



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

***Servus hereditarius:
civiles acquisitiones alienationesve***

M^a Teresa Duplá Marín



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**

Universidad de Barcelona
Departamento de Historia del Derecho y Derecho Romano
Programa de doctorado: Poder i Dret a Catalunya
Bienio: 91/93



***SERVUS HEREDITARIUS:
CIVILES ADQUISITIONES ALIENATIONESVE***

Tesis presentada por M^a Teresa Duplá Marín
para optar al título de Doctor en Derecho

Director: Prof. Dr. Ricardo Panero Gutiérrez
Tutor: Prof. Dra. Teresa Tatjer Prat

Barcelona, Septiembre de 1995



INDICE GENERAL

	Pág
I.- INTRODUCCION	13
 II.- PRIMERA PARTE	
<i>SERVUS HEREDITARIUS: ius quod ad personas pertinet</i>	24
1. Justificación sobre la denominación de la figura en estudio	25
2. De los diferentes significados de la expresión <i>servus hereditarius</i> . . .	30
3. Caracterización personal del <i>servus hereditarius</i>	33
4. Caracterización jurídica del <i>servus hereditarius</i> : propuesta de concepto jurídico de esclavo hereditario	40
 III.- SEGUNDA PARTE	
<i>CIVILES ADQUISITIONES ALIENATIONESVE: ius quod ad res pertinet</i>	
A. <i>SINGULARUM RERUM ADQUISITIONES ET ALIENATIONES</i>	

CAPITULO 1º-	<i>DE STIPULATIONE SERVORUM</i>	44
--------------	---------------------------------	----

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA *STIPULATIO*

1.1. DEL ESCLAVO	48
------------------	----

1.1.1. " <i>Si servus...stipuletur...valere stipulationem</i> "	50
---	----

1.1.2. " <i>Servus ex persona domini ius stipulandi habet</i> "	53
---	----

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. " <i>Si servus hereditarius stipulatus fuerit...</i> "	55
---	----

1.2.2. " <i>Quotiens servus hereditarius stipulatur... ex persona defuncti vires assumit...</i> "	57
---	----

1.2.3. " <i>Ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit...</i> "	66
--	----

2. DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ESTIPULAR

2.1. DEL ESCLAVO

2.1.1. " <i>Sive mihi sive sibi sive conseruo suo sive impersonaliter dari servus meus stipuletur...</i> "	84
--	----

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO. PROBLEMÁTICA

PLANTEADA EN TORNO A SU VALIDEZ	87
---------------------------------	----

2.2.1. " <i>Quod si stipulatus...nominatim forte Titio domino suo mortuo iam dari stipulatus sit...; quod si sibi dari stipulatus esset...</i> "	89
--	----

2.2.2. <i>"Servus hereditarius...hereditati recte stipulatur"</i>	100
2.2.3. <i>"Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit...Cassius respondit posse..."</i>	102
 CAPITULO 2º.- <i>DE USUCAPIONIBUS</i>	114
 1. IDEAS GENERALES SOBRE LA ADQUISICION DE LA POSESION POR MEDIO	
1.1. DEL ESCLAVO	117
1.1.1. <i>"Non solum autem proprietates per eos quos in potestate habemus acquiruntur nobis, sed etiam possessio"</i>	119
1.1.2. <i>"Etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorum et animo et corpore possidere"</i>	122
 1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO	127
1.2.1. Ausencia de fuentes que afirmen la posibilidad de que un <i>servus hereditarius</i> posea <i>corpus proprio et animo alieno</i>	129
1.2.2. <i>"Nam servus hereditarius...si peculiari negotium contractus est...etiam possessio acquisita intellegi debet"</i>	130

2. DE LA ADQUISICION DE LA PROPIEDAD POR USUCAPION

A TRAVES

2.1. DEL ESCLAVO

2.1.1. *"...si servus meus peculiari nomine adipiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere; quodsi non peculiari nomine, non nisi scientem..."* 143

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO 146

2.2.1. *"Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat"* 148

2.2.2. *"Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur..."* 169

APENDICE.- *"Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit..."; "Usus fructus...Hereditati per servum non acquiritur"; "quotiens servus hereditarius... Per traditionem accipit"* 177

B. QUIBUS MODIS PER UNIVERSITATEM RES NOBIS ADQUIRITUR

PRAENOTANDUM	185
CAPITULO 3º.- DE SERVIS HEREDIBUS INSTITUENDIS	187
1. IDEAS GENERALES SOBRE LA HEREDIS INSTITUTIO	191
1.1. DEL ESCLAVO	
1.1.1. " <i>Servos heredes instituere possumus, nostros..., alienos..., communes...</i> "	192
1.1.2. " <i>...alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus</i> "	197
1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO	
1.2.1. " <i>Servus hereditarius...institutui heres potest</i> "	204
1.2.2. " <i>Servus hereditarius institui heres potest, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit</i> "	224

2. DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA *HEREDITATIS*

ADITIO

2.1. DEL ESCLAVO 230

2.1.1. "*Alienus...servus...iussu eius domini adire hereditatem debet*" 231

2.1.2. "*In extranei heredibus...ut sit cum eis testamenti factio... sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur ...Hoc amplius et cum adibit hereditatem*" 233

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

2.2.1. "*...Quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres expectandus est*" 234

2.2.2. Justificación de la inaplicabilidad del contenido de D. 28,5,52 y de *Inst. Iust.* 2,14,2 240

3. GRAFO ARBORESCENTE BINARIO SOBRE LA PROBLEMÁTICA

PLANTEADA EN RELACION AL ESCLAVO HEREDITARIO 243

4. CUADRO-RESUMEN: VINCULACION ENTRE DOS

HERENCIAS YACENTES 246

CAPITULO 4º.-	<i>DE LEGATIS</i>	252
1. IDEAS GENERALES SOBRE LA CONCESION DE LEGADOS		
1.1. AL ESCLAVO		257
1.1.1. "...et proprio servo...recte...legatur";		
" <i>Cum...vel servo alieno...legatum...datur</i> "		261
1.1.2. " <i>Servis testamenti dominorum [non] data</i>		
<i>libertate, legatum...relictum [non] valet...</i> "		265
1.1.3. " <i>Cum enim servo alieno aliquid in testamento</i>		
<i>damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur,</i>		
<i>ut sit cum eo testamenti factio</i> "		268
1.2. AL ESCLAVO HEREDITARIO		272
1.2.1. " <i>Servo hereditario recte legatur</i> "		273
1.2.2. " <i>Praesenti quidem die data libertate servo legari</i>		
<i>vel pure vel sub condicione poterit: cum vero</i>		
<i>libertas sub condicione data fuerit, alias utiliter,</i>		
<i>alias inutiliter pure legabitur</i> "		279
1.2.3. Ausencia de fuentes. Aplicación analógica de la		
regulación indicada en la institución de heredero		292
2. REGIMEN DE ADQUISICION DEL LEGADO		294
2.1. POR EL ESCLAVO		
2.1.1. Remisión a la regulación establecida para el		

<i>servus hereditarius</i>	299
2.1.2. " <i>Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis</i> <i>iuris est. deberi his legatum, quorum iuri fuit</i> <i>subiectus</i> "	301
2.2. POR EL ESCLAVO HEREDITARIO	305
2.2.1. " <i>Nam servo legati relictis ante aditam hereditatem dies</i> <i>non cedit</i> "	307
2.2.2. " <i>Sed si servo post mortem domini relictum</i> <i>legatum est, . . . ante enim cedit legati,</i> <i>quam aliquis heres domino existat . . .</i> "	323
3. DETERMINACION DE LA <i>CAPACITAS</i> EN EL SUPUESTO DE UN LEGADO CONCEDIDO AL <i>SERVUS HEREDITARIUS</i> AJENO	336
4. ESPECIAL CONSIDERACION DEL LEGADO DE USUFRUCTO CONCEDIDO AL <i>SERVUS HEREDITARIUS</i>	345
5. GRAFOS ARBORESCENTES BINARIOS SOBRE LAS PROBLEMATICAS PLANTEADAS	363

IV.- CONCLUSIONES FINALES	373
V.- BIBLIOGRAFIA	383
VI.- INDICE DE FUENTES	394

SIGLAS

(Principales abreviaturas)

<i>AG</i>	<i>Archivio Giuridico "Filippo Serafini" (Modena).</i>
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).</i>
<i>AUPA</i>	<i>Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo.</i>
<i>AUPE</i>	<i>Annali dell'Università di Perugia.</i>
<i>BIDR</i>	<i>Bulletino dell'Istituto di diritto romano (Milano).</i>
<i>C.</i>	<i>Codex Iustinianus.</i>
<i>D.</i>	<i>Iustiniani Digesta.</i>
<i>ED</i>	<i>Enciclopedia del diritto (Milano).</i>
<i>Ep. Gai</i>	<i>Gai institutionum epitome (FIRA II)</i>
<i>Gai</i>	<i>Gai institutionum comm. IV (FIRA II).</i>
<i>Inst. Iust</i>	<i>Iustiniani Institutiones.</i>
<i>IPS</i>	<i>Interpretatio Pauli sententiae (FIRA II)</i>
<i>IURA</i>	<i>Iura, Rivista internazionale di diritto romano e antico (Napