tiene por objeto el pago de una *poena* pecuniaria, como reparación del agravio sufrido y sin tomar en consideración la pérdida causada en el patrimonio de la víctima del delito; *mixtae*, que son las acciones que persiguen a la vez uno y otro fin.

- **Acciones privadas y acciones populares**

Las *actiones privatae* son las que se otorgan a los particulares para la tutela de sus derechos subjetivos privados y únicamente pueden ser ejercitadas por la persona concreta que ha sido lesionada en sus propios intereses. Frente a ellas se alzan las *actiones populares*, concedidas a cualquier ciudadano que lo solicite para la tutela de intereses públicos.

- **Acciones de buena fe y de derecho estricto**

En las *iudicia bonae fidei* las facultades del juzgador son muy amplias y deberá tener en cuenta, además de las normas jurídicas, todo aquello que sea conforme a la equidad y a la buena fe. Por el contrario, en los *iudicia stricti iuris*, el juez debe fallar ateniéndose precisa y taxativamente a lo prometido o pactado por las partes.

- **Acciones in bonum et aequum conceptae**

Presentan ciertas analogías con los *iudicia bonae fidei*, sobre todo porque también en las *actiones in bonum et aequum conceptae* el arbitrio judicial es más amplio que en las acciones de derecho estricto y concediéndosele al juez la facultad de fijar la extensión de la condena en cuanto considere equitativo y justo. El juez en este caso únicamente goza de amplio arbitrio en lo relativo a la fijación de la condena.

- **Acciones arbitrarie**

El demandante vencedor en un litigio que deseaba le fuese restituida la posesión de su cosa obtenía en lugar de ella una condena de dinero. Para evitar este inconveniente, el magistrado, mediante la cláusula arbitraria que permite al juez dirigir al demandado la orden de restituir o exhibir la cosa, evitando de este modo la condena pecuniaria. Si el demandado obedece el mandato del juzgador quedará absuelto, si no lo acata será condenado, pero la *litis aestimatio*, esto es, la fijación del valor de la cosa, será efectuada por el juez sobre la base de la tasación establecida por el demandante mediante juramento que resultaba siempre más elevada al valor efectivo de la cosa.

6.4. Capacidad y legitimación procesal

Las partes litigantes son siempre, al menos, dos. Quien asume la iniciativa del proceso era el *actor*. El actor no era necesariamente el titular del derecho que pretendía hacer valer en el litigio; actor era quien actuaba en juicio y verificaba los actos procesales.

A su vez, las fuentes designan al adversario, *reus*. Además de la noción de demandante y demandado existía

un término comprensivo de ambos que, normalmente, era el de litigantes o litigadores.

La bilateralidad, característica del procedimiento formulario, supone que las partes sean dos y que, además, se encuentren contrapuestas una a la otra, la primera en posición de actor y la segunda de demandado. Pero existen algunos litigios en los que tal bilateralidad no se daba o estaba fuertemente atenuada. Tal sucede en los *iudicia duplicia*, de los que constituyen ejemplos típicos los juicios divisorios de un patrimonio común. Aquí no hay contraposición de intereses; las partes tenían una actividad paralela: la expectativa de obtener la división de la cosa común.

Ahora bien, no toda persona puede intervenir en el proceso civil romano, para ello se necesita una determinada idoneidad que los procesalistas modernos denominan capacidad procesal y que podemos definir como la aptitud abstracta que ha de poseer una persona para poder intervenir como parte en cualquier clase de proceso.

Gozaban de capacidad procesal los ciudadanos romanos. Únicamente podía incoar válidamente un litigio quien ostentase la cualidad de *paterfamilias*, las personas *in potestate*: esclavos, hijos de familia y los sometidos a tutela como mujeres o los impúberes carecían de capacidad procesal. Sin embargo, esta regla fue cayendo en desuso. Concretamente, por lo que hace a los *filiifamilias*, ya en época clásica se les admite como demandados en el litigio y los pretores le confieren capacidad procesal para interponer *actiones in factum*. La mujer *sui iuris* debería intervenir en los *iudicia legitima* asistida por su tutor. Los esclavos únicamente tenían capacidad procesal para litigar contra sus dueños cuando éstos les hubiesen dispensado malos tratos y contra otras personas para pedir la ejecución de un fideicomiso en el que hubiera sido ordenada su manumisión.

Pero las partes, además de la capacidad procesal, necesitan para intervenir en un proceso concreto y determinado una aptitud específica que se denomina legitimación. Mientras que la capacidad procesal es un concepto genérico y abstracto requerido para la incoación de cualquier proceso, la legitimación era la aptitud concreta para ser parte de una determinada controversia, presupone, en consecuencia, una relación con la cuestión litigiosa. Desde el punto de vista del actor se habla de legitimación activa, y pasiva desde la posición del demandado. La legitimación es directa si el actor o el demandado eran la parte del litigio, indirecta si quien actuaba o aquel contra quien se actuaba no eran parte de la controversia sino que litigaba valiéndose de un representante.

6.5. La representación procesal

Se produce siempre que una tercera persona interviene en el litigio en nombre de los verdaderamente interesados, bien sea el actor o el demandado. El representante actúa en el proceso *nomine alieno* (en nombre ajeno), al asumir la condición de parte sustituye al representado en la relación jurídica procesal. De ahí que le afecten directamente las consecuencias de la sentencia. El titular de la relación jurídica material (el representado) recibe el nombre de *dominus litis* (dueño del litigio) y podrá luego exigir de su representante la pertinente rendición de cuentas. En la *intentio* figura el nombre del representado mientras que en la *condemnatio* se constata el del representante, ya que se hizo en cierto modo parte litigante.

La representación procesal estaba totalmente generalizada en los litigios; sin embargo, en tiempo de las *legis actiones* se exigía, generalmente, la comparecencia personal de las partes, salvo en ciertos casos excepcionales:

- *Pro populo*: si un *civis* ejercitaba una acción popular se entendía que actuaba en nombre del pueblo.
- *Pro libertate*: cuando alguien litigaba en nombre de un esclavo para reclamar su libertad.
- *Pro tutela*: en el caso de que el tutor actúe en nombre del pupilo.
- *Ex lege Hostila*: cuando una persona actúe en nombre de otra, víctima de un *furtum*, que se encuentra ausente *rei publicae cause* (en misión oficial) o en calidad de prisionero de guerra.

En el proceso formulario, además de los casos citados que podemos calificar de representación legal o necesaria, existen supuestos de representación voluntaria. El más antiguo es el *cognitor*, representante acreditado cuyo nombramiento se verifica delante de la parte contraria, por un mandato expreso y utilizando palabras solemnes. El *cognitor* actúa como titular de la relación jurídica procesal y será parte en el litigio; así la sentencia recaerá a favor o en contra del *cognitor* y no del representado, que puede ser tanto el actor como el reo.

Si el *cognitor* actúa como demandante, llegada la *litis contestatio* se produce la consumición de la acción y si la sentencia le es favorable podrá ejercitar la pertinente *actio iudicati* para obtener su ejecución.

En el supuesto de que el *cognitor* actúe como demandado, deberá soportar las consecuencias gravosas o no de la sentencia. Para evitar el riesgo de que el actor pueda encontrarse con que el *cognitor* sea insolvente, el demandante le exige al demandado que preste la *cautio iudicatum solvi* (garantía de que el juzgado va a pagar), garantiza que será el demandado quien asumirá los resultados de la sentencia.

Además de esta representación solemne, el procedimiento formulario contempla otro supuesto en el que una tercera persona interviene en el litigio en nombre de los realmente interesados. Esta figura comprende el administrador general de todos los bienes de un patrimonio (*procurator omnium bonorum*).

La carencia de un mandato solemne y expreso de las partes determina que el adversario no puede nunca estar realmente seguro respecto de si el *procurator* actúa o no en nombre del otro litigante y, si el *procurator* actúa como demandante no consume la acción, por lo que permanece el riesgo de que le representado vuelva a plantearla. Para obviar estos inconvenientes, el *procurator* del demandante debe prestar la *cautio de rato*, en cuya virtud garantiza a la parte contraria que su representado ratifica en todo su gestión, por lo que el resultado del proceso será definitivo.

Si el demandado actúa mediante *procurator*, solo será aceptado si presta la *cautio iudicatum solvi*, esto es, si garantiza el pago de la eventual condena.

La progresiva atenuación del requisito del mandato formal y solemne del *cognitor* provocó una paulatina asimilación de las dos figuras de representantes procesales.

6.6. Partes auxiliares y pluralidad de partes

Las partes auxiliares son personas que intervienen en el proceso asumiendo un papel de litigantes secundarios y prestando ayuda a una de las partes, por el interés que tienen en que la controversia se resuelva en su favor. Como en el caso de que el comprador se vea reclamado por un tercero que afirma ser el propietario de la cosa.; en tal caso si es vencido en el proceso, deberá entregar la cosa comprada al demandante, pero puede dirigirse contra el vendedor para exigirle la correspondiente indemnización. Así que está claro el interés del vendedor en que el comprador no sea vencido en el proceso reivindicativo de la cosa vendida.

Otro caso es el de la pluralidad de partes o litisconsorcio que se daba cuando, aun siendo única la relación jurídica sustancial, había varios sujetos en el papel de demandante o demandado; sucedía en las servidumbres donde uno fundo podía tener varios propietarios, y que si se hacía valer un crédito, cabía la posibilidad de que el mismo correspondiese a varios acreedores o que la deuda gravase a varios deudores. En esos casos el régimen clásico era el siguiente: si se trataba de situaciones divisibles cada uno de los sujetos activos podía actuar individualmente *pro parte* (por su propia parte) y, cada sujeto pasivo ser demandado con arreglo a su parte; así sucede en caso de copropiedad o de obligaciones divisibles; nada impedía, sin embargo, que los interesados actuaran conjuntamente. Si la situación sustancial no era divisible, no era viable litigar *pro parte*, por lo que se atribuía a cada uno el poder de litigar por la totalidad, de modo que la acción de uno contra uno excluía la acción de los demás o contra los demás.

Así, la sentencia obtenida por uno o contra uno de los condóminos en relación con una servidumbre que se refería al fundo común beneficiaba o perjudicaba a los demás.

TEMA 7: La fase *In iure*

7.1. Actos preparatorios

- *Editio actionis* extraprocesal (publicación de la acción)

El edicto del pretor recoge el deber del demandante de informar al demandado, antes de citarle judicialmente, acerca de la fórmula de la acción que pretende utilizar y los elementos de prueba en que piensa fundamentarla. Obliga al actor a avisar con tiempo al demandado para anunciarle el litigio y poder, de este modo, preparar su defensa.

Por lo que hace al modo de cumplir la *editio actionis*, hay que destacar que el demandante no puede limitarse a comunicar al demandado la pretensión, en general, que piensa ejercitar contra él, sino el medio procesal concreto que quiere hacer valer; debe, pues, poner en conocimiento del demandado la fórmula procesal exacta con la que piensa encauzar la acción. El actor podía: enviarle al demandado una copia de la fórmula solicitada, dictándole el contenido de la misma; también podía conducir a su adversario ante el pretor y le informase allí, sobre el terreno, la clase de fórmula que pretendía utilizar contra él.

El segundo objeto de la *editio* extraprocesal obligaba al actor a comunicar al demandado los elementos probatorios de tipo documental sobre los que pensaba basar *apud iudicem* su pretensión; esto también tiene el objeto de permitir que el demandado prepare su defensa.

- *In ius vocatio* (Llamada a juicio)

El requerimiento extraprocesal para lograr la comparecencia del demandado ante el magistrado se denomina *in ius vocatio*. La citación compete exclusivamente al actor, pero en el procedimiento formulario la intervención del pretor va a imprimirle un carácter publicístico, dotándola de mayor efectividad.

La *in ius vocatio* consistía en una intimación dirigida personalmente por el demandante al demandado de presentarse ante el magistrado, ya que la ausencia de las partes determinaba la imposibilidad de incoar el procedimiento.

El incumplimiento del deber de comparecencia por parte del demandado ya no legitimaba al demandante para hacer uso de la violencia ejercitando al *manus iniectio*; en los casos en que el demandado desatendiese el requerimiento del actor y era imposible hallar al demandado, el pretor autorizaba al demandante la toma de posesión de los bienes del patrimonio del demandado y a proceder, transcurridos cuarenta días si persiste al incomparecencia, a la venta en pública subasta de todos los bienes embargados.

Una vez que el actor cumplió todos los requisitos de la *in ius vocatio*, si el demandado no quería seguirlo *in ius*, podía presentar un *vindex*, esto es, una persona que garantizase su futura comparecencia. (El *vindex* solo comparecía antes del juicio para asegurar que el demandado comparecería a juicio, no se celebraba el juicio con él).

- *Vadimonium* (Promesa juramentada)

Un nuevo medio para garantizar la comparecencia del demandado. Se trata de una promesa de carácter estipulario (*vadimonium*) por la que el demandado se comprometía a presentarse en el día fijado para iniciar la tramitación del litigio, so pena de tener que pagar la cantidad prometida en caso de incomparecencia. También podía ser realizado por un tercero que se obligaba también en la forma de la *stipulatio* a pagar una suma de

dinero, si el demandado no se presentaba en juicio el día fijado.

7.2. La *causae cognitio* (conocimiento de la causa) del magistrado y su contenido.

Presentes actor y demandado ante el magistrado (personalmente o por medio de sus representantes), se inicia el litigio con una reiteración de la *editio actionis*. El demandante expone de nuevo el contenido de su pretensión y los medios probatorios con que piensa fundamentar *apud iudicem* su pretensión; pero, a diferencia de lo que ocurría en la primera *editio*, esta nueva *editio actionis* se dirige al magistrado y va seguida de la petición de la correspondiente acción (*postulatio actionis*). Acto seguido, el pretor resuelve sobre la admisión o denegación de la acción previo un sumario análisis de los hechos (*causa cognita*).

Si el actor necesitase puntualizar una serie de cuestiones imprescindibles para poder redactar la fórmula con la exactitud necesaria; antes de la *postulatio*, el pretor directamente o el actor (autorizado por el magistrado) podían dirigir procesalmente una serie de preguntas al reo (*interrogationes in iure*); la respuesta dada por el reo se tomará como cierta. Los casos de *interrogationes in iure* más constatados son:

- Si el actor quiere reclamar del heredero un crédito que tuviera con el causante, le interesará precisar previamente si el demandado era heredero del deudor y en que cuota (si era total o heredero conjuntamente con otros).
- Si el actor había sido perjudicado por un daño causado a sus bienes por un esclavo o un animal ajenos y quiere reclamar contra sus dueños; deberá conocer con exactitud si el demandado era o no el dueño del causante del daño.

El magistrado en este momento inicial del proceso exige la prestación de las *stipulationes in iure*, esto es, determinadas promesas caucionales que sirven para asegurar la buena marcha del litigio. Entre las más frecuentes:

- La *satisfactio iudicatum solvi*, que presta el demandado en el caso de que se sirva de un *cognitor* en el proceso, que actúa en su nombre.
- La *cautio de rato*, prestada por el *procurator* del demandante.
- La *cautio iudicatum solvi*, que se presta por el *procurator* del demandado.
- La *satisfactio pro praedes litis et vindiciarum*, por la cual el demandado por una acción real presta garantía de que si es vencido en el litigio restituirá la cosa y sus frutos.

El magistrado podía exigirle al demandado el juramento de que no se opone a la acción *calumniae causa*, es decir, a sabiendas de que no tiene razón. (Para que no alargase el litigio que sabía de seguro que iba a perder).

7.3. Posibles causas de paralización del proceso

La marcha del proceso podía quedar interrumpida por los siguientes motivos:

- El asunto litigioso puede resultar totalmente colapsado si el magistrado desestima la acción (*denegatio actionis*). Esto puede suceder por diversas causas: por la falta en los litigantes de la capacidad o legitimación procesal; también cuando se trataba de supuestos a los que el pretor por motivaciones procesales o de orden público no concedía tutela jurisdiccional (por ejemplo, no hay derecho para que mañana llueva).

La *denegatio actionis* no era absoluta, no implicaba la extinción del derecho del actor, ni tenía el efecto de una sentencia absolutoria para el demandado, ya que el demandante podía esperar a mejor ocasión para volver a pedir la acción.

El error en la hora de redactar la fórmula era muy grave. Así, si no existe adecuación entre lo pedido y lo

realmente debido, el error en la pretensión acarrearía al actor la pérdida del litigio. Tal ocurre en los casos de petición excesiva por parte del demandante (*pluris petitio*) con objeto determinado. La *pluris petitio* puede ser de varias clases: *re*, cuando el actor pide una cantidad mayor de la realmente debida por el demandado; *tempore*, cuando reclama antes de tiempo; *loco* (sitio), cuando se le exige al deudor que pague en lugar distinto del fijado; *causa*, si el actor yerra en la causa de su petición cambiando la razón en la que se fundamenta su pretensión.

En los casos en que le actor pida menos de lo realmente debido (*minus petitio*), no hay consecuencias tan graves, ya que aunque el demandado será condenado sólo a pagar la cantidad erróneamente solicitada por el actor, éste conserva acción para reclamar lo que restaba hasta cubrir plenamente la deuda.

- Las partes, podían alcanzar un acuerdo de transacción (*transactio*) por lo que, mediante recíprocas entregas o promesas formales, acuerdan poner fin al litigio.
- El demandado puede reconocer formalmente la pretensión del actor, allanándose ante el magistrado (*confessio in iure*). Si el demandante ha interpuesto una *actio in rem*, el magistrado atribuye al actor mediante una *addictio* la cosa o el derecho real reclamado. Si era una *actio in personam* que tuviera por objeto una suma precisa de dinero, la *confessio* equivalía a una *condemnatio* y, por tanto, en aplicación del principio *confessus pro iudicato habetur*, el demandante quedaba legitimado para acudir directamente a la vía ejecutiva sin necesidad de pasar por la fase *apud iudicem*. Si la confesión no versaba sobre una cantidad precisa de dinero o de objeto indeterminado, es necesario determinar el importe de la suma o del valor del objeto.
- El juicio también se paraliza por el juramento decisorio de las partes. Consiste en someter la decisión del litigio a un juramento del demandante y del demandado en lugar de confiarlo a la resolución del juez. El juramento prestado por el demandante o el demandado resolvía, sin más, el litigio en cuanto que era considerado como verdadera la declaración del uno o del otro. Así si el demandado presta juramento, el litigio se resuelve a su favor y caso de que el actor vuelva a interponer su acción el pretor la deniega. (Pacto; por ejemplo el demandado debe 500, pactan pagar 300 y no se celebra el juicio; así no hay riesgo de que el demandante pierda o de que el juicio se alargue mucho)
- La ausencia de la contraposición de intereses. Esta situación aparece cuando el demandado asume una actitud totalmente pasiva en el litigio. En este caso, que las fuentes denominan *indefensio*, se hace de todo punto imposible proseguir el proceso. La solución a este problema en la época más antigua fue la de identificar al *indefesus* con el *confessus*, y con posterioridad se va aproximando la situación de *indefesio* a la del reo que se oculta fraudulentamente para sustraerse a las condiciones del litigio, y el pretor opta por la concesión al actor de una *missio in bona* (dar los bienes) con al finalidad de coaccionar al reo a defenderse de un modo conveniente.

7.4. Autorización de la fórmula

Si no se paraliza el proceso, se procede a redactar la fórmula sobre la base del proyecto presentado por el demandante. Puede tratarse de una simple acomodación al modelo abstracto contenido en el edicto o, por estar ante una situación carente de protección jurídica, de una fórmula *in factum* totalmente nueva. La concesión de la fórmula es un acto de *imperium* del magistrado que se efectuaba mediante una disposición especial (*decretum*) en el que el pretor emitía el texto de la fórmula definitiva, adaptada a una cuestión litigiosa. Posteriormente el pretor emite un nuevo *decretum* conteniendo la orden de juzgar e insertando el nombre del juez en la fórmula o *iudicium*.

Esta es la última actividad del pretor.

TEMA 8: La fórmula y la *litis contestatio*

8.1. Estructura y contenido de la fórmula

La fórmula constituye la base de la *litis contestatio* y proporciona al juez la pauta para su decisión. La fórmula contiene, en primer lugar, el nombramiento del *iudex* que deberá dictar sentencia; en segundo término, un breve resumen de la cuestión litigiosa, dirigida al juez para que condene al demandado, si se comprueba como cierta la alegación del demandante, y que, en caso contrario, lo absuelva.

Las cláusulas que integran la fórmula suelen agruparse bajo la denominación de partes ordinarias; partes extraordinarias se llaman las que no son típicas de ninguna fórmula, pero pueden agregarse atendiendo a las circunstancias del caso.

- Partes ordinarias
- Nombramiento del juez

El juez elegido era nombrado por el pretor. El nombre del juez, árbitro o *recuperatores*, según los casos, solía figurar a la cabeza de la fórmula.

- *Intentio*

La *intentio* es aquella parte de la fórmula en la que el actor refleja su deseo. Sirve para plantear la cuestión procesal. Atendiendo a la clase de acción ejercitada, la *intentio* puede ser real y personal; en el primer caso cuando tiene por objeto la reclamación de un derecho real y, en el segundo, de un derecho de crédito. Puede ser también *certa* o *incerta*, según la concreción que manifiesta la pretensión del actor. *Certa* porque expresa o se refiere a una deuda líquida desde el principio y en ese caso el actor debe precisar exactamente la cuantía de su pretensión. *Incerta* cuando no expresa numéricamente el importe de la pretensión del actor, sino indeterminadamente, en cuyo caso se hace necesaria una *demonstratio*.

La *intentio* puede ser *in ius concepta*, si la reclamación del actor está basada en el *ius civile*, e *in factum concepta* cuando el demandante solicita del pretor que le otorgue la protección procesal prometida en su edicto a una determinada situación de hecho.

- *Demonstratio*

Sólo figura en aquellas fórmulas en que la *intentio* es insuficiente para aclarar la cuestión planteada. Tiene por finalidad concretar más detalladamente la acción del actor cuando la *intentio es incerta*. (Para concretar la cantidad).

- *Adiudicatio*

Es la parte de la fórmula que autoriza al juez a poner fin a un estado de indivisión, adjudicando a cada una de las partes la cuota que le correspondiera en la comunidad dividida. Sólo aparece en las tres acciones divisorias: *actio familiae erciscundae* (acción interpuesta por un heredero para pedir la división de la herencia), *actio communi dividundo* (para obtener la división de la cosa común) y *actio finium regundorum* (de deslinde entre fincas vecinas).

- *Condemnatio*

Es la última parte ordinaria de la fórmula en la que se otorga al juez la facultad de condenar o absolver al demandado si resulta probado o no el contenido de la *intentio*. Característica esencial es que cualquiera que fuere el objeto sobre el que verse el litigio, la condena procesal debía señalarse siempre en dinero (*condemnatio pecuniaria*). Ello implica que cuando el objeto del litigio no sea una cantidad de dinero, el demandado podía eludir la entrega de la cosa si poseía dinero suficiente para afrontar la condena pecuniaria. Para evitar este inconveniente, el magistrado puede permitir al juez dirigir al demandado la orden de restituir o

exhibir la cosa, evitando de este modo el pago de la condena pecuniaria.

La *condemnatio* puede ser *certa*: cuando se le ordena al juez que condene a pagar el importe específicamente señalado en el fórmula, e *incerta*: si perseguía la prestación de una cosa no fijada concretamente en la fórmula o una cantidad indeterminada. En este segundo caso de acudir a un procedimiento de estimación (*litis aestimatio*). La fijación del valor de la cosa se efectúa, a veces, atendiendo a criterios actuales, lo que significa que la estimación se atiende al valor de la cosa litigiosa en el momento de la *litis contestatio*. Otras se atiende al valor pasado, la *condemnatio* deberá estimarse según el valor de la cosa en el momento de la comisión del delito. Finalmente, la valoración puede referirse a un momento futuro con el que debe esperarse el pronunciamiento de la sentencia para fijar, entonces, el valor de la cosa.

- Partes extraordinarias

- *Exceptio*

Se inserta sólo en interés del demandado. Se trata de la alegación por parte del reo de hechos que, sin poner en duda la *intentio*, puedan conducir a la exclusión de la condena. La fórmula expresa que el juez condene si resulta probada la pretensión del demandante (*intentio*), a no ser que exista la circunstancia alegada por el demandado (*exceptio*), en cuyo caso debe absolver.

Se suelen distinguir dos tipos de *exceptiones*: perentorias y dilatorias. Las perentorias anulan por completo la demanda; las excepciones perentorias pueden oponerse en cualquier momento procesal y neutralizan definitivamente la acción. Las dilatorias tienen una validez temporal, no destruyen totalmente la acción, sino que la paralizan momentáneamente. Aunque la excepción sea simplemente dilatoria, la absolución tiene carácter absoluto; la acción interpuesta se consume y desaparece por virtud de la *litis contestatio*, sin que quepa posibilidad de reiterarla.

El demandante puede, a su vez, neutralizar la *exceptio* del demandado utilizando una *replicatio*. Cuando esto sucede es necesario una nueva adición (a la fórmula), en ayuda del demandado, que recibe el nombre de *dúplica (duplicatio)*, y éste puede neutralizar la *dúplica* con una *triplicatio*.

La *exceptio* desempeñó el papel del instrumento corrector frente al *ius civile*, dotando de gran agilidad a todo el proceso. Quedaba en manos del pretor el admitir cualquier *exceptio* como razón alegable contra el actor aunque éste tuviera a su favor toda la fuerza de la ley de las XII Tablas.

- *Praescriptio*

Va escrita al principio de la fórmula, a modo de advertencia dirigida al juez para que a la hora de pronunciar sentencia tenga en cuenta determinadas circunstancias a fin de evitar una sentencia injusta o al menos dañosa para el actor o el demandado. Las *praescriptiones* que se insertan a instancia del actor se denominan *pro actore*, las que se introducen a favor del demandado, *praescriptiones pro reo*.

8.2. Fórmulas civiles y pretorias

La concesión de la fórmula constituye un acto de *imperium* del magistrado, el pretor se vio en condiciones de crear las *formulae* edictales que contrasta notoriamente con el limitado y rígido elenco de las *legis actiones*. A las *formulae* construidas sobre *ius civile* se añaden continuamente las que el pretor va creando o modificando al objeto de adaptar las instituciones jurídicas a las nuevas exigencias y necesidades que postula la cambiante sociedad romana.

8.3. La *litis contestatio* y sus efectos

Toda la tramitación de la fase *in iure* va a confluir en la llamada *litis contestatio*, que es la formalización del litigio mediante contrato sellado por las partes, en la cual se sienta la base del *iudicium*, o sea de la actuación del *iudex*. En la *litis contestatio* ambas partes debían poner testigos, sometiéndose de este modo solemne a la decisión del juzgador.

Técnicamente la *litis contestatio* es un contrato formal, concluido entre las partes, consistente en la entrega del escrito que contiene la fórmula en presencia de testigos, sometiéndose así ambos a la futura sentencia del juez. El demandante propone la fórmula y el demandado acepta. Para dar certeza y solemnidad a este acto se requiere la presencia de testigos. Por la *litis contestatio*, las partes acuerdan someterse a los resultados del litigio según el planteamiento que aparece en la fórmula.

La *litis contestatio* produce una serie de efectos que agrupamos en extintivos, creadores o novatorios y efectos fijatorios sobre la relación procesal.

- Efectos extintivos

El efecto extintivo o de consumición de la acción es, quizás, el más importante de ellos. *Non bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo), lo que significa que cuando una relación litigiosa ha sido llevada a juicio resulta imposible volverla a plantear otra vez procesalmente. La *litis contestatio* consume la acción, extingue la relación jurídica controvertida.

- Efectos creadores o novatorios

Producida la extinción de la acción, surge un nuevo vínculo entre las partes, pues éstas quedan, desde el momento de la *litis contestatio*, sometidas a la suerte del litigio. Cerrada la *litis contestatio*, no cabe ya reclamar procesalmente del deudor la prestación prometida, sino que hay que proseguir hasta la sentencia del proceso y a formalizado; antes de la *litis contestatio* simplemente el deudor debía pagar, es decir, estaba sujeto por la acción crediticia; sin embargo, después de ella, la situación es distinta: la obligación del deudor consiste ahora en someterse a la *condemnatio*.

- Efectos fijatorios

A partir de aquel momento crucial del proceso se produce una cristalización de la cuestión litigiosa que queda plasmada ya, con carácter definitivo, en la fórmula: la *intentio*, las partes y su aptitud psicológica (buena o mala fe), el objeto del litigio y su cuantía, el *iudex*, etc. El tiempo intermedio entre la incoación del proceso y la sentencia se tiene como no transcurrido; de ahí que el juez deba condenar al demandado a que le restituya o reintegre los fondos percibidos a partir de la *litis contestatio*.

TEMA 9: La fase *apud iudicem* y la ejecución de la sentencia

9.1. Desarrollo y práctica de las pruebas

Una vez concluida, con la *litis contestatio*, la fase *in iure*, las partes deben comparecer ante el juez que haya sido designado. En esta etapa, a diferencia de la fase *in iure*, no era absolutamente necesaria la presencia de demandante y demandado.

Ante el juez, al que hacen entrega de la fórmula, tiene lugar una tramitación cuyo fin primordial es la aportación de la prueba con la que cada parte pretenderá convencer al juzgador de las alegaciones contenidas en al *intentio* de la fórmula; el actor lo pretenderá convencer de la veracidad de los hechos en que fundamenta su *actio* y el demandado, en su caso, intentará convencerlo de los mismos en cuanto a la *exceptio* que haya pretendido oponer.

El procedimiento *apud iudicem* está dominado por los principios de la audiencia de las dos partes, oralidad, inmediación y publicidad. El primero de estos principios sólo da a los litigantes la posibilidad de ser oídos, para lo que han de comparecer y actuar. La incomparecencia o contumacia ante el *iudex* da origen al procedimiento contumacial, en el que la sentencia se pronuncia según las alegaciones no discutidas de la parte compareciente. El principio de inmediación implica la presencia del juez en el curso de los debates. A estos principios anteriormente enumerados debe añadirse el dispositivo, que limita las facultades del juez en materia de prueba a las facilitadas por las partes, sin posibilidad de solicitar de ellas otras distintas.

Si la comparecencia se producía con normalidad, las partes exponían sus alegaciones. Con todo, el punto más importante de la fase *apud iudicem* está constituido por las pruebas. El demandante debe probar el contenido y el fundamento de su acción, y el demandado, si se opone al actor con una *exceptio*, debe probar a su vez los hechos en que se basa para formularla. La prueba versa siempre sobre hechos, no sobre normas de Derechos ya se presume su conocimiento por parte del órgano judicial.

Son medios de prueba todos aquellos que pueden servir para fundamentar los hechos y las alegaciones de las partes. Elementos de prueba son los capaces de proporcionar al juez la materia de convicción que extraiga de los medios aportados.

Respecto de la valoración de la prueba, en el período clásico, el juez posee plena libertad para apreciar los resultados de la práctica de la prueba, formando con ellos su propia convicción. En la época postclásica, se introduce el sistema de la prueba tasada o reglada, que obliga al juez a ponderar los medios de prueba, sujetándose a determinadas normas para su valoración, de tal manera que deba atribuir a un determinado medio probatorio una precisa fuerza de verdad.

Los medios de prueba más importantes son:

- Declaración testifical

Primitivamente los testigos (*testes*) declaraban oralmente ante el juez, tras haber prestado juramento de decir verdad, según lo que ellos hubieran visto u oído. Los testigos son aportados por las partes, no por el juez. La actuación como testigo es voluntaria y descansa sólo en un deber moral. Sin embargo, tiene obligación de prestar testimonio quien hubiere actuado ya como testigo en un negocio jurídico solemne, o en la redacción de un documento cuya validez está siendo discutida en el proceso.

A partir del siglo I a.C. se difunde la práctica de recoger las declaraciones testificales en un documento testificado que después era presentado ante el tribunal, esto aseguraba la práctica de la prueba en caso de muerte o ausencia probable de un testigo.

- Prueba documental

Frente a la prueba testifical, la aportación de documentos probatorios desempeñó un papel secundario, al menos hasta al época postclásica, que es cuando comenzaron a otorgarse los documentos públicos. En el período clásico, los documentos son de carácter privado y simplemente reflejan el contenido de otros negocios celebrados antes. En todo caso, el documento no tiene valor constitutivo sino probatorio.

- Confesión de las partes

La confesión ante el juez, a diferencia de la confesión hecha ante el magistrado (*confessio in iure*), que paralizaba el proceso; es simplemente un elemento de prueba más en el proceso de formación de la convicción del juez que en ningún caso hace innecesaria la sentencia.

- Juramento ante el juez

En la época clásica el juez no podía imponer el juramento contra la voluntad de la parte y sin atender a la conducta de la contraria, es decir, sin mediar petición de ellas.

- Inspección judicial

El juez podía, si lo estimaba oportuno, podía realizar una investigación personal. Solía acompañarse de expertos cuyo dictamen serviría como un elemento más de convicción.

- Presunciones

En la época clásica, la presunción es un elemento de prueba que permite al juez deducir de la existencia de un hecho notorio, dispensado de ser probado, la certeza de otro hecho. Con todo, cabe la prueba en contrario para privarle de efectos.

9.2. La sentencia

Es la declaración del juez que pone fin a la controversia. La sentencia sobre el asunto debatido es una simple opinión del juez emitida tras haberse formado su convicción después de analizar la prueba.

- Presupuestos y requisitos

Se llaman presupuestos de la sentencia aquellas circunstancias que deben darse para que la sentencia pueda producirse. Todos los presupuestos de la sentencia pueden encerrarse en el llamado principio de fidelidad a la fórmula que asegura la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes. El juez debe limitarse a dirimir la controversia ajustándose a la pauta fijada en la fórmula y, concretamente, en la disyuntiva redactada en términos imperativos: *Si paret condemnna, si non paret, absolve* (se te parece condena, si no te parece, absuelve), por tanto, debe pronunciarse respecto del fundamento o no de la *intentio*. Ello obliga al juez a absolver al demandado si el demandante no logra probar la *intentio* o *demonstratio*. El principio de fidelidad a la fórmula determina, por último, que el juez no puede tomar en consideración los hechos posteriores a la *litis contestatio* y deba condenar al demandado incluso cuando éste hubiera satisfecho al demandante en la fase *apud iudicem*.

El objeto de la condena debería expresarse siempre en una suma de dinero.

- Clases

- Simplemente declarativas: que no contienen propiamente un pronunciamiento sobre una cuestión de Derechos, sino tan sólo el reconocimiento de una circunstancia personal o de hecho. Estas sentencias se dictan en las llamadas acciones prejudiciales en las que el demandante pretende conocer si el posible demandado es o no heredero de una persona o dueño de un esclavo, para entablar después otra acción que haya de apoyarse en esta circunstancia.
- Sentencias declarativas propiamente dichas: pueden ser condenatorias o absolutorias y en ella el demandante persigue la condena del demandado.
- Sentencias constitutivas: típicas de las acciones divisorias, en las que la sentencia tiene eficacia constitutiva de derechos. De este modo, la sentencia no se limita a declarar un derecho preexistente, sino que en cierto modo lo crea *ex novo*.

- Efectos y remedios contra la sentencia

- Efecto negativo o excluyente

La sentencia (tanto si es condenatoria como absolutoria) creaba la llamada cosa juzgada (*res iudicata*)

excluyendo la posibilidad de litigar de nuevo sobre la cuestión litigiosa. Este efecto opera *ipso iure*, extinguiendo automáticamente, mediante una *denegatio actionis*, la acción interpuesta por el actor; u *ope exceptionis*, de modo mediato, a través de la *exceptio rei iudicatae* que podría oponer el demandado si el actor reproduce la acción.

Existe una notoria diferencia cuantitativa entre el efecto extintivo o excluyente de la *litis contestatio* y el de la sentencia. Así, mientras que la extinción producida por la *litis contestatio* afecta únicamente a la acción interpuesta, la extinción que ocasiona la sentencia incide sobre toda la cuestión litigiosa extinguiendo también las otras acciones de que pudiera disponer el demandante para plantear su pretensión. La extinción producida por la *litis contestatio* legitima únicamente al demandado para impedir el segundo litigio, la extinción operada por la sentencia comprende a otras personas que tuviesen interés en mantener la intangibilidad de la misma.

- Efecto positivo: la autoridad de cosa juzgada

La sentencia producía otro efecto de carácter positivo: sienta una verdad inatacable, con fuerza de ley entre las partes, asumiendo éstas la obligación de acatarlo.

La sentencia constituye básicamente la opinión del *iudex* sobre el asunto sometido a su consideración que las partes deben acabar, en consecuencia se excluye la posibilidad de apelación. Caso distinto es que la sentencia se halle afectada por vicios sustanciales que acarreen la nulidad; en tal supuesto no hay sentencia y, por tanto, el litigante vencido puede impugnarla, mediante *exceptio* a la *actio iudicati* entablada por el demandante para su ejecución. Con carácter excepcional, en casos graves que pudieran ocasionar perjuicios injustos a las partes, el magistrado podía revocar la sentencia.

9.3. Ejecución de la sentencia

Las partes se comprometía a someterse a la decisión judicial, el problema surgía cuando el litigante vencido no acataba la sentencia y se negaba a pagar al litigante victorioso la suma establecida por la condena. En este caso se hacía necesario que el demandante incoase un nuevo procedimiento de ejecución dirigido a obtener la efectividad del fallo dictado.

- *Actio iudicati*

En el procedimiento formulario, en lugar de las *manus iniectio* se introduce un procedimiento ejecutivo nuevo que se inicia como el proceso, es decir, interponiendo una acción, en este caso la denominada *actio iudicati*. Esta daba lugar a un procedimiento que terminaba normalmente en la fase *in iure* con la *confessio* del demandado. Si el demandado, en sus alegaciones, se obstina en no reconocer la validez de la sentencia y se opone a la *actio iudicati*, continúa el litigio como un proceso ordinario; en caso de que la sentencia sea condenatoria, contendrá una *condemnatio pecuniaria* doble de la anterior.

- Ejecución patrimonial

Si el condenado con la *actio iudicati* o con la sentencia condenatoria *in duplum* no hacía efectivo el pago, era sometido a la ejecución, que podía recaer sobre su persona o sobre sus bienes. La ejecución personal cae en desuso a partir del siglo II A.C.

La ejecución patrimonial se efectuaba con la *bonorum venditio*. Consiste en la toma de posesión de todos los bienes que integran el patrimonio del deudor, decretada por el magistrado, y su venta en pública subasta para que el acreedor o acreedores se resarzan con el importe obtenido de la deuda no satisfecha. Esto se aplica a la universalidad del patrimonio del deudor.

La *bonorum venditio* se aplica no sólo al *iudicatus*, sino también al *confessus* y al *indefensus*; para tutelar los

intereses de los acreedores. Se iniciaba con la petición hecha al pretor por uno de los acreedores de la concesión de la *missio in bona*, es decir, de la entrega de la posesión de todos los bienes del deudor con la finalidad de conservarlos. Se trata de un embargo preventivo que puede ser levantado si son satisfechos los créditos por el propio deudor o por un tercero. Si los solicitantes eran varios, el magistrado puede nombrar un administrador de los bienes (*curator bonorum*).

De la *missio* concedida se daba noticia mediante carteles (*proscriptiones*) para que el acreedor solicitante pudiera unirse, dentro de cierto plazo.

Finalizado el plazo de la *proscriptio*, los acreedores deben designar, con el refrendo del magistrado, un administrador encargado de vender en pública subasta el patrimonio del deudor, que procedía a hacer una lista de los bienes y a indicar en un bando las condiciones de la venta, el activo y el pasivo del patrimonio y, probablemente, a catalogar los créditos privilegiados. Después vendía en bloque el patrimonio en subasta adjudicándose al mejor postor (*bonorum emptor*).

El *bonorum emptor* es un adquirente a título universal por Derecho pretorio. Se convierte en una especie de sucesor universal del deudor equiparado al *bonorum possessor* de la herencia pretoria. Adquiere la propiedad de las cosas corporales que forman parte del patrimonio comprado y dispone de un interdicto para reclamar la posesión efectiva de los bienes y de la acción publiciana en caso de pérdida de la posesión. Asimismo adquiere los créditos que el deudor fallido tuviera frente a terceras personas, y para hacerlos efectivos puede ejecutar las mismas acciones que a tal efecto poseyera el deudor ejecutado.

- Privilegios en la ejecución

La *bonorum venditio* es siempre una ejecución forzosa que recae sobre la totalidad del patrimonio, con independencia del importe de la deuda.

Sin embargo, desde una ley Julia (*lex Julia*) el litigante vencido que hiciese cesión espontánea de sus bienes a los acreedores (*cessio bonorum*) quedaba a salvo de la nota de infamia y, al propio tiempo, tenía derecho a conservar el mínimo indispensable para su sustento (*beneficium competentiae*).

Existe también un procedimiento privilegiado de ejecución denominado *distractio bonorum* y consistente en la venta al detalle de cada uno de los bienes del deudor hasta cubrir la totalidad de las deudas que, además, evitaba la declaración de infamia.

TEMA 10: Protección jurídica extrajudicial (NO)

TEMA 11: La *cognitio extra ordinem*

11.1. Origen y características

Aunque la *lex Julia iudiciorum privatorum* supuso la generalización del procedimiento formulario, durante el Principado van a existir casos en los que la tramitación de controversias de Derecho privado no se va a ventilar por los cauces del procedimiento ordinario. Este nuevo procedimiento, que nace con carácter extraordinario, y se denomina *cognitio extra ordinem*, tiene su fundamento en el poder que el Senado le confiere a Augusto de *cura legum et morum*, esto es, de la guardia y custodia de las leyes y costumbres, y posteriormente en el *imperium proconsulare maius et infinitum*, en cuya virtud puede ejercitar al potestad jurisdiccional de los magistrados urbanos y provinciales. Merced a ello, el príncipe va a dotar de sanción jurídica una serie de situaciones que antes de él no disfrutaban de protección procesal y que como los codicilos y los fideicomisos sólo poseían una sanción moral. En estos casos, el *princeps* decidía por sí mismo o encomendaba el asunto a magistrados y funcionarios que actuaban por su delegación. En el Bajo Imperio, este antiguo modo extraordinario de enjuiciar se convierte en ordinario.

La etapa de la monarquía absoluta va a centralizar la administración de justicia en el emperador. Todos los magistrados jurisdiccionales dependen directamente de él y actúan como sus delegados. A partir de Diocleciano se produce una igualación entre las provincias del Imperio en lo referente al modo de enjuiciar. La cognición oficial rige ahora para todas ellas. Así las cosas, la fórmula, pieza maestra y eje central del procedimiento formulario, va a desaparecer paulatinamente, del mismo modo que había surgido.

Las características más destacables del nuevo procedimiento son:

- En la *cognitio extra ordinem*, el litigio se ventila en una única fase que se desarrolla enteramente ante el magistrado, al que incumbe tanto el conocimiento del asunto como el pronunciamiento de la sentencia.
- El proceso civil se sitúa netamente en la órbita del Derecho público. El procedimiento se estabiliza; el poder soberano (el *imperium*) se resume ahora en una sola persona, que es el emperador. Los magistrados jurisdiccionales son verdaderos funcionarios, en el sentido moderno de la palabra; sujetos al Derecho vigente, no gozan de poderes soberanos, por ello puede apelarse su sentencia ante un magistrado de superior rango e incluso ante el emperador.
- Al incluir la administración de justicia bajo la protección del Estado, el magistrado va a quedar situado en una posición de clara preeminencia sobre las partes.
- Desaparece la fórmula pero se aprecia un incremento de la escritura.
- Ya no se va a necesitar fijar la condena en dinero. La sentencia de la cognición oficial, al ser pronunciada por el magistrado-juez puede ir seguida de su ejecución material, poniéndose al servicio de ésta los medios coercitivos del poder público.

11.2. Tramitación de los litigios

- Citación y comparecencia

En la *cognitio extra ordinem* clásica, la llamada del demandado a juicio se realizaba mediante la *litis denuntiatio*, que podía verificarse bien de un modo privado o con el refrendo del magistrado. Se trata de un escrito en el que se exponen sumariamente la pretensión que el actor intenta hacer valer en su juicio y la enunciación de los medios de prueba que le sirven de fundamento. Esta comunicación va seguida de una orden conminatoria del magistrado invitándole a comparecer ante él en una fecha determinada.

Se introducen varias modificaciones en el procedimiento de citación, como consecuencia de la creciente imposición de la escritura. La citación del demandado va a ser practicada mediante el denominado *libellus conventionis*. Se trata de un escrito, redactado por el demandante, en el que constaba brevemente el objeto de su pretensión. Este documento era presentado ante el órgano judicial competente, quien, tras un breve examen de su contenido, envía una copia, por medio de un funcionario llamado *executor*, al demandado, ordenándole que se presente en juicio en un plazo determinado. El demandado, al recibir la citación deberá contestar por escrito (que entrega al *executor*) en orden a si admite o rechaza las pretensiones del demandante; caso negativo deberá exponer sus propias razones. Este documento recibe el nombre de *libellus contradictionis* y es trasladado al demandante por medio del *executor*.

Este procedimiento de citación tiene indudables ventajas. Por ejemplo, la *pluris petitio tempore* no acarrea la pérdida del litigio (como antes ocurría por obra de la *litis contestatio*), sino que únicamente sanciona al actor con penas pecuniarias y a esperar un tiempo doble antes de volver a proponer la acción. La *pluris petitio re* sólo conlleva la pérdida de la acción si se hace dolosamente. En caso de *pluris petitio loco* es el magistrado el que de oficio valorará la repercusión que pudiera producir en el importe de la prestación el cambio de lugar del pago.

En el procedimiento de cognición oficial, como la citación se efectúa con intervención directa del magistrado, el demandado asume frente a éste la obligación de comparecencia quedando sometido al *imperium* del órgano

judicial.

Si, pese a ello, el demandado no comparece puede ser declarado contumaz e iniciarse el proceso en su ausencia, con la consecuencia de que la sentencia que se dicte no podrá ser objeto de apelación por el ausente. La ausencia del demandado, por lo demás, no determina necesariamente que recaiga sentencia condenatoria sobre el asunto, ya que el magistrado fallará teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados por el demandante y la convicción que se forme sobre el asunto; con todo, el hecho de que le ausente no pueda aportar la prueba constituye un serio obstáculo para que prospere su postura.

- Alegaciones de las partes

Una vez que las partes comparecen ante el órgano judicial el día fijado, bien personalmente o mediante sus procuradores, se abre la fase de alegaciones, en la que sirviéndose de sus abogados reproducen verbalmente el *petitum* formulado en sus impresos.

El demandado puede realizar la *confessio in iure*, allanándose a la pretensión de demandante y reconociéndola fundada. Este reconocimiento tiene valor ejecutivo, como si se hubiese dictado sentencia condenatoria. Si falta la *confessio* sigue la *narratio*, es decir, la exposición de los hechos y *petitum* del demandante y la *contradictio* del demandado.

Finalizado este debate oral contradictorio ante el magistrado, tiene lugar la *litis contestatio*, que aun cuando conserva tal denominación, tiene mucha menor importancia que en el procedimiento formulario. Así, el antiguo efecto excluyente o consuntivo de la acción se traslada a la sentencia; por lo tanto, la acción puede ser interpuesta de nuevo en otro juicio, siempre que no haya recaído sentencia firme sobre el precedente. No obstante conserva los efectos fijatorios de los términos del litigio y será en relación a ese momento como se van a determinar el ámbito y extensión de los derechos de las partes.

Las partes y sus abogados vienen obligados a prestar el *iusiurandum calumniae*, de que actúan y se oponen convencidos de que su posición procesal está perfectamente fundada; prometen también no realizar ningún acto procesal doloso.

La *exceptio* va a asumir una aceptación amplia que comprende a todas las alegaciones de defensa del demandado. Pero la debilitación de la *litis contestatio* clásica va a permitir que puedan invocarse *exceptiones* en cualquier otro momento posterior del procedimiento, salvo las *praeiudiciales*, las que conciernen a la competencia del magistrado o a las formalidades del juicio y las dilatorias, que por referirse a la constitución del litigio deben oponerse en el momento en que éste se inicia.

- Práctica de la prueba

Efectuadas las alegaciones contenidas en la *narratio* y la *contradictio* de demandante y demandado, se abre el período probatorio. Frente a la amplia libertad de que gozaba el juez en el procedimiento formulario para formar convicción a su arbitrio, la legislación postclásica, va a obligar al juzgador a conceder a cada uno de los medios probatorios aducidos en juicio un valor de convicción distinto, según su diferente naturaleza. Se pasa pues, a la prueba reglada o tasada.

Por lo que hace a la carga de la prueba, subsisten los mismo principios del procedimiento formulario.

De entre los medios de prueba destaca, sin duda, la prueba documental desplazando a la desacreditada prueba testifical.

Los documentos susceptibles de hacer prueba en juicio se ordenan según la siguiente graduación:

- Se confiere fuerza probatorio total y absoluta a los documentos otorgados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.
- Se les asimilan los redactados por fedatarios privados con reconocimiento oficial, si son confirmados por juramento prestado por el propio notario ante el magistrado.
- Los documentos redactados por particulares tienen el mismo valor de las actas redactadas por los fedatarios privados si están suscritos a menos por tres testigos.

Hay una gradual desconfianza hacia las declaraciones de testigos, y se pasa a regular minuciosamente la valoración que el juez debe conferir a tal medio de prueba. Se establece la obligación de prestar testimonio por quien es requerido para ello, se proclama el principio de que la deposición de un único testigo carece de fuerza probatoria (*testis unus, testis nullus*); el valor de los testimonios está graduado según la condición social de las personas que lo prestan y se admite el sometimiento a tortura de los sospechosos de falso testimonio.

La presunción puede definirse como la obligación del juzgador de deducir de un echo dado la existencia de otro hecho, que en la mayoría de los casos suele acompañar a aquél. Se distinguen las presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba contraria a los hechos que legalmente deben tenerse como probados, y las presunciones *iuris tantum* cuando se admite prueba en contrario.

- Sentencia y apelación

Practicadas las pruebas y recogido por escrito todo lo adecuado, el juez debe decidir la causa, dictando sentencia. La sentencia está sujeta a determinados requisitos formales: debe ser redactada por escrito y leída por el propio juez a las partes en audiencia pública. En contenido, la sentencia puede consistir en la condena del demandado o en su absolución. La decisión contenida en ella debe ser total y completa, por regla general, clara y precisa e incondicionada. La sentencia que pone fin al procedimiento de cognición oficial no debe ser necesariamente pecuniaria, sino que puede contener la orden de restituir la cosa litigiosa. Lógicamente si se hace imposible la restitución de la cosa, entonces el juez fijará, sin limitación alguna, el importe de la condena en relación con los perjuicios patrimoniales sufridos por el actor. Además, el juez deberá imputar a la parte perdedora del litigio las costas procesales.

En sistema procesal de la cognición oficial, considera a la sentencia como un acto emanado de un órgano estatal (el magistrado—juez), ordenado jerárquicamente, con lo que abre la posibilidad de impugnar el fallo ante otro magistrado de rango más elevado.

La apelación únicamente puede interponerse contra las sentencias propiamente dichas que fallan en le litigio mismo y no contra la sentencias denominadas interlocutorias que son las que resuelven incidentes. Ha de presentarse ante el mismo magistrado que dictó el fallo, formulándose ya oralmente, ya por escrito por medio de los *libelli appellatorii*. Transcurridos los plazos de dos o tres días la sentencia deviene firme y puede se ejecutada.

Si el juez admite la apelación deberá remitir al juez superior los *libelli appellatorii* junto con una relación de todo lo actuado. Las partes deben comparecer ante el nuevo juez para exponer sus razones, pudiendo aportar nuevas pruebas. La sentencia puede ser confirmatoria de la impugnada o puede sustituirla por una sentencia nueva, distinta de la anterior.

Para evitar los excesos de apelaciones, presentados con las únicas miras de retrasar la ejecución de la sentencia, se establecieron severas sanciones contra los apelantes temerarios. El apelante que perdía el proceso debía pagar al apelado el cuádruplo de las costas procesales; pena que Constantino elevó a dos años de destierro, confiscando la mitad del patrimonio.

- Ejecución de la sentencia

En el procedimiento de la *cognito extra ordinem*, la *actio iudicati* tiende a conseguir del demandado la prestación misma contenida en la sentencia. Si el demandado fue condenado al pago de una suma dineraria, el órgano judicial podrá decretar el secuestro de bienes pertenecientes al demandado en la cuantía correspondiente al importe de la condena.

En el supuesto de que haya concurso de acreedores, el procedimiento de ejecución es universal, abarcando la totalidad de los bienes del demandado, aunque de ordinario se efectúa en la modalidad de la *distractio bonorum*, que evita la venta en bloque del patrimonio. Se admite que el demandado haga espontáneamente cesión de sus bienes (*cessio bonorum*) en los casos en que era permitido, con lo que evitaba la nota de infamia y obtenía el *beneficium competentiae*.

11.3. Procedimientos especiales

DERECHOS REALES

TEMA 12: Las cosas

12.1. Concepto de cosa

El significado lexicológico de la palabra latina *res* y de la española cosa es muy amplio.

Definiremos la cosa desde el punto de vista jurídico como una entidad externa al sujeto que tiene un valor económico y que en la conciencia económico-social es aislada y concebida como un objeto existente por sí mismo.

12.2. *Res corporales. Res incorporales*

Gayo distingue entre *res corporales*, aquellas *quae tangi possunt*, es decir, que se pueden tocar; y *res incorporales*, que son aquellas *quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt*, que no se pueden tocar como un derecho de servidumbre, una herencia, un usufructo

Cicerón contraponía las cosas *quae sunt* (que existen físicamente) a aquellas *quae intelliguntur* (que con puras concepciones del entendimiento): las primeras *cerni tangere possunt* (se pueden ver y tocar), las segundas *demonstrare non possunt, cerni tamen animo intellegi possunt*.

La distinción no es teórica, sino que tiene importancia jurídica puesto que algunos institutos son aplicables a las cosas corporales y no a las otras.

12.3. *Res in commercio. Res extra commercium*

Las *res in commercio* pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de las personas privadas y, en particular, pueden ser enajenadas. *Res extra commercium* son aquellas cosas que, o por su naturaleza física, o por su destino jurídico, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de particulares y, sobre todo, no son enajenables.

Gayo dice: *res quae in nostro patrimonio sunt, res quae extra nostrum patrimonium habentur*, es decir, distinguiendo las cosas que están en el patrimonio de cada individuo de las que no lo están.

Los romanos distinguen las *res extra commercium* en dos grandes categorías según que sean declaradas tales por exigencias estrictamente humanas (*humani iuris*) o por razones de carácter religioso (*divini iuris*).

- *Res extra commercium humani iuris*

- *Res communes omnium*. Comprende entidades que, aunque sean útiles e indispensables para la vida, están disponibles en cantidades superiores a las que se necesitan por parte de los hombres y, por tanto, son bienes no económicos, gratuitos, no canjeables. Tales eran el *aer*, el *aqua profluens*, el *mare* y los *litora maris* según autores. Estas cosas, no eran susceptibles del dominio exclusivo de los particulares, siempre que esto fuese compatible con un uso semejante de todos los demás.
- *Res publicae*. Cosas que son propiedad del *Populus Romanus*. Pero no todas son *extra commercium*; entre ellas hay que distinguir: 1. las cosas que sirven a necesidades colectivas a cuya satisfacción provee el Estado (las calzadas, las plazas, las basílicas, etc.); 2. las que sirven para satisfacer necesidades individuales, que están *in commercio* y de las cuales el *Populus Romanus*, como persona jurídica, tiene propiedad (esclavos públicos, objetos muebles e inmuebles pertenecientes a particulares que pasaron al *Populus Romanus* como botín de guerra).

Algunas cosas son públicas por su naturaleza; otras precisaban de una solemne ceremonia (*publicatio*) realizada por la autoridad pública para atribuir a todos los ciudadanos el derecho de usar la cosas pública y sustraerla al *commercium*.

- *Res universitatis*. Se empleaba para los bienes de los *municipia*.
- *Res extra commercium divine iuris*

Son aquellas cosas que no pueden ser objeto de propiedad por parte de los particulares porque se consideran propiedad de los dioses.

- *Res sacrae* eran las cosas destinadas al culto público (templos, etc.). Eran consagradas a los dioses superiores mediante la ceremonia de la *consecratio* de los pontífices.
- *Res religiosae*, destinadas al culto de los difuntos (*diis manibus relictæ*). Tales son los sepulcros y los objetos destinados a la conservación y a las honras del cadáver.

Se distingue en *ius sepulchri*, el derecho de visitar y vigilar el sepulcro, del *ius inferendi*, el derecho de ser sepultado o de se sepultar a otros en un terreno determinado. Al titular del *ius sepulchri* le está reconocido el derecho de acceder al sepulcro, cuando éste se encuentre situado en terreno privado propiedad de otras personas.

- *Res sanctae*. Los juristas clásicos enumeran entre las *res sanctae* los muros y las puertas de la ciudad. El trato especial dado a estas cosas consistía en que por tener una especial importancia estaban defendidas con graves sanciones (pena de muerte) contra quien las violase o dañase.

12.4. *Res Mancipi* y *res nec Mancipi*

Res Mancipi eran los fundos, los esclavos, los animales de tiro y de carga y las cuatro servidumbres rústicas antiguas: *via*, *iter*, *actus*, *aquaeductus*. Todas las demás son *res nec Mancipi*.

La importancia de esta distinción se manifestaba en que las *res Mancipi* sólo podían enajenarse mediante *Mancipatio* o *in iure cessio*, es decir, mediante negocios solemnes, mientras que las *res nec Mancipi* podían enajenarse mediante simple *traditio* (entrega). Las *res Mancipi* tenían una importancia muy superior a la de todas las demás cosas al ser indispensables para la existencia de cualquier grupo familiar.

Sustancialmente decae cuando el pretor concedió la *actio Publiciana*, totalmente análoga a la *reivindicatio*, a aquel que hubiese recibido una *res Mancipi* sin las formas establecidas por la ley para la transferencia de tales cosas (finge que se hizo bien). Cae en desuso en la época postclásica, y Justiniano la abolió expresamente por considerarla una distinción fuera de la realidad.

12.5. Cosas muebles e inmuebles

La distinción entre una y otra categoría tiene escaso interés en el Derecho romano antiguo y en el clásico.

Se consideran inmuebles, en sentido jurídico, aquellas cosas que no pueden trasladarse de un lugar a otro; todas las demás cosas son muebles. En Derecho romano rigen igualmente para las cosas muebles e inmuebles los mismos principios jurídicos sobre adquisición, transmisión y pérdida de la propiedad y demás derechos reales. Existen, no obstante, disposiciones especiales sobre las cosas inmuebles. Las XII Tablas fijaban un plazo distinto para la adquisición de la propiedad mediante usucapión.

En el Derecho postclásico y justiniano, la distinción entre *res immobiles* y *mobiles* adquiere un relieve fundamental. Se establecen especiales formas de publicidad y solemnidad para transferir la propiedad sobre bienes inmuebles; para la *usucapio* y la *praescriptio* se establecen términos diferentes, según el tipo de bien.

12.6. Cosas fungibles y no fungibles

Como cosas fungibles entendemos las cosas socialmente idénticas; tales cosas que no se consideran por sus caracteres individuales, sino por el hecho de pertenecer a la misma categoría en la terminología moderna, se denominan también cosas representables o sustituibles, en el sentido de que una cosa puede ser sustituida por otra comprendida en la misma categoría. Al contrario, se llaman no fungibles las cosas que tienen individualidad propia, por lo que la cosa no puede ser sustituida por otra, aunque esté comprendida en la misma categoría.

Para los romanos las cosas fungibles se determinan no en su unidad, sino en su cantidad, en su peso o en su medida; en otras palabras cada una de ellas equivale a otras de la misma especie, de forma que cada una de ellas puede ser sustituida por otra de la misma especie.

No fungibles, en cambio, son llamadas aquellas cosas que tienen una individualidad propia y no pueden, por tanto, ser sustituidas por otras.

12.7. Cosas consumibles y cosas no consumibles

Los romanos llaman *res quae usu consumuntur*, y los modernos cosas consumibles, aquellas cuyo uso normal está encaminado a transformar necesariamente su esencia destruyendo su actual finalidad económico-social (alimentos, carbón). Llamam, por el contrario *res quae usu non consumuntur*, y los modernos cosas inconsumibles, aquellas cuyo uso normal, aunque se las someta a un desgaste, no está encaminado a transformar su esencia, ni a destruir su finalidad económico-social actual (cuadro, edificio).

Para juzgar si una cosa es consumible o no es necesario tener en cuenta el uso normal.

La importancia de esta distinción es que según sea una cosa consumible o no consumible puede ser o no objeto de determinadas relaciones jurídicas.

12.8. Cosas divisibles y cosas indivisibles

Son cosas divisibles aquellas que son susceptibles de ser divididas materialmente de modo que cada una de las partes (*partes pro diviso*) conserven la función económico-social del todo, de manera que entre las partes y el todo exista una diferencia de cantidad y no de cualidad. Indivisibles, por el contrario, son las cosas que no son susceptibles de división sin daño (un caballo, una estatua).

12.9. Cosas simples, compuestas, *universitates*

Simplees son aquellas cosas que, desde el punto de vista jurídico y según su finalidad común económico-social, son consideradas como un cuerpo singular, aislado en el mundo exterior y constituyendo una unidad natural o artificial (una estatua, un caballo)

Compuestas son aquellas cosas formadas por la unión o conexión artificial o mecánica de varias cosas, cada una de las cuales, separadamente, puede ser considerada en la conciencia económico-social como cosa simple, pero que, en cuanto unidas o conexas entre sí, dan origen en su conjunto a una cosa diferente, que tiene una finalidad económico-social propia y distinta (un barco, un edificio).

Universitates. Con este nombre se designan agrupamientos de cosas singulares no unidas o conexas artificialmente o de forma natural entre ellas, sino que tienen en su conjunto una finalidad propia económico-social y que, desde el punto de vista jurídico, son consideradas como una única cosa, distinta de las demás y aislada en el mundo exterior (un rebaño, una herencia)

12.10. Parte de cosa. Cosas principales y cosas accesorias

La noción de parte de cosa, en el mundo del Derecho, no responde a criterios físicos, sino que es un concepto abstracto, que está conforme con el destino económico-jurídico dado a la cosa. Parte de que una cosa es una entidad concebida de forma abstracta no como aislada e indivisible, que tiene un fin propio, sino como un elemento de otra cosa y destinada a completar o perfeccionar a esta última

Partes de cosa, pues, son aquellas entidades que, según la concepción social, son necesarias a la esencia y complemento de una cosa, de manera que ésta, sin ellas, no tendría completa su función (por ejemplo un brazo de una estatua).

Una cosa es accesorio, respecto a otra consideraba principal, cuando, aunque no se considera un elemento de ésta, necesario para completarla, y aun conservando ambas su autonomía propia diferente, es puesta en relación con la segunda de forma que sirve para ayudar al uso y a la finalidad económico-social de ésta (por ejemplo, animales domésticos, esclavos, utensilios de labranza; son cosas accesorias del fundo mismo). Se necesita, pues, que lo accesorio acrezca de algún modo el valor o la utilidad de lo principal, y que haya sido destinado a esta función efectiva y permanentemente (no de manera transitoria), en conformidad con las ideas que a este respecto dominan en la vida comercial.

Los derechos y los negocios jurídicos que tienen como objeto la cosa principal no se extienden *ipso iure* a las cosas accesorias, a menos que los sujetos lo pacten de forma expresa.

12.11. Cosas fructíferas. Cosas no fructíferas

Cosa fructífera es al que genera orgánicamente y periódicamente una entidad material que, desprendiéndose de ella, sin alterar su esencia ni su capacidad productora, existe como cosa en sí, autónoma y distinta de la cosa que la ha engendrado y que tiene una finalidad económico-social diferentes (por ejemplo, el naranjo produce orgánica y periódicamente las naranjas, como frutos que, separándose del árbol que las ha producido, constituyen cosas diferentes del árbol). No son fructíferas, en cambio, todas las demás cosas.

Se consideran frutos, en sentido jurídico, no sólo los productos que son suministrados orgánica y periódicamente por las cosas y que son designados con el término de frutos naturales, sino también los rendimientos que se obtienen periódicamente por el disfrute de una cosa o de un derecho, por ejemplo, los réditos de un capital dado a intereses, o la renta de una casa arrendada. Estos frutos reciben el nombre de civiles.

Los frutos naturales se clasifican en:

- *Pendentes*: los frutos que no se han separado aún de la cosa madre que los ha producido, de manera que constituyen todavía una parte integrante de la misma.
- *Separati*: frutos separados, los que dejan de estar unidos a la cosa madre por cualquier causa, adquiriendo sustantividad jurídica propia desde la separación.
- *Percepti*: los frutos que ya han sido recogidos.
- *Percipiendi*: los frutos que no se han producido o recogido por negligencia de quien tiene la cosa madre.
- *Exstantes*: los frutos recogidos que se encuentran en posesión de quien detenta la cosa madre.
- *Consumpti*: los frutos recogidos, ya consumidos, o enajenados, o transformados por el detentador de la cosa madre.

Esta clasificación es importante con respecto a la adquisición de frutos, la obligación de restituirlos en caso de reivindicación, etc.

TEMA 13: La propiedad

13.1. Derechos reales: nociones preliminares

En las fuentes romanas no se encuentra una terminología técnica unitaria para indicar los derechos reales, ni una elaboración dogmática de los mismos desde el punto de vista del llamado derecho sustancial. La distinción entre derecho real y derecho de obligación se entiende a partir de los medios de defensa concedidos a cada uno de ellos, esto es, contraponiendo la *actio in rem* a la *actio in personam*.

En el derecho subjetivo real la conducta que el sujeto activo tiene la facultad de exigir es siempre negativa: consiste en abstenerse de realizar una determinada actividad en relación con una cosa, o bien en consentir a otro que lleve a cabo una actividad sobre la cosa; el sujeto pasivo, o los sujetos pasivos, en relación con los cuales se tiene la facultad de exigir esta conducta negativa son: o bien un número indefinido de personas (como en el derecho de propiedad, derechos frente a todos), o bien personas que pueden determinarse basándose en una relación con la cosa que es objeto del derecho, y no ya en una relación personal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

En el ordenamiento jurídico romano los derechos reales se dividen en dos grandes categorías: el derecho de la propiedad y los *iura in re aliena*, esto es, los derechos sobre las cosas que es propiedad de otro.

13.2. La propiedad romana: consideraciones generales

El concepto de propiedad, entendida como el derecho que lleva consigo la pertenencia de una cosa corporal a un determinado sujeto con exclusión de todos los demás, es el producto de un desarrollo histórico.

Con anterioridad a las XII Tablas, aparece la idea de un poder que corresponde al *pater familias* sobre las personas y sobre las cosas que están bajo su *potestas*.

Con posterioridad a las XII Tablas el régimen anterior es sometido a cambios sustanciales. Va apareciendo un concepto autónomo de derecho de propiedad, o de naturaleza patrimonial, sobre las cosas, que será llamado *dominium* o, más tarde *proprietas*. Este concepto lleva consigo la atribución de la cosa a la disponibilidad plena de una persona, quedando excluidos de la cosa los otros miembros de la sociedad. Ese poder implica la facultad de goce y de disposición y sólo puede ser limitado negativamente, a través del reconocimiento legislativo de los intereses de otro, o restringido en concreto por la existencia de otros derechos que llevan consigo una atribución parcial de la cosa a una persona distinta del propietario. El concepto de propiedad encuentra una definición plástica en la afirmación *rem meam esse* que hace el propietario judicialmente para hacer valer su derechos contra terceros.

Junto al verdadero y propio derecho de propiedad, se reconoce también, la impropia llamada propiedad peregrina a favor de los extranjeros, la cual desaparece con la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, gracias a Caracalla en el 212 D.C.

Ante el verdadero derecho de propiedad reconocido por el antiguo *ius civile* (*dominium ex iure Quiritium*), se va afirmando, a partir de la última época republicana, la impropia llamada propiedad pretoria, a favor de quien tuviera un título de adquisición no reconocido por el *ius civile*, sino solamente, por razones de equidad, por el pretor. Tal forma de propiedad también desaparece al desaparecer las formas solemnes que anteriormente se exigían y fusionarse las normas civiles con las pretorias.

Con el desarrollo iniciado en la época del Principado y continuado en el Dominado, se establece que el titular del derecho de propiedad pueda ser también el *filius familias*.

Sólo en la época justiniana se reconoce plenamente la idea de que cualquiera puede ser titular de la propiedad a condición de que sea un hombre libre.

La propiedad otorga a su titular una amplia gama de facultades sobre la cosa. Tales facultades suelen agruparse en actos de uso, de disfrute y de disposición. Son actos de uso los que permiten obtener una determinada utilidad de una cosa sin alterar su integridad; actos de disfrute, los que proporcionan al propietario la obtención de rendimientos de valor económico–patrimonial producidos por los bienes, y actos de disposición, los que confieren al propietario la facultad de enajenar, gravar o, incluso, destruir la cosa.

Las palabras usadas por los juristas para designar el derecho de propiedad son varias. El término más antiguo parece ser que era el de *mancupium* o *mancipium* (derivado de *manus*, palabra con la que se designa la potestas, el poder sobre personas o cosas). A fines de la República aparece el término *dominium* para designar la propiedad civil, mientras que para la llamada propiedad bonitaria o pretoria se consolida el término *in bonis habere* (tener una cosa entre sus bienes). En la época postclásica se generaliza el término *proprietas* que acentúa la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa que es objeto de este derecho al titular del mismo.

13.3. Sujetos y objeto del *dominium ex iure Quiritium*

En el antiguo Derecho romano solamente podían ser titulares del *dominium ex iure Quiritium* los *cives romani* y los *latini* y *peregrini* que tuvieran el *ius commercii*.

Pueden ser objeto de *dominium ex iure Quiritium* los bienes muebles y, entre los inmuebles, los situados en Italia, así como, en las provincias, los fundos asimilados jurídicamente a los itálicos, mediante la concesión del *ius italicum*.

Los bienes muebles e inmuebles que son propiedad del *Populus Romanus* y, posteriormente, los bienes del emperador no pueden ser objeto del *dominium ex iure Quiritium*.

Los juristas romanos piensan que el derecho del propietario de bienes inmuebles no está limitado a la superficie explotable, sino que se extiende ilimitadamente sobre el espacio que está por encima y por debajo, lo cual se resume en la célebre frase de los glosadores medievales: *usque ad sidera* (o *ad coelum*) *et usque ad inferos* (o *ad profundum*).

13.4. Limitaciones legales de la propiedad

Pese a todo había ciertas limitaciones al poder del propietario. Se distinguen dos grupos de limitaciones legales de la propiedad:

- Limitaciones de Derecho público

Relacionadas con las normas de orden público.

- El propietario no puede demoler un edificio para especular con los materiales. Son igualmente numerosas las limitaciones urbanísticas en orden a la altura o la distancia entre edificios.
- Los propietarios de fundos colindantes con una vía pública están obligados a mantenerla en buen estado.
- Se prohíbe quemar y sepultar cadáveres dentro de la ciudad, así como fuera de ella hasta una distancia de sesenta pies de los edificios.
- Los propietarios de fundos ribereños a un río están obligados a permitir que los particulares usen las orillas para fines propios de la pesca y de la navegación.
- Limitaciones de Derecho privado

Se trata de limitaciones impuestas a los propietarios para regular las relaciones de vecindad.

- Los frutos que, desde un árbol, caían a la finca del propietario vecino continuaban perteneciendo al dueño del árbol; el vecino estaba obligado a permitir que el dueño del árbol pasase a su finca, en días alternos, a recogerlos.
- Si un árbol extiende sus ramas sobre un fundo vecino, ensombreciéndole, el propietario de la finca perjudicada podía pedir al dueño del árbol que tale las ramas y si su indicación no era atendida, lo podía talar por sí mismo, apropiándose de la leña cortada.
- Los propietarios de los fundos superiores, de los que aflúa el agua a los inferiores, no podían ni aumentar ni disminuir artificialmente el flujo de agua.
- En algunos casos los propietarios debían conceder el paso a través de sus fundos.
- Ante la amenaza de ruina en una finca vecina, el propietario que teme el daño solicita del magistrado que pida al otro propietario una promesa garantizada de indemnizar el daño eventual.
- El propietario de un fundo tenía que tolerar aquellos actos del propietario vecino que trascienden de algún modo su fundo (humos, desagües, etc.) siempre que no traspasaran los límites de la estricta explotación de éste.

13.5. Protección procesal del propietario

- Acción reivindicatoria (*reivindicatio*)

La acción reivindicatoria (*reivindicatio*) es la acción de propiedad por excelencia, el prototipo de las acciones *in rem*. La reivindicatio clásica era una acción por la cual el actor, fundándose en su cualidad de propietario civil, exigía del demandado la restitución de una cosa por él poseída. Antes de la aparición el procedimiento formulario, el proceso petitorio de la propiedad se encauzaba a través de la *legis actio sacramento in rem*; vía litigiosa en la que las partes realizaban afirmaciones simétricas sobre la cosa.

La aparición de los derechos reales sobre cosa ajena y el reconocimiento jurídico de nuevas figuras de contratos como el arrendamiento o el comodato, que obligan al propietario a desprenderse temporalmente de sus cosas, opera un cambio radical en la reivindicatio. La función del proceso ya no es, exclusivamente, la de esclarecer el derecho de propiedad, sino que entraña ante todo un *restituere*, es decir, el deber de reintegrar en la posesión al propietario demandante. Se trata de un proceso asimétrico, sin la necesaria presencia de la cosa, entre un demandante que dice ser el propietario (y a de probarlo), y un poseedor que defiende la cosas sin tener que probar nada.

La finalidad perseguida por la *reivindicatio* era el restablecimiento del estado jurídico exigido por el derecho del actor: la cosa debería ser restituida *cum sua causa*, esto es, con todos los frutos y acciones que habría tenido si hubiera sido devuelta en el momento de la *litis contestatio*. Pero al no admitir el procedimiento formulario más que la condena pecuniaria el juez no podía fallar nunca la entrega de la cosa misma. De

acuerdo con este mandato, si el demandado se negaba a la restitución era condenado al pago del valor de la cosa y accesorios, precio fijado por juramento del litigante vencedor de un modo nada favorable para el demandado, ya que incluía el valor afectivo.

Si el demandado accede a restituir la cosa, debe devolverla *cum sua causa*, es decir, con todos sus accesorios y frutos. Esta devolución implicaba tres cuestiones fundamentales:

- La de los frutos y acciones de la cosa; el poseedor de mala fe está obligado a restituir todos los frutos percibidos antes y después de la *litis contestatio* y responde frente al propietario incluso de los frutos *percipiendi*, es decir, de los que no se preocupó de percibir. El poseedor de buena fe, por su parte, sólo está obligado a pagar el valor de los percibidos después de la *litis contestatio*.
- El perecimiento o deterioro de la cosa; el poseedor de buena fe no responde del perecimiento o del deterioro de la cosa que haya tenido lugar antes de la *litis contestatio*. El poseedor de mala fe, responde de ellos cuando hayan sucedido por dolo o culpa de él, pero no cuando se debe a caso fortuito.
- En relación con los gastos o impensas efectuados por el demandado en la cosa mientras tuvo posesión de ella, hay que distinguir: a) los gastos o impensas necesarios, hechos para el mantenimiento y conservación de la cosa; b) los gastos útiles para aumentar su valor; c) los gastos o impensas voluptuarias que sólo sirven para embellecer la cosa sin incrementar su valor. El Derecho pretorio, sancionó la idea de que el poseedor de buena fe perdiese todos los gastos hechos en la cosa y estableció que le debía indemnizar con el coste total de los necesarios y con la cantidad que resultase menor comparado el coste de las impensas útiles y el aumento del valor de la cosa. No puede exigir, en cambio, ser resarcido por los gastos voluptuarios aunque puede retirar lo que añadió a la cosa si puede separarlo *sine damno*. El poseedor de mala fe no tiene derecho a indemnización alguna.
- *Actio negatoria*

El propietario civil, además, dispone de la acción negatoria. Se trata de una acción de carácter real, que puede ejercitar el propietario contra aquellas personas que pretendían alegar algún derecho sobre un objeto. No se trata de que el tercero pretenda tener la propiedad de la cosa, sino uno de los derechos que limitan su uso y disfrute, como un usufructo o una servidumbre. Presupone que el propietario es también el poseedor de la cosa y se ejercita para salvaguardar la integridad de esta posesión. La acción negatoria no procede cuando alguien perturba la propiedad de otro sin alegar derecho alguno.

- Otros recursos procesales
- La *actio ad exhibendum* (acción exhibitoria) se refería únicamente a cosa muebles. Esta acción cumple dos funciones: 1. Servir de preparación para la *reivindicatio*. Quizás el actor necesitase identificar la cosa antes de entablar la *reivindicatio* o bien la cosa se encontraba unida a otra cosa mueble y el actor exigía su separación para vindicarla o, finalmente, se requería precisar la persona del poseedor actual de la cosa mueble. 2. Proporcionaba también un recurso en el caso de que el demandado con la *reivindicatio* se negase a defender la cosa. Se trata de un singular caso de indefensión o de no asunción del litigio por parte del demandado que se sanciona con el embargo universal de los bienes de aquél a no ser que presente la cosa en juicio.
- El interdicto *quod vi aut clam* tiende a conseguir la petición del propietario del terreno la demolición de una obra hecha en él, ya *vi*, es decir, sin tener en cuenta la prohibición del interesado, ya *clam*, esto es, de forma clandestina.
- La *operis novi nuntiatio*, o denuncia de obra nueva, persigue una finalidad cautelar: la prohibición de continuar una obra iniciada ilegítimamente en el inmueble propio. Tal paralización puede solicitarse bien porque la obra nueva perjudica el uso de una servidumbre, vulnera las ordenanzas públicas de construcciones o para obtener la prestación de una *cautio damni infecti*. El denunciado debe interrumpir inmediatamente la obra denunciada a no ser que garantice la vuelta a la situación anterior

en caso de demostrarse luego que no tenía derecho a construir.

13.6. La antítesis entre derechos reales y de obligación

En la sistemática moderna se distinguen dos categorías fundamentales de derechos patrimoniales: los derechos reales y los derechos personales, de obligación o de crédito. Veamos cuáles son las diferencias entre ambos.

- El derecho real se traduce en una relación directa e inmediata entre el sujeto y la cosa, mientras que el derecho de obligación supone una relación entre dos personas: el acreedor (quien puede exigir) y el deudor (quien debe realizar la prestación).
- El derecho real recae sobre una cosa corporal, atribuyendo a su titular una esfera de actuación más o menos amplia, el derecho de obligación tiene por objeto la realización de un acto ajeno, de interés patrimonial.
- El derecho real establece una relación jurídica entre el titular y los titulares que tienen deber de observar una conducta negativa, de no entorpecer el libre ejercicio del derecho conferido a otro sobre cualquier cosa. Puede, por tanto hacerse valer frente a cualquiera. El derecho de obligación, por su parte, sólo puede ejercerse contra una persona determinada (el deudor), que por lo general, adoptará frente al acreedor una conducta positiva.
- El derecho real otorga un disfrute permanente, mientras que el derecho de obligación se extingue justamente en el instante de su cumplimiento.

TEMA 14: La adquisición de la propiedad

14.1. Clasificación de los modos de adquirir la propiedad

La dogmática jurídica actual divide los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivativos. La adquisición es originaria cuando se produce sobre la base de una relación inmediata con la cosa, sin atención al derecho del antecesor o aun sin consideración de que la cosa haya pertenecido anteriormente a otra persona. La adquisición de la propiedad es derivativa cuando es transferida, por negocio jurídico, por el propietario actual al adquirente. Así pues, en la adquisición derivativa existe el concepto de traslación del derecho de propiedad de un sujeto a otro.

Dado el carácter materialista del derecho primitivo, la transmisión de la propiedad no era la transmisión del derecho, sino la transmisión de la cosa misma. El Derecho antiguo entendía el desarrollo de la transmisión de la propiedad en el sentido de que el propietario precedente abandonaba la cosa y que el nuevo propietario tomaba posesión de ella.

14.2. Modos originarios

- Ocupación

La ocupación es un acto en virtud del cual una persona, tomando posesión de una *res nullius* (cosa de nadie) con intención de hacerla propia, adquiere sobre ella la propiedad.

Los requisitos de la ocupación son los siguientes:

- El ocupante (sujeto que toma posesión) ha de tener capacidad e intención de hacer suya la cosa (*animus domini*).
- La cosa, además de ser una *res intra commercium*, ha de carecer de dueño (*res nullius*). Como cosas sin dueño se consideraban:
 - Las que antes no había sido propiedad de nadie; *res nullius* propiamente dichas. Entre las cosas que nunca

tuvieron dueño se menciona la *insula in mari nata* (islas), las *res inventae in litore maris* (cosas del mar).

Las hipótesis más frecuentes de ocupación son las de la caza y la pesca; el cazador hace suyo el animal cazado, siempre que se trate de un animal en estado de libertad natural. Se discutía entre los romanos cuándo hacía suya el cazador su presa; según la opinión de Trebacio, el cazador hacía suyo el animal por el solo hecho de haberlo herido, con tal que no desistiese de seguirlo; según otros, no bastaba herirlo, era necesario la efectiva toma de posesión puesto que pueden suceder muchas cosas que impidan al cazador apoderarse del animal herido. Esta última opinión prevaleció en el Derecho clásico.

- *Res derelictae* o cosas abandonadas por su dueño. La *derelictio* o abandono supone una actividad o comportamiento del *dominus* de una cosa que de modo expreso o implícitamente revela su voluntad inequívoca de abandonar la propiedad de la misma. La adquisición de la propiedad depende de la concurrencia del *animus derelinquendi*, es decir, de que hubiese habido una intención de abandono efectivo.

Según la teoría sabiniana la propiedad se perdía en el momento mismo del abandono. Próculo, por el contrario, defendía que la propiedad subsistía hasta la ocupación por otro.

La ocupación del *ager desertus* constituye una modalidad de esta forma de adquirir, se trataba de fomentar el cultivo de las tierras situadas en los confines del Imperio, expuestas a las incursiones de los bárbaros. Si alguien ocupaba y cultivaba un fundo abandonado por su dueño, se convertía en propietario del mismo una vez transcurridos dos años sin que el dueño hubiese ejercitado la acción reivindicatoria.

- *Res hostiles*. Las cosas de los enemigos eran consideradas de nadie y podían ser tomadas en posesión.

- Adquisición del tesoro

Entendemos como tesoro cualquier objeto precioso (no sólo dinero) que permanece oculto durante el tiempo necesario para que se pierda la memoria de quien sea su dueño, siendo imposible, además, señalar en alguien la condición de sucesor del mismo. Razón por la cual el ordenamiento jurídico romano interviene para atribuir a alguien su propiedad.

En la época republicana el dueño del fundo adquiría por accesión el tesoro que en él estaba escondido. Posteriormente la *lex Julia* lo considera *bona vacantia* (bienes sin dueño) y se lo atribuye al Fisco. Después se establece para el descubrimiento del tesoro los siguientes efectos: a) si sucede en fundo propio y lo descubre el propietario, el tesoro lo adquiere él enteramente; b) si sucede en lugar sagrado o religioso lo adquiere el descubridor, también por completo; c) si sucede en un fundo que no es del descubridor, el tesoro se divide entre éste y el propietario, si el hallazgo fue casual.

- Accesión

Según la doctrina tradicional, la accesión es la unión de una cosa accesorio, perteneciente a un determinado propietario, a una cosa principal, perteneciente a otro, unión de la que resulta propietario el que lo es de la principal. En el Derecho justiniano se considera como principal aquella cosa que en máxima medida servía a la finalidad económico-social para la que era apto el conjunto. Mediante el vínculo jurídico de accesoriedad, la cosa incorporada deja de tener existencia propia; la propiedad solo puede recaer sobre cosas independientes y nunca sobre partes de las mismas.

Se distingue según que la adquisición de la propiedad sea revocable o irrevocable. Se considera generalmente que la accesión comporta adquisición irrevocable cuando se deriva de ella una cosa simple

Los intérpretes distribuyen los supuestos de accesión en tres grupos:

- **Accesión de inmuebles**

a) *Alluvio* o aluvión. Tierra sedimentada lentamente por el río o en los predios ribereños, de tal forma que se modifica la línea de la orilla. Es adquirida por el dueño del fundo.

b) *Avulsio* o avulsión. Tiene lugar cuando la porción de terreno arrancada por el ímpetu del río a un predio se incorpora a otro. Aquí la incorporación de materiales no es paulatina, como en el caso anterior; para que haya adhesión es necesario que se una orgánicamente al nuevo predio, echando raíces en él. Entonces es cuando el dueño del predio adquiere la propiedad de la porción adicionada.

c) *Alveus derelictus*. Es la mutación de cauce de un río público. Si éste se seca permanentemente o, abandonando por completo su álveo natural, empieza a discurrir por otro cauce, el álveo antiguo se distribuye entre los propietarios de los fundos ribereños. La porción que corresponde a cada propietario se fija trazando una línea por el centro del cauce y perpendiculares a ella desde los linderos de los predios de las orillas.

d) *Insula in flumine nata*. Si se forma una isla en medio de un río público, se divide entre los propietarios de los predios ribereños, aplicando el mismo régimen del cauce abandonado.

- **Accesión de mueble a inmueble**

El propietario del suelo se hace dueño de todo lo que se une a él. Tal principio se aplica en los casos siguientes:

a) *Satio* y *plantatio*. La *satio* (siembra) produce el efecto de hacer adquirir al propietario de un fundo lo que nace de la misma; análogo efecto tiene la *plantatio* (plantación): en cuanto la planta ha desarrollado raíces en el fundo se hace del propietario del mismo.

b) *Inaedificatio*. Los edificios, en su totalidad, se consideran parte accesoria del suelo.

- **Accesión de muebles**

Se las suele agrupar bajo la denominación de accesiones metálicas y madereras. De las dos cosas, una será la principal y la otra la accesoria: principal, aquella que determina la esencia y la función de la cosa como todo; por tanto, principal será la estatua y accesorio el brazo, principal la taza y accesorio el mango, etc.

La primera regla jurídica es que el propietario de la cosa principal se convierte en propietario también de la cosa accesoria; la segunda regla es que la adquisición de la propiedad es irrevocable; la excepción de la irrevocabilidad se da sólo en caso de incorporación no mediante soldadura de la propia materia, sino empleando un material distinto, se entendía que la unión podía deshacerse sin menoscabo de los objetos y no había adquisición de la propiedad mediante accesión.

Las accesiones madereras siguen el mismo régimen que las metálicas. En la escritura, los caracteres ceden al material en que se escribe; en la pintura, el dibujo cede a la tela.

- **Especificación**

Es la producción de una cosa nueva, obtenida mediante la elaboración de una determinada materia operada por alguien que no es dueño de la cosa, ni actúa de acuerdo con el dueño.

Dado que el producto elaborado (la realización de una estatua a partir de un bloque de mármol, por ejemplo) tiene, por lo general, valor económico superior al de los materiales, surge el problema de determinar a quién se atribuye la propiedad de la *nova species* (nueva especie). Los sabinianos daban más importancia a la

materia y adjudicaban la cosa nueva al propietario de los materiales; los proculeyanos, en cambio, otorgaban preferencia al trabajo del especificador confiriéndole la propiedad.

Surge una teoría intermedia, acogida por Justiniano, cuya solución se basa en la reductibilidad o irreductibilidad al primitivo estado. De acuerdo con ella, la materia prevalece cuando puede ser transformada en diversas *species*, siendo susceptible el nuevo objeto de volver a su primitivo estado, prevalece la forma cuando la *nova species* es irreversible. En el primer caso figuraría un objeto de metal que puede siempre fundirse, en el segundo, un bloque de granito transformado en estatua.

- Confusión y conmixtión

Se trata de la mezcla de cosas del mismo género líquidas (confusión) o sólidas (conmixtión) pertenecientes a propietarios distintos, sin que haya accesión (porque no puede señalarse una de ellas como principal) ni especificación (porque no se elabora una *nova species*). En tales supuestos rigen los siguientes principios:

- Cuando las cosas son fácilmente separables, cada propietario lo seguía siendo y podía pedir que se realizara la separación.
- Cuando no era posible la separación o no se pedía, se constituía un condominio entre los diferentes propietarios, pudiéndose entonces obtener la división mediante la *actio communi dividundo*.
- Las monedas ajenas mezcladas con las de otro propietario sin que fuese posible distinguirlas quedaban en propiedad de éste.

14.3. Modos derivativos

- *Mancipatio*

Es un negocio jurídico solemne del *ius civile* que servía para la transferencia y adquisición de la propiedad de las *res Mancipi*. Su forma originaria es la siguiente: una persona (*libripens*; portador de la balanza) pesa y entrega al vendedor, ante cinco testigos *cives romani*, púberes, el lingote de cobre (*aes rude*) que representa el precio, y el comprador, mediante ciertas palabras solemnes, toma en su mano como propia la cosa vendida o símbolo que la representes si se trata de una finca. El lingote de cobre prueba que la utilización de la *mancipatio* es anterior a la moneda y, por tanto, en esa época remota representaba el precio real y constituía el medio usual de pago. De ahí que la *mancipatio* fuera una venta real y efectiva. La introducción de la moneda de cobre convirtió a la *mancipatio* en una *imaginaria venditio*, en una venta ficticia. A partir de entonces la pesada se hizo simbólica y consistía en tocar la parte que pagaba la balanza con un trozo de cobre. El pago real se efectuaba al margen del negocio; pero la *mancipatio* siguió produciendo el efecto traslativo del dominio, convirtiéndose en un negocio abstracto que transmite la propiedad con total independencia de la causa jurídica del mismo. Su conversión en acto abstracto permitió que la *mancipatio* se emplease para las más diversas finalidades: el testamento, el matrimonio, la adopción, la fiducia, la emancipación, etc.

En la *mancipatio* intervienen ocho personas, todos ellos necesariamente ciudadanos romanos y púberes: el enajenante o *mancipio dans*, el adquiriente o *mancipio accipiens*, el fiel contraste o *libripens* que interviene en el acto para controlar la exactitud de bronce que se utiliza como elemento de cambio. La intervención de los testigos del *libripens* le confería cierto carácter de publicidad primitiva, debido a que mediante la *mancipatio* se enajenaban cosas de gran valor; mientras que las de escaso valor (las *res nec Mancipi*) siempre se pudieron adquirir sin formalidades. La ausencia durante toda la época clásica, de un auténtico sistema de publicidad notarial mantuvo a la *mancipatio* como institución de gran importancia práctica, pero en la etapa siguiente cayó en desuso, debido a la desaparición de la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. Justiniano la declara abolida por anticuada.

Por lo que respecta a los efectos de la *mancipatio*, el fundamental es la adquisición del *dominium ex iure quiritium* por el *mancipio accipiens* (adquiriente) sobre la *res Mancipi* que se le transmite. Pero además

producía otros efectos: la declaración verbal efectuada, tiene valor de norma jurídica obligatoria. En su virtud, el *mancipio dans* puede hacer constar determinadas características de la cosa transmitida, como, por ejemplo, que el fundo enajenado está libre de cargas o que se reserva el derecho de usufructo. Si el *mancipio accipiens* realizaba la *mancipatio* aceptándolas, quedaba obligado por ellas.

- *In iure cessio*

Es un modo de adquirir la propiedad que se desenvuelve ante el magistrado y permite la transmisión del *dominium ex iure quiritium* tanto de *res Mancipi* como de *res nec Mancipi*. Se desarrolla de una manera similar a un proceso petitorio de propiedad: el adquirente pronuncia ante el magistrado la fórmula de la *reivindicatio*, el propietario permanece en silencio y el magistrado (mediante *addictio*) confirma la declaración del adquirente, que, de este modo, se convierte en propietario de la cosa.

La *in iure cessio* (cesión ante el magistrado) no se utilizó mucho con estos fines, ya que el modo normal de transmitir la propiedad de una *res Mancipi* siguió siendo la *mancipatio*, a la que preferían recurrir las partes para no tener que comparecer ante el magistrado; únicamente se acudía a la *in iure cessio* cuando había dificultades para requerir el concurso de los ocho ciudadanos romanos púberes necesarios para la validez de la *mancipatio*. Las *res nec Mancipi*, por su parte, podían ser transmitidas de modo más sencillo por la *traditio*. La *in iure cessio*, dado su carácter abstracto, tuvo otras muchas aplicaciones: constituir servidumbre, cesión de la herencia, manumisión de esclavos. Es suprimida por la legislación justiniana.

- *Traditio*

La *traditio* puede ser definida como la entrega de una cosa corporal mediante la transmisión de su *possessio*. La entrega simple de la cosa sólo producía, por lo pronto, el cambio de posesión; pero si la cosa era *nec Mancipi* y la entrega se efectuaba sobre la base de un negocio reconocido por el *ius civile* (*iusta causa*), transmitía la propiedad al adquirente. Cuando la cosa era *Mancipi*, la *traditio* sólo proporcionaba a éste la llamada propiedad bonitaria, es decir, aunque existiera una *iusta causa*, el adquirente no se convertía en propietario de Derecho civil, sino simplemente en poseedor que, con el transcurso del tiempo de la usucapción, pasaba a ser *dominus ex iure quiritium*.

Para que se realice la transferencia de la propiedad de la cosa han de concurrir los siguientes requisitos:

- Que el enajenante (*tradens*) tenga capacidad de obrar, sea propietario de la cosa y pueda disponer de ella.
- Que el adquirente (*accipiens*) tenga capacidad de adquirir la cosa entregada.
- La entrega efectiva de la cosa. En época antigua se caracteriza por su estricto materialismo. En la época clásica se espiritualiza la entrega, admitiéndose la *traditio*, con el subsiguiente efecto de la transmisión de la propiedad, sin que hubiere tenido lugar una entrega material de la cosa. Se agrupan bajo la denominación común de *traditio ficta* y son los siguientes:
 - *Traditio symbolica*: cuando no se entrega la cosa cuya propiedad se transfiere, sino un objeto que la simboliza.
 - *Traditio longa manu*: cuando el objeto no es entregado materialmente al adquirente, sino que es señalado a distancia por el transmitente.
 - *Traditio brevi manu*: cuando el adquirente antes de la *traditio* detentaba la cosa como arrendatario, depositario, etc., no es necesaria la puesta a disposición material de la cosa misma.
 - *Constitutum possessorium*: tiene lugar en el caso contrario, es decir, cuando el que posee la cosa en nombre propio la enajena a otro, pero conservándola en su poder como usufructuario, arrendatario, etc.
- *Iusta causa traditionis*. La *traditio* es un acto causal, requiere un convenio entre las partes sobre la finalidad legal de la transmisión.

- *Usucapio*

Usucapión es la adquisición de la propiedad civil por la posesión continuada (*usus*) durante un cierto tiempo. Llama la atención la brevedad de los plazos establecidos para la adquisición de la propiedad por usucapión: dos años para los inmuebles y uno para los muebles. Gayo: el plazo se ha establecido para que las propiedades no permanezcan inciertas por mucho tiempo, ya que al dueño le basta con un año o dos para buscar lo que era suyo, plazo que es el que se atribuyó al poseedor para adquirir por usucapión.

La *usucapio* es un modo de apropiación posesoria como la *traditio*, pero *iuris civilis* igual que la *mancipatio* y, por ende, exclusiva de los ciudadanos, los latinos y los peregrinos con *commercium*. Originariamente la usucapión era un complemento de la *mancipatio* y servía para liberar al mancipante de su responsabilidad por *auctoritas* respecto del accipiente, una vez transcurrido un año, si era cosa mueble, o dos, si era inmueble.

En época clásica va a servir para dar certeza jurídica a situaciones de hecho y reducir de este modo los litigios, consolidando la propiedad defectuosa de quien había adquirido una *res Mancipi* por simple *traditio* o de un no propietario y evitando en los juicios petitorios de propiedad que el propietario sufra de denominada *probatio diabolica* que le obliga a tener que probar su derecho remontándose, a través de sus poseedores, hasta el primer adquirente a título originario. Transcurrido el plazo marcado por la ley la adquisición defectuosa queda subsanada y el adquirente se convierte en propietario de pleno derecho.

Para que la usucapión sea posible, es necesario que la cosa sea susceptible de propiedad civil. Quedan excluidas, las *res furtivae* (cosas robadas) y *vi possessae*, y las *res extra commercium*, el especie de separación entre las fincas rústicas y el lugar de incineración, las servidumbres, las cosas pertenecientes a los extranjeros y las enajenadas por la mujer sin la *auctoritas* de su tutor.

La posesión del usucapiente debe ser continuada durante el plazo que marca la ley, transcurrido el cual se convertirá en propietario. Si se interrumpe la posesión, la nueva no continúa la anterior, sino que se inicia una nueva usucapión; el propietario puede así impedir la usucapión mediante la interrupción de la posesión (*usurpatio*), que puede consistir en una desposesión de hecho, o un acto simbólico que revele su voluntad de seguir ejerciendo el poder dominical sobre aquella cosa. Una reclamación procesal, en cambio, no interrumpe la usucapión, pero, si el demandante prueba que era propietario todavía en el momento de la *litis contestatio*, la sentencia le ha de ser favorable, aunque el demandado haya completado *apud iudicem* el tiempo de la usucapión. Cuando el usucapiente fallece antes de completar el plazo de la usucapión, su heredero puede completarlo, sumándose el tiempo desde que tomó posesión al tiempo que poseyó el causante (*successio possessionis*).

La usucapión requiere la concurrencia de una *iusta causa* que justifique la toma de posesión. Entre las *iustae causae* pueden mencionarse las siguientes: a) *pro soluto*, cuando se ha dado en pago una cosa no perteneciente al que paga; b) *pro emptore*, cuando el vendedor ha entregado una cosa ajena; c) *pro donato*, cuando se ha donado una cosa por quien no es dueño; d) *pro dote*, cuando se ha entregado en dote una cosa perteneciente a otro, y e) *pro suo*, basada en un título inexistente.

- *Longi temporis praescriptio*

La *usucapio* de dos años no era aplicable a los fundos provinciales. En el proceso griego existía una institución similar a la *exceptio* romana llamada paragrafé que consistía en la facultad de contraponer a una acción real o personal el transcurso de un largo período de tiempo durante el cual no había sido ejercitado el derecho. Éste es el recurso que se aplica a los fundos provinciales para conseguir efectos similares a los de la usucapión; el término de paragrafé se traduce por *praescriptio*.

La *praescriptio longi temporis* tenía efectos bastante más modestos que la *usucapio*. Mientras que el adquirente por usucapión se convertía en propietario civil y podía ejercer la acción reivindicatoria, el

prescribiente por *longi temporis praescriptio* únicamente podía defenderse frente al demandante, cuya propiedad no podía entrar a discutir, negándose a la entrega de la cosa basado en su posesión por largo tiempo, es decir, oponiendo la excepción de prescripción.

Esta defensa era principalmente para los poseedores de inmuebles pero se aplicaba también a los muebles poseídos por *peregrini* o incluso por romanos cuando la *usucapio* quedaba excluida. Los requisitos de *bona fides* (buena fe) y *iusta causa* (justa causa) se entienden comprendidos, a propósito de esta prescripción, en la expresión *iustum initium possessionis*; el plazo de prescripción era de diez años si el propietario del fundo residía en la misma ciudad, y de veinte si residía en otra ciudad.

- La usucapión justinianeana

La aproximación de la *longi temporis praescriptio* a la usucapión era natural y el Derecho vulgar favoreció la consideración de aquélla como otro tipo de usucapión.

Constantino dispensó del *iustum initium possessionis* (buena fe y justa causa) a los poseedores de inmuebles que hubiesen poseído durante cuarenta años. Esta prescripción es acortada por Teodosio II a treinta años.

Justiniano unifica el régimen de la *usucapio*, que ahora se refiere siempre a muebles, con un plazo de tres años, ya la *longi temporis praescriptio*, siempre para inmuebles con el plazo de diez o veinte años, según sea *inter absentes* o *inter praesentes*. Justiniano conserva como extraordinaria la *longissimi temporis praescriptio*, con el plazo de treinta años, que amplía a cuarenta cuando procede en contra del Fisco, de la Iglesia y sus fundaciones, casos en los que se excluía la prescripción ordinaria; por lo demás, exige en esta prescripción extraordinaria, ya que no la justa causa, al menos la *bona fides*.

TEMA 15: El condominio

15.1. Concepto

Sobre un mismo objeto coexisten dos o más propietarios.

La copropiedad o condominio puede resultar: a) de un acto voluntario de socios, que ponen sus bienes en común, transfiriéndose recíprocamente partes proporcionales de su propiedad; b) de la adquisición conjunta de una misma cosa, por herencia, legado o transmisión *inter vivos*, o incluso de un hecho totalmente fortuito, como la conmixción de sólidos o *confusio* de líquidos que sea irreversible. En los supuestos de copropiedad involuntariamente producida se habla de comunidad incidental.

15.2. Régimen primitivo

La primera figura del condominio es el *consortium inter fratres*, o comunión universal de bienes constituida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater*; la situación que en tal caso se producía era denominada *consortium* o *societas erecto non cito*. La característica de este *consortium* es que cada uno de los copropietarios podía manumitir el esclavo común y podía realizar válidamente la mancipación del fundo, transfiriendo a un tercero la propiedad del mismo. Cada miembro del *consortium* tenía la plena disponibilidad de la cosa, limitada sólo por el derecho concurrente de los otros condóminos. Este régimen primitivo de copropiedad era muy similar al de las altas magistraturas colegiadas; se trataba sin embargo, de un régimen poco práctico, que dificultaba la explotación racional de las cosas en copropiedad; la idea de fracción, determinada por la cuota hereditaria, quizá funcionó dentro del grupo de copropietarios para el reparto de los frutos, pero en modo alguno entraba en juego en las relaciones con terceros.

15.3. Doctrinas en torno a la copropiedad romana

Hay numerosas hipótesis. Pero todas estas teorías no pueden ciertamente identificarse con la que debía ser la configuración jurídica de los romanos.

15.4. Régimen clásico

- Estructura de la copropiedad: el concepto de cuota

En el régimen clásico el derecho de los condóminos se entiende, no en el sentido de que cada condómino tenga la propiedad plena sobre la totalidad de la cosa común, sino en el sentido de que todo condómino es titular de una parte ideal (*quota*) de la totalidad de toda la cosa común indivisa. En otras palabras, el condominio se presenta como un único derecho de propiedad sobre un mismo objeto; tal único derecho de propiedad sobre la totalidad de la cosa común se concibe fraccionado en correspondencia a las cuotas individuales de cada uno de los condóminos, cada uno de los cuales es titular de la cuota o fracción de este único derecho de propiedad que grava sobre la totalidad de la cosa común. Este concepto romano de que el derecho de condominio es una fracción del derecho de propiedad sobre la cosa común y que, por tanto, no tiene por objeto una parte material de la cosa común, sino más bien la totalidad de la cosa indivisa.

El derecho del condómino es una fracción ideal del derecho de propiedad sobre la totalidad de la cosa, y no el derecho sobre una parte de la misma.

- Facultades del copropietario en relación a su cuota

Cada condómino tiene la libre disposición de su propia cuota; en las fuentes se alude, en efecto, a la hipoteca y usufructo de cuota, y a la legitimación del copropietario en la reivindicatoria de su cuota.

La idea de cuota funciona también para la percepción de los frutos y para distribuir las adquisiciones del sirvo común, las cuales van a los condóminos en proporción a su propia cuota. Por el contrario, el condómino no puede realizar actos jurídicos que modifiquen o alteren el derecho de los otros condóminos o la cosa común; por tanto, cuando la disposición consiste en la constitución de un derecho indivisible, se requiere para la validez del acto la disposición conjunta de todos los titulares.

- Actos de uso

Se seguía aplicando el antiguo régimen de la solidaridad: todos los copropietarios pueden usar conjuntamente, sin más límites que los que ofrece la naturaleza de la cosa, pero sin límites económicos–jurídicos; así, en principio, todos los comuneros pueden vivir en la casa común, pero si ésta se arrienda a un extraño la renta debe partirse por cuotas. Cada condómino puede actuar por sí mismo como un propietario exclusivo, salvo la eventual oposición de los demás.

- Actos de administración

Cada condómino puede emprender o ejecutar una obra nueva en la cosa común, pero cualquiera de los demás copropietarios puede oponerse en cualquier momento interponiendo su veto, con el efecto no sólo de impedir la obra, sino de imponer la destrucción de lo ya hecho. Ahora bien, en la práctica se sustituía por el consentimiento preventivo de todos.

- Derecho de acrecer

La idea de la extensión potencial del derecho de cada condómino comprendía toda la cosa, de modo que la división de la misma en cuotas sea sólo un efecto del concurso de los copartícipes, pero que toda renuncia acrezca a las cuotas restantes, hasta el restablecimiento, si renuncian todos menos uno, de la propiedad individual. Un ejemplo típico de este *ius adcrescendi* es el de la manumisión del esclavo común; si éste es

manumitido unilateralmente por uno de los condóminos no se hace libre, pero se considera como abandonado por el manumisor, y su cuota acrece a los otros condóminos.

- Ejercicio de acciones en defensa de la cosa común

El régimen de la solidaridad preside también el ejercicio de acciones en defensa de la cosa común. Así, cada copropietario está activa y pasivamente legitimado *in solidum* en la *actio confessoria* o *negatoria*, según que pretenda afirmar o negar la existencia de una servidumbre sobre el fundo común; en estos casos, el proceso no podía plantearse por parte, pues se trata de un derecho indivisible; por tanto, la acción se entabla por uno solo contra uno solo, pero por el todo. Las consecuencias se dividen entre todos (en caso de tener que pagar).

- Acciones de los condóminos entre sí

Respecto a las acciones entre copropietarios, son admitidas la *actio furti*, la *actio noxalis*, *legis Aquiliae* y *negatoria*; no son, en cambio, concedidas la *actio finium regundorum* (para establecer los lindes), *iniuriarum* (por las ofensas hechas al siervo común), la *operis novi nuntatio*. Las acciones más importantes eran las que servían para poner fin a la copropiedad.

- División de la copropiedad

El Derecho romano no conoce la división hecha convencionalmente por los mismos copropietarios, el convenio no produce efecto real hasta el momento de las efectivas transmisiones entre los copropietarios. Para que el acuerdo de las partes de efectuar la división del condominio produjera efecto debería acudir a la celebración de una serie de *in iure cessiones*, *mancipationes* o *traditiones*, pero la complicación de tal procedimiento prueba que se prefería proceder a través de la *actio communi dividundo* o la *actio familia erciscundae*, si se trata de una herencia.

Con la *actio communi dividundo* o la *actio familia erciscundae* cualquier condómino puede pedir en cualquier momento la disolución del condominio y conseguir la transformación de su cuota de condómino en un derecho de propiedad individual; esto supone la divisibilidad esencial del derecho de propiedad. Las fuentes precisan que la división material puede hacerse sólo cuando sea factible llevarla a cabo *sine damno*; no se trata de que la cosa desaparezca por la partición material, como ocurre con un animal. Por consiguiente, el juez puede atribuir a cada propietario partes materiales en proporción a las respectivas cuotas, adjudicar toda la propiedad a uno solo, o partes económicamente relevantes de la misma a algunos comuneros, o proceder a la pública subasta repartiendo entre todos el precio.

La división no produce efectos frente a los terceros, a favor de los cuales, durante la indivisión, han sido constituidos derechos reales sobre la cosa común.

15.5. Derecho justiniano

La tendencia al *favor libertatis* (a favor de la libertad, se quería acabar con la esclavitud) lleva a arbitrar una solución parecida a la de la solidaridad primitiva en relación con la manumisión del esclavo común por alguno de los copropietarios: es esclavo manumitido *pro parte* se hace libre, pero sólo desde el momento en que los otros condóminos que no manumitieron son indemnizados de la expropiación. La decisión de la mayoría se requiere cuando hay que constituir la voluntad de una persona jurídica, pero resulta improcedente cuando no hay más personalidad que la de los mismos socios; tampoco es exacto decir que la unanimidad se exige siempre con carácter preventivo; en realidad se somete la negativa de uno de los copropietarios a un acto de administración de otro, ya consumado, a la falta de utilidad objetiva.

TEMA 16: Ager publicus. Fondos provinciales. In bonis habere. (NO)

TEMA 17: La posesión

17.1. Fundamento de la protección posesoria

La posesión se nos presenta como una situación de hecho, preferentemente la del propietario respecto de la cosa que le pertenece; en efecto, no siempre podemos afirmar, con pleno conocimiento de causa, que de una cosa es propietaria una persona determinada. Por ello se sienta la presunción de que el poseedor de la cosa es el propietario de la misma, de lo que se deriva que el Derecho debe proteger las situaciones jurídicas de posesión.

Esta protección es, además, necesaria para evitar las perturbaciones que, de otro modo, se producirán en el orden público y compeler a los que alegan derechos sobre la cosa poseída a que los hagan valer por los cauces procesales. La protección de la posesión es una tutela de la paz social.

El ordenamiento jurídico sólo protege tales situaciones de hecho contra cualquiera que no pueda oponer al poseedor un derecho propio sobre la cosa o no pueda demostrar que ha sufrido un daño por parte del mismo.

17.2. Terminología y evolución histórica

Possessio se compone del verbo *sedere* (sentarse, asentarse) y del prefijo *pot* o *pos*, el significado de *possidere* no puede ser otro que el de asentamiento. El término comenzó por referirse exclusivamente al asentamiento en tierras del *ager publicus*, en las que no había *dominium* privado, porque el *dominus* era el *Populus Romanus*. El *ager publicus* (territorio del pueblo romano) estaba destinado al pastoreo y a la agricultura; pero, posteriormente, el auge de la agricultura se tradujo en la exigencia de una titularidad, no ya precaria y revocable como la *possessio*, sino permanente e intangible de cada familia de agricultores sobre su parcela de terreno, con lo que, dentro del *ager publicus* originario, se van asignando en Italia un número cada vez mayor de asignaciones de parcelas en propiedad a los particulares. Después de las leyes agrarias se multiplicaron sucesivamente las asignaciones, con lo que aquella *possessio* se transformó en propiedad de pleno derecho.

En el Bajo Imperio se elimina la distinción entre fundo itálicos y provinciales. El primer paso fue gravar con impuestos también los fundos itálicos; desde este momento cesaba toda razón de tratamiento diferenciado.

17.3. La posesión pretoria y los interdictos posesorios

El *interdicto uti possidetis* (así como estáis poseyendo), fue el método originario de defensa que el pretor otorgaba a los concesionarios de parcelas del *ager publicus*. Aunque no se habla de este término más que en relación con los inmuebles, la *possessio* fue extendiéndose también a muebles para los que rige un interdicto denominado *utrubi*.

Las distintas situaciones posesorias protegidas por interdictos integran la llamada posesión pretoria. Se consideraban poseedores interdictales a los siguientes: a) al propietario civil y pretorio, para el que este medio resulta más cómodo que las acciones petitorias; b) al precarista, titular de la concesión revocable de un fundo; c) al acreedor pignoraticio (El acreedor presta una cantidad y el deudor le da una prenda (*pignus*) como fianza).

El interdicto *uti possidetis* (tal como poseéis) se concede al poseedor actual frente a aquel que perturbe con sus actos el ejercicio del poder material sobre la cosa.

Pero para los efectos del interdicto *uti possidetis* sólo se considera poseedor actual al que posee sin vicio y se considera viciosa a la posesión que se ha obtenido de la parte contraria por la violencia, clandestinamente o a título de precario frente al dueño (*nec vi, nec clam, nec precario(alter) ab altero*). Posee en precario quien

habiendo obtenido su posesión a título de favor y a ruego suyo, para devolverla cuando le sea reclamada, se niega a hacerlo. Es *clam*, cuando nace apoderándose de la cosa secretamente, sin conocimiento ni voluntad de su poseedor; finalmente adolece del vicio de violencia (*vi*) si se despoja de ella al poseedor, atropellando la resistencia que opone o venciendo mediante una amenaza grave.

El otro interdicto de retener (*interdictum utrubi*) tenía por objeto la tutela de la posesión de cosas muebles. A diferencia del anterior, el *interdictum utrubi* no protegía al poseedor actual, sino a aquel que hubiera poseído más tiempo la cosa durante el año anterior al interdicto, siempre que no la hubiera obtenido de la otra parte con violencia, clandestinamente o en precario. En el cómputo del tiempo de la posesión se admite la llamada *accessio possessionis*, por cuya virtud cada parte puede contar dentro de su plazo posesorio el tiempo que llevase poseyendo su antecesor jurídico. En Derecho justiniano el interdicto *utrubi* es equiparado al *uti possidetis* prevaleciendo el poseedor actual, esto es, el existente en el momento de entablar el interdicto y no el que poseyó más tiempo durante el año anterior.

Los interdictos de recuperar la posesión tenían por objeto reponer en la posesión al que había perdido. Son interdictos de recuperar: a) el *interdictum unde vi*, que se concede para la recuperación de la posesión de cosas inmuebles, pudiendo entablarse tan sólo dentro de un año útil, a contar desde el día en que tiene lugar el despojo. Por este interdicto, la persona que hubiera sido despojada de su posesión violentamente (*vi deictus*), durante el año anterior al mismo, era repuesta en la misma, con tal que él, a su vez, no la hubiera alcanzado de su adversario violenta, clandestina o precariamente; b) interdicto de *vi armata* (fuerza armada), era el que se concedía cuando el despojo se realizaba por un grupo de personas armadas. Con este interdicto queda vencido siempre el último invasor, es decir, que incluso el que había tomado posesión por la violencia, si era expulsado con armas, podía ejercitar con éxito el interdicto. Justiniano unificó el régimen de ambos interdictos, *unde vi*, suprimiendo la cláusula de posesión viciosa e imponiendo, en cambio, el límite del año; c) el interdicto de *precario* se ejercita cuando el precarista se niega a devolver la posesión cedida; d) el interdicto de *clandestina possessione* se utilizaba en el caso de invasión en ausencia y sin conocimiento del dueño; este interdicto no fue conservado por lo que cabía ejercitar el interdicto *unde vi*.

17.4. La posesión civil: adquisición y pérdida de la posesión

La posesión civil es aquella del que tiene una justa causa para creerse propietario, es decir, una justa causa de usucapión, en contraposición a la simple tenencia de la cosa sin justa causa para usucapir.

Para la adquisición de la posesión, la jurisprudencia requiere el *corpus* y el *animus*; el *corpus* supone la efectiva tenencia de la cosa, es decir, la disponibilidad física de la misma. El *animus* no significa otra cosa que la intención de ser dueño; la posesión una vez adquirida subsistía mientras continuaban existiendo ambos.

La disponibilidad física en que consiste el *corpus*, en la época más antigua, se puede obtener por la aprehensión material de la cosa con la mano, mientras que en la época imperial la jurisprudencia afirmó que no era preciso el contacto físico para la adquisición de la posesión.

Los juristas clásicos estimaron que la cuestión de la existencia o inexistencia del poder físico sobre la cosa era un problema de apreciación económica y circunstancial a resolver en cada caso concreto.

El *animus possidendi*, la intención de ser dueño, puede ser de buena o mala fe; de mala fe es aquella del que posee sabiendo que la cosa pertenece a otro, aunque pueda alegar un motivo lícito que justifique aparentemente su posesión; de buena fe posee el que no tiene conocimiento de lesionar el derecho de otro al retener la posesión como propietario. La posesión de mala fe y *ex iniusta cause* suelen coincidir, pero no siempre.

La buena fe es subjetiva y la justa causa objetiva. La buena fe se presumía una vez probada la justa causa de la usucapión.

Respecto al *animus possidendi*; un *furiosus* era considerado incapaz de adquirir la posesión, porque su voluntad no era reconocida por el Derecho. Un *impuber infantia maior* (mayor de 7) podía adquirir la posesión aun sin la cooperación de su tutor; el *infans*, por el contrario, era incapaz de adquirir la posesión por quien recibe la cosa con intención de tenerla *alieno nomine* (en nombre ajeno).

La posesión se perdía *aut corpore aut animo*. La intención de conservar la posesión no cuenta nada frente al hecho de la ausencia, que hace perder la disposición material. Ahora bien, el corpus se puede retener por mediación de un tercero, por ejemplo, un depositario, un arrendatario o un acreedor pignoraticio; así conserva la posesión el que les ha entregado la cosa.

En algunos casos, a pesar de la pérdida de disposición material se puede seguir poseyendo (*possessio animo retinetur*). Una de las primeras hipótesis a la que se aplicó esta máxima fue la del *saltus hiberni et aestivi*, es decir, los predios que sólo usaban durante el verano o durante el invierno y que se consideraban que seguían poseyéndose el resto del año. La misma fórmula se aplicó al supuesto del *servus fugitivus* (siervo fugado).

17.5. Desarrollo ulterior de la doctrina de la posesión: la *quasi-possessio*

TEMA 18: Las servidumbres

18.1. Origen y evolución histórica

Las servidumbres conceden participación en el disfrute de una cosa ajena, aunque respetando en lo posible la plenitud de los derechos del propietario. En efecto, desde muy antiguo se conocieron en Roma derechos reales que otorgaban al propietario de un fundo cierto poder dominical limitado sobre otro fundo ajeno, vecino. Por virtud de tales derechos, la propiedad así gravada sufre una limitación de contenido, sirve a otro fundo. Supone un gravamen sobre el fundo y, en consecuencia, se mantiene con independencia de las sucesivas transmisiones patrimoniales de los fondos implicados.

Las servidumbre se ven como derechos autónomos, diferenciados del dominio.

Se distingue entre las *servitutes praediorum* que suponen inherencia del derecho a un fundo, de las *servitutes personatum* de carácter personalísimo y, por tanto, inseparables de su titular.

18.2. Principios generales

- La servidumbre es inherente al fundo, por lo que no puede ser enajenada separadamente del mismo. Al cambiar la propiedad sobre los fundos se cambiaban también las personas interesadas en la servidumbre, pero la servidumbre no se podía transmitir activa ni pasivamente si el fundo no era igualmente transferido.
- Los fundos dominante y sirviente han de ser vecinos. Esta regla fue aplicada con más flexibilidad en el Derecho clásico, ya que no se requería que los predios fueran contiguos, sino, simplemente, que estuvieran situados de tal manera que posibilitasen el disfrute de la servidumbre.
- La servidumbre debe ejercitarse dentro de las necesidades del fundo al que beneficia perjudicando lo menos posible al propietario de la finca gravada con ella.
- Como la servidumbre es un *ius in re aliena*, no puede constituirse sobre cosa propia.
- El derecho de servidumbre es indivisible sólo está obligado, por regla general, a tolerar algo (*pati*) o abstenerse de hacer algo (*non facere*), pero nunca a realizar una prestación positiva. Hubo una excepción constituida por la denominada *servitus oneris ferendi*, en virtud de la cual el dueño del fundo dominante tenía derecho a apoyar un edificio sobre la pared del fundo sirviente, viniendo obligado el dueño de éste a mantener esa pared en buen estado.
- El propietario del fundo dominante no puede dar la servidumbre en usufructo.

18.3. Tipos de servidumbres

Las servidumbres se agrupan en dos grandes categorías: rústicas, que son las que proporcionan utilidad a los fondos agrícolas, y urbanas, que benefician a los edificios y a las explotaciones mercantiles o industriales.

- Servidumbres rústicas

Son las más antiguas, concretamente las de paso y acueducto.

- Servidumbres de paso. Las más importantes eran: la de *iter*, que daba derecho a pasar a pie, a caballo o en litera a través del fundo de otro; *actus*, que autoriza a conducir el ganado y *vía* que servía para todo género de tránsito y que era de mayor amplitud.
- Servidumbres de aguas. Destacan, la de *aquae ductus*, que confiere al titular del fundo dominante el derecho de conducir agua por el fundo ajeno; la *servitus aquae haustus*, consistente en el derecho de extraer agua del fundo vecino; la *servitus navigandi*, que permitía atravesar el fundo del vecino por las corriente de un río.
- *Servitus pascendi*, permitía pastar el ganado en fundo vecino.
- *Cretae eximendie*, derecho de sacar tierra o barro del fundo vecino.
- *Servitus calie coquendae*, derecho a cocer cal en el fundo vecino.
- *Lapidis eximendae*, derecho a sacar piedras de fundo vecino.

- Servidumbres urbanas

De entre ellas, podemos mencionar:

- El derecho de derivar al predio vecino las aguas de lluvia, bien de un modo natural (*servitus stillicidii*), bien mediante canales (*servitus fluminis*); el desagüe mediante tuberías o canalizaciones de las aguas pútridas (*servitus cloacae*).
- El derecho de introducir vigas en el fundo del vecino (*servitus tigni inmittendi*) o el de apoyar una construcción propia en una pared ajena (*servitus oneris ferendi*).
- El derecho de prohibir que el vecino levante su edificación más allá de una cierta altura (*servitus altius non tollendi*) o de impedir que el propietario del fundo sirviente realice construcciones que disminuyan la luz o las vistas del fundo dominante (*servitus luminum*). Derecho a abrir una ventana en una pared común para beneficio del edificio dominante.
- *Servitus proiciendi*, derecho a proyectar balcones o terrazas sobre el terreno ajeno.
- *Servitus fumi inmittendi*, derecho de lanzar humo al vecino.

18.4. Constitución y extinción

Las servidumbres rústicas integradas en la categoría de las *res Mancipi* debían constituirse mediante *mancipatio*; la *in iure cessio* se aplicaba a toda clase de servidumbres. Otro modo de crearlas era la reserva de la servidumbre al efectuarse la enajenación de una cosa por *mancipatio* o *in iure cessio* (*deductio servitutis*).

Por lo que hace a los fundos provinciales, a los que no podían aplicarse las formas civiles, se reconoció la posibilidad de establecer servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, es decir, mediante acuerdo de voluntades asegurado por estipulaciones penales recíprocas.

Equiparados los fundos itálicos y los provinciales y desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, las servidumbres, en el Derecho justiniano, podían constituirse por cualquier clase de acuerdo, sin que se exigiese forma alguna y sobre la base de cualquier causa. La *longi temporis praescriptio* es también aplicable a las servidumbres, por lo que se adquieren mediante su ejercicio durante diez años *inter praesentes* y veinte *inter absentes*, siempre que la posesión sea continua y exenta de vicios.

Las servidumbres se extinguen:

- Por la destrucción o alteración total del fundo sirviente o del dominante.
- Por renuncia del titular del fundo dominante.
- Por confusión, esto es, por la reunión en el mismo sujeto de la propiedad y la servidumbre.
- Por desuso (*non usus*).

18.5. Defensa procesal

El titular de un derecho real de servidumbre estaba protegido, ante todo, por la *vindicatio servitutis*, llamada en el Derecho justinianeo *actio confessoria*. Se trata de una acción civil modelada sobre la reivindicatoria que originariamente se dirigía contra el propietario del fundo sirviente y que se concede contra todo aquel que perturbe el ejercicio de la servidumbre. El propietario del fundo sirviente podía, por contra, defenderse con la acción negatoria contra quien se atribuyera una servidumbre sobre su cosa.

Algunas servidumbres rústicas estaban protegidas mediante interdictos especiales concedidos por el pretor al que las ejercía de hecho.

TEMA 19: El usufructo

19.1. Concepto y origen histórico

El usufructo (*usus fructus*) es el derecho real que faculta al uso y disfrute de una cosa ajena sin poder disponer de la cosa misma. La definición clásica: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (derecho en cosa ajena para utilizar, disfrutar, conservando la sustancia de la cosa).

Desde hace tiempo se ha puesto de relieve la conexión entre el usufructo y las disposiciones de última voluntad. En varios textos se alude al usufructo se dice que la aplicación prevalente es la del legado a favor de la viuda, y ésta debe haber sido precisamente su aplicación originaria.

El marido legaba a su mujer determinados bienes, para que la viuda siguiera usando de ellos y, manteniéndose con sus rentas, sin atribuirle la propiedad, lo que hubiera producido una división inconveniente en el patrimonio hereditario; de este modo, la viuda mantenía la unidad de la familia y no perjudicaba a sus hijos, propietarios de aquellos bienes.

Además del supuesto de la viuda, el usufructo era también la institución idónea para mantener vitaliciamente en el patrimonio familiar a personas a las que no se quería o no se podía dar, por diversas razones; así, los ancianos, solteros, inválidos, etc.

19.2. Contenido: significado y valor del binomio *uti-frui*

Los dos términos *uti* y *frui* designan dos esferas de utilización de las cosas: el usar directamente de ellas y el apropiarse de sus frutos. Mediante este binomio se define el contenido del derecho de usufructo y con el inciso *salva rerum substantia* se establece el límite general del *uti-frui*.

Al usufructuario le corresponde todo lo que abarca el amplio concepto de *fructus*, esto es, todo lo que constituye el rendimiento de la cosa dentro de los límites del ejercicio del derecho. Adquiere la propiedad de los frutos naturales por percepción y este derecho se hace extensivo a los demás rendimientos que la cosa procure (alquileres, intereses): los denominados frutos civiles.

El nudo propietario, por su parte, conserva residualmente todas las ventajas económicas que no entren en el *uti-frui*; así, adquiere todos los frutos no percibidos por el usufructuario; pero sobre todo las facultades de

disposición jurídica siempre que no invadan la esfera reservada al usufructuario, ni deterioren su posición. Puede disponer de la nuda propiedad, enajenándola o hipotecándola.

19.3. Responsabilidad del usufructuario: la caución usufructuaria

El usufructuario no puede cambiar, de ningún modo, la estructura y el destino actual de la cosa, incluso aunque de ello resultase una mejora, por tanto: a) si se trata de un rebaño, debe mantener el número constante de cabezas de ganado, aunque las consuma en la medida del excedente que se produzca con las crías; b) si de minas y canteras, puede continuar la explotación, pero no iniciarla él; c) si de bosques madereros, puede consumir las ramas caídas y árboles en la medida en que se venía haciendo, y vender la madera si así se hacía o, en todo caso, utilizarla para reparaciones del fundo.

Junto a estas limitaciones de carácter material y económico existen otras de tipo estrictamente jurídico; así, en modo alguno puede el usufructuario realizar actos de disposición como la constitución de servidumbres sobre o a favor del fundo. Incluso si se produce una modificación esencial en la estructura de la cosa, sin o en contra, de la voluntad de usufructuario, sigue aplicándose el principio general; en consecuencia, si cae el edificio, el derecho del usufructuario no se extiende al área edificable; si el fundo adquiere un incremento por accesión, sobre este incremento no se extiende el poder del usufructuario.

Del principio general prohibitivo de alterar el régimen económico mantenido por el propietario de la cosa se deriva también la obligación de conservar la cosa en buen estado; la sustitución, en un rebaño, de las cabezas muertas con crías nuevas; la reposición de los árboles caídos por la vejez; sobre él recae también la obligación de soportar los tributos y otras cargas que afectan a la cosa. Para salvaguardar el derecho del nudo propietario a obtener la restitución de la cosa en el mismo estado en que fue entregada, se incluye la promesa formal, con fiadores, de usar y disfrutar razonablemente (*boni viri arbitratu*, saber y entender de las buenas personas) y restituir al término del usufructo. Esta misma caución servía para garantizar la obligación que incumbía al usufructuario de sostener los gastos ordinarios, es decir, los que debían hacerse periódicamente para el goce y la conservación de la cosa. Esta caución, denominada *cautio usufructuaria*, venía a suplir la falta de acciones personales no penales con las que el propietario pudiera exigir al usufructuario o a sus herederos responsabilidades por los perjuicios causados con el abuso del derecho de usufructo y la falta de restitución al terminar el mismo. El propietario disponía sólo, aparte de las acciones reales, de acciones penales por los daños que el usufructuario causara en la cosa objeto de usufructo. El pretor hizo obligatoria la *cautio usufructuaria*, amenazando al usufructuario, sino la prestaba, con impedirle la entrada en su derecho y denegarle la *vindicatio usus fructus*. Si el usufructuario dispone ya de su derecho, el nudo propietario puede ejercitar al *reivindicatio* cuando se niegue a prestar la *cautio*.

19.4. Sujeto y objeto del usufructo

El usufructo, por tratarse de una relación del *ius civile*, sólo era accesible a los *cives*, quedando, por tanto, excluidos los *peregrini*. Con todo, el magistrado, basándose en su *imperium*, reconoció y sancionó diversos modos de constitución de relaciones de contenido análogo al usufructo superando tal limitación.

En los tiempos iniciales de la aparición del usufructo no se planteó que pudiese ser titular del mismo una persona jurídica (grupo de personas consideradas como una sola ante la ley). La situación cambia cuando se admite que los *municipes* reciban por legado; es a partir de ahí cuando se plantea la posibilidad de que se constituya un usufructo a favor de una persona jurídica. Los problemas, sin embargo, surgían a la hora de hacer conciliar esta accesibilidad de la persona jurídica con la limitación temporal de usufructo a la vida del usufructuario. Es obvio que un usufructo perpetuo vaciaría totalmente de contenido a la propiedad. Este problema trató de solventarse recurriendo a varias hipótesis. Así, Papiniano afirma que la eventualidad de extinción del usufructo por *non usus* salvaría la coexistencia de la propiedad. Modestino presenta otra eventualidad improbable: la posibilidad de extinción de la *civitas* (sociedad), que el jurista equipara a la muerte del usufructuario. Gayo es quien resuelve el problema de la admisibilidad del usufructo en favor de

personas jurídicas, fijando un límite de cien años (máxima esperanza de vida de una persona), con lo que se restablece el principio de temporalidad que es, en definitiva, el que permite asegurar la coexistencia del usufructo con la propiedad.

Por lo que hace al objeto, debe recaer sobre cosas corporales inconsumibles que puedan formar parte de un patrimonio y que presenten alguna susceptibilidad de utilización.

19.5. Constitución y extinción

El modo originario de constituir el usufructo es el legado vindicatorio; sin un usufructo era constituido por legado damnatario o fideicomiso, el heredero venía obligado a constituir el usufructo por acto *inter vivos*; también pudo constituirse mediante *deductio* en la *mancipatio* o *in iure cessio* de la cosa sobre la que se quiere que grave; de este modo, el propietario puede mancipar o *cedere in iure* una cosa reteniendo el usufructo. La constitución por *traditio* es excluida; Justiniano admite, por el contrario, una *quasi traditio* que se expresaría con la *patientia*, es decir, dejando que uno actúe como usufructuario. No se adquiere el usufructo por usucapión.

Sobre los fundos provinciales, no susceptibles de *mancipatio* ni *in iure cessio*, debió de recurrirse a medios indirectos para constituir el usufructo; como ya era práctica en Roma obligarse por estipulación (acuerdo verbal) a respetar el ejercicio del usufructo, se dio en provincias a esta estipulación el valor de acto constitutivo del derecho real. *Pactiones et stipulationes*.

Ante todo, el usufructo se extingue: a) por muerte del usufructuario; b) por la *capitis deminutio*, es decir, con el cambio de *status* del usufructuario; c) por confusión, esto es, por consolidación de las dos titularidades de propiedad y usufructo; d) por renuncia formal en una *in iure cessio* a favor del propietario; e) por no uso, que consiste en no ejercitar durante un cierto tiempo las facultades comprendidas en el usufructo; el tiempo es el mismo de la usucapión diez años *inter praesentes* y veinte *inter absentes*; f) por desaparición del objeto, exclusión del comercio o transformación que impide el disfrute.

19.6. Defensa procesal

La acción del usufructuario es una *vindicatio usus fructus* muy similar a la *vindicatio servitutis* con la que se funde en el Derecho justiniano en la llamada *actio confessoria*. Esta acción, en principio, se daba contra el nudo propietario que impedía el uso o disfrute, aunque se discutía si también contra todo poseedor. Justiniano la extiende contra todo detentador que perturbe el derecho del usufructuario.

Por lo demás, aunque el usufructuario no sea poseedor, dispone de unos interdictos similares al *uti possidetis* y *undi vi*, que pueden darse también contra el que pretendiendo ser usufructuario perturba la posesión de otro: Justiniano da, sin más, los mismos interdictos posesorios. También se extienden como *utiles* al usufructuario algunas acciones penales que corresponden, en principio, al propietario, como la *actio legis Aquiliae*, incluso contra el nudo propietario, y la *actio servi corrupti*. La *actio furti* puede ejercitarla contra el mismo propietario que le priva de la cosa en usufructo o de parte de ella; se da así una figura de hurto de cosa propia.

19.7. El cuasi-usufructo

Por su propia naturaleza, el usufructo no podía tener por objeto cosas consumibles. Sin embargo, en la práctica era muy frecuente el usufructo referido a todos los bienes o a una parte alícuota de los mismos. La obligación de conservar la sustancia de una cosa (*salva rerum substantia*) implicaba que el dinero y las demás cosas consumibles quedasen, en principio, excluidos del usufructo y atribuidos al nudo propietario, con lo que el usufructuario quedaba considerablemente perjudicado.

Para obviar estos inconvenientes, en el Principado, se admite un régimen análogo para las cosas consumibles.

En este supuesto, el usufructuario adquiriría la propiedad de tales bienes, por lo que, más que de un usufructo se trata de una verdadera transmisión de la propiedad, si bien con la obligación de devolver, a la muerte del usufructuario, una cantidad igual de cosas del mismo género y calidad. Para garantizar el cumplimiento de la obligación de restituir, el usufructuario debe presentar la *cautio usufructuaria*. A este tipo de usufructo se le denominó por los justinianeos cuasi-usufructo.

19.8. El derecho de uso y habitación

La figura del *usus* presenta una cierta individualidad, ya que se trata de un derecho real autónomo, análogo al usufructo, pero de contenido más restringido en cuanto que no abarca el *frui*, es decir, la adquisición de los frutos mediante percepción. Podemos definirlo como el derecho de usar una cosa ajena en la medida necesaria para satisfacer las necesidades propias del usuario. El usuario se halla obligado a prestar también una *cautio usuaria*, garantizando la devolución de la cosa al terminar el uso y su debida conservación. Finalmente, la constitución, extinción y tutela procesal del uso es similar a la del usufructo.

El derecho de habitación (*habitatio*) es un derecho real, intransferible, concedido a una persona, de habitar una casa ajena y de arrendar a título oneroso a terceros aquellas habitaciones que no necesite ocupar personalmente. Se aplicaban los mismos modos de constitución y extinción del usufructo, salvo que no se extinguía por *capitis deminutio* o por *non usus*. Esta institución fue paulatinamente configurándose como una forma de derecho de uso tendente a asegurar vitaliciamente a una persona el derecho a la vivienda, excluyéndose, totalmente, la cesión a terceros de las dependencias disponibles.

19.9. *Operae servorum*

Se trata de un derecho real y a lo sumo vitalicio a disfrutar de los servicios de un esclavo ajeno, aprovechándolos personalmente o cediéndolos en arriendo a cambio de una compensación económica. Se constituyen igual que el usufructo y se extinguen por muerte del objeto (que es un ser vivo) o por renuncia del titular, pero no por el no uso o por la muerte o *capitis deminutio* de éste.

TEMA 20: Enfiteusis y superficie(NO)

TEMA 21: Derechos reales de garantía

21.1. Caracteres generales

Bajo la denominación de derechos reales de garantía se designan aquellos derechos de carácter real constituidos a favor de un acreedor para garantía de su crédito, puesto que en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación, el acreedor tiene la facultad de cobrarse por medio de una cosa.

La primera característica de estas garantías es la de conceder al acreedor un derecho real potencial sobre la cosa ajena, en el sentido de que el acreedor, aunque pasa a ser titular del derecho desde el momento en que éste se constituye sobre la cosa, sólo puede ejercerlo en la hipótesis de que se incumpla la obligación. Estos derechos reales tienen carácter accesorio, porque su existencia se condiciona a la del crédito garantizado, si éste se extingue, deja de existir también el derecho real. La naturaleza real de estos derechos determina su oponibilidad frente a todos y que subsista el derecho de garantía sobre la cosa gravada si su propietario la enajena a terceros.

El Derecho romano conoce tres tipos de garantía real: la *fiducia cum creditore*, el *pignus* y la *hypoteca*.

21.2. *Fiducia cum creditore*

Se trata de un negocio formal que sirve para dar garantía *res Mancipi*. Mediante *mancipatio* o *in iure cessio* se

entregaba la cosa al acreedor, pero con el pacto de devolución al deudor o, en algunos casos, a un tercero (*pactum fiduciae*), tan pronto la deuda fuese cancelada. El acreedor adquiría la propiedad civil de la cosa entregada, pero no plenamente porque el *pactum fiduciae* limitaba esencialmente sus facultades dispositivas. Si era persona honrada, el deber de *fiducia* (fidelidad) le obligaba a no usar de su propiedad infringiendo aquel pacto y a conservar en su poder la cosa, ya que se había comprometido a restituirla tan pronto como el deudor saldase la deuda. Con todo, el deudor disponía tras la cancelación de una acción personal restitutoria llamada *actio fiduciae*, que llevaba aparejada la nota de infamia para el acreedor condenado.

El acreedor, como propietario civil que era de la cosa fiduciada, podía venderla, cambiarla o regalarla. Claro que, en este caso, estaba obligado a indemnizar al deudor (pues para eso se creó la *actio fiduciae*), pero no existía acción para reclamar la cosa fiduciaria del tercero que a adquiriese en legítima y plena propiedad. Así pues, aunque se le indemnizase su valor, el deudor perdía la cosa porque carecía de acción para reivindicarla. Esta institución cayó en desuso y fue sustituida paulatinamente por otra forma de garantía real, el *pignus*, que cumplía la misma función sin plantear tantos inconvenientes.

21.3. *Pignus*

Consistía en que el deudor entregaba al acreedor mediante tradición la simple posesión de la cosa pignorada, mas no su propiedad.

La prenda manual (*pignus datum*) ofrece al deudor la ventaja de que conserva la propiedad y con ella el derecho a reivindicar la prenda de manos de cualquier tercero. La concesión al acreedor y deudor de sendas acciones reales para hacer efectivos sus respectivos derechos convirtió a la prenda manual en un auténtico *ius in re aliena* (derecho sobre cosa ajena).

El acreedor no recibía, en principio, otra ventaja que la de retener la cosa pignorada mientras que la deuda no fuese saldada, salvo que merced a cláusulas especiales se le confiriesen facultades más amplias. Tales cláusulas eran las siguientes:

- *Lex commissoria* o pacto por el que se atribuía al acreedor el derecho de apropiarse de la cosa pignorada en el caso de no ser pagado por el deudor. Pero Constantino la declaró nula ya que el valor de la cosa solía ser muy superior al crédito garantizado.
- *Pactum de vendendo o de distrahendo* por virtud del cual si el deudor no hacía efectivo el crédito, el acreedor quedaba facultado para vender la cosa y cobrarse con el precio. Este pacto ofrecía la ventaja para el deudor de que se le debía restituir la cantidad sobrante después del pago del crédito. El *pactum de vendendo* se convirtió en un elemento natural o sobrentendido de la prenda.
- *Pactum de antichresis*, por el que, si la prenda producía rendimientos al acreedor que la tenía en posesión, se podía convenir que el acreedor los percibiera en lugar de intereses. Caso de que no hubiese pacto al respecto, el acreedor estaba obligado a aplicar el valor de los mismos al pago de los intereses y después al del crédito principal y si queda algún remanente debe ser restituido al deudor pignorante.

Una vez cancelada la deuda, si el acreedor no restituye la cosa, el deudor pignorante dispone de la *actio pigneraticia*. El acreedor pignoraticio, por su parte, puede reclamar del pignorante el pago de los gastos realizados en la cosa. En una constitución del emperador Gordiano III se permitió al acreedor la retención de la prenda, aun cuando hubiera recibido el pago del deudor, si tenía más créditos contra éste, hasta que todos queden satisfechos; es el denominado *pignus Gordianum*.

21.4. Hipoteca

Simple convenio entre acreedor y deudor, que no implicaba la posesión de la cosa por el acreedor. Esta forma de prenda recibe la denominación de *pignus conventum*, que, alterna en las fuentes con el nombre griego de

hypotheca. En las modernas exposiciones del Derecho romano el término de *pignus* se reserva a la prenda manual o posesoria y el de hipoteca a la prenda sin desplazamiento de la posesión.

El origen de la hipoteca se remonta a una antigua práctica conforme a la cual el colono empeñaba en prenda al arrendador de un finca rústica, como garantía del pago de la renta, los llamados *invecta et illata*, es decir, los ganados, aperos y demás accesorios de cultivo aportados por él, conservando naturalmente la propiedad y la posesión de estos objetos, ya que los necesitaba para trabajar. En el caso de que el arrendatario no pague la renta, el pretor concede al arrendador el *interdictum Salvianum* que le permite posesionarse de los *invecta et illata* que estuvieran en poder del arrendatario. Más tarde se amplía la protección mediante una *actio Serviana*, con la que el arrendador a quien no se había pagado la renta podía proceder contra cualquiera que tuviese la posesión de los *invecta et illata*. El pretor extendió el *pignus conventum* a cualquier clase de obligación y sobre cualquier cosa corporal. La acción Serviana más tarde es denominada *actio quasi Serviana*, *pigneraticia in rem* o *hypothecaria*.

Prenda e hipoteca se extinguen al saldarse la deuda mediante pago o por venta de la cosa pignorada, por confusión (como todos los derecho reales sobre cosa ajena), por renuncia del titular y por desaparición de la cosa pignorada.

Al no exigir la hipoteca desplazamiento posesorio era perfectamente factible que una misma cosa estuviese gravada con varios derechos de hipoteca. En este supuesto, *prior tempore potior iure* (el primero en el tiempo es más fuerte en el derecho), lo que significa que el acreedor hipotecario de rango inferior no puede hacer efectivo su derecho en tanto no se liquiden los precedentes. El acreedor ulterior, sin embargo, tenía el derecho de pagar al primero su crédito y pasar a ocupar su puesto.

Lo normal es que el orden de prioridad se ajuste a la fecha de constitución de los derechos, pero este principio de la prioridad temporal sufre una serie de excepciones por razón de las hipotecas llamadas privilegiadas. Por ejemplo, la hipoteca legal correspondiente al Fisco sobre la totalidad de los bienes del deudor, como garantía de los créditos que le correspondían por contratas e impuestos. El emperador León para paliar los inconvenientes derivados de la carencia de un sistema de publicidad registrar y disminuir, de este modo, la inseguridad del crédito real, concedió carácter privilegiado a toda hipoteca documentada en escritura pública o en documento privado firmado por tres testigos idóneos, dándole preferencia sobre las más antiguas otorgadas sin estar formalizadas.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

TEMA 22: La *obligatio*

22.1. Concepto y evolución histórica de la *obligatio*

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. La obligación es un vínculo jurídico en cuya virtud nos vemos forzados a realizar una determinada prestación según el ordenamiento jurídico a que pertenecemos (por tanto, para los romanos, el *ius civile*).

La *obligatio* clásica, encierra dos elementos: el débito, o sea, el deber de realizar una determinada prestación, y la responsabilidad o perjuicio jurídico que sufre el deudor en caso de incumplimiento. Hoy son elementos inseparables pero no siempre acaeció así. En el Derecho primitivo, la obligación no lleva aparejada, de suyo, responsabilidad. Para que ésta nazca, es menester que al acto que origina la obligación se le añada un nuevo acto jurídico que fundamente la responsabilidad para el caso de incumplimiento. No es otro el sentido y razón de ser de la prenda comisorio que aparece en el Derecho arcaico: la prenda responde por el deudor, como responde el cuerpo del fiador en caso de fianza. Más tarde, la relación se simplifica y surge la autofianza, en que el deudor constituye en rehén su propia persona. Ahora ambos elementos (débito y responsabilidad) gravitan conjuntamente sobre el obligado. Poco a poco, el contenido personalísimo de la responsabilidad va

atenuándose hasta adquirir fisonomía exclusivamente patrimonial. Desde finales del siglo IV se sustituye la atadura o vinculación de la persona del deudor por al de sus propios bienes, configurándose la *obligatio* como una relación de carácter patrimonial. La obligación le confiere al acreedor sólo una facultad de ejecución sobre el patrimonio del deudor.

22.2. La prestación: clases y caracteres

La prestación constituye el objeto de la obligación. Los romanos describían el contenido posible de las obligaciones con los términos, *dare, facere o praestare* (dar, hacer o responder de). *Dare* significa la prestación que consiste en el traspaso al acreedor de la propiedad o de un derecho real sobre la cosa. *Facere* indica toda prestación consistente en hacer que no implique un *dare*; puede comprender incluso una abstención (*non facere*). *Praestare* sólo se emplea en las fuentes en casos contados, alude a la asunción de garantía por parte del deudor frente al acreedor en una obligación de *dare* o *facere*.

Ante todo la prestación debe ser posible: *impossibilia nulla obligatio est* (ante la imposibilidad no hay obligación). La imposibilidad puede ser física o jurídica; acaece lo primero cuando la cosa no existe en el momento de contraer la obligación, lo segundo si se vende una *res extra commercium*. Es diferente la denominada imposibilidad subjetiva, esto es, la que atañe a la persona del deudor. En este caso, y como regla general, la obligación surge válidamente.

La prestación debe además ser lícita, es decir, no contraria a la ley ni a la moral; en consecuencia, es nula si su cumplimiento supone la infracción de normas jurídicas o un comportamiento contrario a los valores de la ética social (*boni mores*).

Finalmente, tiene que ser determinada o, cuando menos, determinable.

22.3. Clases de obligaciones

Las distintas clases de obligaciones se establecen atendiendo generalmente los tres criterios siguientes: el del objeto, el de los sujetos que intervienen en ellas y el de su eficacia jurídica. De este modo, se habla, en primer término, de obligaciones divisibles e indivisibles, así como de obligaciones genéricas y alternativas; en segundo lugar, junto a las obligaciones en que intervienen un acreedor y un deudor únicamente, se estudian las obligaciones en que aparecen varios sujetos en el lado activo, en el pasivo o en ambos; se trata de las obligaciones parciarias, las solidarias y las cumulativas; el esquema se completa distinguiendo las obligaciones tuteladas por *actiones iuris civilis*, configuradas por el *ius civile*, de aquellas otras relaciones por las que una persona se compromete a realizar determinada prestación a favor de otra, que no estaban tuteladas por acciones civiles o pretorias, pero a las que el ordenamiento jurídico asigna algunos efectos secundarios. Éstas serán estudiadas en el apartado dedicado a las obligaciones naturales.

Respecto al **objeto**, se considera que una obligación es divisible cuando la prestación puede descomponerse en una suma de varias partes, sin modificar su naturaleza; en caso contrario se trata de una obligación indivisible. Entre las obligaciones que tienen por objeto un *dare* están las divisibles, si se trata de una actividad que puede realizarse *pro quota*; pero si se trata de un derecho real indivisible, la obligación es también indivisible. En las obligaciones que tienen como objeto un *facere* se estima divisible la obligación de prestación de *operae* (servicios), mientras que es indivisible a *operis faciendi* (hacer algo: estatua, cuadro), ya que no puede fraccionarse en varias prestaciones, en cuanto que se intenta obtener un resultado unitario.

La divisibilidad de las obligaciones permite el cumplimiento parcial de las mismas; la indivisibilidad, en cambio, exige el cumplimiento en un solo momento de toda la prestación. Además, esta distinción resulta aplicable en el supuesto de intervención de varios deudores o acreedores.

Desde el punto de vista de la **naturaleza** de la prestación, se distinguen también las obligaciones genéricas de

las alternativas. En las primeras, el objeto consiste en un *dare* una cosa que no se halla individualizada, sino determinada por la pertenencia a una categoría, como ocurre cuando se debe una cantidad de dinero. *Genus non perit* (el género no perece), por lo que el deudor no puede quedar liberado alegando la destrucción fortuita de la cosa; en oposición al régimen de la obligación que tiene como objeto un cuerpo cierto.

Por otro lado, son obligaciones alternativas aquellas cuyo objeto consiste en un *dare* una cosa que resulte de la elección entre varias otras. La elección puede corresponder al acreedor, al deudor o a un tercero. En estos casos, se aplica como principio general, conforme a los textos romanos, que si una de las cosas a elegir perece, se produce la concentración de la obligación sobre las que quedan; en Derecho clásico, este principio es válido aunque alguna de las cosas a elegir se pierda por culpa de quien tiene derecho de elección. Justiniano, cuando hay dos alternativas y la primera cosa se ha perdido por culpa del deudor y la segunda por causas ajenas a su voluntad, concede al acreedor la *actio de dolo* para obtener del deudor una suma e dinero equivalente al valor medio de las dos cosas. Igualmente, debe recordarse que el derecho de elección, que perdura hasta el mismo momento del cumplimiento de la obligación o del correspondiente requerimiento judicial, es transmisible a los herederos.

Respecto a los **sujetos**, cuando son dos o más las personas que figuran en el lado activo o pasivo se establece la categoría de las *obligaciones partiariae* que, además de divisibles, se caracterizan por tener varios sujetos activos, que pueden exigir sólo una parte de la prestación, o varios sujetos pasivos, que sólo deben una parte de la misma. Con un objeto divisible que puede ser cumplido o exigido, de manera separada, por cada uno de los sujetos concurrentes.

Otras son las obligaciones cumulativas, activas o pasivas, en las que, en realidad, existen tantas relaciones obligatorias como acreedores o deudores concurrentes. Un ejemplo de cumulativas activas lo tenemos cuando el testador ha dispuesto a favor de varios legatarios. Cada uno de éstos puede reclamar del heredero la cosa objeto del legado, o la estimación de la misma. Se tiene la figura de las obligaciones cumulativas pasivas cuando varios sujetos cometen conjuntamente el mismo acto ilícito. Como consecuencia de ello, nacen, a favor de la víctima, tantas relaciones obligatorias como autores de *delictum*; cada una de ellas tiene por objeto el pago de la *poena* (pena) pecuniaria total.

En las obligaciones solidarias, en que hay dos o más sujetos activos o pasivos, pero un solo objeto que cada uno de los codeudores está obligado a dar por entero, o bien cada uno de los coacreedores tiene el derecho de exigir por completo. De esta manera, el cumplimiento íntegro efectuado por uno de los deudores extingue la obligación por con respecto a todos, del mismo modo que la recepción de la prestación por uno de los acreedores.

22.4. Lugar y tiempo del cumplimiento de las obligaciones

Si el deudor cumple con el contenido de la prestación, sea ésta un *dare*, un *facere* o un *praestare*, queda liberado de la obligación. El término *solutio* alude originariamente a este efecto liberatorio: el deudor quedaba liberado del vínculo transitorio que con la deuda había contraído con el acreedor.

El efecto liberatorio sólo se produce si se le restituye al acreedor lo que se le debe; por tanto, la *solutio* debe hacerse al acreedor o a la persona por él propuesta para aceptar el pago. En cambio, la *solutio* puede ser realizada por un tercero distinto del deudor, pues el contenido de la obligación es que le sea dado (*dari*) lo debido, realizado lo comprometido o restituido lo prestado. Con todo, en las obligaciones de *facere* puede quedar excluido el cumplimiento por parte de un tercero cuando la obligación se contrajo teniendo en cuenta específicas cualidades del obligado.

Si el deudor hace un pago que no cubre el total debido puede destinar este pago a la deuda que él prefiera (imputación de pago), pero, si nada se ha convenido, se entiende pagada la deuda más gravosa entre las exigibles. La obligación debe ser cumplida por entero: en consecuencia, el acreedor puede rechazar o aceptar

un pago parcial.

El efecto liberatorio, propio de la *solutio*, puede resultar también de otras causas: el acreedor puede extinguir total o parcialmente la deuda, por un acto formal de *acceptilatio* o, en todo caso, por un perdón total o parcial de la deuda (*pactum de non petendo*). Equivalentes al pago pueden ser, una cosa en lugar del objeto debido (*datio in solutum*), la novación por la que un nuevo deudor se coloca en lugar del antiguo e, igualmente, la delegación del acreedor a favor de un tercero.

El lugar donde el deudor debía realizar la prestación y el acreedor aceptarla se podía determinar expresamente o inducirse de las circunstancias, en particular de la naturaleza de la misma y del sentido del negocio jurídico. Una vez determinado el lugar del cumplimiento, cada parte podía exigir que la prestación se hiciera y se aceptara en él.

La *solutio* es exigible desde que vence el plazo fijado o, si no se ha fijado plazo, puede ser exigida desde el primer momento. Una vez que la deuda es exigible y el deudor no cumple incurre en *mora*, pero esto no aumenta su deuda sino que únicamente produce el efecto de impedir una liberación del deudor por pérdida de la cosa específica debida. El acreedor, por su parte, incurre en *mora* cuando se niega a aceptar una *solutio* bien hecha, y esta *mora* libera al deudor de los efectos de la suya y carga al acreedor, por tanto, con todo riesgo de la cosa debida.

22.5. *Obligatio* y *actio*: las llamadas obligaciones naturales

Por regla general, los derechos de crédito son exigibles en juicio mediante el ejercicio de la *actio* correspondiente, pero existen supuestos excepcionales en los que carecen de acción judicial, hablándose en este caso de obligaciones naturales. La expresión *obligatio naturalis* se emplea originariamente para referirse a los créditos y deudas de personas *in potestate*; luego su amplió su cobertura a: a) la obligación extinguida por *capitis deminutio*; b) las obligaciones contraídas por los pupilos sin la *auctoritas tutoris*; c) la surgida de un simple pacto. Así, se entiende que en estos casos subsiste el deber de cumplimiento, y si el deudor paga voluntariamente, no puede repetir lo pagado. Además, la obligación natural puede servir de base para una fianza o para la constitución de un derecho real de garantía; también puede convertirse en verdadera obligación civil, demandable en juicio, mediante novación (nuevo acuerdo, donde se crea una nueva acción).

A modo de conclusión, debemos decir que las obligaciones naturales nacen de una pugna entre los deberes jurídicos y los deberes morales y sociales. Existen comportamientos derivados de un imperativo ético que, por este motivo, pueden no ser exigibles coactivamente, pero que para la moral y la sociedad deben cumplirse; de ahí que constituyan una causa lícita para asumir una obligación.

22.6. Fuentes de las obligaciones

Son fuentes de las obligaciones aquellos hechos jurídicos que determinaban que naciera una obligación entre dos o más personas. Según Gayo *omnis obligatio vet ex contractu nascitur vel ex delicto* (toda obligación nace o de un contrato o de un delito). La bipartición gayana es fundamental, pues, en la contraposición entre *contractus* y *delictum*: una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar. A tenor de la terminología de la era gayana, *contractus* es sinónimo de acuerdo de voluntades y el propio Gayo distingue cuatro tipos de los mismos: a) contratos reales, en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; b) contratos verbales, que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; c) contratos literales, perfeccionados por la forma documental; d) contratos consensuales, en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma. Mediante la palabra *delictum* Gayo indicaba cuatro actos ilícitos: el *furtum* (robo), la *rapina* (robo violento), la *iniuria* (infamia) y el *damnum iniuria datum* (daño). Como consecuencia de la comisión de cualesquiera de estos *delicta*, el *ius civile* hacía nacer una *obligatio* entre el autor del acto ilícito y la víctima, consistente en el pago por el primero al segundo de una pena pecuniaria.

Pero esta clasificación fue insuficiente para englobar todos los casos, así que se llegó a la clasificación tripartita: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Toda obligación o nace del contrato, o nace del delito, o nace de cierto derecho por distinto tipo de causas. A las dos fuentes de las Instituciones, *contractus* y *delicta*, se le añadieron las varias figuras de causas (*variae causarum figurae*), donde se incluyen los otros actos lícitos productores de obligaciones, semejantes a los contratos, pero que no pueden calificarse propiamente de tales al faltar el acuerdo de voluntades y algunos actos ilícitos que no cabía tipificar como *delicta* aunque de ellos surgiera una obligación similar a la que nace *ex delicto*.

En las Instituciones de Justiniano, las fuentes de las obligaciones son clasificadas en cuatro categorías: *aut enim (obligatio) ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*. Las obligaciones nacen de contrato, de cuasicontrato, de delito o de cuasidelito. No hay una precisa definición de la categoría de los cuasicontratos y de los cuasidelitos. Su artificiosidad es evidente, ya que al cuasicontrato le falta lo más característico del contrato: el acuerdo, y al cuasidelito, o le falta lo más característico del delito, la culpa, o no ofrece, en otros casos, diferencias esenciales con los delitos. Sin embargo, no se ha propuesto para sustituirla una de aceptación unánime que corrija sus inconvenientes; muy al contrario se mantuvo en el Derecho intermedio y penetró en los códigos modernos (entre ellos el español).

TEMA 23: Garantía y refuerzo de las obligaciones

23.1. La *adpromissio*

- Fianza: introducción

En el mundo jurídico romano la garantía personal ocupa un lugar claramente preferente respecto a la garantía real (más complicadas y provocaban desconfianza); por otro lado, en el tráfico jurídico las obligaciones eran normalmente garantizadas por fiadores. Esto es lo que permite la seguridad en el tráfico jurídico, en favor incluso de los menos solventes, en los que no se confiaría sin la garantía de un fiador solvente. La estructura de la sociedad romana, con su distinción entre protectores, llamados *patroni* en sentido amplio, y protegidos, denominados clientes, favorecía este tipo de intercesión de personas solventes a favor de los deudores, de suerte que la verdadera dependencia que crean las obligaciones patrimoniales no es tanto del deudor respecto a su acreedor, cuando de los deudores respecto a los fiadores. La abundancia de leyes para la regulación de esta institución encuentra su razón de ser en el moralismo político social del mundo antiguo: limitación del lujo, limitación de la tasa de intereses en los préstamos de dinero y protección de los derechos de los deudores.

- Formas arcaicas

Los *prades* y los *vades*.

Prades eran los garantes que las ciudades de origen latino recibían por créditos nacidos de obligaciones contraídas por los particulares; daba a la ciudad la facultad de satisfacerse del crédito que tenía a su favor mediante la venta tanto de los terrenos como de los garantes.

Los *vades* (o *vindex*), garantes de la comparecencia del demandado en un proceso civil o del acusado en un proceso criminal.

- Las formas clásicas de fianza

Las tres formas de fianza más conocidas en las fuentes clásicas, son la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.

La *sponsio* es un negocio de origen sacral, exclusivo de los ciudadanos romanos para garantizar deudas

ajenas; aunque luego se fundió con la *stipulatio*, la *sponsio* siguió siendo, por excelencia, la del fiador, y la palabra *sponsor* no se aplica nunca a un promitente distinto del fiador. Siendo la *sponsio* inaccesible a los peregrinos, se creó para ellos una nueva forma similar que se fundaba en las *fides*. Este tipo de fianza consistía en una promesa de confianza o *fidepromissio* que fue recogida como válida en el *ius civile*.

Sponsio y *fidepromissio* presentaban importantes limitaciones. En efecto, sólo servían para afianzar obligaciones nacidas de estipulación, pues en ambas fórmulas orales se hacía referencia a la promesa del deudor principal; por otro lado, en ambos casos la obligación del fiador era intransmisble al heredero, y estableció la *lex Furia* un plazo de caducidad de dos años, transcurrido el cual el fiador quedaba liberado de su obligación; lo más grave era que la obligación del fiador no era accesorio de la del deudor, sino que tenía un carácter independiente y principal (es decir, a la hora de cobrar el acreedor podía dirigirse directamente al fiador, en vez de al deudor).

Así se introdujo un nuevo tipo de fianza que estaba destinada a prevalecer sobre las otras dos más antiguas.

Esta nueva forma, llamada *fideiussio*, no consistía en una *promissio* propiamente dicha, sino en una autorización responsable o aval similar al que daba el padre o amo para asumir la responsabilidad por las obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos. Esto nos lleva al planteamiento del discutido problema de diferencia entre *fideiussio* y la responsabilidad *quod iussu* del *pater* o *dominus*.

¿En qué podía verse, pues, la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad? En el *iussu*, el *pater* o *dominus* se presenta como quien actúa en virtud de la *patria* o *dominica potestas*, mientras que en la *fideiussio* aparece actuando como un extraño.

Las ventajas de este nuevo tipo de fianza son bien patentes: la promesa del fiador no se refiere aquí a la hecha por el deudor principal, sino precisamente a la deuda de éste (se compromete con la deuda no con el deudor). De este modo, al no referirse a una *promissio* del deudor principal, sino a su *debitum* en general, la *fideiussio* servía para afianzar cualquier tipo de deudas y no exclusivamente las nacidas de estipulación, además, la mención de la *fides* la hacía accesible también a los extranjeros. La *fideiussio* aparece ya como accesorio de la del deudor principal, y de ahí la regla de que el *fideiussor* puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal (puede garantizar sólo una parte de la deuda); por último la obligación del *fideiussor* era transmisble a sus herederos y no estaba sometida al plazo de caducidad de la ley *Furia*.

Todas las ventajas que presentaba respecto a la *sponsio* y a la *fidepromissio* explican que las fuera suplantando progresivamente. De todos modos, aunque la obligación del *fideiussor* apareciera como accesorio de la del deudor principal, seguía aún ligada al régimen de solidaridad ordinaria, de modo que el acreedor podía dirigir su reclamación con carácter primario contra el *fideiussor*. Habrá que esperar al Derecho justiniano para que la obligación del fiador aparezca claramente como subsidiaria respecto a la del deudor principal.

- Acción de regreso y relaciones entre cofiadores

Todo esto se refiere a la institución de la fianza desde el punto de vista de las formas, es decir, en su aspecto externo. Es preciso, pues, tratar ahora del régimen interno de esta institución, esto es, de las relaciones entre el fiador y el deudor principal, y entre los cofiadores.

La promesa del fiador tiene carácter abstracto, es decir, no se expresa en ella la causa que determina tal promesa; no aparece, pues, la relación que pueda existir entre el fiador y el deudor. Tal relación existe, sin duda, pero es puramente interna y no trasciende al acto de la promesa del fiador. De ahí que de la fianza no se derive ninguna consecuencia, respecto a la relación entre el fiador y deudor principal; de la fianza misma no se deriva, en suma, el recurso que el Derecho moderno recibe el nombre de acción de regreso.

La ley *Publilia* había establecido una *manus iniectio*, ejercitable en el plazo de seis meses, para que el *sponsor* que había pagado al acreedor pudiera reclamar del deudor principal. La ley *Furia* extendió esa *manus iniectio* a favor del *fidepromissor*, siempre que se tratara de fianzas hechas en Italia. Pero para los *fidepromissores* de fuera de Italia, y para todos los *fideiussores*, no había acción de regreso. Para obviar este inconveniente, el fiador podía pedir al acreedor al que satisfacía la cesión de su acción contra el deudor principal

La fianza por sí misma no producía tampoco consecuencias entre los cofiadores, entre los cuales puede haber también una relación interna especial. Pero desde época muy antigua aparece ya la idea de que la deuda pagada deber repartirse entre los cofiadores por partes alícuotas. La ley *Apuleya* estableció una *manus iniectio* a favor del *sponsor* que pagó la deuda para exigir de sus cofiadores la parte proporcional; la ley *Furia* limitó la exigibilidad de la deuda a la parte proporcional de cada cofiador; en uno y otro caso siempre tratándose de *sponsores* y de *fidepromissores* en Italia; también aquí los fiadores de fuera de Italia y todos los *fideiussores* no disponían de esta ventajosa limitación hasta que les fue extendida por una epístola de Adriano, que dispuso que la deuda debía repartirse entre los cofiadores que resultaran solventes en el momento de la *litis contestatio*.

El régimen clásico de fianza se presentaba, pues, en conjunto, complejo y, sobre todo, imperfectamente reguladas las relaciones entre deudor y fiador; la fianza quedará definitivamente configurada como negocio típico con un propio régimen distinto del de la solidaridad ordinaria. Tal fue la tarea llevada a cabo por Justiniano.

23.2. Régimen de la fianza en el derecho justiniano

Justiniano elimina, ante todo, las dos antiguas formas de fianza; en su época no existe más forma que la de la *fideiussio*. La institución se tipifica como negocio específico en virtud de tres beneficios concedidos al fiador: beneficio de excusión, de división y de cesión de acciones.

En el derecho clásico el régimen de solidaridad tenía por consecuencia que el acreedor podía elegir para la reclamación procesal a cualquiera de sus dos deudores, el principal o el garante; de hecho, se dirigía contra el fiador, cuya solvencia era quizá más segura; de esta suerte, la obligación del fiador no era subsidiaria, sino primaria. Este efecto podía obviarse mediante una estipulación especial por la que se comprometía a pagar sólo si el deudor principal no pagaba. Justiniano, en cambio, concedió al fiador el derecho de rechazar la demanda del acreedor, si éste no había previamente agotado las posibilidades del deudor principal; mediante este beneficio de excusión, la obligación del fiador resultaba netamente subsidiaria, como parece exigir la función específica de garantía. En virtud del beneficio de división, cada cofiador puede rechazar una reclamación que exceda de la parte correspondiente que resulte de la división de la deuda entre los cofiadores que sean solventes en el momento de la sentencia. Por último, la cesión de acciones, se convierte ahora en un efecto legal de la fianza misma; con ello el fiador dispone directamente como acción de regreso contra el deudor principal de la acción que contra éste tenía el acreedor a quien aquel fiador satisface, sin necesidad de que éste haga la expresa cesión.

23.3. *Constitutum debiti alieni*(no)

23.4. *Receptum argentarii*(no)

23.5. *Mandatum pecuniae credendae*(no)

23.6. Refuerzo de las obligaciones(no)

23.7. Los actos de intercesión y el senadoconsulto Velejano

23.8. La *adstipulatio*(no)

TEMA 24: Transmisión, extinción e incumplimiento de las obligaciones

24.1. Transmisión de las obligaciones

Para el Derecho romano, las obligaciones son intransmisibles activa y pasivamente; no cabe, por tanto, que el acreedor ceda su crédito a otra persona. Como consecuencia de la *sucesio in locum et in ius defuncti* pasaban al *heres* los elementos activos y las deudas del patrimonio, con lo que el sucesor se subrogaba también en los créditos y deudas que el causante tenía respecto de terceros.

Con todo, hubo algunos medios indirectos de suplir esta imposibilidad de transmitir *inter vivos* una obligación:

- *Delegatio*

Se trataba de que alguien tomara el puesto del acreedor o del deudor. En el primer caso (*delegatio creditii*) el titular de un crédito requiere o invita a su deudor para que en lo sucesivo quede obligado frente a un nuevo acreedor en quien se delega el crédito existente. En el segundo (*delegatio debiti*) un deudor promete, con el debido consentimiento, el pago de la deuda al nuevo acreedor; esto se da cuando uno tiene una deuda con un acreedor, y a la vez un derecho sobre un deudor, transfiere así su deuda a su deudor y queda así libre de obligaciones. Económicamente estos procedimientos significan una transmisión de la obligación, pero jurídicamente equivalen a una extinción de la obligación originaria y a la creación de una nueva. Estas formas de cesión dependían exclusivamente de la buena voluntad del deudor que, si lo estimaba perjudicial para sus intereses, podía rehusarlas.

- Representación procesal

El acreedor nombraba al tercero *cognitor* o *procurator* suyo, con el encargo de actuar en el juicio contra el deudor, a fin de obtener la prestación debida por éste. Este representante procesa no puede reclamar en nombre propio, sino en el del mandante, cuyo derecho ejercita; jurídicamente es un simple apoderado del acreedor. Esta situación queda claramente reflejada en la fórmula de la acción en la que hay transposición de personas: mientras que en la *intentio* figura el nombre del representado, la *condemnatio* se formula a nombre del representante. Se trata, por tanto, de un modo de transmitir la obligación que no requiere el consentimiento del deudor.

- Concesiones de Antonino Pío. Sistema justiniano

En virtud de una *prescriptio* de Antonino Pío, al comprador de una herencia se le conceden acciones útiles para reclamar los créditos hereditarios. Dado que el comprador, por el mero hecho de haber adquirido la herencia, puede ejercitar las acciones sin necesidad de mandato, estamos ante el primer reconocimiento de la transmisión directa de créditos de una persona a otra. En el derecho de la compilación encontramos ya una verdadera cesión, por compra, donación, etc., que, en virtud de la voluntad contractual de enajenar el crédito, otorga al cesionario derecho a hacerlo efectivo en su propio nombre; es decir, como si fuese suyo propio.

24.2. Extinción de las obligaciones

- Nociones generales

Los modos de extinción de la obligación son aquellos hechos jurídicos que destruyen la relación obligatoria existente. Las relaciones obligatorias pueden extinguirse *ipso iure* y *ope exceptionis*. En el primer caso, la obligación desaparece de raíz, de tal suerte que después no era posible una nueva reclamación de la misma por vía judicial; en el segundo queda simplemente paralizada, ya que el pretor sólo goza de poderes para proteger o sostener los derechos deducidos en juicio.

- Modos de extinción *ipso iure*

Gayo enumera los modos de extinción *ipso iure* en el siguiente orden: la *solutio* (pago), la *acceptilatio* (dar por pagado), la liberación del deudor *per aes et libram* (bronce y balanza), la *novatio* (novación) y la *litis contestatio*.

- La liberación *per aes et libram*: el deudor se libera entregando al acreedor el trozo de cobre (*aes*) pesado por el *libripens*, en presencia de los cinco testigos, y expresando solemnemente la disolución del vínculo. Al introducirse la moneda acuñada se convirtió en un pago simbólico (*imaginaria solutio*) que sirve para remitir deudas.
- La *novatio*: los romanos denominaban *novatio* (novación) a la sustitución de una obligación por otra o transposición del contenido de una primitiva en otra nueva. La novación destruye siempre la relación obligatoria primitiva; por eso los juristas romanos la estudian entre los modos de extinción de las obligaciones. Y la extinción se produce *ipso iure*, al nacer la nueva obligación, sin necesidad de especial contrato cancelatorio. La virtualidad de la obligación primitiva se traslada a la nueva (*transfusio atque traslatio*).

Son requisitos para que se produzca el efecto novatorio:

- a) Existencia de una obligación anterior de cualquier clase.
- b) Celebración entre el acreedor y el deudor de la obligación precedente una *stipulatio* que tiene por objeto la misma prestación de la obligación precedente y está encaminada a hacer que surja una nueva obligación que, respecto a la precedente, haya cambiado en alguno de sus elementos.
- c) La estipulación novatoria del Derecho romano tiene siempre carácter concreto y no abstracto; debe enunciar la causa jurídica a que responde la nueva obligación y su contenido, y que no es otra que la deuda antigua por ella renovada.

En el Derecho justiniano el elemento primordial de la *novatio* pasa a ser la intención de las partes (*animus novandi*); para que la novación se produzca se exige que las partes hubieran tenido la intención manifiesta de realizarla. No es necesario que el *animus novandi* se declare *expressis verbis*, sino que basta con que se infiera del comportamiento de las partes.

24.3. Incumplimiento de las obligaciones

TEMA 25: Los contratos

25.1. Nociones generales

Los juristas clásicos califican de contratos (*contractus*) a aquellos acuerdos de voluntades generadores de obligaciones sancionadas por el *ius civile*. En el Derecho moderno, se considera contrato a todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas.

Esta diferente concepción del contrato obedece a que en el Derecho romano no existía (como en el moderno) una noción abstracta del *contractus*, sino que se conocían sólo determinados tipos de *contractus*, a los que el ordenamiento jurídico vinculaba el efecto de producir *obligationes*. El Derecho romano sólo conoce contratos particulares.

El Derecho antiguo era pobre en figuras contractuales. La más primitiva de todas es el *nexum*, préstamo de dinero celebrado solemnemente *per aes et libram*, ante cinco testigos y un *libripens*, que posteriormente fue sustituido por la *stipulatio*, de formalidades mucho más ágiles y sencillas. En las postrimerías de la República

se le confiere validez civil al mutuo (*mutuum*) préstamo no formal de cosas fungibles que se perfecciona por la entrega de las cosas prestadas. El contrato literal (escrito) surge relativamente pronto. La aparición de los contratos consensuales, es decir, de aquellos en los que la obligación nace del mero consentimiento, se trata de los contratos más importantes del comercio diario (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato).

Todos los demás convenios reciben de los juristas el nombre de pactos o *nuda pacta*.

25.2. Distintas clases de contratos

Gayo distingue cuatro especies únicas de contratos. Según él, la obligatoriedad civil de un contrato puede nacer *re* cuando al acuerdo de voluntades le sigue una entrega patrimonial (*res*) que da derecho a exigir su restitución a la contraprestación pactada (contratos reales); *verbis*, expresando mediante una pregunta y una respuesta solemnes el consentimiento del que nace la obligación; *litteris*, dando forma al acuerdo de voluntades mediante su inscripción en un documento; *consensu*, por el simple consentimiento sin más requisitos.

Los contratos pueden clasificarse desde otros puntos de vista. Y así tenemos:

- Contratos unilaterales y bilaterales: en los primeros nace la obligación para una sola de las partes (por ejemplo, el mutuo), en los segundos surgen obligaciones para ambas (compraventa, arrendamiento). En algunos contratos unilaterales pueden eventualmente surgir obligaciones a cargo del acreedor de efectuar ciertas prestaciones en favor del deudor (así, en el depósito por razón e los gastos que haya realizado el depositario en la conservación de la cosa); estos contratos se designan con el término de bilaterales imperfectos.
- Contratos a título oneroso y a título gratuito o lucrativo: en los primeros, a la pérdida patrimonial que sufre una de las partes por la ejecución de la prestación, corresponde una pérdida patrimonial de la otra parte (compraventa: uno se desprende de una cosa y otro de otra (–tierras, –dinero)). Gratuitos o lucrativos son aquellos contratos en los cuales sólo una de las partes sufre una pérdida patrimonial en beneficio de la otra (donación).
- Contratos *iuris civilis* y *iuris gentium* (derecho de gentes): según que sean exclusivos de los ciudadanos romanos o puedan ser celebrados entre romanos y extranjeros o sólo extranjeros.
- Contratos de Derecho estricto y de buena fe: negocios *stricti iuris* (derecho estricto) son aquellos que obligan taxativamente a tenor de lo prometido o pactado. El contenido de estos negocios jurídicos se halla fijo y previamente determinado por la letra de la ley, a la cual es necesario atenerse. Los contratos de buena fe son los que no se limitan a obligar al cumplimiento de lo prometido, sino que, además, imponen con carácter obligatorio todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, con arreglo a las circunstancias del caso concreto y que puede ser más o menos de lo que expresamente se prometió. Y es que los contratos de buena fe obligan a las partes, sin necesidad de pacto expreso, a lo siguiente: a) desplegar la diligencia necesaria para el cumplimiento del contrato y, tratándose de obligaciones que recaigan sobre cosas, a veces por su indemnidad y conservación; mientras que en los negocios de Derecho estricto, el deudor sólo se obliga a abstenerse de actos perjudiciales; b) los contratos de buena fe obligan, asimismo, a indemnizar todo los daños causados, por incurrir el deudor en mora o dejar incumplidos total o parcialmente los deberes contractuales.

25.3. Principio de la vinculación exclusiva de los sujetos contratantes: estipulaciones a favor y a cargo de terceros.

Existen diversos textos, casi todos ellos referidos a la *stipulario*, donde se proclama la nulidad de los contratos a favor de terceros, entendiendo por tales aquellos cuya realización produzca un beneficio económico a una persona distinta de los contrayentes.

Se justifica la nulidad de estos contratos a favor de tercero en la consideración de que el objeto no ofrecía

ventaja económica a los contrayentes. El contrato así celebrado es radicalmente nulo, no sólo en cuanto al tercero, sino en cuanto a los contrayentes, y ninguno de los intervinientes podrá proceder judicialmente para hacer valer los efectos del contrato.

Sin embargo, en el Derecho justiniano se admiten acciones a favor del tercero, para hacer valer los efectos del contrato concluido en su favor, en los casos siguientes: a) si el vendedor ha acordado con el comprador, al venderle un fundo, que el arrendamiento será respetado; b) a las personas en favor de las cuales un padre, al constituir la dote, se hubiese hecho prometer la restitución; c) si el depositante o comodante de una cosa ajena pacta su restitución al propietario; d) si el acreedor pignoraticio, al vender la cosa dada como prenda, ha pactado el derecho de rescate a favor del deudor; e) si el donante acuerda con el donatario que (transcurrido un cierto tiempo) restituirá a un tercero la cosa donada.

TEMA 26: Contratos reales

26.1. Mutuo

- Concepto y elementos

El mutuo es un préstamo de dinero o de otras cosas fungibles que consiste en la transmisión de la propiedad de dichas cosas, quedando el prestatario obligado a restituir una cantidad igual de éstas y no las mismas cosas recibidas *in specie*. Si la voluntad de las partes se dirigiera a la restitución de la cosa entregada no habría mutuo sino depósito o comodato.

Se infiere de la definición que son elementos del mutuo:

- Que el mutuante sea propietario de las cosas prestadas o al menos que tenga facultad para enajenarlas.
- Debe mediar el consentimiento de ambas partes respecto del acto que se celebra.
- El elemento real: el mutuo es un contrato real, porque no surge con el mero consentimiento, esto es, con el acuerdo de las partes al dar la efectiva traslación al mutuario de la cantidad de cosas no fungibles convenida. Así pues, el simple acuerdo de dar y recibir un crédito, no acompañando de este de efecto traslativo, no da vida a un mutuo, sino a un pacto preliminar.

El elemento real del mutuo tiene como nota peculiar la de que debe consistir en la transmisión de la propiedad de los géneros al mutuario; esta característica aísla al mutuo frente a un grupo de otros contratos reales en los que no pasa al accipiente más que la detención (comodato, depósito) o bien la posesión (*pignus*); respecto a la fiducia, donde también se traspasa la propiedad, la diferenciación viene dada por la naturaleza del objeto, que en el mutuo es un género, mientras que la fiducia es una cosa fungible. El tipo más elemental de tal tradición es la consignación material: el mutuante entrega los géneros al mutuario en la cantidad querida mediante la *numratio*, el peso o la medida.

- Efectos: *usurae* (intereses)

El mutuo es un contrato unilateral, es decir, de él no surgen obligaciones sino a cargo del mutuario. El mutuante, una vez perdida la propiedad de las cosas fungibles dadas en préstamo, se convierte en un puro y simple acreedor de una prestación genérica. En cuanto a la medida de restitución que incumbe al mutuario, el mutuo romano se resiente en este punto de su origen y permaneció hasta el Derecho justiniano adherido a una rigurosa concepción real. Dado que la obligación del mutuo nace *re* (en virtud de una prestación y en cuanto exista una prestación) la obligación de restitución del mutuario no puede exceder nunca la media de la prestación recogida que de tal obligación es la fuente; así, pues, el mutuo romano no tolera pactos añadidos que agraven la media de la obligación del mutuario. De ello se derivan las siguientes consecuencias, que diferencian el régimen del mutuo romano del moderno: a) que el acreedor puede pactar recibir menos de cuanto ha dado, en cuyo caso existe mutuo hasta el importe de la cantidad a restituir y donación en lo demás;

sin embargo, no puede pactar más de cuanto ha dado; b) que, en caso de retraso de la restitución (*mora debitoris*), el acreedor no puede solicitar intereses moratorios con la acción del mutuo; debe reclamar en vía extracontractual el daño recibido; c) que los intereses convencionales (*usurae*) no pueden establecerse eficazmente con un simple pacto añadido al mutuo, sino que se precisa una estipulación al efecto, lo que procesalmente suponía que el acreedor debía entablar acciones distintas para exigir el mutuo y los intereses estipulados; para evitar tal inconveniente, los romanos usaban hacer una estipulación única que comprendiera el capital y los intereses (*stipulatio sortis est usurarum*) que procuraba la posibilidad de pedir todo con una sola acción derivada de la estipulación.

El legislador romano se preocupó siempre de proteger a los deudores contra los abusos usurarios de los prestamistas, considerando que el deudor necesitado se encuentra en condiciones de inferioridad respecto del acreedor. Los remedios adoptados a tal fin fueron dos: a) limitar la tasa de las usuras convencionales, b) impedir más allá de un cierto límite la acumulación de usuras.

Respeto a la tasa de usuras la protección de la legislación romana se verificó fijando un máximo de interés que no era lícito superar por pacto. En el desarrollo histórico del ordenamiento romano este máximo no ha sido siempre el mismo.

Una ley posterior intentó incluso prohibir las usuras, pero esta disposición parece que cayó en desuso.

La protección del deudor respecto a la acumulación de intereses se verificó de dos modos: a) fijando, en primer lugar, un límite más allá del cual el capital debe cesar de producir intereses; b) prohibiendo, en segundo lugar, la transformación de los intereses en capital productivo a su vez de intereses (usura sobre la usura).

- Acciones

La acción dada al mutuante para obtener la restitución es la *condictio*. Para los mutuos de dinero, la acción era llamada *actio certae creditae pecuniae*; para los mutuos de otros géneros la *condictio* era denominada *certa rei*; esta acción es denominada *condictio triticaria* cuando se trataba de una cantidad de grano.

Respecto a la carga de la prueba, baste recordar que el mutuante debe probar su derecho de crédito. La prueba puede verificarse con cualquier medio, pero el ordinario será normalmente la prestación del documento firmado por el deudor.

Se introdujo más tarde la *querella non numeratae pecuniae*: donde el deudor que aceptaba el documento firmado, negaba en cambio que hubiera recibido realmente el dinero que le el documento atestigua como entregado. El deudor puede simplemente negar el hecho de entrega del préstamo y el acreedor debe demostrar con otros medios de prueba haber entregado el dinero. Es más, puede incluso el deudor exigir, antes de que el acreedor le reclame la cantidad no entregada; tampoco es aquí el deudor el que tiene probarlo. La institución de la *querella*, contraria a todas las reglas probatorias, sólo se justifica por motivos de política legislativa, como medio de represión de abusos en el comercio del dinero y de fraudes.

- El senadoconsulto Macedoniano

El senadoconsulto (ley que emana del Estado) Macedoniano prohíbe conceder préstamos de dinero a los hijos de familia. Si el préstamo era pagado por el padre, por el hijo, entre tanto emancipado, o por un tercero, el senadoconsulto no se aplicaba, de suerte que no se podía exigir al acreedor la devolución de lo percibido. Esta medida tenía realmente por finalidad proteger la herencia del padre contra las tentaciones homicidas de los hijos. La institución guarda relación íntima con la *patria potestas* romana y con la incapacidad patrimonial del hijo sometido a potestad. Una vez desaparecida la *potestas* desapareció también la base en que dicha institución se apoyaba, pero a pesar de ello nuestro vigente Código Civil todavía la recoge en el artículo 317.

- *Foenus nauticum*

El *foenus nauticum* es el préstamo marítimo en el que el acreedor asume los riesgos de la travesía, a cuyo resultado feliz se condiciona la devolución del dinero prestado. Es, pues, un contrato que depende del azar. A cambio de sus peligros, el mutuante percibe en concepto de intereses una prima que no se halla sujeta a tasa, porque en realidad no constituye verdadero interés, toda vez que no tiene el concepto de remuneración del capital prestado.

El préstamo marítimo presentaba una utilidad evidente. Los comerciantes deseaban emprender grandes negocios de exportación de mercancías, pero no disponían de fondos suficiente para adquirirlas antes del viaje, ni debían acometer ellos solos una operación de este tipo, ya que los innumerables riesgos de la navegación, de producirse, podrían ocasionarles pérdidas e incluso la ruina total. Por otra parte, las personas que disponían del capital no sabían cómo invertirlo provechosamente. El préstamo marítimo reunía al comerciante y al capitalista y permitía que uno y otro vieran realizadas sus aspiraciones. El comerciante–prestatario pedía una ayuda económica y cobertura de los riesgos de la navegación al capitalista–prestamista; éste entregaba su dinero al comerciante–prestatario y asumía los riesgos del transporte marítimo a cambio de unos intereses muy elevados que tenía que satisfacerle al prestatario junto con el capital prestado, si la nave, con las correspondientes mercancías, llegaba felizmente al puerto de destino.

26.2. Comodato

- Concepto

El comodato o préstamo de uso consiste en la entrega de una cosa a otra persona para que la use gratuitamente. La base de la entrega de la cosa es siempre la amistad, de ahí precisamente se deriva la gratuidad del negocio. Se trata de un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa al comodatario, el cual se obligaba a la restitución de la misma cosa. El comodatario retenía la cosa como simple detentador por el tiempo de duración del contrato y la propiedad y la protección posesoria seguían perteneciendo al comodante.

El comodato consiste en la cesión e la cosa para un uso determinado (en cuanto al modo o en cuanto al tiempo). Es lo que le distingue del precario, cuya cesión es revocable a voluntad del concedente.

- Régimen jurídico

El comodato es un contrato de buena fe. Ambas partes se obligan a cuanto exija la *bona fides*. Ante todo, el comodatario está obligado a devolver al comodante la cosa prestada al término del plazo o a la conclusión el uso que motivó el préstamo. Por ello nacía para el comodante la *actio commodati directa* para exigir la restitución. Ocasionalmente el comodatario realizaba desembolsos en la cosa que no se podían considerar suficientemente compensados con el beneficio de su uso. Estos derechos eventuales eran hechos efectivos por el comodatario mediante la *actio commodati contraria*. Esta posibilidad convierte al comodato en un contrato imperfectamente bilateral.

Las exigencias de la *bona fides* no son iguales respecto de ambas partes contratantes. En efecto, la propia gratuidad del negocio que determina la ausencia de cualquier tipo de contraprestación por la concesión del uso de la cosa prueba fehacientemente que el comodatario es la parte más favorecida por el contrato y que el comodante no obtiene provecho alguno; de ahí que el comodatario responda, sin necesidad de convenio especial, de la custodia que abarca el hurto de la cosa. El comodatario responde del hurto de la cosa, aun cuando haya puesto la diligencia máxima en el cuidado de la misma (*culpa levis*), además se incluye también la pérdida de la cosa que no se deba a un acontecimiento imprevisible (*vis maior*, fuerza mayor). El objeto del comodato son cosas específicas que, por su naturaleza no se pueden reemplazar por otras.

26.3. El depósito

- Depósito ordinario

El contrato de depósito consiste en la entrega de una cosa mueble para que el depositario la custodie gratuitamente. Se trata de un contrato real. La gratuidad también constituye un elemento esencial del acto, porque de mediar remuneración se convertiría en un contrato de arrendamiento de obra. Es también un contrato de buena fe en que ambas partes se obligan a cuanto sea consecuencia de la *bona fides*. El tipo ordinario de depósito era el de cosas determinadas. El depositario, ante todo, responde de la devolución de la cosa depositada; su posición respecto de la misma es la de un simple detentador: propiedad y posesión permanecían en el depositante. Del contrato nacía una acción para el depositante (*actio depositi directa*) por la que puede exigir en juicio su restitución y eventualmente una *actio depositi contraria* para el depositario cuando pide el reembolso e los gastos hechos en la cosa. Por ello, el depósito es incluido como negocio imperfectamente bilaterales.

Tampoco en este contrato son iguales las exigencias de buena fe respecto de ambas partes. El depositario no tiene interés alguno personal en el contrato ni gana nada con él. Es justo, pues, que sólo responda por dolo y culpa lata. En cambio, el depositante está interesado en el contrato que se celebra en provecho suyo, debe responder entonces de toda diligencia (*culpa levis*) y del reembolso de los gastos hechos. El depositante puede exigir la restitución de la cosa depositada. Como la custodia constituye el fin específico del depósito, el uso de la cosa por parte del depositario es ilícito tanto si es hecho o no con el consentimiento del depositante; ya que lo convertiría en comodato.

- Figuras especiales de depósito

Además del depósito ordinario, existen algunos supuestos especiales que presentan un régimen particular. Tal ocurre con el depósito irregular que consiste en la entrega de una cantidad de cosas fungibles para que el depositario las guarde, obligándose a devolver no las mismas (como en el depósito ordinario), sino otras tantas del mismo género. El depósito irregular presenta indudables analogías con el mutuo; pero no debe confundirse con él, puesto que no se contrata para fines de crédito, sino en función de custodia como todo depósito.

Otra figura especial de depósito es el secuestro, que se da cuando varios consignan una cosa sobre la que existe disputa judicial en poder de un tercero para que la devuelva a aquel de entre ellos que resulte vencedor del litigio. El secuestratario goza de la protección interdictal, no como los demás depositarios.

Por último, cabe mencionar el depósito necesario o miserable que es efectuado en situación de apremiante necesidad (como un incendio), de tal modo que el depositante se ve impelido a confiarle la custodia de una cosa a otro y no puede escoger la persona del depositario. Este depósito tiene una sanción especial, la condena asciende al *duplum* (doble).

TEMA 27: Contratos formales

27.1. Contratos verbales

- *Sponsio y stipulatio*

El contrato verbal romano consiste en la estipulación o promesa estipulada (es decir, instada mediante una pregunta). La estipulación se celebra *verbis*, o sea, bajo determinada forma verbal, por medio de una pregunta y una respuesta. Esta forma de la *sponsio* es exclusiva de los ciudadanos romanos. De la pregunta y la respuesta surgía entre el que interrogaba y el que respondía una *obligatio*, en virtud de la cual el segundo quedaba obligado *iuris civiles* en relación con el primero a dar la cosa o la suma indicada; y el primero tenía la facultad de exigir el cumplimiento.

Gayo nos refiere, además, la existencia de otras formas estipulatorias como la siempre *promissio*, la *fideipromissio* y la *fideiussio* que eran accesibles a los peregrinos. Estas modalidades del negocio estipulatorio eran designadas bajo la denominación genérica de *stipulatio*, mientras que el término *sponsio* era empleado cuando la obligación nacía de la pregunta *¿dari spondes?*

El origen de la *sponsio* es totalmente oscuro. Sin embargo se afirma que la estipulación es una creación romana.

La estipulación es precisa, breve y sencilla. Su operatividad viene determinada por haberse llegado a reconocer como un negocio del *ius gentium* y, por tanto, de general aplicación y por su adaptabilidad a cualquier contenido obligatorio. La *stipulatio* servía, además, para hacer que nacieran obligaciones subsidiarias, a fin de garantizar obligaciones ya existentes o asegurar que un derecho real sobre cosa ajena se ejerciera dentro de los límites fijados por la ley. Al mismo tiempo, el carácter abstracto del negocio, es decir, sin indicación de la causa de la obligación estipulatorio, dota al derecho de crédito de independencia respecto de la relación jurídica básica, por lo que el acreedor adquiere una posición ventajosa, al no tener que probar la causa de la obligación, sino tan sólo el hecho de la celebración del negocio estipulatorio.

La estipulación era un acto de naturaleza oral, pero ya durante la República fue corriente recoger en un documento los términos del negocios. Este documento (*testatio*) tenía efectos meramente probatorios, ya que al no existir el negocio en presencia de testigos, si además de no intervenir éstos no se redactaba un documento, el negocio había de quedar sin prueba. La oralidad seguía teniendo valor constitutivo, porque si se demostraba que el acto oral formal no se había realizado, el documento carecía de valor y el negocio no se consideraba existente. Con la *Cosnstitutio Antoniniana* del año 212 la forma clásica de la *stipulatio* no se observó con la antigua escrupulosidad y el documento escrito fue sustituyendo progresivamente a la declaración oral. De esta manera se llegó a la consideración de que la cláusula estipulatoria escrita constituía una prueba irrefutable de la celebración de la *stipulatio*.

- Estructura de la *stipulatio*

La *stipulatio* era una forma de obligarse *verbis*. Su estructura era extraordinariamente sencilla. Consistía sólo en una pregunta del *stipulator* y en la consiguiente respuesta de la parte promitente (*promissor*). Como ya hemos señalado, la forma más antigua era la *sponsio*. El encuentro entre pregunta y respuesta da lugar al nacimiento de una entidad nueva y distinta como es la estipulación.

Los requisitos del contrato estipulatorio eran los siguientes:

- La primera exigencia es la oralidad, que constituye la esencia del acto. Ambas partes debían hablar y ser capaces de entenderse recíprocamente. La sola voluntad de las partes de no puede sustituir la pronunciación de los *verba* y, por tanto, el mudo y el sordo, en cuanto que no pueden hablar u oír, no pueden realizar una *stipulatio*.
- Se exige la presencia simultánea de ambas partes en la celebración del acto. La pregunta debe, invariablemente, preceder a la respuesta y ésta seguir inmediatamente a la pregunta.
- Debe existir congruencia entre la pregunta y la respuesta. La respuesta debe corresponder, precisamente, a la pregunta. La *stipulatio* es nula cuando el destinatario de la interrogación al ser interrogado no respondiese. Y también si el promitente contestaba con una cantidad distinta.
- Para el Derecho clásico la estipulación es un acto abstracto. Como acto de transmisión que es, la *stipulatio* ha de tener siempre, forzosamente, una causa jurídica, y puede ocurrir que se deduzca del texto mismo del contrato. Pero esto no es necesario, y el estipulante puede demandar el cumplimiento de lo convenido, aunque cuando en la promesa no se indique la causa, sino simplemente la prestación prometida, en cuyo caso no necesitará mencionar la razón jurídica de la reclamación.

Con todo, no debe exagerarse el carácter abstracto de la estipulación. La inserción de una *exceptio* en la

fórmula obligaba al juez a tener en cuenta la causa. Por circunstancias históricas, la estipulación romana va perdiendo su carácter abstracto.

- Cancelación: la *acceptilatio* y la *stipulatio* aquiliana

La *acceptilatio* constituye un modo de extinción común a las obligaciones verbales y literales. No sabemos nada sobre las formas de *acceptilatio litteris* que desaparece junto con la obligación literal. Esta forma de extinguir obligaciones verbales y literales en una manifestación más del principio del *contrarius actus*. En efecto, el antiguo *ius civile* exige para extinguir la deuda un acto de cancelación formal. No basta que el acreedor obtenga materialmente lo que se le debe mediante la *solutio* o pago, sino que además se precisa otro ulterior requisito para quedar liberado: una forma civil obligatoria, inversamente análoga al acto que dio lugar a la responsabilidad, que revoque y destruya sus efectos. Así se origina la *acceptilatio*, acto de cancelación formal de la deuda *verbis* o *litteris* que seguía al pago efectivo pasa a convertirse en una remisión de deuda, es decir, de extinción de ésta de acuerdo con el acreedor, sin llevar a cabo la prestación. Gayo la denomina *imaginary solutio*. La aceptación verbal es, pues una especie de recibí sólo sirve para cancelar obligaciones *verbis*; para hacer extensiva la *acceptilatio* a otras obligaciones de distinta naturaleza es necesario convertirla previamente por novación en obligaciones estipulatorias a través de un formulario (la *stipulatio aquiliana*).

27.2. Contratos literales

Generalmente se cree que este contrato consistía en asientos practicados en el libro mayor que fue muy empleado en Roma. En Roma todo ciudadano acomodado disponía de libro de entradas y salidas, y especialmente de un libro de caja (*codex accepti et expensi*) en el que registraba sus ingresos y gastos. En este libro había una página destinada a registrar los pagos ingresados y otra donde se anotaban los desembolsos hechos. Tenían, cuando más, fuerza probatoria, pero sin ser fuente de obligaciones.

Pero al lado de estas anotaciones de caja sobre pagos efectivos van apareciendo gradualmente otras inscripciones, que versan sobre pagos meramente ficticios, que son las que constituyen el contrato literal y servían para crear una obligación o transformar una ya existente. Consistían en la inscripción de pagos efectivos o de otros que en realidad no habían tenido lugar; tanto la deuda como su cancelación resulta aquí de la anotación que, por tanto, tiene valor constitutivo cuando consta el consentimiento expreso o tácito del deudor. Practicada, pues la inscripción con la aceptación del deudor, éste quedaba obligado a restituir al acreedor la suma que según la anotación practicada en el libro constaba como recibida.

TEMA 28: Contratos consensuales. La compraventa

28.1. Orígenes

Se remonta a una época primitiva en la que los cambios no podían tener lugar más que en la forma de la permuta.

28.2. Concepto y elementos

La compraventa de la época clásica puede definirse como un contrato consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir a la otra el pacífico goce de una *merx*, y la otra a transferir a la primera una suma de dinero, en concepto de precio. Esta definición contiene las indicaciones relativas a los elementos del contrato (consentimiento, *merx* y precio) y a la sumaria descripción de las obligaciones que surgen del contrato para una y otra parte.

- El consentimiento

La compraventa es enumerada por Gayo entre los supuestos en que *obligationes consensu contrahuntur*. El

contrato produce obligaciones desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo respecto al objeto vendido y al precio de la venta; pero esta consensualidad podía quizá desfigurarse como consecuencia de la práctica, también existente en Roma, de que el comprador entregase al vendedor en el momento de la compra una cierta cantidad de dinero a título de arras. En el Derecho griego, el régimen de las arras consistía en que, en caso de incumplimiento del convenio, el comprador que las había dado las perdía y el vendedor, que las recibía, debía restituirlas dobladas; ningún vínculo obligatorio se derivaba, pues, del convenio garantizado por las arras, que tienen así función penal. En Roma, las arras no son, respecto al contrato de compraventa, sino una prueba del acuerdo definitivo de las partes.

- La *merx*

El objeto de la prestación del vendedor se designa en las fuentes con el término *merx*, la simple oferta de una cosa como vendible. La función de *merx* puede tenerla cualquier cosa, o bien económico, susceptible de formar parte del patrimonio de una persona; y no sólo las cosas corporales, sino también las incorpóreas, es decir, cualquier derecho patrimonial que sea susceptible de pasar del patrimonio de una persona al de otra, o de poder constituirse por una en beneficio de la otra.

Las principales *res incorpóreas* que las fuentes admiten como objeto de compraventa: a) el *ius in agro vectigali*, el régimen de la compraventa es similar al de las cosas corporales; b) se habla de la *venditio servitutis*, no implica que la servidumbre pueda transmitirse, sino que supone una obligación por parte del titular de un fundo de constituirla a favor del titular de un fundo vecino, a cambio del pago de un precio por parte de éste; c) del mismo modo, también un derecho de usufructo puede ser vencido en el sentido de que el propietario de una cosa se obligue a constituir en debida forma un usufructo a favor de otra persona, que paga un precio; d) también pueden ser objeto de compraventa los créditos, o mejor, según la terminología romana las acciones que los protegen. Se trata también de derechos en principio intransmisibles; el medio más usual para efectuar la cesión es que el acreedor nombre como representante suyo en el eventual proceso, a la persona a la que quiere ceder el crédito; e) finalmente, puede ser objeto de compraventa una herencia que haya ingresado ya en el patrimonio del vendedor.

La venta no existe si no existe la cosa vendible (*nulla venditio sine re quae veneat*); esta regla no fue nunca abandonada, y en ella se apoya la Jurisprudencia para declarar nulas las ventas que tienen por objeto no sólo cosas que no han existido nunca, sino también cosas desaparecidas antes de que se hubiera perfeccionado el contrato, e incluso cuando el objeto de la compraventa se hubiera determinado sólo por su pertenencia a una categoría abstracta (*genus*). Esta regla no impidió, sin embargo, que se reconociera validez a la venta de cosas futuras.

La venta de cosas futuras presenta dos modalidades: *emptio rei speratae* y *emptio spei*. En la *venditio rei speratae* se hace depender la eficacia de la compraventa, tanto respecto a la validez como a la medida de las respectivas obligaciones, del evento de que la cosa llegue a existir y en la medida en que ello suceda; si se vende, por ejemplo, el *partus ancillae* (parto de una esclava), la venta será eficaz sólo si la gestación tiene efecto positivo; si se vende una cosecha futura, el precio se fijará normalmente en relación a cada unidad de peso o de capacidad, y la venta será eficaz por tantas unidades como se hayan producido efectivamente.

La otra forma de disponer de cosas futuras por compraventa es la *emptio spei*. Aquí, el objeto de la venta no es propiamente la cosa futura, sino las probabilidades de producción de la *merx*; ejemplos típicos son los de la pesca y caza, también pueden admitirse como válidos otros supuestos como la venta de créditos condicionales, y la venta del *servus fugitivus*, en el sentido de transmitir al comprador las posibilidades de recuperación.

La particularidad de la *venditio spei* de considerar debido el precio aunque el resultado no se haya producido.

Tal vez debido a un residuo de la primitiva venta al contado, que exigía la presencia de la *merx*, sino a la

vista, por lo menos en la mente del comprador, no se admitió en Roma la venta genérica, que pudiera tener por objeto, cosas definibles sólo en relación con una cierta categoría o tipo.

- El precio

El principal requisito del precio es, según la doctrina proculeyana que sustancialmente prevaleció, que consista en dinero contante, *pecunia numerata*. La doctrina de los sabinianos admitía cualquier cosa en función de precio. Una solución intermedia fue admitida por parte de la doctrina: cuando, a pesar de no intervenir dinero, podían individualizarse las partes como comprador y vendedor, se estimaba existente el contrato de compraventa; por tanto, si una cosa es puesta en venta, la eventual dación de otra cosa cualquiera en lugar del dinero cantante no quita a la primera la calificación de *merx* ni a la segunda la de *pretium*.

El precio debe ser, además determinado. Este requisito fue objeto de alguna atenuación: a) ante todo, es posible una determinación *per relationem*, es decir, con referencia a una circunstancia objetivamente cierta, aunque actualmente ignorada por las partes (al precio de la cosa en el mercado); b) otra posibilidad es que a una determinada cantidad de dinero se añada un sobreprecio (por ejemplo, se conviene entre un comprador y un vendedor un precio por una cosa y, además que el comprador venda a su vez la cosa, teniendo que entregar la mitad del sobreprecio al vendedor; c) otra hipótesis es la del precio determinado a través del encargo dado por las partes a un tercero.

En la doctrina pandectística ha estado de moda durante largo tiempo la máxima de que el precio, además de *certum* debía ser *verum* y *iustum* (verdadero y justo); esta máxima es negada por la doctrina moderna. El inciso *iusto pretio* es un añadido postclásico, reflejo de la legislación sobre la materia. La tendencia de la jurisprudencia clásica es dejar el precio a la libre decisión de las partes, con arreglo al juego de la oferta y la demanda. Por el contrario, en el Derecho justiniano existe en el Código todo un título en el que se regula la facultad de pretender la rescisión de una venta inmobiliaria cuando, independientemente de todo dolo o error, el inmueble ha sido pagado en menos de la mitad del justo precio. Sin embargo, ni siquiera en el Derecho justiniano puede afirmarse la exigencia de que el precio sea *iustum*, en caso de un precio desmesuradamente elevado; en inmuebles si el precio era inferior, no al justo, sino a la mitad del justo; la venta no es, en definitiva, nula, sino que crea sólo a favor del vendedor la facultad de pedir la rescisión. Esta facultad se funda en la *laesio enormis*, esto es, en un empobrecimiento mayor de aquel que normalmente puede esperarse de una venta no suficientemente meditada.

28.3. Obligaciones del vendedor y del comprador

El vendedor asume en la compraventa la obligación de transmitir al comprador la posesión de una *merx* (da la posesión pacífica de la cosa, no la propiedad).

El contenido de la obligación del vendedor: *venditori sufficit, ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo*. El primer aspecto de este triple contenido (*ob evictionem se obligare*) será tratado más adelante; basta decir aquí que ello consiste en que el vendedor debe asumir frente al comprador una de aquellas *verborum obligationes* en virtud de las cuales quedará obligado a indemnizarlo en la medida estipulada, en caso de reivindicación total o parcial de la cosa por un tercero.

La expresión *possessionem tradere* es la principal obligación del vendedor, quien no está obligado, en virtud del contrato, a realizar los actos correspondientes para convertir al comprador en propietario; sin embargo, pueden convenir las partes, y ello se haría así normalmente, que tratándose de *res Mancipi* se haga al *Mancipatio*.

Las obligaciones del comprador se reducen a pagar el precio convenido, juntamente con los intereses, según la doctrina dominante, por el retraso eventualmente fijado para el pago. En concepto de carga más de obligación debe acudir a recoger la *merx*; finalmente viene obligado el comprador a resarcir los gastos sostenidos por el

vendedor para la conservación de la cosa en caso de retrasarse en su retirada.

28.4. Las acciones contractuales

La bilateralidad del contrato de compraventa que se concreta en las recíprocas obligaciones entre las partes, encuentra su expresión típica en las acciones que respectivamente competen al comprador y al vendedor, y que toman su nombre de la función que cada una de ellas cumple en el contrato: *actio empti* y *actio venditi*.

El punto esencial de ambas fórmulas es la expresión *ex fide bona*.

El carácter *ex fide bona* de las acciones de la compraventa permite también que tales acciones puedan ejercitarse, no sólo por el incumplimiento de una de las partes en relación con las obligaciones nacidas del contrato, sino también por el comportamiento malicioso de una de ellas.

Se plantean a continuación diversos problemas para los que no hay un criterio absoluto de resolución. Por lo que respecta al Derecho clásico, el demandado puede oponer *apud iudicem* frente al demandante todas las pretensiones que tenga frente a él derivadas del contrato; no es concebible una reducción que, por dar un resto inferior a cero, conduzca a la condena del actor; por tanto, si el demandado en la *actio empti* tiene razones para considerar superior su crédito, debe *in iure* intentar la *actio venditi*, solicitando que ambas fórmulas sean resueltas por el mismo juez, a menos que se reserve la facultad de entablar su acción posteriormente. La situación es distinta en el Derecho justiniano: aparte de la facilidad de que en cualquier caso ofrecía un procedimiento más libre, el actor puede resultar condenado si el importe de lo que debía al demandado era superior a lo que él podía reclamar, y ello sin necesidad de que el demandado ejercitara a su vez su acción. Tendencia a valorar conjuntamente la posición de ambas partes.

El problema de los límites de la responsabilidad contractual se plantea de forma unilateral, es decir, por lo que se refiere al incumplimiento del vendedor. Este problema surge cuando habiéndose hecho imposible el cumplimiento o pudiendo realizarse ya sólo en forma menos satisfactoria, se trata de ver si tal imposibilidad o desvalorización de la prestación es imputable o no al vendedor; con el dinero este resultado no podía darse, pero con la *merx* puede ocurrir tanto el perecimiento como el deterioro más o menos grave.

El criterio normal según el cual se juzga de la responsabilidad en los contratos de buena fe es el dolo; el dolo, sin embargo, es interpretado en estos casos en forma amplia, pues si parte del principio de que el vendedor está obligado a actuar con diligencia en el cumplimiento de la obligación contraída, por lo que, faltando a ello, incurre en dolo; así es responsable el vendedor frente al comprador cuando no hubiese actuado en la salvaguardia de la *merx* con la diligencia de un buen padre de familia. *Periculum est emptoris*; este principio implica que si perece al *merx* por fuerza mayor incluso antes de que el vendedor lo haya consignado al comprador, no sólo éste no puede pretender nada, sino que queda obligado a pagar el precio. La doctrina moderna ha considerado en ocasiones esta regla como inicua. El riesgo pasa al comprador sólo después de la tradición (entrega).

En compensación al *periculum est emptoris*, se aplica al comprador la regla de que *cuius commoda eius et incommoda*, esto es, que con el traspaso del riesgo pasan también al comprador todas las eventualidades favorables que pueda experimentar la cosa.

Hay que añadir todavía: a) que la regla se aplica en caso de que la *merx* este en situación de poder ser consignada por el vendedor o retirada por el comprador; b) que no tiene lugar si el vendedor, a su vez, está en mora respecto a la consignación; c) que el riesgo de hurto pesa sobre el vendedor en virtud de la responsabilidad por custodia.

28.5. La evicción

La garantía por evicción era un elemento natural de la compraventa; el vendedor debe responder en el caso de que con posterioridad a ella un tercero reivindique victoriosamente la cosa. Cuando se dice en Derecho romano que el vendedor debe transmitir al comprador la pacífica posesión e la *merx* estamos ante una perspectiva idéntica, es decir, se comprende en el concepto de pacífica posesión tanto la consignación como el ser responsable el vendedor de que el comprador continúa gozando de la cosa, y el indemnizarle en caso de que un tercero pueda judicialmente privarle de ella, total o parcialmente, cualitativa o cuantitativamente.

El vendedor tenía obligación de asistencia procesal hasta que transcurría el plazo legal para la usucapión.

No parece ofrecer duda que la obligación de la *auctoritas* nacía de la *mancipatio* e implicaba un doble objeto: a) asistencia judicial en caso de que un tercero reivindicase la cosa; b) en caso de negativa o de asistencia ineficaz, pago del doble del precio, para cuya reclamación disponía el comprador de una acción a la que la ciencia moderna de el nombre de *actio auctoritatis*; parece también seguro que este régimen se aplicaba también a la evicción parcial, igualmente a la reivindicación de derechos sobre la cosa, como las servidumbres y el usufructo; en esos casos, la penalidad impuesta al vendedor se reduciría al doble de la parte del precio proporcional a la cuota que el comprador perdía, o de la disminución que el precio del fundo debía experimentar por la declaración de la existencia del reclamado *ius in re aliena*. En el Derecho justiniano no existe ya la *auctoritas*. Se pasa del régimen de la *auctoritas* al de las estipulaciones de garantía tratándose de *res Mancipi*.

En la época clásica avanzada, el régimen de la responsabilidad por evicción se regulaba y por la práctica de al *stipulatio duplae*, añadida a la *mancipatio* a título de compraventa.

La forma estipulatoria era imprescindible para garantizar la evicción de las *res nec Mancipi*; el vendedor debía garantizar al comprador la pacífica posesión de la *merx*: *habere recte licere*; *stipulatio habere licere*. Parece que esta estipulación sólo se aplicó a las *res nec Mancipi*. Ahora bien, Ulpiano dice que el vendedor exclusivamente responde de que ni él ni sus descendientes realizarán reclamaciones sobre la *merx*; esto se encuentra en contraste con la evicción en la *mancipatio* de *res Mancipi* a través del sucesivo régimen de la *auctoritas*, la *satisfactio secundum Mancipium* y la *stipulatio duplae*.

El medio estipulatorio más difundido y más conocido para defender al comprador contra la evicción es la denominada *stipulatio duplae*; la opinión más probable es que este recurso fue el último en aparecer. Fijando una indemnización en principio equivalente al doble del precio se adopta el régimen de la *auctoritas*; en la posibilidad de hacer intervenir junto al vendedor a un garante se conserva el régimen de la *satisfactio secundum Mancipium*.

La *stipulatio duplae* es una *stipulatio poenae* en la forma más pura: se promete, en efecto, pagar una suma de dinero en caso de que se produzca el hecho de evicción.

Progresivamente la jurisprudencia fue afirmando el principio de que, en virtud de la *fides*, del mismo acuerdo contractual se derivaba para el comprador el derecho a ser garantizado.

Aunque la responsabilidad por evicción sea un elemento natural del contrato de compraventa, puede excluirse por acuerdo de las partes: el *pactum de non praestanda evictione* libera que de responsabilidad por evicción al vendedor frente al posible ejercicio de la *actio empti* con tal propósito por parte del comprador.

A pesar de la admisión de la *actio empti* con fines de garantía, persistió en la práctica el sistema estipulatorio, que continuó usándose en la época postclásica hasta Justiniano; agravar con promesas estipulatorias la responsabilidad del vendedor; en contra de esto Justiniano establece el principio de que la indemnización no puede superar el doble del valor originario de la *merx*.

28.6. Garantía por vicios ocultos

Los ediles tenían a su cargo la vigilancia de los mercados; en ejercicio de su *ius edicendi* regularon determinados aspectos de la contratación.

El edicto de los ediles contempló exclusivamente la compraventa de esclavos y de animales. Se obliga al vendedor a declarar los vicios, entendiéndose por tales aquellos de carácter permanente, anteriores a la compraventa y que eliminaban o reducían sensiblemente la utilidad de la *merx*.

Una primera forma de garantía por los vicios de la *merx* era la estipulación; el edicto de los ediles contenía, en efecto, la fórmula de la *stipulatio duplae*, que le vendedor estaba obligado a prestar para garantizar al evicción y la ausencia de vicios en el esclavo; si esta estipulación el comprador quedaría sin protección porque la *actio empti* no podía ejercitarse ante los ediles. Se dispuso en el edicto una *actio redhibitoria* ejercitable dentro del plazo de dos meses. Si el comprador no hizo uso de este recurso podía aún ejercitar durante seis meses otra acción redhibitoria, si se descubría el vicio; esta acción podía concurrir electivamente con la *actio ex stipulatu* si el vendedor había prestado la *stipulatio duplae*, que, después de seis meses, quedaría como el único recurso posible.

El plazo de esta acción se refiere a seis meses útiles, que comienzan a transcurrir desde que el comprador tuvo posibilidad de ejercitar la acción; no se computa el tiempo que el comprador estuvo *absens*, o el de la ausencia del vendedor de su *domicilium*. Debía practicarse la *redhibitio* del esclavo y la restitución del precio: el comprador deberá pagar el equivalente de los daños que él o sus subordinados causaron al esclavo y restituir las adquisiciones derivadas de su actividad, así como también los frutos percibidos mediante su arrendamiento.

Una segunda cláusula contenía dos acciones: una *redhibitoria* y una *actio quanti minoris*, ejercitable dentro del año. Esta última acción responde a la finalidad de que el comprador puede tener interés en ocasiones en conservar el animal a pesar del vicio descubierto, exigiendo sólo la restitución de una parte del precio, lo que puede ser también preferible para el vendedor.

El régimen de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* fue extendido por los justinianeos a cualquier *merx*, de lo que se derivó que la consignación de la misma exenta de vicios se convirtiera en una obligación nacida del mismo contrato, que podía ser exigida por la misma *actio empti*. La *actio empti* es ejercitable tanto contra el vendedor *ignorans* como contra el *sciens*, salvo que en el primer caso deberá devolver al comprador sólo la diferencia entre el precio pagado y el que habría ofrecido si hubiera conocido los vicios, mientras que en el segundo estará obligado por *omnia detrimenta*.

28.7. Pactos añadidos a la compraventa

El único pacto reconocido en las fuentes a favor del comprador es el *pactum displicentiae*, en virtud del cual corresponde a aquél la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resulta de su agrado.

En favor del vendedor existen los siguientes:

- *In diem addictio*: es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede rescindir el contrato si, dentro de un determinado plazo, encuentra una oferta mejor. La mejor oferta no se identifica, en efecto, necesariamente con un precio más elevado; se puede reconocer una mejor oferta también si el nuevo comprador se compromete a pagar en un plazo más breve, o en un lugar más oportuno, o exigiendo menos garantía contra la evicción.
- *Lex Commissoria*: es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede, si dentro de un cierto tiempo no es pagado el precio, considerar el contrato como no celebrado.

TEMA 29: Contratos consensuales. La sociedad y el mandato

29.1. El contrato de sociedad

- Concepto y evolución histórica

Podemos definir la sociedad (*societas*) como aquel contrato consensual por el que dos o más personas convenían cooperar a la consecución de un fin, unida a la participación de todos en los gastos. Si hay alguien que comparte tan sólo gastos o pérdidas (*societas leonina*) o a quien únicamente se le reserve una participación en los beneficios de una empresa, aunque no aporte nada, no existe tal sociedad, pues falta la necesaria comunidad de fin; si acaso, podrá tratarse de un contrato de donación.

La sociedad es un contrato de buena fe. Los socios se obligan recíprocamente (cada uno de ellos y todos entre sí) no sólo a lo expresamente convenido, sino a todo cuanto exija la buena fe. Es un contrato consensual y bilateral (o plurilateral) cuya característica es la homogeneidad de las obligaciones de los contrayentes, en oposición a la heterogeneidad de las que nacen de otros contratos.

La *societas* tiene sus orígenes en la comunidad doméstica indivisa de herederos del Derecho arcaico. En Roma fue muy corriente que los hijos, tras la muerte del padre, poseyeran en común el patrimonio heredado y lo exportaran también en comunidad. Esta comunidad hereditaria se regía por normas muy particulares. Cada comunero podía disponer de las cosas pertenecientes a la comunidad; era posible crear artificialmente una sociedad de este tipo entre otras personas ajenas al círculo familiar. Esta posibilidad hace nacer un primer tipo de contrato de sociedad. Después, como nueva etapa de la historia del contrato, aparece una segunda forma de sociedad que podía ser creada por el mero consentimiento de las partes.

Con todo, la *societas* clásica no fue una persona jurídica. Tiene simple eficacia contractual, lo que es lo mismo, solamente da origen a obligaciones entre los socios, no engendra más que relaciones internas. Esto quiere decir dos cosas: 1ª que no sirve de base a una organización jurídica que pueda actuar como unidad frente a terceros, con capacidad de obrar propia, distinguiéndose en esto de las asociaciones dotadas de personalidad jurídica; 2ª la sociedad romana carece de eficacia real, es decir, el contrato social no trasciende a las adquisiciones realizadas en el curso de la gestión de los negocios colectivos. Los bienes así adquiridos corresponden exclusivamente a cada uno de los socios. Esta característica no sufrió alteración esencial en el período postclásico.

- Elementos

Son elementos del contrato de sociedad:

- El acuerdo de voluntades

La voluntad concorde de las partes se encamina a poner en común cosas de cada uno de los manifestantes, o a dirigir sus obras hacia la consecución de un fin común. El carácter consensual del contrato de sociedad excluye la necesidad de cualquier exigencia formal o documental para su perfeccionamiento. Esta voluntad contractual tiene una característica especial, ya que no basta que se manifieste inicialmente, sino que debe ser continua; a ese consentimiento continuado se alude con la expresión *affectio societatis*. (Cuando se rompía se deshacía la sociedad).

- Las aportaciones de los socios

Pueden ser homogéneas o heterogéneas, ya se trate de cosas corporales o incorpóreas, ya sea de obras, es decir, de una actividad laboral, ya se a de ambas cosas. La cuantía de la aportación de cada socio no tiene por qué ser homogénea, pero constituye el criterio ordinario para el reparto de pérdidas y ganancias. Desde el punto de vista de la extensión de las aportaciones sociales, se establece la diferencia entre la sociedad universal (*societas omnium bonorum*) y la particular (*societas unius rei*); en el primer caso se constituía una

comunidad general de bienes, compuesta por la totalidad de los patrimonios de los socios; en el segundo, puede tener por objeto la sociedad un determinado negocio estable, e incluso una operación única y temporal.

- Fin patrimonial

El fin social, esto es, los objetivos que los socios tratan de alcanzar con la puesta en común de sus obligaciones, debe ser lítico, patrimonial y susceptible de reportar algún tipo de ventaja a todos los socios. No cabe, por tanto, excluir a algún socio de participar en el lucro.

- Régimen jurídico

Cada uno de los socios está obligado a aportar de forma conveniente lo que se ha acordado. Responde con diligencia en el desempeño de sus obligaciones, pero sólo de la que emplea en sus propios asuntos, ya que no puede exigirse al socio que ponga en los asuntos sociales mayor cuidado del que pondría en los suyos propios. Acerca de la administración de la sociedad no existían preceptos especiales. En principio, correspondía a todos los socios conjuntamente; pero era posible la gestión social por uno de los socios, como mandatario o gestos sin mandato; sin embargo, los negocios que el realizase sólo producían efecto para él, siendo precisa una cesión para que tal efecto se extendiera a todos los socios. El patrimonio común formado por las aportaciones de los socios y por otras adquisiciones fue una *communio* semejante a cualquier otra; de ahí que cada socio tenga aun parte de la propiedad de estos bienes y pueda disponer libremente de ella *durante societate*. Por otra parte, no existen deudas de la *societas*, sino únicamente deudas de los socios singulares. Si un socio establece con un tercero otro contrato de sociedad, el tercero queda ajeno totalmente a la primera sociedad, de igual modo que los socios de ésta son ajenos al nuevo contrato de sociedad entre su socio y el tercero.

La muerte de un socio o el ingreso o salida de otros en la sociedad acarrea, necesariamente, la extinción del contrato social. Como la sociedad romana se reduce a una relación obligatoria y de confianza entre determinados individuos, no admite alteraciones de carácter personal: a nuevos socios, nueva sociedad.

La *societas* se extinguía además por: a) Por desistimiento o rescisión (*renuntiatio*), que podían pedir en cualquier momento los socios, aunque por esto el socio no quedaba libre de sus obligaciones, ni podía por este procedimiento perjudicar a sabiendas los intereses de sus consocios. En ambos casos, los socios remanentes eran libres de continuar la *societas* y podían convenirlo así de modo no formal, pero en este caso se creaba en realidad una nueva sociedad. El mismo efecto que la rescisión producía el ejercicio de la acción del contrato. b) Por desaparición de la cosa, cuando la sociedad tenga limitado a ella el cumplimiento del objeto social. c) Por consecución de su fin o porque se ha hecho imposible o ilícita la realización del negocio que sirvió de objeto a la sociedad.

Como las obligaciones nacidas de este contrato son bilaterales, los socios están asistidos frente a los demás por la *actio pro socio*, acción siempre directa, pues todos ellos se hallan obligados primordialmente y por igual. Su objeto era obtener la aportación correspondiente a cada socio, el reparto de los beneficios obtenidos o de los dividendos pasivos y el resarcimiento de los daños causados dolosamente al demandante. Cuando la *societas* era *omnium bonorum*, el pretor concedía al demandado, a su arbitrio, el llamado *beneficium competentiae*, por el que únicamente era condenado a pagar en la medida de sus posibilidades económicas, con lo que evitaba la ejecución sobre su persona y el poder incurrir en infamia. Para obtener la división del patrimonio social y la atribución concreta de las respectivas cuotas, se debía ejercitar al *actio communi dividundo*.

29.2. El contrato de mandato

- Concepto y evolución histórica

Por el contrato de mandato (*mandatum*) una persona (mandatario) se obligaba a gestionar gratuitamente los negocios de otra (mandante). Contrato consensual. No parece que la idea de contrato de mandato pueda ser anterior al procedimiento formulario. En los tiempos más antiguos, las necesidades de actuación a través de terceros se veían normalmente satisfechas a través de las personas *in potestate* (hijos y esclavos) que intervenían en el tráfico negocial en beneficio de los titulares de la *potestas*. También, ocasionalmente, se les confiaba la gestión de un asunto o de una serie de asuntos a personas distintas de los agentes familiares nombrando, según los casos, un *cognitor* o un *procurator omnium bonorum*.

La gestión negocial de intereses ajenos (*negotiorum gestio*) podía realizarse, también, al margen del contrato, de una manera espontánea, sin que mediase acuerdo de voluntades entre el *dominus negotii* y el gestor. La diferencia entre el *mandatum* y la *negotiorum gestio* (gestión de negocios) es que en el mandato, la obligación surge del acuerdo, mientras que en la *negotiorum gestio* la obligación surge de la *gestio*, esto es, del hecho de que alguien gestione por propia iniciativa, sin haber recibido encargo alguno, un negocio de otro. Así pues, el mandatario está obligado, aunque no realice efectivamente ningún acto de gestión; el *negotiorum gestor*, en cambio, sólo está obligado si de hecho gestiona.

- Elementos

El mandato es un contrato consensual que, en cuanto tal, se perfecciona y produce efectos civiles por el acuerdo de las partes. Existe plena libertad a la hora de manifestar la voluntad mandante y mandatario. La actividad que el mandatario está obligado a ejecutar debe ser lícita y determinada; no es necesario que consista en un negocio jurídico; los actos contrarios a las buenas costumbres no pueden constituir, válidamente materia de mandato.

La gestión del mandato se efectuaba gratuitamente. La gratuidad constituye el criterio para distinguir el mandato de otros contratos. Esta característica del contrato de mandato tiene su fundamento en la ética social del período republicano en el que la amistad (*amicitia*) imponía serios deberes incompatibles con la percepción de una contraprestación. Durante la República se estimó como cosa no honorable por las clases elevadas la realización de servicios con remuneración, y por ello, el tipo negocial de contrata de servicios sólo era usual entre los trabajadores manuales; los profesionales de las artes liberales (médicos, abogados, maestros) prestaban sus servicios sin exigir remuneración.

No puede darse un contrato de mandato si tal actividad beneficia exclusivamente al mandatario.

- Régimen jurídico

Como contrato de buena fe, el mandato obliga a ambas partes a cuanto aquella reclame, sin necesidad de que así se convenga por acto expreso. El mandatario responde únicamente por *dolus* (actividad intencionadamente dañina). La imposición de un grado tan mínimo de responsabilidad obedece al carácter gratuito de la prestación de servicios. El mandante, por su parte, se obliga a indemnizar los desembolsos que se le ocasionen al mandatario. La acción de que el mandante dispone contra el mandatarios se denomina *actio mandati directa*; con esta acción, el mandante obliga al mandatario a realizar su gestión diligentemente y siguiendo sus instrucciones también sirve para obtener la devolución de lo que hubiese entregado al mandatario y no hubiese gastado, para la entrega de lo que hubiese recibido de un tercero como consecuencia de la ejecución del mandato. En caso de condena, recaía sobre él la nota de infamia. La acción contraria del mandatario (*actio mandati contraria*) servía para reclamar los daños que la gestión le hubiese causado, para el reembolso de los gastos hechos y para que se le liberara de las obligaciones contraídas por la gestión normal del encargo.

El mandato es como la sociedad una relación personalísima y de confianza, que el mandante puede revocar en cualquier momento; por su parte, el mandatario es dueño de rescindirla cuando lo estime conveniente, siempre que con ello no origine perjuicios a la otra parte. La fundamentación del mandato en la relación de confianza existente entre mandante y mandatario determina también su extinción por muerte de uno u otro. Otra causas

de extinción del mandato son: a) la ejecución del encargo; b) la imposibilidad material o jurídica de llevarlo a cabo; c) por vencimiento del plazo fijado por las partes.

TEMA 30: Contratos consensuales. El arrendamiento

30.1. Concepto y clases

El contrato de arrendamiento (*locatio conductio*) ofrece tres modalidades según que recaiga sobre cosas, obras o servicios. Esta división ha sido trasladada al Derecho romano: la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*, aunque semejante división era completamente extraña para los romanos. Con todo, los romanistas modernos definen del siguiente modo las diferentes clases de arrendamiento:

- *Locatio conductio rei*: consiste en la cesión remunerada del uso de una cosa. El *locator* cede al *conductor* el uso de una cosa a cambio del pago de una compensación.
- *Locatio conductio operis*: el *conductor* prometía producir un cierto efecto o resultado con su trabajo, por ejemplo, construir una casa, a cambio de una remuneración que debía ser pagada por el *locator*.
- *Locatio conductio operarum*: consiste en la prestación, también remunerada, de una *cantidad* de trabajo. El *locator* presta sus servicios a cambio de una remuneración que debía ser pagada por el *conductor*.

Si denominamos *locator* al arrendador y *conductor* al arrendatario, tal terminología produce perplejidad. En efecto, para el Derecho actual, arrendado es el que se compromete a la correspondiente contraprestación y arrendatario quien debe pagar el precio; por el contrario, en la terminología romana (como hemos visto) el precio lo paga unas veces el *conductor* y otras el *locator*. La nota común en los diversos casos de arrendamiento es su carácter remuneratorio.

Elemento esencial para la existencia del contrato en cualquiera de sus modalidades es la concurrencia de contraprestación. El contrato de arrendamiento es siempre oneroso. Hay que pagar un precio (*merces*) por el uso de la cosa, la ejecución de la obra o la realización de los servicios. La *locatio conductio* se perfecciona por el consentimiento, es pues, un contrato consensual que requiere el acuerdo de las partes sobre la cosa, sobre la obra que ha de ejecutarse o sobre el servicio que debe prestarse.

30.2. Arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*)

En este contrato el arrendador entrega al arrendatario, a cambio de una contraprestación económica, una cosa para que a use o la use y disfrute. El arrendador está obligado a entregarle al arrendatario la cosa, o a ponerla a su disposición, para que puede usarla y disfrutarla con arreglo a lo pactado. Con todo, la posición del arrendatario respecto de la cosa es la de un mero detentador, por lo que el arrendador sigue siendo el poseedor civil y pretorio. El arrendador debe ser propietario o, al menos, titular de un derecho que le faculta para ceder la cosa; se deberá sufragar todo los gastos necesarios de conservación de la cosa y abstenerse de hacer en ella obras o modificaciones que impidan su utilización por parte del arrendatario. El arrendador soporta el riesgo de la pérdida de la cosa.

El arrendatario debe pagar la *merces* en la forma convenida, utilizar la cosa para la finalidad acordada, sin producir otros deterioros que aquellos que tal utilización implique necesariamente, y devolverla al *locator* terminado el plazo del arriendo. Los arrendamientos rústicos duraban generalmente cinco años (*lustrum*).

La relación personal que se deriva del contrato de arrendamiento determinaba que si alguien adquiría la propiedad o el usufructo de la cosa arrendada, podía desposeer de ella al arrendatario, ya que la relación jurídica de su causante con aquél no le obligaba (Venta quita la renta). El arrendatario podía dirigirse entonces contra su arrendador, el cual había de responder de la imposibilidad de uso. Para ello ejercitará la *actio*

conducti. El arrendador, por su parte, tiene la *actio locati* para reclamar el pago de la renta o alquiler y la devolución de la cosa a su debido tiempo y exigir que el arrendatario le indemnice todos los daños y perjuicios causados por culpa suya (*culpa levis*).

30.3. Arrendamiento de obra: la *lex Rhodia* y las modalidades de seguro de riesgo

Como hemos apuntado, el arrendamiento de obra o *locatio conductio operis* versa sobre la ejecución remunerada de un trabajo. El contrato de arrendamiento de obra se distingue del de servicios por razón del objeto que no es el trabajo en sí, sino el producto del mismo, ya acabado. Debe alcanzarse el resultado apetecido. El que se compromete a poner el trabajo puede ejecutarlo como le plazca, puesto que sólo se obliga a poner a su disposición la obra terminada.

Del arrendamiento de obra nace la *actio conducti* para el que ejecuta el trabajo (al revés que en la anterior) y la *actio locati* para quien lo retribuye. El *conductor operis*, si busca el concurso de otras personas para realizar la obra, era responsable sólo si hubiese hecho la sustitución desacertadamente, nombrando, por ejemplo, a persona no perita en el trabajo de que se tratara. Responsabilidad por la llamada *culpa in eligendo*. También era responsable por sus auxiliares, como si la labor hubiera sido hecha por el mismo.

La *lex Rhodia de iactu*, importada del Derecho marítimo griego, se trata de una normativa profesional de los pueblos mediterráneos dedicados al comercio marítimo a la que se dio el nombre de la isla de Rodas. De acuerdo con ella, los daños causados intencionadamente al cargamento, por echazón (*iactus*) o a la nave, para salvarlos de un peligro común, se distribuyen entre el buque y la carga. Esta distribución de daños corre a cargo del armador. Para obligar a los remitentes cuyas mercancías fueron salvadas a que contribuyan proporcionalmente dispone aquél de la *actio conducti*, y éstos, a su vez, pueden ejercer contra él la *actio locati*, para hacerle también contribuir en su parte. El armador tenía también un derecho de retención sobre las mercancías que se habían salvado, hasta que los propietarios de las mismas no hubieran pagado el importe del daño a su cargo.

30.4. La *locatio conductio* y las relaciones de trabajo

El arrendamiento de servicios *locatio conductio operarum* por virtud del cual una persona se obliga frente a otra a realizar ciertos servicios a cambio de una remuneración. Sólo son susceptible de ser arrendados los servicios de orden inferior, los manuales, a los que se puede poner un precio que, por tanto, representa un valor patrimonial; se excluyen, por el contrario, los servicios inestimables (*operae liberales*) normalmente prestados gratuitamente por miembros de las clases sociales elevadas bajo figura contractual de mandato. Además tiene menor importancia el arrendamiento de servicios por el trabajo de los esclavos (ya se encargaban ellos).

Por ello, la *locatio conductio operarum* quedó reducida a los jornaleros libres y artesanos. El patrono (*conductor*) disponía de una acción, la *actio conducti*, para exigir que el trabajo contratado se realizara cuidadosamente y según sus instrucciones. El obrero (*locator*) estaba obligado a ejecutar personalmente el trabajo y le correspondía la *actio locati* para exigir la retribución convenida.

30.5. Responsabilidad de los navieros y hosteleros

TEMA 31: Delitos privados

31.1. *Delictum* y *poena*: características de las acciones penales

Durante la época clásica, el Derecho romano distingue dos tipos de delitos: los denominados delitos privados (*delicta*, hay responsabilidad por daños) que eran actos antijurídicos, sancionados por una ley o el Derecho honorario, que lesionan el interés de un particular y que dan lugar a una obligación penal y una acción penal

para hacerla efectiva; en cambio, los crímenes públicos (*crimina*, hay derecho penal) eran violaciones de las normas jurídicas que se estimaban de preeminente importancia social y que el Estado perseguía o castigaba con una *poena publica*. Los *crimina* eran reprimidos con la pena capital u otras penas corporales, o con penas que, aunque patrimonial, no beneficiaban a los particulares que hubiesen sido víctimas del crimen; los *delicta*, por contra, se consideraban como una ofensa del particular ofendido y su persecución se entendía como un derecho de éste y no una función estatal. El Estado únicamente se limitaba a encauzar procesalmente esta reacción del particular ofendido ofreciendo el camino de una *actio*.

Es indudable que, por lo que hace a los delitos privados, desde un punto de vista jurídico-cultural, el Derecho romano se hallaba en una etapa retrasada de la evolución del Derecho penal, si bien supuso la superación del régimen arcaico de la licitud de la venganza privada. También el Derecho penal público romano está muy por debajo del nivel alcanzado por el Derecho civil, si bien desde comienzos del Principado se inicia una tendencia a trasladar al ámbito de los *crimina* formas agravadas de ilícitos hasta entonces encuadrados en el ámbito de los *delicta*; pese a ello, nunca se llegó a la consideración unitaria de los actos ilícitos. Nosotros estudiaremos los delitos privados; el estudio de los *crimina* no entra en nuestra disciplina.

Los cuatro *delicta* reconocidos por el *ius civile* como generadores de obligaciones entre sus autores y las víctimas eran el *furtum* (robo), la *rapina* (robo violento), el *damnum iniuria dantur* (daño injustamente causado) y la *iniuria* (contra derecho). Presentan ciertas características comunes:

- La absoluta intransmisibilidad pasiva, que supone que la pena sólo puede serle impuesta al autor del delito, por lo que la acción penal (si el ofensor fallece) no podía ser intentada contra sus herederos.
- La acumulación en caso de pluralidad de autores en el delito. Si el delito fue cometido conjuntamente por varias personas, cada una de ellas estaba obligada a pagar a la víctima el importe de la totalidad de la *poena*, ya que el pago efectuado por uno de los coautores no extinguía la deuda de los otros.
- La posibilidad de la entrega en *nox* (daño en su antigua forma) cuando el delito es cometido por una persona *in potestate*, esto es, *alieni iuris* o un esclavo. El *pater* o *dominus*, respectivamente, no tiene que pagar la obligación si hacen entrega del autor del delito al ofendido; por tanto, si el ofensor es una persona *in potestate* el titular de la *potestas* tiene dos alternativas: a) asumir la *litis contestatio* y pagar la condena pecuniaria; b) exonerarse de responsabilidad entregando al autor del delito a la víctima. El régimen de la *nox* fue abolido por Justiniano respecto de los *alieni iuris*.
- Acumulabilidad de las acciones, en el sentido de que al ejercitar la acción penal no se excluía la posibilidad de interponer otras acciones dirigidas a obtener la restitución de la cosa hurtada, o el resarcimiento del daño patrimonial sufrido como consecuencia del *delictum*.

31.2. Delitos de hurto

- Concepto

Entendemos por *furtum* la apropiación de una cosa mueble ajena, a sabiendas de la ilicitud del acto; bien arrancándola violenta o subrepticamente de manos de su poseedor (como en el robo y el hurto del Derecho moderno) o sin necesidad de que exista sustracción material (que es lo que hoy constituye el delito de estafa).

Se produjo una ampliación del concepto a fines de la República; se consideró que si un depositario usaba la cosa depositada cometía *furtum*, porque quebrantaba el deber de custodia y, sin embargo, no se llevaba consigo la cosa.

- Clases

El *furtum* se manifiesta en diversas modalidades o clases según las circunstancias concurrente en su comisión y dan lugar a diferentes acciones. Se distingue entre *furtum manifestum* o hurto flagrante, en el que el ladrón era sorprendido en el momento de cometer el delito, y el *furtum nec manifestum*. En efecto, el ladrón

sorprendido *in fraganti*, según la ley de las XII Tablas, si era libre se le azotaba y adjudicaba de por vida por el magistrado a la víctima del delito. El esclavo era azotado y matado. Si el robo se intentaba por la noche, o el ladrón se defendía con armas, se le podía dar muerte. En fecha incierta (pero no antes del siglo II A.C.) el pretor rehusó aplicar esta severa penalidad, sustituyéndola por la *actio furti manifesti*, al cuádruplo del valor del objeto que, además, llevaba aparejada la nota de infamia. Cuando el *furtum* era *nec manifestum*, sólo se concedía al perjudicado una acción penal para reclamar el doble de la cosa sustraída.

Si como consecuencia de la práctica de un registro domiciliario no solemne, sin las formalidades antiguas, pero en presencia de testigos, se produjese el hallazgo de la cosa hurtada en el domicilio de una persona, el perjudicado podrá ejercitar la *actio furti concepti* por el triple del valor de lo sustraído contra el habitante de la casa registrada, pero éste podía ejercitar la *actio furti oblati* en vía de regreso, también por el triple, contra el verdadero ladrón que había llevado la cosa a su domicilio para perjudicarlo. Si el sospechoso se oponía al registro, el pretor concedía la perjudicado la *actio furti prohibiti* por el cuádruplo.

La *rapina* o sustracción violenta de cosas ajenas constituye un *furtum* cualificado. Se introdujo una acción especial para este delito: la *actio vi bonorum raptorum* por la que cualquiera que resultase perjudicado con el robo podía reclamar el cuádruplo de la cosa robada.

Pero del *furtum*, además de la acción penal, nace otra acción reipersecutoria, que tiene por fin la efectiva reparación del detrimento patrimonial sufrido, esta la interpondría el propietario de la cosa robada.

31.3. Delitos de daño

- La *actio legis Aquiliae*

La figura genérica de daño no se conoció hasta la aparición de la *lex Aquilia*, en el siglo III a.C. Hasta entonces, los daños causados a cosas ajenas no constituían un tipo único de delito; concretamente en la ley de las XII Tablas se regulaban distintos tipos de daños cada uno de los cuales constituye un delito específico. Pero la configuración del delito de daños patrimonial, como una figura autónoma sometida a reglas uniformes, se produce por la *lex Aquilia de damno*. Esta ley tipifica el *damnum iniuria datum*, esto es, el daño injustamente causado: el daño patrimonial causado culposamente en una cosa ajena. De ella deriva la responsabilidad civil, en cuya virtud cuando una persona causa a otra un daño patrimonial queda obligada a resarcir el perjuicio causado.

El texto de la ley Aquilia ha sido conservado, aunque con mutilaciones. Se dividía en tres capítulos donde sólo el primero y el tercero se referían a dos daños. En el primero se establecía que si alguien causaba la muerte de un siervo o incluso de un animal era responsable frente al dueño por el más alto valor que la cosa hubiese alcanzado en el año anterior a la causación del daño. En el tercer capítulo se disponía que si alguien causaba daño quemando, rompiendo o rasgando una cosa, el dueño de ésta podía reclamar el más alto valor que la cosa hubiera tenido dentro de los treinta días *proximi* anteriores a aquel en que tuvo lugar el daño.

- Extensiones pretorias

Hasta aquí las primitivas previsiones de la ley, interpretadas, aclaradas y completadas por la práctica pretoria y la jurisprudencia:

- Sólo cabía imponer responsabilidad por el daño culpablemente causado.
- Los juristas adoptaron el término *rumpere* como equivalente a *corrumpere* (deteriorar), así que ahora todo perjuicio causado por la destrucción o daño de una cosa caía bajo el peso de esta ley.
- Era preciso que el daño fuera causado directamente por obra del demandado, el cuerpo del agente y la cosa perjudicada deben hallarse en relación directa e inmediata. Consecuencia de ello era la inaplicabilidad directa de la ley cuando la causación era mediada o el daño se debiera a una omisión.

Sin embargo, el pretor concede la *actio legis Aquiliae* como *utilis*, aun cuando el daño sólo se produzca indirectamente, con tal de que el demandado sea culpable.

- La estimación del daño en el valor máximo comprende no sólo la pérdida del valor positivo (daño emergente), sino también la ganancia que como consecuencia del daño sufrido dejó de percibirse (lucro cesante).
- El acto dañoso tenía que haber sido cometido injustamente, de un modo antijurídico, pero la jurisprudencia considera como tipificable no sólo el daño causado, con dolo (*dolus*), esto es, a sabiendas, con maquinación y astucia, sino también el que se ocasiona con *culpa*, es decir, por actuar sin la debida diligencia.
- Según la *lex Aquilia*, la acción civil sólo podía ser ejercitada por el propietario de la cosa dañada, pero el Derecho clásico amplió también el elenco de personas facultadas para entablar la acción permitiendo que otros titulares de derechos reales como el usufructuario, el usuario o el acreedor pignoraticio pudieran utilizar esta vía litigiosa contra los terceros que hubiesen dañado aquellos objetos que tenían, aunque fuesen propiedad de otros.
- La acción civil de la ley Aquilia era únicamente accesible a los *cives*, pero fue extendida a los *peregrini* mediante una fórmula ficticia.

31.4. Delitos de lesiones

- La *actio iniuriarum*

Iniuria designa genéricamente todo acto que envuelve un desprecio intencionado y manifiesto hacia la persona de alguien, pero de manera especial pasó a emplearse para tipificar cualquier daño injusto que recaiga sobre el cuerpo o honor de las personas libres.

En las XII Tablas, los atentados contra las personas se regulaban, como los daños en las cosas, de manera casuística. Sólo se prevén casos de atentados contra la integridad corporal como los de *membrum ruptum* (ruptura de un miembro) o de *os fractum* (fractura de hueso).

Es evidente que requería una profunda reforma. Fruto de esta evolución fue una tutela más amplia de la persona en su integridad física y en la moral.

El delito de difamación era amplísimo a causa de la sensibilidad del espíritu romano en cuestión de honor; el simple hecho de mencionar en un proceso el nombre de una persona honorable podía ser considerado como injuria. La Jurisprudencia lleva a cabo una interpretación amplia del concepto de *iniuria*, refiriéndose no sólo a la lesión física inferida, sino al daño moral producido.

El edicto pretorio intenta dar a las sanciones la necesaria adecuación al caso particular mediante la *actio iniuriarum aestimatoria*. Esta acción se dirige a imponer al culpable una multa en dinero proporcional a la importancia del delito; es aplicable a todos los casos y puede ejercitarse dentro de un año útil; en ella se le deja al juez margen para reducir la multa reclamada, si la cree excesiva.

31.5. Delitos varios de derecho pretorio

- Acciones delictuales *in factum*

El *ius honorarium* tipificó una serie de conductas sancionadas con acciones delictuales *in factum* destinadas a punir determinados actos ilícitos no contemplados por el *ius civile*. Varias acciones delictuales *in factum* reprimen actos relacionados con el uso libre y razonable de las vías públicas, como la que se da contra el que tiene animales peligrosos sin atar en lugares transitados, el *haborator* de una casa desde donde se arrojan a la calle objetos líquidos o sólidos, y el que coloca en aleros o balcones objetos que pudieran ocasionar daños en su caída.

Otras acciones *in factum* sancionaban comportamiento ilícitos en relación con la actividad jurisdiccional de los magistrados.

Especial interés presentan dos delitos pretorios, la intimidación o *metus* y el *dolus*, que trataremos en epígrafe separado.

- Delitos de *metus*

El *metus* o intimidación constituye un delito pretorio que se tipifica como la amenaza de un perjuicio que motiva la realización de un determinado negocio jurídico lesivo para el interesado. Se introduce en un edicto una acción para pedir la restitución de lo obtenido por otro en virtud de violencia o intimidación.

La *actio quod metus causa* es una acción penal que, dentro del año, se daba por el cuádruplo del valor de la cosa y transcurrido el año, el pretor la da, previa cognición de causa, por el *simplum* del lucro obtenido. Se da también contra los herederos.

- Acción de dolo

Se trata de una acción de carácter subsidiario que no podía entrar en concurrencia con otras acciones, ya que tipifica el engaño malicioso (*dolus malus*) y sólo es ejercitable a falta de otra acción posible.

La *actio de dolo* fue una acción penal con fórmula *in factum*, que persigue el valor del perjuicio causado por quien fue víctima de engaño o fraude. Llevaba aparejada la nota de infamia, la condena podía evitarse, restituyéndose al demandante el perjuicio patrimonial sufrido.

TEMA 32: Sistematización postclásica de las fuentes de las obligaciones

32.1. Los contratos innominados y la *actio praescriptis verbis*

Cuando alguien, sobre la base de un convenio no reconocido como contrato, realizaba una prestación y la otra parte no cumplía lo convenido, perjudicándole, no podía demandar la efectividad del convenio, sino solamente exigir la devolución de lo entregado mediante la *condictio*. Pero si, en tal caso, la otra parte se hallaba en la imposibilidad de restituir lo concedido, quedaba sometida a la *actio de dolo*, de carácter penal, cuando se comprobara que habría obrado dolosamente; en otro supuesto, el pretor concedía excepcionalmente, a su arbitrio, una acción especial para el caso concreto (*actio in factum*).

Se debe a la teoría postclásica la construcción de una nueva clase de contratos, complementaria, dentro de la cual se podían incluir todos los que tuvieran por objeto una prestación y correspondiente contraprestación, que no se adaptaran a ninguno de los tipos del Derecho clásico. Por agruparse en la nueva categoría todas las figuras contractuales hasta entonces sin nombre, se les suele llamar contratos innominados. Pueden tener por objeto prestaciones bilaterales y también unilaterales, el vínculo obligatorio entre las partes surge del hecho de que una de ellas ha efectuado, en relación con la otra, la prestación que había acordado hacer con ella y puede, por tanto, exigir que la otra parte lleve a cabo la contraprestación que se había comprometido a realizar en el mismo acuerdo, o que le restituya cuanto recibió o que le entregue el equivalente pecuniario del beneficio patrimonial que ha obtenido a través de la prestación que se le hizo. En todos estos casos nace una *actio praescriptis verbis* tan pronto una de las partes hubiera realizado su prestación. La entrega de las cosas prestadas, la ejecución de la prestación por una parte hacía nacer la acción contra la otra que no había cumplido su obligación, y por eso se les llama contratos reales innominados.

Los llamados contratos innominados no consisten en figuras tipificadas, sino que en esa categoría puede entrar un número indefinido de relaciones no comprendidas en otros contratos y que surgen de la ejecución, efectuada por un sujeto en relación con otro. Los diferentes casos posibles de contratos innominados se

dividieron esquemáticamente en cuatro grupos: cambios de prestación de cosas (*do ut des*, doy para que me des, cuya manifestación más importante es la *permuta*); cambio de una cosa por un servicio (*do ut facias*, doy para que hagas) o de servicio por cosa (*facio ut des*, hago para que me des), y cambio de servicio (*facio ut facias*, hago para que hagas).

32.2. Cuasicontratos

La categoría de los cuasicontratos aparece formulada por primera vez en las fuentes justinianeas. Se denominan así a una serie de hechos semejantes a algunos contratos y que producen los efectos jurídicos propios de éstos (hacen nacer obligaciones). Presentan tal carácter:

- La *negotiorum gestio* o gestión de negocio sin mandato. Si alguien, sin haber mediado encargo, cuida de la gestión de uno o más negocios de otro, adquiere derechos análogos a los que nacen del mandato contractual. En efecto, de tal actividad unilateral surge una relación obligatoria entre el que hace la gestión (*negotiarum gestor*) y aquel en cuyo interés el primero hace esa gestión (*dominus negotii*). El interesado dispone de una *actio negotiorum gestorum directa*, mediante la que podía exigir al gestor todo lo que hubiera percibido en la gestión. En ciertos casos el gestor puede adquirir derechos, concretamente a que se le indemnice de los gastos que la gestión le hubiera producido. Para esto tiene la *actio negotiorum contraria*.

Era requisito indispensable que el negocio gestionado fuese ajeno. No existe *negotiorum gestio* si alguien gestiona asuntos propios creyendo que son de otro. Se requiere, además, que el gestor realice la actividad de gestión con la intención de conseguir a través de esa actividad un determinado resultado beneficioso para otro. Para que la acción contraria del gestor pudiese tener éxito era preciso que la gestión hubiera sido útil o realizada en interés objetivo del *dominus negotii*.

La *actio negotiorum gestorum* era una *actio in factum*, de origen inequívocamente pretorio; posteriormente se le añadieron *actiones iuris civilis* de buena fe, con las cuales la institución obtuvo reconocimiento en el ámbito del *ius civile*.

Podemos concluir que la institución de la *negotiorum gestio* es una creación original romana. Es un producto de la *humanitas romana* y la idea que la inspira es al de que un hombre debe ayudar siempre a sus semejantes cuando éstos necesiten de ayuda. Nadie está jurídicamente obligado a cuidar de los negocios de otro, pero el Derecho debe favorecer y facilitar esta acción altruista, garantizando al gestor el derecho a exigir el reembolso de sus gastos, lo que impone, por otra parte, también una responsabilidad en el gestor.

- El enriquecimiento injusto. Hay enriquecimiento injusto cuando una persona recibe algo del patrimonio de otra sin causa jurídica. Con frecuencia, este enriquecimiento se produce por realizar una parte una prestación a la cual no tiene derecho el que la recibe, en la falsa creencia de estar obligada con respecto a ella, o por cualquier otro motivo erróneo. La persona a costa de la cual se produce el enriquecimiento injusto tiene, contra el que con él se lucra, una *condictio* para reclamar la restitución de lo que injustamente adquirió. Los supuestos de enriquecimiento injusto, que distinguiremos con el nombre de las correspondientes acciones que los sancionan, son los siguientes:
 - *Condictio causa data causa non secuta* (se dio por una causa y esta causa no se ha producido). Presupone la existencia de una *dare ob causam*, es decir, de una adjudicación patrimonial efectuada en atención a un acontecimiento futuro (como la constitución de la dote y luego no se casan). Si luego ocurre que no se produce el resultado previsto, el enriquecimiento carece de justificación.
 - *Condictio ob turpem causam*. Tiene lugar cuando una persona hace una prestación a otra para que ésta no realice un acto ilícito (por ejemplo, que no mate a otro) o para que cumpla con un deber de carácter jurídico.

La *condictio* no tendría lugar cuando el sujeto que hace la entrega participa en el acto deshonesto.

- *Condictio ob iniustam causam*. Esta *condictio* se aplica cuando alguien adquiere ilícitamente una cosa.
- *Condictio indebiti*. Se concede cuando se paga por error una deuda en realidad inexistente. Ha de mediar siempre error, que el demandante debe probar. El pago hecho a sabiendas de que la deuda saldada no existe no puede reclamarse, porque se considera jurídicamente como una donación.
- *Condictio sine causa*. Es una acción general para todas las hipótesis no comprendidas en las categorías anteriores. Se empleaba en el Derecho común como acción general de enriquecimiento.

32.3. Cuasidelitos

Se trata de una serie de hechos no contemplados como *delicta* por el *ius civile*, que no obstante originan los efectos propios y peculiares de los actos delictivos y, principalmente, la obligación de reparar los daños causados. Los compiladores justinianos clasificaron como *quasi delicta* únicamente los cuatro que vamos a proceder a analizar sumariamente.

- *Iudex qui litem sua fecit* (juez que hace suyo el litigio; juez prevaricador). La ley de la XII Tablas castigaba al juez que se dejaba corromper con la pena de muerte. En la época clásica, el juez que en la resolución o tramitación de un proceso incurre en dolo o culpa puede ser condenado a reparar equitativamente los daños así producidos. Reprime cualquier descuido leve del juez en su actuación.
- *Actio de effusis et deiectionis*. Mediante esta acción, el Derecho pretorio sancionaba los daños ocasionados a los viandantes por los líquidos y sólidos arrojados a la calle desde edificios habitados. En vista de lo difícil que era identificar al autor del lanzamiento, el pretor concedió la acción contra el *haborator* o morador de la vivienda desde la que se arrojó algo con daño para el transeúnte.
- *Actio de positis et suspensis*. Dirigida igualmente a reprimir hechos atentatorios del uso libre y razonable de lugares transitados o de estacionamiento ordinario, el pretor concede esta *actio* contra el que hubiere colocado en el edificio objetos de cuya caída pudieran inferirse daños a terceros. Castigaba con multa a los habitantes de la casa en la que, con peligro general, estaba suspendido o colocado algún objeto sobre una calle pública.
- *Actio in factum contra nautas, caupones, stabularios*. Los navieros, los posaderos y los dueños de establos estaban obligados a indemnizar *in duplum* por el daño causado por sus dependientes en las cosas de sus clientes introducidas en sus establecimientos. Para los justinianos la responsabilidad de los navieros, posaderos y dueños de establos nacía de *culpa in eligendo* o *in vigilando*.
- Cabe mencionar el caso paralelo del *edictum de feris*, aunque no figure en el electo justiniano de los cuasidelitos. La *actio aedilicia de feris* se daba contra el que tiene animales peligrosos sin atar en lugares transitados.

32.4. Los pactos

- Concepto

Podemos definir como pacto a todo convenio que no se ajuste a un tipo exacto y acabado de negocio jurídico. Se establece como principio general que los simples pactos (*nuda pacta*) no engendran obligación, aunque el pretor los toma en consideración como fuente de excepciones. Existen, sin embargo, ciertos pactos protegidos mediante acción. (Pactos pretorios)

- Pactos pretorios

El pretor tutela mediante la concesión de *actiones in factum* algunos acuerdos no basados en el *ius civile* y que, por tanto, no pueden encuadrarse en la categoría de los contratos, ni hacer que nazca una obligación. Se trata de una serie de pactos no formales que el pretor reviste de acción contra el sujeto que no lleva a cabo la

prestación que es objeto de la *conventio*.

- *Constitutum debiti*

Es un pacto pretorio en cuya virtud una persona promete a otra satisfacer en una fecha determinada una deuda preexistente contraída por ella misma o por otra persona, es decir, una deuda propia o ajena (Ya hay una deuda con contrato; posteriormente se pacta pagarlo más adelante o que lo pague otro). El pretor sancionó tal convenio con la *actio de pecunia constituta*. La concesión de un plazo o un nuevo plazo al deudor es propiamente un *pactum*, que da una *exceptio* para defenderse contra una reclamación anterior al vencimiento del plazo. La promesa del deudor, al no ser hecha en forma estipulatoria, no produce efecto novatorio, con lo que deja utilizable la acción anterior, principalmente la *condictio*; pero la *actio de pecunia constituta* es más ventajosa para el acreedor, por cuanto el condenado debía hacer una *restipulatio dimidia partis*, por lo que debía pagar por ella, en caso de condena, una mitad más en concepto de pena. Constituía, sin embargo, una desventaja para esta acción la prueba de la *actio de pecunia constituta* dado su carácter causal. El demandante debería probar no sólo el *constitutum*, sino la existencia de la deuda.

- *Receptum argentarii*

Se trata de un *pactum* con el cual el *argentarius*, es decir, el banquero, se comprometía con una determinada persona a pagar la deuda existente o futura de un cliente suyo. A diferencia del *constitutum*, no suponía una deuda preexistente. Si el *argentarius* no cumplía con su compromiso, es decir, si no pagaba la suma convenida, podía ser llamado a juicio con la *actio recepticia*.

- *Receptum arbitrii*

Consiste en aceptar el papel de árbitro entre dos partes litigantes. Si un árbitro, tras haber asumido el cargo y serle planteada la cuestión, no cumplía con su oficio y no dictaba el laudo prometido era conminado por el pretor a dirimir el litigio, bajo amenaza de decretar el embargo de sus bienes.

- *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*

Es un pacto por cuya virtud el pretor concedía una acción *in factum* contra los armadores de barcos, posaderos y dueños de establos, siempre que no procediesen a la restitución de las cosas que les hubiesen sido entregadas por los viajeros para su custodia.

- Pactos legítimos

Se le otorga este nombre a los pactos dotados de acción por varias constituciones del Bajo Imperio (la ley los hace válidos). Son los siguientes:

- El compromiso o *compromissum*, mediante el cual dos o más sujetos acuerdan encomendar a un árbitro la resolución de una cuestión controvertida. Los contendientes celebraban *stipulationes* recíprocas comprometiéndose a ejecutar la decisión y a abonar, caso de no hacerlo, una multa de dinero.
- *Pactum dotis*. Se trata de una promesa de constituir la dote efectuada por la mujer, su deudor o su *paterfamilias*. Se le reconoce validez total a la simple promesa aceptada; el que se ha comprometido a constituir la dote, puede ser demandado en caso de incumplimiento.
- *Pactus donationis*. Es la promesa de donación que da base para exigir la *traditio* de la cosa que es objeto de la donación. El promitente sólo responde por dolo y culpa lata; no viene obligado a pagar intereses moratorios y goza del *beneficium competentiae*, para cuya aplicación se tienen en cuenta las demás deudas que pesan sobre él.

DERECHO DE FAMILIA(NO)

TEMA 33: La familia

TEMA 34: *Matrimonium*

TEMA 35: Relaciones patrimonial entre cónyuges

TEMA 36: Tutela y curatela

DERECHO HEREDITARIO Y DONACIONES

TEMA 37: Nociones básicas introductorias

37.1. Observaciones preliminares sobre el derecho hereditario romano

El Derecho hereditario o Derecho de sucesiones tiene como objeto la regulación de las relaciones jurídicas a la muerte del titular de las mismas, estableciendo el modo y las condiciones para que otras personas le sucedan en sus derechos.

El Derecho de sucesiones va transformándose profundamente, en su intento de dar respuesta a las exigencias que plantean las condiciones sociales de cada época.

Un ejemplo eminente de la creatividad y originalidad romana es el *testamentum*, es decir, el acto por el cual un sujeto designa a aquellos que le sucederán en sus derechos después de su muerte. Mediante él, pueden hacerse además otras manifestaciones de voluntad encaminadas a disponer de objetos o derechos particulares y que están condicionadas al acto fundamental, es decir, a la adquisición del título de heredero por parte del designado.

Además de la sucesión testamentaria, está vigente también en el ordenamiento romano la sucesión intestada, prevista para el caso en que no haya habido testamento, constituyendo dos sistemas exclusivos e incompatibles (no puede haber sucesión testada e intestada a la vez): *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (nadie puede ser sucesor en parte con testamento y en parte sin él).

El estudio de la sucesión hereditaria, pone de manifiesto su profunda vinculación con las funciones y la estructura de la familia.

En esta labor de adaptación y perfeccionamiento, tuvo una relevancia singular la *jurisprudencia*, con su interpretación cada vez más libre de la *voluntas testantium*; también por la aportación del Senado que fue atenuando las diferencias formales entre los distintos tipos de legados.

37.2. Desarrollo histórico del régimen hereditario romano

El régimen hereditario se va desarrollando en estrecha relación con la estructura de la familia y las funciones que ésta desempeña.

En la época arcaica se considera a la familia como comunidad perpetua, destinada a mantenerse a lo largo de las generaciones y conservar intacto su patrimonio. Esta tarea, junto con el culto a los antepasados, incumbe a los descendientes varones; las hijas, si contraen matrimonio, pasan a formar parte de la familia del marido, mientras que en caso contrario, permanecen bajo la tutela de los agnados.

Los hijos son *heredes necessarii*, no exigiéndose ni siquiera un acto de aceptación. El hecho de que cada

individuo no tuviera relevancia como tal, explica que todos los hijos obtenían la totalidad de la herencia de forma indivisible.

Las XII Tablas contienen dos disposiciones fundamentales a propósito de la sucesión hereditaria (es la primera vez que se regula la sucesión). La primera dice textualmente que si muere intestado el que carece de un heredero familiar, tendrá la *familia* el agnado próximo. La segunda establece que como haya legado sobre el patrimonio y la tutela de su familia, así sea derecho. En suma, la sucesión legítima está fundada sobre la familia agnaticia. Los primeros llamados son los *fili in potestate*, después los agnados y, finalmente, los gentiles, de modo que no se toma en consideración el vínculo de sangre. Por ejemplo, el hijo emancipado, al no estar bajo la *patria potestas*, no sucede al padre, siendo preferido a él un extraño que haya sido adoptado.

(Primero heredan *suus heres*; si no los *agnatus* que están bajo la *potestas* del padre de familia; en caso de que tampoco existan estos heredan los gentiles que forman parte de la *gens*, la stirpe familiar).

La edad arcaica se cierra con el reconocimiento de tres principios fundamentales: 1) admisión del testamento como acto privado, que tienen por contenido la plena disposición *mortis causa* de los bienes de toda persona *sui iuris*; 2) imposición al testador de unos límites que son únicamente formales y extrínsecos: por una parte, el uso de la forma solemne y, por otra, la exigencia de una *exheredatio* (desheredar) formal en el caso de que no quiera que el *suus* sea heredero; 3) se acepta el antiguo régimen de la sucesión legítima, que estaba basado sobre el Derecho de los agnados.

La concepción de familia fue sufriendo importantes cambios, que llevaron a realizar algunas modificaciones.

El primer tipo de modificaciones que fueron introduciéndose se relaciona con las limitaciones de los poderes del *paterfamilias*. La *lex Cincia* (año 204 a.C.) sale en defensa de la posición sucesoria de los herederos legítimos, en cuanto que impone limitaciones a las donaciones, al mismo tiempo que otras leyes posteriores limitan la facultad de disponer por legado (disposición expresa de una parte de la herencia a una persona). En la segunda mitad del siglo I a.C. la introducción de la *querella inofficiosi testamenti* supuso la introducción de un nuevo límite a la facultad de desheredar a los hijos, constituyendo la base de la sucesión necesaria material.

La labor del pretor fue especialmente significativa y profunda en este campo. Disminuye el significado de la parentela agnaticia (el pretor tiende a hacer prevalecer a los consanguíneos), no existiendo desigualdad de trato entre *adgnati* y *cognati*. La idea de la familia perpetua y solidaria no se impone ya en la moral social como un dato indiscutible, prevaleciendo lentamente el individuo. Hay un nuevo sistema hereditario que crea el pretor, la *bonorum possessio* (entrega de la posesión de los bienes). Al pretor se debe también la superación del formalismo propio del *ius civile*, al reconocer la validez del testamento en caso de que, no teniendo los requisitos exigidos por él, respete los establecidos por el pretor. En esta labor colaboró muy activamente la Jurisprudencia, con su interpretación, cada vez más libre, de la *voluntas testantium*.

El régimen hereditario se consolida durante el Principado con una superación del formalismo anterior (se dan facilidades).

En la época postclásica cada miembro de la familia podía tener un patrimonio propio, por lo que era posible que adquiriera para sí *mortis causa*. Por otra parte, se tiende a reconocer un valor más significativo a la parentela natural (de sangre). El formalismo va aboliéndose paulatinamente.

En el Derecho justinianeo hay un esfuerzo importante para sintetizar y coordinar la imponente estratificación jurídica que se había ido acumulando a lo largo de los siglos.

37.3 El sistema civil de la *hereditas* y la sucesión pretoria

La Jurisprudencia clásica llegó a concebir la *hereditas* como un concepto esencialmente jurídico. El sistema

de sucesión que reconoce el *ius civile* se basa fundamentalmente en el hecho de que una o varias personas suceden *in ius* al difunto, esto es, se colocan en su misma situación jurídica con todas las consecuencias que ello llevaba consigo. La *hereditas* contiene al mismo tiempo *corpora* (cosas materiales) y *iura* (acciones o derechos del difunto). Para el Derecho la *hereditas* es la universalidad patrimonial que corresponde al heres.

El heres al adquirir el *universum ius defuncti* se sitúa en la misma situación (*in locum*) y en la misma posición jurídica (*in ius*) del difunto.

Cuando comenzó a predominar la familia cognaticia, el pretor modificó el orden sucesorio de las XII Tablas, en caso de muerte intestada del *paterfamilias*, llamando a la herencia paterna a los hijos desvinculados de la *potestas* o de la parentela agnaticia. Lo que hace el pretor es ofrecer la posesión de los bienes hereditarios a los que él considera con derecho preferente. La entrega de los bienes hereditarios, que las fuentes denominan *bonorum possessio*; venía a ser una sucesión, pero bajo la protección pretoria.

Así, en la herencia pretoria (*bonorum possessio*) el pretor ponía al *bonorum possessor* en el ejercicio de hecho del *ius hereditarium*, que correspondía al antiguo heredero civil, mediante *actiones ficticiae*. El heredero pretorio o *bonorum possessor* no dispone de la *hereditatis petitio*, sino del *interdictum quorum bonorum*, mediante el cual puede entrar en posesión del patrimonio hereditario.

Existían tres cláusulas pretorias:

- La primera es relativa a la *bonorum possessio secundum tabulas* (según el testamento), concedida a los herederos civiles instituidos por testamento.
- La segunda se refiere a la sucesión que tiene lugar en caso de que los que han sido instituidos herederos no se adelanten a exhibir las *tabulae* testamentarias. En ese caso, obtienen la *bonorum possessio* los herederos que habrían sucedido como herederos civiles *ab intestato*. (Si el testamento no aparece, se procede como sino lo hubiera).
- La tercera cláusula prevé presumiblemente que el pretor decidirá sobre la base de la *aequitas* (equidad) cuando no se presenten sucesores, ya sean testamentarios o *ab intestato*. Quizás, en este caso, ya se tenga en cuenta la *cognatio* para conceder la *bonorum possessio*.

El sistema sucesorio edictal no se consolidó enteramente hasta un rescripto de Antonino Pío que dio preferencia al testamento pretorio frente a los herederos civiles *ab intestato*. Este rescripto introdujo la *exceptio doli* como medio jurídico para resolver las situaciones de conflicto entre el heredero civil y el *bonorum possessor* (se le entregaba a este último); se consideraba que el heredero civil obraba dolosamente en cuanto que en el juicio actuaba aprovechando una situación de injusticia propiciada por la rigidez propia del *ius civile*.

En definitiva existen tres tipos de *bonorum possessio* en relación con el testamento:

- *Bonorum possessio secundum tabulas*, de acuerdo con el testamento civil o pretorio;
- *Bonorum possessio sine tabulis* (o *intestati*), cuando no existe testamento civil ni pretorio;
- *Bonorum possessio contra tabulas*, que se daba a favor de los hijos emancipados y sus descendientes que no hubiesen sido instituidos herederos ni desheredados en el testamento.

Se distinguió también entre *bonorum possessio edictalis* y *decretalis*. La primera era la que se concedía en base a una cláusula del edicto en la que se hallaba prevista, después de ser solicitada, y previo un examen sumario por parte del pretor. En otros casos, quizás no previstos en el edicto, el pretor examinaría la petición y, con la audiencia necesaria, decidiría por *decretum* su concesión, de ahí el nombre de *decretalis*.

Con la abolición del Derecho pretorio, con la desaparición de las *actiones ficticiae* y con la unificación de la *in bonis habere* en la noción de propiedad, la diferencia entre *bonorum possessio* y *hereditas* o sucesión civil

ya no tiene contenido sustancial, sino únicamente un valor formal: el heredero adquiere su título, con las consecuencias consiguientes, mediante la *aditio*; el *bonorum posesor* pasa a ser tal mediante una disposición del magistrado. Al estar defendida la *bonorum possessio* por una acción, además de la defensa interdital, es una muestra evidente de que en la época postclásica era considerada como una situación de derecho.

En el Derecho justiniano anterior a las *Novellae* ambas formas de sucesión conservan su propia terminología, aunque ya están, sustancialmente unificadas en un solo sistema. Sólo las *Novellae*, en efecto, establecen también la unidad formal en el sistema de sucesiones legítimas.

- Requisitos de la sucesión hereditaria

La doctrina romanística divide los requisitos de la sucesión hereditaria en subjetivos, que son las condiciones inherentes a las personas del causante y del heredero, y objetivos, que son las condiciones de hecho para que pueda verificarse la sucesión.

Los requisitos subjetivos consisten, respectivamente, en la capacidad de tener herederos y en la capacidad de ser heredero. Se denomina *defunctus* o *testator* a la persona con capacidad para hacer testamento y tener herederos; y con el nombre de *heres* a la que puede ser heredero.

El problema de la capacidad es distinto en la sucesión testamentaria y en la intestada. En relación con la sucesión testamentaria, los juristas romanos hablan de *testamenti factio* para indicar la capacidad de hacer testamento, la doctrina romanística ha ido más allá estableciendo el uso de los términos *testamenti factio activa*, para designar tal capacidad, contraponiéndola a la *testamenti factio pasiva* o capacidad que tiene una persona de ser nombrada heredero, o de ser contemplada de algún modo en el testamento.

Respecto a la sucesión intestada, la doctrina identifica el problema de la capacidad del causante y del heredero, respectivamente, con el de los requisitos que el *ius civile* o el Derecho pretorio establecen para que a la muerte de una persona, cuando no existe testamento o es ineficaz, sean llamados como herederos o *bonorum possessores*. Esta capacidad *ab intestato* del causante y del heredero no siempre se corresponde a la *testamenti factio* activa y pasiva.

Los requisitos objetivos son la *delatio* (delación) o llamada a una persona para adquirir el título de heredero. La delación se llama testamentaria cuando la titulación de heredero venía dada por el testador y se denominaba delación *ab intestato* la llamada que la ley hacía a falta de testamento.

Además de la *delatio* se requería un acto de aceptación respecto a los *heres voluntarii*.

- Objeto y efectos de la sucesión hereditaria

A propósito del objeto de la sucesión hereditaria, ha ido prevaleciendo en las últimas décadas la tendencia a subrayar el carácter material o patrimonial de la hereditas, como una *res corporalis*. Anteriormente se hacía esencial la atribución a un sujeto del título de heredero, ya fuera por testamento o por ley.

En las noticias que se tienen de la época más antigua lo contradicen. En las XII Tablas prevalece el aspecto objetivo de la atribución del patrimonio hereditario sobre el subjetivo, es decir, la transferencia del título de heredero.

La *hereditas* es considerada en la época clásica un patrimonio unitario del que forman parte deudas y créditos hereditarios. Supuesto que el heredero la adquiere como tal, se define como *successio in universum ius quod defunctus habuit*. Aunque puede comprender cosas corporales, se considera como una *res incorporalis*.

La *universitas* hace referencia a la delación, a la adquisición y a la defensa, mientras que la *successio* expresa

la idea de que ese conjunto pasa inalterado al heredero. Cuando se habla de conjunto de las relaciones jurídicas del difunto, no se hace referencia a la totalidad de las mismas, solamente a las de Derecho privado, ya que no le sucede en por ejemplo los cargos públicos.

Como resultado de la evolución que fue produciéndose a lo largo del tiempo, la transmisión de las relaciones patrimoniales constituye la regla, siendo una excepción la no transmisibilidad que se da en algunos casos. Son intransmisibles, por su carácter personal, el *usus*, el *usus fructus* y la *habitatio*; también lo son algunas obligaciones *ex delicto* del lado activo y todas las del lado pasivo, aunque el pretor concede contra los herederos acción por enriquecimiento; es también intransmisble la posesión al tratarse de una situación de hecho, así como la *locatio operarum*. A la muerte de uno de los socios la *societas* deja de producir efectos, tal como ocurre en el mandato cuando muere el mandante o el mandatario; en ambos casos las obligaciones ya nacidas pasan a los herederos.

TEMA 38: Delación de la herencia

- Concepto de la delación: su causa y naturaleza

La posibilidad que se ofrece a un sujeto de adquirir una determinada *hereditas* constituye la *delatio* o llamada a la herencia.

Esta llamada acontece normalmente a la muerte del *de cuius*, aunque puede aplazarse a un momento posterior, como es el caso de la *heredis institutio* sometida a condición. Pero sea cual fuere el momento en que tenga lugar la delación y, por tanto, la aceptación de la herencia, sus efectos se retrotraen al momento de la muerte, a fin de que no haya solución de continuidad en la titularidad de las relaciones jurídicas.

El *ius civile* no establece un término final a la delación (no hay límite de tiempo). Pero el pretor, con el fin de salvaguardar los intereses de los acreedores del difunto, introdujo el instituto del *spatium deliberandi*, por el que pueden demandar al llamado a la herencia ante el pretor y pedirle que declare si es o no heredero, con las consecuencias que se expondrán al hablar de la renuncia de la herencia.

Las causas de delación hereditaria son la ley y el testamento, aunque siempre tiene prevalencia el testamento. Estas dos causas son incompatibles, no es posible que respecto a la misma persona se abra al mismo tiempo sucesión legítima y testamentaria.

Sin embargo, este principio de incompatibilidad fue sufriendo una serie de derogaciones; por ejemplo, es incompatibilidad no vale respecto al *testamentum militis*. El militar podía disponer sólo de una parte de sus bienes, abriéndose entonces la sucesión intestada para la parte restante.

Otras excepciones a este principio se encuentran, por ejemplo, en los casos siguientes:

- 1) Si el testador ha preterido hijas o nietos *ex filio*, varones o mujeres, los preteridos tienen derecho de concurrir con el heredero testamentario hasta la cuota civil o hasta la mitad de ellas (hay testamento y no se nombra expresamente a algunos, sin desheredarlos);
- 2) Si el hijo que intenta la *querella inofficiosi testamenti* contra varios herederos testamentarios vence en relación con unos y pierde en relación con otros, concurre como heredero legítimo con el heredero testamentario que resulta vencedor. Lo mismo acontece si entre varios sujetos legitimados para el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*, contra un solo heredero testamentario, unos resultan vencedores y otros resultan perdedores.

- Carácter inalienable e intransmisble de la delación

De acuerdo con una regla tradicional que recuerda Justiniano, la *delatio* es intransmisble a los herederos. Así

pues, el *delatus* que haya muerto antes de haber adquirido la *hereditas* no transmite a sus herederos la posibilidad de adquirir que él tenía.

A lo largo de la evolución del Derecho romano, esta regla fue experimentando una serie de derogaciones, inspiradas generalmente en motivos de equidad. Hay casos en que una norma prohíbe al *delatus* adquirir la herencia antes de que tenga lugar una determinada circunstancia; si el *delatus* muere antes de que la prohibición cese, no se le puede imputar a él la falta de aceptación (se considera que no ha pasado el tiempo), por lo que se concede a sus herederos una *restitutio in integrum* que les pone en condiciones a aceptar o rechazar. Otros casos:

- El del heredero que no ha realizado la *aditio* de la herencia, aunque tenga intención de hacerlo, en espera de que se cumplan las normas del senadoconsulto *Silanianum*, el cual exige que sometan a tortura los esclavos por el asesinato del *de cuius* y que se persiga a los culpables (para asegurar que el heredero no fue asesinado);
- El de la hija del patrono instituida heredera por el liberto en un testamento que es impugnado como falto;
- El del heredero que no haya realizado la *aditio* a causa de dudas existentes sobre la capacidad del *de cuius*.

En la época postclásica si el testador había instituido a un descendiente, que muere antes de abrir el testamento, se admite la transmisión a favor de sus descendientes.

Otro figura especial de *transmissio* es la llamada *transmissio ex capite infantiae*, la cual facultaba al *pater* para aceptar la herencia deferida a un hijo infante que estaba bajo las *potestas* paterna, pero que murió antes de que se realizara la aceptación.

Finalmente, Justiniano introdujo una transmisión más amplia, al disponer que si el heredero legítimo o testamentario muere antes de haber aceptado o renunciado a la herencia, transmite a sus herederos la facultad de aceptarla o renunciarla durante el plazo de un año. A partir de esta disposición, la *transmissio* es admitida con carácter general, teniendo valor la intransmisibilidad solamente cuando haya pasado el año.

- *In iure cessio hereditatis*

En las fuentes, y estrechamente vinculada con la delación, aparece en instituto de la *in iure cessio hereditatis*. Mediante ella, el heredero intestado que no fuera *suus et necessarius* podía ceder a otros la *hereditas* antes de la *aditio*, es decir, *antequam heres extiterit* (si es por ley, renuncia y punto).

Si esa cesión es hecha por el heredero testamentario, el acto es nulo, y si se realiza después de la aceptación no se transmite la herencia, sino que pasan al cesionario los *corpora hereditatis*, no las obligaciones activas y pasivas (tiene el aceptar y luego ya lo cederá).

- *Usucapio pro herede*

Relacionada con la delación está también la *usucapio pro herede* (adquirir por el uso continuado), que no es otra cosa que la *usucapio* común aplicada a la herencia y que, en cierto sentido, se puede considerar como un modo de adquisición de la *hereditas* distinto del *testamentum* y de la *lex*.

En efecto, al referirse al *usus* las XII Tablas disponían que cuando un tercero, no siendo heredero, poseía los bienes hereditarios durante un año, se hacía heredero por *usucapio*, es decir, adquiría la *hereditas* en su conjunto y no sólo las cosas singulares (aunque sólo poseyera una cosa, se quedaría con todo). Era necesitado un año y no dos, que se requerían para los fundos, ya que la *hereditas*, aun comprendiendo eventualmente fundos, se considera como un conjunto unitario, distinto de cada uno de los elementos que lo componen y

comprendido entre las *ceterae res*.

En los tiempos antiguos, cuando la *hereditas* comprendía sólo cosas corporales, el instituto se encuadra dentro del régimen de la *usucapio*, y no sale del campo de la posesión; es anómalo el hecho de que poseyendo una cosa singular se adquirieran también las otras cosas hereditarias, incluso si no eran poseídas. La *usucapio pro herede* no parecía injusta, ya que sólo era válida cuando no existiera un *heres necessarius* o el heredero voluntario no hubiera aceptado.

La *usucapio pro herede* se hace anómala más adelante, cuando, por una parte, la *hereditas* no comprenda ya únicamente cosas corporales, sino también cosas incorpóreas y deudas, y, por otra, la ley establezca requisitos positivos para la *usucapio*, como la *iusta causa* y la *bona fides*. Tales requisitos no se requieren para la *usucapio pro herede*, la cual se realiza sin *causa iusta* alguna. La calificación *pro herede* es una denominación modelada sobre las otras *iustae causae*, pero no es la enunciación de un título: se habla de *usucapio pro herede*, de la misma manera que se habla de *usucapio pro emptore*, *pro soluto*, etc., pero mientras que en estos casos existe una *iusta causa*, en la *usucapio pro herede* falta, ya que cualquiera puede posesionarse de la herencia y adquirirla con el decurso del tiempo. Tampoco se requiere la *bona fides*, la usucapción tiene lugar aun cuando el poseedor *sciat alienam rem se possidere*, y la califica como *improba et lucrativa*.

Así que, la *usucapio pro herede* era más una usurpación que una adquisición justificada. Así se inicia una reacción que llevó a su abolición, sino a su transformación. Por una parte, Marco Aurelio introdujo el *crimen expilatae hereditatis*, por el que se castiga a aquel que se haya apoderado de la herencia antes de que sea aceptada y, por otra, se excluye que mediante la *usucapio* pueda adquirirse la herencia en su conjunto. Solamente es posible adquirir cada cosa hereditaria, por tanto, la *usucapio pro herede* queda circunscrita a las cosas corporales, en cuanto susceptibles de posesión y de usucapción. Para todo lo demás se mantiene el régimen de la antigua *usucapio*: basta un año, sin distinguir que se trate de fundos o de *ceterae res*, y no se exige título ni *bona fides*.

En el Derecho justiniano la *usucapio pro herede* se enmarca en el sistema general de la *usucapio*, desapareciendo así su carácter singular. Se requiere positivamente la *bona fides* y, en cuanto al tiempo, se distingue según que la cosa sea mueble o inmueble. Mientras que antes se adquiría el título de heredero y toda la herencia, ahora sólo se adquieren cosas singulares, de acuerdo con los principios generales que rigen la *usucapio*.

TEMA 39: Adquisición y aceptación de la herencia

- Adquisición

La herencia puede adquirirse de dos modos: o bien sin que sea preciso un acto previo de aceptación, en cuanto que la ley dispone directamente que un determinado sujeto sea heredero, o bien por un acto voluntario de aceptación. Lo primero ocurre con los *heredes necessarii* y los *heredes sui et necessarii*, mientras que la segunda posibilidad se da cuando se trata de *heredes extranei* o *voluntarii*.

Heredes necessarii son los esclavos manumitidos en el testamento del *dominus* e instituidos al mismo tiempo herederos. Se llaman *necessarii* porque adquieren la libertad a la muerte del testador, pasando automáticamente a ser herederos, sin necesidad de aceptación y sin tener la posibilidad de renunciar.

Heredes sui et necessarii son los hijos, varones o mujeres, así como los descendientes del *de cuius* que se encuentran bajo la *potestas* del difunto en el momento de su muerte. Todos ellos subintran sin necesidad de aceptación y al suceder de forma automática, no pueden renunciar, tanto si suceden por ley como si suceden por testamento. Al ser copropietarios del patrimonio familiar, no existiría, por tanto, un traspaso de la herencia. Tampoco ésta se les ofrece por ley, la cual supone la falta del *suus*.

Se añade la calificación de *necessarii* en cuanto que son herederos *sive velim sive nolim*, es decir, incluso contra su voluntad. Por esta razón, herederos y, por otra parte, no es posible renunciar al derivarse la situación hereditaria de su misma posición familiar.

Heredes extranei o *voluntarii* son todos los demás herederos que no se incluyen en estos dos grupos anteriores. Adquieren la *hereditas* únicamente mediante la aceptación, por lo que pueden libremente aceptar o renunciar.

El hecho de que los herederos necesarios (los *servi* y los *heredes sui*) adquirieran la herencia de forma automática, los situaba en una posición grave. En efecto, si se convertían en herederos, en caso de *hereditas damnosa*, tenían que afrontar, en muchos casos, las consecuencias que se derivaban de la insuficiencia del patrimonio hereditario, respondiendo con su propio patrimonio a ellas.

En esta situación, se explica el interés de los *iurisprudentes* por llegar a considerar admisibles determinadas cláusulas que se oponían al principio de la adquisición necesaria de la herencia. Con el fin de poner remedio a situaciones de esta naturaleza, el pretor fue introduciendo correcciones y modificaciones sin abrogar formalmente el principio del *ius civile*.

- *Benefitium abstinendi*

El edicto pretorio reconocía a los *heredes sui* la facultad de que, no habiendo intervenido en la herencia del *pater*, pudieran ser considerados como no herederos.

Encontramos una vez más la acostumbrada antítesis entre el *ius civile* y el *ius praetorium*. Según el primero, el *suus* sigue siendo heredero, aunque se abstenga, con las consecuencias que se derivan de esto. Puede, por tanto, ejercitar todas las acciones hereditarias, las cuales pueden también ser ejercitadas contra él. Sin embargo, el pretor le considera como si no fuera heredero, no concediendo ninguna de esas acciones ni a favor ni en contra.

- Aceptación de la *hereditas*

Los *heredes extranei* o *voluntarii* adquirirían la herencia realizando un acto de aceptación que podía ser una *cretio*, una *pro herede gestio* o una *aditio nuda voluntas*.

La *cretio* es una solemne declaración oral, hecha ante testigos que consiste en pronunciar una determinada fórmula.

La fórmula se usaba cuando se quería evitar cualquier forma de duda a propósito de la aceptación. Debía ser empleada necesariamente si era impuesta por el testador. Si el heredero, que era libre de renunciar, quería aceptar debía servirse de la *cretio*, ya que se trataba con ella de poner un plazo para la aceptación. Por esta razón, se imponía siempre *certo tempore*, de modo que debía realizarse dentro del plazo establecido, que rea generalmente de cien días. Existen diversas clases de *cretio*:

- Era *continua* si los días debían computarse desde la muerte del testador y de forma ininterrumpida.
- Se llamaba *vulgaris*, en cuanto que se usaba con frecuencia, cuando se añadía una cláusula a la fórmula de la *cretio* por la que se hacía depender el transcurso del tiempo del conocimiento de la delación por parte del heredero y de su posibilidad de aceptar.
- Podía ser *perfecta* e *imperfecta*, según que fuera o no acompañada de la *exheredatio* explícita en cada caso de que no se cumpliera el acto.

Al ir perdiendo su función, y después de un período de decadencia en la época clásica, la *cretio* no existe ya en el Derecho postclásico.

La *pro herede gestio*, que era la forma más normal de aceptación, consistía en una manifestación tácita de voluntad, a través de cualquier acto del cual pudiera deducirse la voluntad de ser heredero. Puede tratarse de la aprehensión de cosas hereditarias, de la gestión de un negocio hereditario *animo heredis* o, en suma, de cualquier otro acto que indique la voluntad de actuar como dueño de la herencia. A fin de evitar cualquier tipo de duda, el heredero que al realizar cualquiera de esos actos no pretende con ello aceptar la herencia, puede hacer *testatio*, esto es, declarar que tal acto no significa aceptación.

Finalmente, se admitió también como forma de aceptación la *aditio nuda voluntate*, consistente en una declaración expresa sin realizar ningún acto de gestión. A diferencia de la *cretio* es aceptación no formal y, a diferencia de la *pro herede gestio*, es aceptación expresa.

- Adquisición de la *bonorum possessio*

En cuanto a la adquisición de la *bonorum possessio*, el principio por el que se rige es la *petitio* o *agnitio bonorum possessionis*, esto es, debe ser pedida al magistrado y se adquiere, por tanto, voluntariamente. La concesión por parte del magistrado se llama *bonorum possessionis datio* y la adquisición se conoce con el nombre general de *bonorum possessionis adgnitio*. Esta petición debe hacerse en el plazo establecido, a saber, un año útil para los ascendientes y descendientes y cien días para todos los demás sucesores, a partir siempre del momento en que se conoció la apertura de la sucesión.

- Requisitos de la aceptación

Para que la aceptación tenga eficacia, es preciso que la herencia sea deferida, siendo nula si se hace antes de la delación.

Además, es preciso que el aceptante tenga conciencia plena de la delación que ha tenido lugar en todos sus elementos, no pudiendo añadirse ninguna modalidad.

En cuanto a los vicios de la voluntad, hay que tener presente que si el error se relaciona con la delación o con cualquiera de los elementos de los cuales debe tener conciencia el aceptante, la aceptación es nula. Tampoco es válida si se trata de un menor o de personas a las cuales se concede la *restitutio in integrum*. En caso de que exista dolo es posible ejercitar la *actio*, o bien oponer contra el autor del engaño la *exceptio doli*. En caso de violencia, la *cretio* sigue siendo válida, ya que se trata de un acto formal; pero el pretor anula los efectos de la aceptación por medio de la *restitutio in integrum*. Tratándose de otros modos de aceptación, en cambio, cuya eficacia depende de la voluntad y no de la forma, la aceptación es nula, ya que la violencia no es compatible con la voluntad. Supuesto que el ius civile no establecía ningún plazo para aceptar, el pretor introdujo el *spatium deliberando* con el objeto de evitar incertidumbres a propósito de las relaciones hereditarias. A requerimiento de los acreedores del difunto, se señalaba al heredero un plazo para decidirse, que no era nunca menor de cien días, considerándose que el heredero renunciaba si no lo había hecho antes de ese plazo. Este *spatium deliberando* fue considerado superfluo por Justiniano después de haber introducido el *benefitium inventarii*, por lo que decidió que ambos institutos no pudieran acumularse.

- Herencia yacente

Cuando el patrimonio hereditario no tiene un titular a partir del momento en que fallece el causante y hasta que el heredero lo acepta, los romanos afirman que *hereditas iacet*, a no ser que existan *heredes necessarii*, que no necesitan aceptación. La herencia yacente *heredem non habet sed habere sperat*, distinguiéndose así de la llamada herencia vacante, esto es, la que *heredem non habet nec habere sperat*. En la herencia yacente existe un estado de suspensión y de tutela a favor del futuro heredero, mientras que la herencia vacante, por la *lex Iulia et Papia*, es adquirida por el fisco.

La noción de herencia yacente se basa en la consideración de las cosas hereditarias como res *nullius*, por lo

que no es posible cometer *furtum* respecto a ellas antes de que tenga lugar la aceptación, ya que hasta entonces no tienen *dominus*. Esto no significa que esa herencia pueda ser objeto de robo si el heredero no ha aceptado. No se comete hurto, incluso después de la aceptación, si la cosa no está poseída por el heredero, aunque sea ya *dominus* por su aceptación. En cambio, se comete hurto antes de la aceptación cuando el heredero posee la cosa. Marco Aurelio introdujo además el *crimen spoliatae hereditatis*, para castigar a quien se apodere de la herencia antes de que sea aceptada.

Si un esclavo que forma parte de la herencia yacente es instituido heredero, los juristas entienden que la *hereditas iacens personae vicem sustine defuncti* para evitar que no exista *dominus*. En otros casos se considera al heredero, aunque la persona sea incierta, de modo que la herencia yacente *sustinet personam heredis*. La herencia yacente puede incrementarse de diversos modos, como legados a favor de esclavos, o frutos e intereses. Todos estos bienes, junto con al herencia, son adquiridos por el heredero que la acepte, peor no pueden constituirse aquellas relaciones que presupongan necesariamente una persona, por ejemplo, usufructo a favor de un esclavo hereditario.

Justiniano considera a la *hereditas iacens* casi como persona jurídica, oponiéndose así a los principios relativos a los efectos de la aceptación, ya que si la *hereditas iacens* fuera verdaderamente sujeto de Derecho existiría un intermediario entre el *de cuius* y el heredero, lo cual no es posible puesto que éste sucede directamente al *de cuius*.

- Renuncia a la herencia

Se considera que renuncia a la herencia aquel que declina la posibilidad de adquisición que le ofrece la *delatio*, por lo que, en realidad, sólo puede renunciar *iure civili* el heredero voluntario. La renuncia no está sometida a ninguna forma y sus presupuestos son los mismos que los de la adquisición: *is potest repudiare qui et adquirere potest*.

TEMA 40: Efectos de la adquisición hereditaria

- La confusión hereditaria y sus consecuencias

Los efectos de la adquisición de la herencia pueden resumirse en la regla general por la cual el *heres* subintra en la misma situación jurídico-patrimonial del difunto, esto es, en las mismas relaciones de que era sujeto el *de cuius*. Las relaciones jurídicas del difunto, tanto activas como pasivas, pasan a ser relaciones del heredero, que de este modo es ahora propietario, deudor y acreedor, exactamente igual como lo era el difunto.

Como consecuencia de la confusión hereditaria se extinguen las relaciones jurídicas que existían anteriormente entre el difunto y el heredero. Los efectos de la confusión hereditaria desaparecen cuando no se da la adquisición, como en el caso de la *restitutio in integrum* contra la aceptación. Pero fuera de algunos casos excepcionales los efectos de la confusión nunca cesan.

Además de la extinción de las relaciones jurídicas que existían entre el *de cuius* y el heredero, la confusión lleva consigo otras consecuencias como la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del difunto y la concurrencia indiscriminada entre los acreedores del heredero y los del difunto sobre el patrimonio único, del cual es ahora titular el heredero. La mitigación de estas consecuencias se llevó a cabo mediante los institutos del *benefitium inventarii* y de la *separatio bonorum*.

- Responsabilidad por deudas hereditarias

Las deudas del difunto pasan al heredero, que no responderá sólo con los bienes hereditarios sino también con los propios, siendo ésta la responsabilidad llamada *ultra vires hereditatis*, puesto que el heredero sucede al *de cuius in locum et in ius*.

En caso de que sena varias personas los herederos, y siempre que se trate de una obligación divisible, la responsabilidad de cada uno se fracciona *ipso iure* en proporción de su cuota hereditaria. Es posible, por otra parte, que se establezca un pacto entre los coherederos, de modo que sólo uno de ellos responda de las deudas hereditarias, siendo posible también que el testador imponga a uno solo de los herederos el pago de un *debitum*.

Mediante acuerdos añadidos entre el heredero y el acreedor, podía evitarse la responsabilidad ilimitada. Los acreedores podían conceder al heredero un descuento con el fin de inducirlo a la aceptación. Podían también, con esta misma finalidad práctica, dar al heredero un mandato de aceptar la herencia, acordando al mismo tiempo un descuento; en este caso, si el acreedor exigía la totalidad, el heredero puede oponer la *exceptio doli* y, si la ha pagado, puede ejercitar la *actio mandati*.

Justiniano estableció el llamado *beneficium inventarii*, por medio del cual el heredero respondía dentro de los límites del patrimonio hereditario. Tal limitación tiene lugar si el heredero ha realizado el inventario de los bienes hereditarios del modo prescrito por la ley.

- *Separatio bonorum*

Supuesto que los acreedores del difunto pasan a ser acreedores del heredero, para evitar que aquéllos pudieran verse perjudicados en caso de insolvencia de éste o por otras razones, el pretor autorizó la posibilidad de una *separatio bonorum*. Podían dirigirse al pretor solicitando que el heredero sospechoso prestara garantías de pagar las deudas hereditarias. Si ésta no es obtenida, comienza el procedimiento ejecutivo. Los acreedores del heredero pueden obtener que se realicen dos *bonorum venditiones* separadas, una de las cuales tiene por objeto el patrimonio hereditario y la otra el patrimonio del heredero.

La separación es solicitada al pretor o al *pareces* de la provincia y se concede siempre *causa cognita*. Justiniano estableció cinco años a partir de la muerte del *de cuius*, mientras que en el Derecho clásico no existían límites de tiempo.

La *cautio suspecti heredis* era otra posibilidad a favor de los acreedores del difunto. Cuando el heredero hubiera sido demandado por una deuda hereditaria, podía solicitarse la declaración de *suspectus* del heredero, basándose en el hecho de su pobreza aparente, y sin necesidad de que estuviera ya en curso un proceso ejecutivo. Analizando el caso, el magistrado podía imponer la *cautio* al deudor.

- Pluralidad de herederos
- El derecho de acrecer

Si antes de la *aditio* alguno de los llamados a la herencia de un mismo difunto moría o renunciaba o no tenía capacidad para suceder o la había perdido, las partes que habrían correspondido a los *delati* difuntos, o que renunciaban, o que eran incapaces pasaban a los otros coherederos *proportione hereditaria*, sin necesidad de ningún acto de adición, incluso sin ellos saberlo o contra la voluntad expresa del difunto. Este derecho de acrecer o *ius adscrescendi* correspondía a todos los llamados a la herencia de un mismo difunto, no siendo posible que fueran llamados los herederos legítimos a las cuotas que hubieran dejado libres los herederos testamentarios.

El *ius adscrescendi* tiene lugar tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria, tanto en la institución de heredero como en el legado, siendo siempre los mismos el criterio y el fundamento del instituto, aunque los principios no sean siempre idénticos. En la sucesión legítima tiene lugar siempre el acrecimiento si son llamadas varias personas a la misma herencia. Si los llamados por ley son *adgnati* del mismo grado y uno renuncia o es incapaz, la cuota pasa a los otros. En la *bonorum possessio ab intestato* concedida a todos los descendientes del difunto, si el *de cuius* deja a un hijo y dos nietos de un hijo premuerto éstos también suceden por derecho de representación, dividiéndose la herencia por estirpes, es decir, una mitad va al hijo y

la otra a los nietos. En caso de que uno de éstos no quiera o no pueda pedir la *bonorum possessio*, la cuota que le corresponde no pasa al hijo sino al otro nieto.

En la sucesión testamentaria puede jugar la *coniunctio* o llamada *coniunctim*, que significa que toda la herencia o toda una cuota es atribuida a varias personas, de modo que la herencia o la cuota se fracciona entre los coherederos por el hecho mismo de concurrir, mientras que potencialmente, según la voluntad del disponente, se asigna a cada uno toda la herencia o toda la cuota.

La *coniunctio* determina al coheredero que debe adquirir la cuota vacante con preferencia a los demás. El acrecimiento se verifica siempre, si la cuota está vacante, ya que si existe un heredero testamentario nunca tiene lugar la llamada de los herederos legítimos.

La *lex Iulia et Papia Popaea* modificó estos principios, estableciendo que los caduca fueron adquiridos no según el criterio de la *coniunctio*, sino por todos aquellos que estaban contemplados en el testamento, ya sea herederos o legatarios, a condición de que fueran *patres*, a no ser que se tratara de progenitores o descendientes hasta el tercer grado, respecto a los cuales siguió en vigor el régimen basado en la *coniunctio*. Se trata de un sistema artificial, fundado sobre la voluntad de la ley que se proponía fines demográficos, más que sobre los principios a propósito del acrecimiento. El sistema de la *caducorum vindicatio* fue abolido por Justiniano.

La *coniunctio* es de tres clases: *re et verbis*, *re tantum* y *verbis tantum*:

- *Coniunctio re et verbis* tiene lugar cuando el testador ha llamado a varias personas en la misma porción (*re*) y en la misma disposición (*verbis*).
- *Coniunctio re tantum*: tiene lugar cuando varias personas son llamadas en la misma porción (*re*), pero no en la misma disposición.
- *Coniunctio verbis tantum*, tiene lugar cuando el testador llama a varias personas en la misma disposición (*verbis*), pero no en la misma cuota.

• *Collationes*

- *Collatio emancipati o bonorum*

La *collatio* es un instituto nacido en el ámbito de la *bonorum possessio*. Al conceder ésta el pretor a los hijos emancipados, haciendo que concurrieran en igualdad de condiciones que los *sui*, se encontraban en una situación ventajosa, en cuanto que podían constituir un patrimonio propio, mientras que los *sui* adquirirían para el *pater*, contribuyendo a aumentar el patrimonio que debía dividirse entre todos a partes iguales. Para cambiar esta situación de injusticia, el pretor impuso a los emancipados que quisieran participar en la herencia la *collatio bonorum*, esto es, la obligación de dividir con los *sui* todo lo adquirido desde la emancipación y que habría correspondido al *pater* si hubieran seguido bajo su *patria potestas*.

No se confieren las adquisiciones que se consideran inherentes a la persona del hijo. Por otra parte, deben conferirse las adquisiciones desde el día de la emancipación hasta el día de la muerte del *pater*.

La *collatio* se realiza mediante una *cautio*, por la que el emancipado, con la intervención de garantes, se obliga a conferir los bienes adquiridos, mediante una *stipulatio*, sometiéndose eventualmente al arbitraje de un particular. También podía hacerse por imputación, es decir, calculando y reteniendo, en todo o en parte, lo que el emancipado habría debido conferir, o bien transfiriendo efectivamente a los *sui* lo que les correspondería (*collatio re*).

- *Collatio dotis*

El pretor introdujo también la *collatio dotis*. A diferencia de en la *collatio emancipati*, ya no existe la ficción de la cualidad de *suus*, aplicada a favor de los coherederos del emancipado, sino la idea de que la *filia* debe computar en su cuota lo que se ha desembolsado en su favor a título de dote. Se hace teniendo en cuenta la pertenencia de la dote, sin distinguir si la mujer es emancipada o está *in potestate*. De este modo se insinúa ya la idea de que la *collatio* tiene como fin igualar no a los *sui* y a los emancipados, sino a los hijos, por lo que se refiere a las liberalidades recibidas del *pater*.

La *collatio dotis* va transformándose. Antonio Pío la impone incluso si la mujer no pide la *bonorum possessio*, si sucede como heredero civil. Gordiano va más allá, obligando a la mujer a conferir la dote profecticia, es decir, la que proviene del *pater*, también a los hermanos emancipados. Así se trata de propiciar una relación de igualdad entre los descendientes en cuanto se refiere a las adquisiciones del *pater*.

- *Collatio descenditium*

A partir del principio fijado por Gordiano el instituto experimentó una transformación radical. El emperador León estableció que los descendientes que suceden al ascendiente, o *ab instato* o contra el testamento, deben conferir a los coherederos descendientes la dote y la *donatio ante nuptias* recibidas del causante, sin distinguir se el coheredero es emancipado o no. Esta evolución de la *collatio* culminan en el Derecho justiniano, en el cual la *collatio descenditium* es el instituto por el cual el descendiente, concurriendo con otros descendientes a la herencia de un ascendiente común, tiene la obligación de conferir determinados bienes que le hubiera concedido el ascendiente, ya sea la dote, la donación nupcial o las donaciones efectuadas para permitir al donatario obtener un cargo público.

En el año 536, la obligación de la colación fue extendida también a la sucesión testamentaria, pudiendo el testador dispensar a sus herederos de la obligación de colacionar.

- **Comunidad hereditaria y división de la herencia**

Cuando en la sucesión legítima o testamentaria concurren a la misma herencia varias personas, se produce un fenómeno de comunidad hereditaria en el que cada heredero participa en la medida de su propia cuota. Si los herederos son *sui*, el condominio que surge es universal y comprende todos sus bienes.

Esta comunidad hereditaria puede cesar en cualquier momento mediante la división, que puede ser voluntaria y llevarse a cabo mediante recíprocas transferencias de dominio de las cosas, o bien judicial, si una de las partes no accede a la división o no hay acuerdo sobre el modo de realizarla, mediante la *actio familiae erciscundae*.

La división se refiere siempre a las cosas hereditarias, siendo su objeto toda la *hereditas*, esto es, el patrimonio del *de cuius* en el momento de su muerte. Una vez establecida la masa a dividir, el juez procede a constituir cada una de las cuotas, respetando la voluntad del difunto. Si se trata de cosas indivisibles, asigna a un coheredero toda la cosa y a otro parte de su valor, o bien procede a la venta de la cosa, dividiendo después el precio. Finalmente, procede a la *adiudicatio* de las cuotas a cada heredero, lo cual lleva consigo la adquisición del *dominium* de las cosas asignadas. Juntamente con la división se efectúa la regulación definitiva de las deudas y de los créditos, que los coherederos hayan contraído recíprocamente por causa de la *communio*, y que pueden deberse a gastos hechos uno a favor de otro, o daños ocasionados a las cosas comunes, o a la percepción e frutos más allá de la cuota.

TEMA 41: Sucesión legítima *ab intestato* (legalmente se nombra heredero)

- Observaciones preliminares

Los textos más antiguos que han llegado hasta nosotros a propósito de la sucesión intestada son unos breves

fragmentos de las XII Tablas. Hay disputas y polémicas sobre, por ejemplo si realmente la sucesión testamentaria tenía prioridad sobre la intestada, con argumentos convincentes en ambas partes.

- La sucesión intestada del *ius civile*

En lo referente a la sucesión *ab intestato* de las XII Tablas, nos han llegado dos fragmentos diferentes. El primero de ellos es el comúnmente aceptado: *Si intestato moritur cui suus heres nec scit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec scit, gentiles familiam habento.*

Así pues: cuando el *paterfamilias* muere intestado y no hay un *suius heres*, los bienes pasan al *adgnatus proximus* o, a falta de éste, a los *gentiles*.

- *Sui heredes*

Sui heredes son las personas libres que se hallaban bajo la *potestas* o la *manus* del *paterfamilias* a la hora de su muerte.

Los *sui* pueden dividirse en las siguientes categorías de sujetos:

- En primer lugar, se trata de los hijos y de las hijas que estuvieran *in potestate* del *de cuius* y que pasaban a ser *sui iuris* en el momento de su muerte. Se trata también de los hijos no naturales, puesto que la parentela en sentido estricto no tienen relieve alguno, siendo, pues, también *sui* los adoptados y los *adrogati* y, obviamente, también la *mulier in manu* que sucede *loco filiae*.
- Son admitidos además los otros eventuales descendientes *ex filio* (y no *ex filia*) que estuvieran *in potestate* del abuelo y que adquieren por *successio in locum* (entran en lugar del padre muerto) en caso de muerte o *capitis deminutio* incluso mínima (por tanto, también por simple emancipación) del *filius* del *de cuius*. En caso de *captivitas* del *filius* la *successio in locum* no se produce inmediatamente, porque se espera su retorno o su muerte. Es admitida, sin más la capacidad de suceder *ab intestato* del *postumus suus* (hijos póstumos).

El *suius heres* adquiere la herencia *ipso iure* en el momento de la *delatio* y no puede renunciar (*heres suus et necessarius*), por lo que su existencia excluye, en cualquier caso, la posibilidad de la adquisición del *adgnatus proximus*.

Se producía una cierta adquisición de los *sui* como simple *continuatio dominii* respecto al *pater* y no como verdadera y propia sucesión hereditaria (pasaban a ocupar el sitio del padre).

La división de la herencia, si se producía, era por cabezas; no era estrictamente necesaria, en cuanto que era posible que los *sui heredes* permanecieran unidos.

Si hay *successio in locum*, la división tiene lugar por estirpes, obteniendo los nietos, por ejemplo, lo que el hijo eventualmente muerto o *capite minutus* habría conseguido él solo.

- *Adgnatus proximus*

Cuando faltaba el *suius heres* eran llamados los *adgnati*, o mejor, el *adgnatus proximus*. La *adgnatio* es la relación que se establece entre el *paterfamilias* y aquellos que están sometidos a su *potestas*, así como la relación que existe entre quienes están o han estado sometidos, o si el común *paterfamilias* no hubiese muerto lo habrían estado, a la misma *patria potestas*.

Aunque se admite y acepta generalmente esta definición, puede plantearse algún problema a propósito de la interpretación de la expresión *adgnatus proximus* en el contexto que examinamos, en este caso no podría valer

una acepción tan amplia como la citada. Así pues, la expresión *adgnatus proximus* parece que debe entenderse como indicativa del más próximo de los colaterales del difunto.

Desde época antigua, los *adgnati* consanguíneos (que tienen un mismo padre: hermanos y hermanas) eran distinguidos de todos los otros colaterales ligados por vínculos de agnación. Entre los primeros, la *hereditas* se transfería tanto a los hombres como a las mujeres, mientras que en el caso de los segundos la misma herencia podía adquirirse únicamente en la línea masculina, sin límites. La *lex Voconia*, tendía a limitar la capacidad de las mujeres para ser instituidas herederas, estableciendo que en la sucesión intestada tuvieran los mismos derechos que los hombres, pero solamente en el caso de que sucedieran al padre o a los hermanos y hermanas; en caso contrario, estaban excluidas de la sucesión misma.

El *adgnatus proximus*, con toda probabilidad, no adquiría *ipso iure*, sino que quizá era necesario un acto suyo de toma de posesión de las cosas hereditarias. En la sucesión agnaticia el más próximo excluía a los demás. En esta forma de sucesión no cabía la *successio in locum*, por lo que no había en ella ni siquiera división por stirpes.

- *Gentiles*

En las XII Tablas estaba previsto que, cuando faltaban los *adgnati*, la *familia* fuera adquirida por los que pertenecían a la *gens* del *de cuius*.

Se refiere a una estructura (la gentilicia) que había ido perdiendo relieve social y económico, antes que le jurídico.

Al referirse genéricamente a los *gentiles*, el texto hace pensar en una sucesión sobre los bienes del difunto que algunos han dado en llamar colectiva (No está claro que se diera ni la sucesión por gentiles).

- La sucesión intestada en el derecho pretorio

El pretor con su edicto puso remedio a los problemas que presentaba la sucesión *ab intestato* de las XII Tablas haciendo que consiguieran los bienes aquellos que estuvieran unidos al *de cuius* por vínculos distintos de aquellos que eran la base de la antigua organización gentilicia.

Tal como el sistema se presenta en la codificación definitiva del edicto pretorio es, por decirlo de algún modo, paralelo al del *ius civile*. La superación formal de la duplicidad entre el sistema civil y el pretorio sólo tendrá lugar con Justiniano.

El pretor, como siempre no abroga el *ius civile*; por el contrario, concede a las personas llamadas la *bonorum possessio*. El pretor, pues, les ponía en la posesión del conjunto de los bienes corporales e incorporeales del difunto, considerados como una única *res*, asegurándoles la defensa judicial con el *interdictum quorum bonorum* y eventuales *actiones ficticiae* durante el tiempo necesario para la *usucapio*, de modo que los *bonorum posesores* pasaran a ser titulares de los derechos reales correspondientes al difunto.

En la concesión de la *bonorum possessio* el pretor seguía un determinado orden, en el sentido de que la concedía, siempre a petición de los interesados, en primer lugar, a personas unidas al difunto *intestatus* por determinados vínculos; a falta de estas personas hacía entrar en la *bonorum possessio* a otras, unidas al difuntos por vínculos diversos, y a falta de éstas, a otras. A través de este sistema se tenían cuatro *ordines* de *bonorum posesores*. Entre estas clases (*ordines*) se llevaba a cabo la *successio ordinum*.

Las categorías de los llamados por el pretor sucesivamente son cuatro: *liberi*, *legitimi*, *cognati*, *vir et uxor*; se habla de *bonorum possessio unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*.

- *Unde liberi*

La descendencia legítima; esto lleva consigo que estén comprendidos, además de los *sui heredes*, también los emancipados, si son *sui iuris* en el momento de la *delatio*. La nueva posición sucesoria del filius emancipado planteaba un problema. Efectivamente, mientras todas las adquisiciones de los *fili in potestate* eran *ipso iure* para su *paterfamilias*, las adquisiciones del emancipado iban a formar parte del patrimonio de este último; por consiguiente, la concurrencia a la herencia del emancipado con el *filius in potestate* creaba un evidente desequilibrio. Este hecho indujo al pretor a obligar a los emancipados a colacionar con los *sui* los bienes que hubiere ganado desde el momento de la emancipación hasta el de la muerte del *de cuius* (*collatio bonorum*).

No entraban en esta clase los hijos adoptivos emancipados y los hijos dados en adopción a otros, a menos que fueran ya *sui iuris* en el momento de la muerte del padre natural. Pueden adquirir por *successio in locum* los hijos y los ulteriores descendientes, en caso de que el padre muera, renuncie o sufra la *capitis deminutio*. Por último, pueden suceder los *postumi*.

Para llamar a los *liberi* que no son *sui heredes* el pretor aplica la ficción de que se hallaban *in potestate* del difunto en el momento de su muerte. Es la llamada *fictionis iuris*. La distribución de la herencia era por cabezas o por estirpes.

- *Unde legitimi*

A falta de *liberi*, o cuando estos no hubieran pedido la *bonorum possessio*, el pretor la concede a los herederos *legitimi*, es decir, a los herederos llamados por el *ius civile*. En la práctica, entraban en ese *ordo* (además, presumiblemente, de los *sui heredes*) los *adgnati*. En este *ordo* se respetan las normas del *ius civile*, por lo que el *adgnatus proximus* excluye definitivamente al menos próximo. Además las mujeres obtienen la *bonorum possessio* solamente si son consanguíneas.

- *Unde cognati*

A falta de *liberi* y de *legitimi*, la *bonorum possessio* corresponde a los *cognati*, es decir, a los parientes de sangre del *de cuius*. Se comprende en esta categoría los descendientes, los ascendientes y los colaterales hasta el sexto grado y hasta el séptimo, en el caso de una persona que es llamada a la herencia de un primo segundo de su padre.

- *Unde vir et uxor*

En este *ordo* entra el cónyuge superviviente respecto al difunto, cuando entre ellos existía, en el momento de la muerte, un *matrimonium (sine manu) iustum*.

En definitiva, la antigua categoría de los *legitimi* del *ius civile* prevalece sobre los *cognati*. En este punto el *ius praetorium* completa el *ius civile*. En cambio, respecto a la primera categoría de llamados (*liberi*) el principio civil de la *adgnatio* resulta relegado frente a la *cognatio*, que prevalece haciendo suceder a los descendientes del difunto, incluso emancipados.

- Reformas imperiales
- Sistema justiniano

Justiniano abordó la necesidad de clasificar la compleja legislación en materia sucesoria acumulada, como hemos visto, en los siglos anteriores. Con este fin promulgó la Novela 118 y posteriormente la Novela 127, que reorganizan por entero el sistema sucesorio *ab intestato*.

Por una parte, encontramos la definitiva superación de los dos sistemas, civil y pretorio, ambos todavía

existentes aunque se entrecruzaban en la práctica. Por otra parte, la afirmación definitiva de la *cognatio* sobre la *adgnatio*, basada en el concepto de *natura*.

Justiniano establece cuatro clases de sucesores:

- Descendientes

Son llamados los descendientes del difunto tanto se hallasen *in potestate* como fuera de ella y cualquiera que fuera su sexo. El llamamiento sigue pues, la línea descendente según los sucesivos grados, entendiéndose que el descendiente que vive excluye a los del grado posterior y la herencia se divide por stirpes, sucediendo los hijos o descendientes del no viviente en el puesto del premuerto. Si los descendientes fuesen del mismo grado (hijos) se les otorgaría una cuota por cabezas. Se prevé la colación con el fin de evitar un trato dispar entre los descendientes.

- Ascendientes

Si no hay descendientes son llamados los ascendientes paternos y maternos junto con los hermanos carnales (es decir, hijos de los mismos progenitores) y los descendientes de estos últimos. Si no existen más que ascendientes, la sucesión tiene lugar por líneas, en el sentido de que la mitad de la herencia corresponde a los del lado paterno y la otra mitad a los del lado materno. El ascendiente de grado más próximo excluye los otros de grado más lejano. Si dentro del grado más próximo no hay más que ascendientes de una línea dividirán la herencia por cabezas (*per capita*).

Si no existiesen más que hermanos y hermanas de doble vínculo heredarían por cabezas, y con derecho de representación a favor de los hijos del hermano premuerto, pero no de los descendientes ulteriores de éstos. Si concurriesen juntamente ascendientes y hermanos y hermanas de doble vínculo el reparto se haría por cabezas.

- Hermanos de vínculo simple

En esta tercera clase son llamados los hermanos y hermanos hijos del mismo padre aunque de distinta madre y también los uterinos (hermano de madre, pero de distinto padre). La sucesión tiene lugar *per capita* y respecto a sus descendientes por stirpes.

- Colaterales

Esta clase la forman los *cognati*, prevé la llamada sobre la base de la simple proximidad de grado.

Al no haberse establecido nada en contrario, puede pensarse con fundamento que siguió en vigor la sucesión del cónyuge superviviente en caso de ausencia de *cognati*.

- Sucesiones extraordinarias

Con el término de sucesiones extraordinarias suelen indicarse algunos casos de sucesión ab intestato en que a ciertas categorías de sujetos les son reconocidos derechos sucesorios especiales sobre los bienes del difunto que, por tanto, limitan los derechos de los herederos. Se distinguen tres figuras de sucesión de este tipo, una de la época clásica y las otras dos establecidas por Justiniano:

- A favor de los impúberes arrogados o adoptados, y luego emancipados *sine causa*, tienen derecho a recibir la cuarta parte del patrimonio. Se trataba de una medida protectora para evitar una especulación abusiva del *adrogator* o del adoptante de un impúber respecto a éste.
- De conformidad con los principios establecidos, los hijos podían suceder a la madre natural y a los

parientes maternos, pero existían una laguna en materia de sucesión de los hijos respecto a su padre natural. Justiniano introduce las siguientes reformas: Los nacidos de concubinato (sin matrimonio) recibirán un sexto del patrimonio del padre natural, en el supuesto de que éste no deje hijos legítimos ni esposa. Los hijos naturales tendrían únicamente derecho de alimentos, en el supuesto de que existieran hijos legítimos.

- Justiniano en dos Novelas reguló la llamada cuarta de la viuda pobre. La primera de ellas establece que la viuda superviviente de un hombre acaudalado, si vive en la indigencia, tiene derecho a la cuarta parte de la herencia, incluso si existen hijos. El texto de la Novela concedía a la mujer sin dote, después del divorcio *sine causa*, la cuarta parte del patrimonio del marido.

La posterior Novela introduce algunas modificaciones al régimen descrito. La viuda tiene derecho a la cuarta sólo cuando el marido no deje más de tres hijos, del mismo matrimonio o de otro. En este último caso, la mujer consigue cuanto corresponde a cada hijo; si concurre sólo con los propios hijos, obtendrá el usufructo sobre la parte que le corresponde a ella; pero si concurre con hijos de un matrimonio distinto del marido difunto, tendrá la plena propiedad de la cuota.

- El régimen sucesorio de los libertos

41.8 *Bona vacantia*

TEMA 42: Sucesión testamentaria

- Observaciones introductorias

En la época histórica de Roma el *testamentum* o acto de última voluntad por el cual una persona designa uno o varios herederos, garantizaba la perpetuación de la unidad familiar. Esto explica, por ejemplo, que tanto en la Jurisprudencia como en la legislación romana se manifieste claramente la voluntad de otorgar una gran relevancia al *favor testamenti*, apoyando, en cuanto era posible, el cumplimiento efectivo de las disposiciones testamentarias.

El *testamentum* aparece como algo único en el sistema jurídico romano, y tanto su contenido como su función esencial es la designación del *heres*.

Además de la designación del heredero, el testamento podía contener legados, manumisiones, fideicomisos y nombramiento de tutores, entre otras cosas. Cuando se admitió que estas diferentes cláusulas testamentarias tenían validez independiente de la *heredis institutio* (institución del heredero), al mismo tiempo que el codicilo (menos formal) contenía casi las mismas disposiciones que el *testamentum*, la definición de éste planteaba una dificultad evidente.

Caracteres propios del *testamentum*:

- Es esencialmente personal, en cuanto que exige la manifestación de la voluntad con exclusión de cualquier intermediario, aunque en la redacción el documento no se excluya la intervención de otras personas.
- Es *iuris civiles*, esto es, sólo accesible a los *cives romani*. Este carácter desaparece prácticamente al extenderse la ciudadanía romana en la época de Caracalla.
- Es un acto formal, en cuanto debe manifestarse la voluntad de acuerdo con las formalidades que impone la ley.
- Es un acto unilateral, ya que su eficacia se deriva únicamente de la voluntad del testador.
- Es un acto *mortis causa*, en cuanto que sólo adquiere consistencia jurídica a la muerte del disponente.
- Es un acto revocable, puesto que el testador puede cambiar su voluntad y revocar el testamento en cualquier momento de su vida.
- Formas de testamento

El testamento, como todas las instituciones, evolucionó tomando diversas formas en los diversos períodos de la historia del Derecho romano, ordinarias unas, extraordinarias otras, en comunidad con las circunstancias en que podía encontrarse el testador, ya personales, ya de lugar o tiempo, en las que las ordinarias no eran posibles, fáciles o suficientes.

• Formas de testamento en el *ius civile*

Las formas más antiguas de testamento fueron el *calatiis comitiis* y el *in procinctu*. El primero se realizaba ante el *populus* reunido en los *comitia curiata* y presidido por el Pontífice Máximo, que se celebraban dos veces al año, era un acto de marcado carácter público y religioso, orientado a crear un *heres* que pudiera continuar el culto familiar mediante el trámite de incorporarlo a la familia agnaticia como *adgnatus*.

En cuanto al testamento *in procinctu*, se realizaba ante el ejército formado en orden de batalla, siendo probable que mediante él se realizara sólo el nombramiento del heredero, aunque la doctrina dominante sostiene que sólo habría contenido disposiciones a título de legado.

El *testamentum in calatiis comitiis* solamente podía realizarse dos veces al año y el *in procinctu* en períodos de guerra. Para obviar estos inconvenientes y ante un inminente peligro de muerte surgió la forma más reciente de testamento. Es el *testamentum per aes et libram* que terminó imponiéndose al caer en desuso las dos formas anteriores. Cuando alguien sintiéndose próximo a la muerte y no habiendo hecho testamento quería disponer de sus bienes hacía una *mancipatio* de su patrimonio (*familia*) a un amigo, confiándole el encargo de que al morir el *mancipatio dans* (mancipante), el adquirente (*familiae emptor*) entregara el patrimonio a determinada persona que era el verdadero heredero.

La *mancipatio familiae* ofrecía serios inconvenientes; si el testador no fallecía después de efectuada la *mancipatio*, carecía de acción para revocar la venta. Los herederos quedaban a merced de su buena fe y, en caso de incumplimiento, no tenían una acción para obligarle a cumplir lo prometido.

A partir de esta *mancipatio familiae* fue desarrollándose en la práctica el *testamentum per aes et libram* que es el testamento reconocido por el *ius civile* en toda la época clásica.

La transformación de la *mancipatio familiae* en testamento se fundamentó en dos disposiciones de las XII Tablas, la primera permitía disponer unilateralmente de *re sua* (como haya legado sobre el patrimonio y la tutela de su familia, así sea derecho), mientras que la segunda otorgaba eficacia a la declaración unilateral que se realizaba en la *mancipatio* (Cuando alguien efectúe una mancipación, ya sea con efecto obligatorio, ya con efecto alienativo, sea derecho lo que declare).

El testamento civil era esencialmente oral y requería la presencia de cinco testigos, del *librepens* (portador de la balanza), del *mancipio dans* y del *mancipio accipiens*. Sin embargo, en la práctica, se introdujo el uso de redactar por escrito el contenido oral del acto a efectos probatorias, que posteriormente se convierte en la lectura ante las personas mencionadas que han intervenido en el negocio mancipatorio el texto ya previamente escrito (*tabulae testamenti*). Finalmente, la jurisprudencia hizo posible dotar al acto testamentario de carácter secreto, cuando así lo deseaba el disponente, admitiendo la validez de la declaración del testador por la que manifiesta que las *tabulae testamenti* contenían el testamento, sin que fuera necesario revelar los términos y cláusulas del mismo.

• Testamento pretorio

Posteriormente, y al convertirse la *mancipatio* en una mera formalidad, se hizo patente la tendencia a la simplificación del testamento *per aes et libram*, tal como ocurre en el llamado *testamento pretorio*. El pretor declara conceder la *bonorum possessio* a quien estuviera nombrado heredero en un documento suscrito por siete testigos al menos (*tabulae testamenti*). Se prescindía del acto de la *mancipatio familiae*, de modo que el

valor de *testamentum* se otorgaba a las *tabulae*, a condición de que se cumplieran las condiciones establecidas.

Surgía entonces una oposición entre el *ius civile* y el edicto pretorio. En una primera época tuvieron prevalencia los herederos civiles *ab intestato*, pero posteriormente se concedió a los *bonorum posesores* poder rechazar las exigencias de aquéllos mediante una *exceptio doli mali*. De este modo el *heres scriptum* era preferido siempre al *heres iuris civilis*.

• Formas de testamento en el Derecho postclásico

El *testamentum per aes et libram* desaparece definitivamente y surge un nuevo tipo en cuya reglamentación se indican las características del testamento privado escrito:

- La escritura puede ser autógrafa del testador o hecha por un escribano en su nombre.
- El testamento debe efectuarse ante siete testigos que deben ser simultáneos y rogados, es decir, voluntario y llamados expresamente a tal efecto.
- El requisito esencial de este testamento es la *unitas actus*, o sea unidad de tiempo y de contexto.

Surge también el testamento ológrafo, en el que no se precisan testigos ya que está escrito por el testador, sin que intervengan testigos.

Hay que hacer también referencia a dos formas públicas de testamento: el *testamentum apud acta conditum*, que consistía en una exposición oral que hacía el testador de su voluntad ante una autoridad judicial o municipal, a la cual correspondía dejar constancia documental de la misma, y el *testamentum principi oblatum*, que era la presentación al emperador de la declaración de voluntad testamentaria escrita.

• Formas de testar en el Derecho justiniano

En la época de Justiniano se mantienen la forma oral y escrita del testamento. Se distinguen en este período dos clases de testamentos: el público y el privado:

- El público reconoce las dos formas que ya existían en el Derecho postclásico: el *testamentum apud acta conditum* y el *testamentum principi oblatum*.
- El testamento privado exige prácticamente los mismos requisitos, particularmente los testigos y la *unitas actus*. Puede ser oral u escrito. El primero lo lleva a cabo el testador en voz alta y en un idioma conocido por los testigos. El escrito a su vez puede ser ológrafo o *allografo*. El ológrafo es escrito de puño y letra del testador y se requiere la forma de éste y la de los siete testigos con sus correspondientes sellos. En el *allografo* no es necesaria la firma del otorgante, pero sí la de los testigos.

• Formas extraordinarias de testamento

Se reconocieron también, en la última época del Derecho romano, formas extraordinarias que eran aplicables a personas que se encontraban en condiciones particulares que les impedían cumplir las formalidades establecidas:

- El testamento del ciego. Las disposiciones deben ser dictadas por el testador y leídas en presencia de siete testigos y del *tabularius*.
- El testamento del sordomudo se efectúa por escrito de puño y letra del otorgante.
- En el testamento del analfabeto es necesaria la presencia de un octavo testigo que firma por el testador.
- El *testamentum ruri conditum* es el testamento hecho en el campo. Es suficiente con cinco testigos y si algunos no saben o no pueden firmar, háganlo por ellos los restantes testigos.
- *Testamentum pestis tempore* es el que se autoriza en tiempos de epidemia y con el fin de evitar el contagio, se dispensa la presencia simultánea de los testigos.
- *Testamentum parentum inter liberos*. Los padres pueden regular la sucesión de sus hijos (y de sus

descendientes, si aquellos han premuerto) y a tal fin es suficiente con que el disponente escriba personalmente el nombre de los instituidos, la cuota que les corresponde y la fecha.

- *Testamentum militis*

El testamento militar implica un régimen particular aplicable a los *milites* a modo de privilegio personal. Este testamento derogaba las principales normas de la sucesión romana.

En el caso del *testamentum militis* no tienen validez las incapacidades de disponer que establecían los principios tradicionales. Así, el *filiusfamilias miles* puede disponer del *peculium castrense*. Tampoco valen las incapacidades establecidas por la *lex Iulia et Papia* ni la regla *nemo por parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, por el cual no es posible abrir a un mismo tiempo sucesión legítima y testamentaria. Además es posible la *institutio ex certa re*, la coexistencia de varios testamentos, la posible división del patrimonio en varias partes, tratándose de varias herencias deferidas a diversas personas, con responsabilidad separada de las deudas.

Si durante la época clásica el *testamentum militis* se aplicó a todos los militares, Justiniano limitó su valor a los militares *in expeditionibus occupati*. Ya no se trata entonces de un privilegio inherente al estado personal del *miles*, sino una concesión que se hace a los militares que están en campaña.

- Codicilos

El codicilo era un acto de última voluntad, redactado originariamente por escrito y sin la observancia de ninguna formalidad, con el cual una persona hacía disposiciones para después de su muerte, a excepción de la *heredis institutio* y la desheredación (no se nombraba heredero, no se menciona).

Mediante él, el disponente insertaba en el testamento una cláusula en la que declaraba que tenían pleno valor las disposiciones que él tomara o hubiera tomado fuera del testamento, en una simple escritura. Con esto se facilitaba el añadir o modificar alguna disposición del testamento sin necesidad de repetir las formalidades testamentarias.

Los codicilos testamentarios podían ser confirmados o no en el testamento. En cualquier caso, el codicilo era siempre considerado como parte del testamento, de modo que la invalidez o ineficacia de éste le afectaba también directamente.

Primeramente se reconoció la validez de los codicilos que estaban confirmados por un testamento, aunque posteriormente también se consideraron válidos los que no lo estaban. Después se admitió otra figura de codicilo, el llamado codicilo *ab intestato*, esto es, el realizado por una persona que no había hecho testamento.

Una constitución de Constantino exigió la presencia de cinco o siete testigos para la redacción de los codicilos *ab intestato*, extendiéndose después esta regla a todos los codicilos.

En el Derecho justiniano desaparecieron muchas de las diferencias existentes entre el codicilo y el testamento, pero se siguieron considerando dos actos distintos y se mantuvo el principio de que la institución de heredero sólo se podía hacer mediante testamento.

- *Testamentifactio*

Las fuentes romanas emplean el término *defunctus* y *testator* para referirse a la persona con capacidad de hacer testamento y tener herederos, y designan con el nombre de *heres* aquella otra que puede ser heredero. Los juristas hablan de *testamenti factio* para indicar la capacidad de hacer testamento, la doctrina romanística ha ido más allá estableciendo el uso de los términos *testamenti factio activa* para designar tal capacidad, contraponiéndola a la *testamenti factio pasiva* o capacidad que tiene una persona de ser nombrada heredera.

- La *testamenti factio activa*

La *testamenti factio activa*, o capacidad de hacer testamento, nombrando herederos y disponiendo de sus bienes, correspondía únicamente al ciudadano romano *sui iuris* y que tenía la capacidad de obrar. Debía ser, pues, persona libre, ciudadano romano y *paterfamilias*.

Eran, pues, incapaces de hacer válidamente un testamento los extranjeros, los *filiifamilias*, los impúberes *sui iuris*, los dementes y los pródigos (los que dilapidan el dinero, no dan ni rinden cuentas a nadie).

Excepciones:

- Era válido el testamento del *captivus* que moría en prisión
- Podían hacer testamento, en orden a su *peculium castrense*, el *filiusfamilias miles*. Justiniano hizo posible que los *filiifamilias* hicieran válidamente testamento, igualando su condición con la de los *paterfamilias*.
- En cuanto a las mujeres, podían hacer testamento aunque estaban sometidas, incluso después de la muerte del *paterfamilias*, a la *potestas* de los agnados y de los gentiles.
- La incapacidad de hacer testamento de los sordos y los mudos está originariamente en la forma de hacer el *testamentum per aes et libram*. Diversas disposiciones de Justiniano introdujeron formas especiales de testamento para el ciego y el sordomudo, limitando la incapacidad a los sordomudos de nacimiento.
- Otros casos en que no se podía hacer testamento se refieren a personas que no tenían certeza del propio estado, aquellas que habiendo cometido determinadas faltas eran declaradas *intestabiles*, esto es, no podían dar testimonio ni recibirlo.

Para la validez del testamento el *ius civile* exigía que existiera la capacidad jurídica del testador en el momento de la confección del testamento y que ésta durara ininterrumpidamente hasta la muerte del mismo. El pretor concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* a los herederos testamentarios, a condición de que el testador hubiera tenido la *testamentifactio* en el momento de la confección del testamento y en el momento de la muerte, independientemente de que en el intervalo hubiera perdido y adquirido de nuevo la capacidad jurídica. El Derecho justiniano acogió este sistema pero exigía que el testador confirmara el testamento. Una limitación sobrevenida a la capacidad de obrar no afecta, en cambio, a la validez del testamento hecho con anterioridad.

- *Testamenti factio pasiva*

Testamenti factio pasiva (capacidad para heredar mediante testamento). Concepción restrictiva por la vinculación originaria del testamento a la *mancipatio familiae*; en un primer momento coinciden los requisitos de capacidad del testador con los de las personas contempladas en el testamento. Al irse transformando progresivamente el testamento en un acto de disposición *mortis causa* fue evolucionando.

Podían ser nombrados herederos en testamento, además del ciudadano libre y *paterfamilias*, las siguientes personas:

- Un esclavo podía ser nombrado heredero por su dueño manumitiéndolo al mismo tiempo y se convertía así a la muerte del testador en libre y heredero (*heres necessarius*). Justiniano admitió que en la simple institución de heredero de este esclavo estaba implícita la manumisión. El esclavo ajeno también podía ser instituido heredero: adquiriría la herencia el *dominus*, salvo que el esclavo se hiciese libre y pudiese adquirir para sí mismo.
- Las personas *alieni iuris* pueden recibir por testamento, pero adquieren para el respectivo *paterfamilias*.
- Los *latini* tenían capacidad para heredar a un romano. Los *peregrini*, en cambio, no podían heredar a

un *civis romanus* por testamento ni *ab intestato*.

- Las mujeres tenían en la antigüedad la capacidad de suceder por testamento. La *lex Voconia* prohibió que fueran instituidas herederas por ciudadanos inscritos en la primera clase del censo (los más ricos).
- Era nula la disposición a favor de una *persona incerta*, esto es, aquellas cuyas características concretas no podían ser determinadas por el testador. Por ejemplo, nombrar heredero al primero que llegue al funeral; aunque si que era válido si concretaba más, por ejemplo, nombrar heredero al primero de sus hermanos en llegar al funeral.
- También podían ser instituidas herederas personas jurídicas comprendiendo al *Populus Romanus*, el cual podía también ser favorecido con legados.
- En cuanto a las *civitates* (ciudades), *municipia* (municipios) y *coloniae* (colonias), que eran considerados *personae incertae*, eran incapaces originariamente de ser instituidos herederos. Posteriormente se reconoce la validez de los legados hechos en su favor.
- Finalmente, el Derecho clásico garantizaba la posibilidad de destinar, por medio de testamento, bienes patrimoniales para determinados fines colectivos como la beneficencia o la construcción de edificios públicos.
- Constantino estableció el derecho de dejar cualquier clase de bienes a la Iglesia católica, y posteriormente Teodosio II concedió a la iglesia o comunidad a que pertenecía el difunto los bienes de los monjes y de los clérigos que hubieran muerto sin hacer testamento y no tuvieran parientes.

- Apertura y publicación del testamento

Aunque la propiedad de las *tabulae testamenti*, en cuanto cosa corporal, correspondía a los herederos, eran adjudicadas para su conservación a la persona que había recibido mayor cuota hereditaria. La presentación de esas *tabulae* podía ser exigida solicitando al pretor el *interdictum de tabulis exhibendis*.

A comienzos del Imperio, la apertura y conservación del testamento se somete a una disciplina legal que se justifica por razones de conveniencia pública y de carácter fiscal.

El procedimiento de apertura establecía determinadas formalidades, estas formalidades fueron siendo precisadas más minuciosamente, no conociéndose el modo en que tal disciplina pública se coordinaba con la privada tradicional.

La apertura tenía lugar ante la *statio vicesimae*, u oficina recaudatoria de impuestos, y sólo tiene lugar si se ha constatado la muerte del testador. Debían intervenir los testigos que habían firmado y sellado el testamento y que debían reconocer su firma y sello. Posteriormente, se rompía el *linum* y se habrían las *tabulae* que eran leídas públicamente (*recitatio*). Una vez suscritas por la autoridad que había procedido a la apertura, se depositaban en el archivo público (*archivum*). Una vez abierto y publicado el testamento, el pretor concedía la facultad de acceder a su contenido o de copiarlo.

- Invalidez e ineficacia del testamento

El testamento era ineficaz cuando ninguno de los que habían sido instituidos herederos adquiría la *hereditas*, ya sea porque faltaba la *delatio* o la *aditio*. La premoriencia de los herederos o la no verificación de la condición suponía la falta de delación, mientras que la muerte del *delatus* o su renuncia a la *hereditas* significaba la falta de *aditio*.

La invalidez del testamento puede ser inicial o sobrevenida, según que la causa exista en el momento de realizarse el acto o sobrevenga posteriormente. Son causas de invalidez originaria la falta de capacidad del testador, el defecto de forma, la falta de una institución válida de heredero o el haber preterido a un heredero necesario. En cuanto a las causas de invalidez sobrevenida, eran la pérdida de la capacidad jurídica por parte del testados (sólo en caso del *ius civile* ya que el derecho pretorio lo aceptaba como válido), la supervivencia de un heredero necesario no contemplado en el testamento, o la revocación por parte del testador.

El testamento era un acto revocable, entendiéndose por revocación el acto por el cual el testador manifestaba su voluntad de que el testamento que había hecho anteriormente no tuviera valor. Sólo tiene validez la última voluntad testamentaria.

TEMA 43: Contenido del testamento (1): institución del heredero

- El contenido del testamento

El testamento puede contener institución del heredero, desheredaciones, legados, manumisiones de esclavos, nombramiento de tutor, fideicomisos, etc.

Hay un problema a la hora de determinar qué institución es más antigua, el heredero o el legado, es decir, si el antiguo testamento contenía solamente la institución de heredero o sólo legados (sólo reciben algo concreto).

La estructura del testamento nos hace pensar que la *heredis institutio* fue el núcleo originario en torno al cual giraron todas las demás disposiciones.

Todas las disposiciones testamentarias están subordinadas a la *heredis institutio*; por consiguiente, cuando falte la institución de heredero, o sea nula, o el heredero instituido renuncia, las demás disposiciones son inválidas.

En Derecho justiniano si no existe la *heredis institutio* hay que hablar de codicilo, pero, en modo alguno, de testamento.

- La institución de heredero

La institución de heredero (*heredis institutio*) o nombramiento de uno o varios herederos, constituía la disposición fundamental del testamento romano, dependiendo de su existencia la validez y eficacia de cualquier otra disposición testamentaria.

En un principio no existen límites jurídicos a la designación del *heres* aparte de la observancia de las formas y de la capacidad de las personas. No consta que el *paterfamilias* no pudiera nombrar un heredero fuera del ámbito familiar o que sólo pudiera nombrar a un *heres* a falta de *sui*. Pero cuando las condiciones socioeconómicas cambian y la designación de heredero comienza a salirse fuera de los *sui*, interviene la *interpretatio*, requiriendo en tal supuesto, para que el testamento sea eficaz, que se produzca la *exheredatio* de los *sui*, lo cual confirma que el disponente goza de la facultad de elegir libremente al heredero incluso fuera de los límites familiares (se podía hacer heredero a cualquiera pero había que desheredar a los hijos, esta formalidad se exige para que quede clara la intención del testador).

El heredero adquiere la totalidad del patrimonio o, si hay más de uno, sucede en una cuota de la *hereditas*, pero no en la propiedad de cosas individuales, a diferencia de lo que ocurre con el legatario. Paralelamente el hecho de que suceda *in locum et in ius defuncti* (en el lugar y en el derecho del difunto, entra en lugar del difunto) hace que responda también sin límites de las deudas hereditarias.

La *heredis institutio* debía hacerse de forma solemne (*solemni more*). Primeramente se requerían palabras precisas, que expresaban de forma clara la atribución taxativa de la cualidad de *heres* a una persona y el carácter imperativo de la disposición. Además, el formalismo civil exigía que la *heredis institutio* se colocase al principio del testamento (*caput testamenti*).

A partir de la época clásica van desapareciendo estos requisitos formales, y se abolieron las palabras solemnes. Es heredero aquel a quien se atribuye el conjunto de las relaciones hereditarias, o una cuota parte de él, sea cual fuere la expresión de que se sirva el testador.

La *heredis institutio* puede hacerse a favor de una o de varias personas, planteándose lógicamente diversos supuestos. La totalidad del patrimonio hereditario se denomina *as*.

Instituido un heredero único éste recibe la totalidad de la herencia; si son varios hay que distinguir si el testador les ha asignado una cuota y se llaman *heredes cum parte*, o no les ha asignado ninguna y se llaman *heredes sine partibus*.

- La institución de heredero *ex certa re* (en cosa cierta)

Hay institución de heredero *ex certa re* cuando el testador nombraba a alguien heredero en una cosa concreta (*heres ex certa re*) o un conjunto de cosas.

Según el *ius civile* la disposición era contradictoria, pues si el heres es el *successor in locum et in ius* del difunto, el testador excluye esta consecuencia al atribuirle una *certa res*. El título de heredero supone una sucesión *in ius*, pero al añadir *certa res* rechaza tal consecuencia, estableciendo que el heredero adquiera una cosa concreta y determinada.

Ante semejante disposición tan contradictoria la conclusión lógica debiera haber sido la declaración de nulidad de la disposición.

La Jurisprudencia, inspirándose en el *favor testamenti*, estableció consecuentemente que el *heres*, en virtud de su título, adquiere toda la *hereditas*.

La solución, pues, de Sabino está en la línea de favorecer al testamento manteniendo la validez de la institución de heredero.

Con la solución sabiniana se mantenía la *heredis institutio*, pero no se respetaba la voluntad del testador.

Justiniano, condujo a que si el instituido *ex certa re* era heredero único, adquiriría siempre todo en su condición de tal; si, en cambio, era instituido junto con otros herederos instituidos regularmente, se consideraba como legatario.

- Institución condicional

La voluntad del disponente constituye la base de la eficacia del testamento. Es necesaria la forma legal, pero no los *verba* si exceptuamos la época más antigua; la voluntad es *prior atque potentior* (más importante) que las palabras que la expresan. Debe respetarse absolutamente la voluntad del *de cuius* y, por ello la interpretación el testamento debe hacerse siguiendo *in omnibus testatoris voluntatem*.

Dado el carácter personal del testamento, en la formación del mismo queda excluida cualquier participación de una voluntad extraña; aunque esto se aplica con menos rigor en algunas disposiciones.

A cualquier disposición podía añadirse una condición suspensiva (se suspende los efectos hasta que se cumpla la condición). En el caso de la *heredis institutio*, pendiente la condición, no tiene lugar la *delatio*, pero el pretor concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* si el heredero prestaba una *cautio*, acompañada de garantías, prometiendo restituir los bienes hereditarios si no se verifica la condición o no sobrevive a su verificación.

Algunas condiciones tienen un tratamiento particular en Derecho romano:

- Condición potestativa negativa:

Es aquella que consiste en una abstención que depende de la voluntad del instituido heredero (Ejemplo: lo nombro heredero si no se casa). Tal condición, cuando no tenga delimitación de tiempo, sólo podía considerarse cumplida a la muerte de la persona instituida heredera; prácticamente la disposición carecería de eficacia, ya que no puede verificarse antes de la muerte del heredero y, después de muerte, se intrasmisible. Se admitió que el heredero podía adquirir la herencia a condición de que prestara una *cautio* por la que se comprometía a devolver la herencia si realizaba lo que se había prohibido.

- Condición imposible:

Es aquella que no puede realizarse nunca porque a ello se opone una ley absoluta de la naturaleza (Ejemplo: le nombro heredero si toca el cielo). Lógicamente una disposición de tal naturaleza debería considerarse nula, debería también excluirse la eficacia de la disposición. Pero los sabinianos establecieron la regla de que la condición imposible se considera como no puesta y, por consiguiente, la *heredis institutio* bajo condición imposible era considerada pura y válida (Se toma como imposible y que no el testador no quería que heredase).

- Condición ilícita o torpe:

Es aquella que consiste en una acción o en una abstención contraria respectivamente a la ley o a la moral; en otras palabras es la condición que sólo se puede cumplir violando la ley o una norma moral (Ejemplo: que herede si mata a). Con el fin de evitar que el heredero realice el hecho ilícito o torpe para adquirir la herencia, el pretor hacía *remissio* de la condición caso por caso, y al dispensar de su cumplimiento hace que el instituido heredero adquiriera la herencia como si la condición no estuviera puesta.

- Condición resolutoria.

El *ius civile* no admitía que se añadiera a la disposición ninguna cláusula resolutoria (condición resolutoria: produce efectos desde que se celebra y si se produce la condición se resuelve), salvo que se trate de relaciones temporales como el usufructo. La condición resolutoria añadida a la *heredis institutio* se considera como no puesta, condición imposible (Ejemplo: darle la herencia por 3 años; es absurdo ya que la herencia es de por vida).

- *Substitutiones*

En Derecho romano se llama *heres substitutus* a aquella persona que es designada en lugar del primer heredero para el caso de que éste no llegue a ser heredero.

- *Substitutio vulgaris*

Se entiende por *substitutio vulgaris* (la de aplicación más frecuente y común) el nombramiento de un heredero para el caso de que el primero no pueda o no quiera aceptar. Los sustitutos podían ser instituidos, ya recíprocamente, ya también subordinadamente entre sí, a modo de formar distintos grados de sustitución y, por consiguiente, si los herederos sustituidos de grado superior no adquirían la herencia, sustituían los de grado inmediatamente inferior y así sin interrupción.

- *Substitutio pupillaris*

La *substitutio pupillaris* tenía lugar cuando un *paterfamilias* nombrando heredero al propio *filiusfamilias* impúber designaba al mismo tiempo un sustituto para el caso de que el hijo instituido muriese antes de alcanzar la pubertad. El efecto de esta sustitución consistía en que, si el hijo moría impúber, se daría al sustituto tanto la herencia del padre como la del hijo.

Los requisitos requeridos para la sustitución pupilar son los siguientes:

- Que el *pupillus* nombrado heredero se halle bajo la *potestas* del *paterfamilias* que le nombra.
- El sustituto nombrado por el testador para su hijo se entiende que sucede únicamente si éste muere antes de haber alcanzado la pubertad.
- La sustitución pupilar ha de ser establecida en *testamentum* con la fórmula solemne mencionada. Con el paso del tiempo y para evitar que el sustituto pudiera causar daño a la vida del impúber se acostumbó a instituir al sustituto en tablas distintas (*secundae tabulae*), pero las *secundae tabulae* junto con las primeras formaban un único testamento.

Hay discusiones doctrinales sobre si en cierto modo hay dos testamentos, uno del padre y otro del hijo, como si el propio hijo instituyese un heredero para sí, precisando que, en realidad, hay un solo testamento para dos herencias. Desde algunos puntos de vista puede hablarse de una sola herencia en cuanto que el testamento es uno y uno solo el testados; la herencia del *pupillus* incrementa la del *pater*.

- Sustitución *cuasi* pupilar

Como extensión de la sustitución pupilar aparece también la llamada sustitución cuasi pupilar, que consiste en que el *paterfamilias* nombra un sustituto al *filius furiosus* (enfermo mental) para el caso en que muriese sin haber recuperado la salud mental. Justiniano reguló definitivamente este tipo de sustitución, admitiendo que todo ascendiente puede nombrar en testamento un sustituto para el descendiente *furiosus* que muera sin haber logrado la lucidez mental. Por otra parte, el sustituto debe ser elegido entre los descendientes del *furiosus* y, a falta de éstos, entre los descendientes del testador, y si tampoco existen éstos, la elección del sustituto es libre.

TEMA 44: Contenido del testamento (2): legados y fideicomisos

- Concepto y tipos de legados

El legado es una disposición testamentaria a título particular mediante la cual se atribuye en el testamento a una determinada persona, un derecho patrimonial, sin conferirle el título de heredero.

No es una sucesión universal como la *heredis institutio*, y esta disposición sólo puede hacerse en el testamento, difiriendo también de la *donatio mortis causa*. Esta disposición se hace siempre a cargo del patrimonio hereditario y, por tanto, del heredero, dependiendo su validez, como ocurre con cualquier otra disposición testamentaria, de que sea válida la *heredis institutio*.

Hay diversos tipos de legados:

- *Legatum per vindicationem*:

Era aquel que implicaba la transferencia de la propiedad o la constitución de un derecho real (como el usufructo, el uso o la servidumbre).

- *Legatum per damnationem*:

Creaba una relación de obligación entre el legatario y el heredero por la que éste debía realizar una prestación a favor del primero. Este tipo de legado concede al legatario un derecho de crédito, que puede tener un contenido muy amplio. Su objeto puede ser una cosa del testador o bien del heredero o de un tercero.

- *Legatum sinendi modo*:

Es aquel cuyo contenido es la concesión de un derecho de crédito al legatario, pero de modo que la obligación

del heredero no es positiva, sino que consiste en un *non facere*, esto es, en abstenerse de impedir que el legatario realice prácticamente su derecho.

- *Legatum per praeceptionem*:

Era un legado con el cual el testador concedía la propiedad de una cosa a uno de los herederos. Los sabinianos sostenían que tal legado era nulo si estaba dispuesto a favor de quien no había sido instituido heredero; el juez, al proceder a la división de la *hereditas* entre coherederos, adjudicaba al coheredero, que fuera al mismo tiempo legatario *per praeceptionem*, la cosa legada. Los proculeyanos, en cambio sostenían que se podía también hacer legados *per praeceptionem* a quien no hubiera sido instituido heredero, en este caso el legado se identificaba con el de *per vindicationem*.

Las diferencias entre estos tipos de legados fueron atenuándose a lo largo de la época clásica, haciéndose patente la tendencia a su unificación y fusión. En definitiva, los cuatro tipos de legados se reducen a dos: el legado del derecho real y el legado de obligación.

La necesidad de recurrir a formas solemnes y a palabras imperativas fue eliminada posteriormente por el emperador Constantino. Con Justiniano tuvo lugar la fusión formal de los diversos tipos de legados (*genera legatorum*).

- Objeto de los legados

Cosas, derechos o simples comportamientos podían ser objeto de legado.

Conviene, no obstante, realizar las siguientes puntualizaciones:

- El objeto de los legados con efectos reales (*per vindicationem* y *per praeceptionem*) no podía ser más que determinado o determinable.
- Las prestaciones debidas al heredero en el lego *per damnationem* debían tener aquellos contenidos (de *dare* o de *facere*) y responder a los requisitos de posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad, etc., propios de toda prestación objeto de *obligatio*.

El legado *per damnationem* podía tener como objeto un crédito del testador para con un tercero (aún no se ha cobrado, lega el derecho de cobro): el heredero cumpliría cediendo el crédito al legatario.

Un legado podía tener como objeto la liberación del legatario de su deuda con el testador (alguien nos debe pues se le libera legándole su propio derecho de cobro).

El testador podía legar también *per damnationem*, una deuda que tenga frente al legatario. El heredero, que sucede al testador en la relación obligatoria en el papel de deudor, debe satisfacer la deuda al legatario que cumpla la función de acreedor.

- *Legatum optionis*

En el legado *per vindicationem* si incluye el *legatum optionis*. Se trata de un legado al que podemos considerar en cierto modo como de objeto indeterminado. El testador, en efecto, no hace el legado de un objeto concreto, sino que otorga al legatario la facultad o derecho de hacer una decisión optativa mediante la cual se hace propietario de la cosa que elija, normalmente un esclavo.

- *Legatum partitionis*

Era una clase de legado *per damnationem*, probablemente se usaba para instituir a las mujeres como

herederas. Consistía en el legado de una cuota del patrimonio hereditario.

En el Derecho justiniano el *legatum partitionis* pierde importancia, al ser absorbido prácticamente, aunque no todavía formalmente, en el fideicomiso universal.

- Adquisición de los legados

La adquisición del legado sólo podía realizarse después de la adquisición de la herencia por parte del heredero. Hasta ese momento no se conocía con certeza si el legado tendría o no efecto, ya que en caso de que ningún heredero aceptara la herencia, el testamento era *irritum*, y, por consiguiente, caían también los legados. En este período el legatario no tenía ningún derecho y, si moría, no transmitía nada a sus herederos, pasando el legado a ser ineficaz.

Se distinguían dos momentos:

- *Dies cedens*

Se entendía por *dies cedens* el momento en que el legatario podía adquirir el legado, si se hubiese realizado la *aditio hereditatis*. El legatario se encontraba en una situación jurídica de expectativa, aunque no es todavía titular de un derecho real, situación que se transmitía a sus herederos en caso de que muriera antes de la *aditio hereditatis*.

Las consecuencias eran las siguientes:

- Si el legatario moría después del *dies cedens* sus herederos podían adquirir el legado.
- No había lugar a que se produjese una sustitución si eventualmente el legatario tenía sustituto.

- *Dies veniens*

Al *dies cedens* se contraponía el *dies veniens*, entendiendo con estas palabras el momento a partir del cual, habiendo el legado adquirido eficacia, el legatario habría podido hacer valer su derecho. De ordinario el *dies veniens* coincidía con la *aditio hereditatis* por parte del heredero.

- Leyes limitadoras de los legados

Con el fin de evitar las consecuencias que podrían haberse derivado de un recurso excesivo a los legados, ocasionando perjuicios a los herederos, fueron promulgándose leyes que establecían determinadas limitaciones.

En la *lex Furia testamentaria*, se estableció el valor máximo de un legado, quedando sólo exceptuados los parientes *cognati* del difunto hasta el sexto grado.

La *lex Voconia* prohibió adquirir legados cuyo importe fuera superior a aquel que los herederos en su conjunto adquirirían.

La *lex Falcidia* establecía que el testador no podía legar más de tres cuartas parte de la herencia, de modo que necesariamente corresponda al heredero una cuarta parte.

Si los legados superaban el límite impuesto, eran reducidos proporcionalmente.

- Invalidez y revocación de los legados

Cuando la *heredis institutio* es nula, o renuncia el heredero, el legado cae necesariamente. Al hacerse independiente de la *heredis institutio*, en una época posterior, el legado puede ser eficaz aunque la institución de heredero sea nula, siempre que la causa de la nulidad no afecte a todo el testamento.

La nulidad del legado puede ser parcial o total, según que afecte a una parte del mismo o a todo él; si la causa de nulidad interviene desde el momento mismo de la disposición, la nulidad es llamada inicial, mientras que si surge posteriormente se llama sobrevenida.

En el caso de que un legado sea inicialmente nulo, no puede hacerse válido por el hecho de que desaparezca la causa de nulidad antes de la muerte del testador.

- Fideicomisos

TEMA 45: Sucesión legítima contra el testamento(NO)

TEMA 46: Acciones hereditarias(NO)

TEMA 47: Donaciones(NO)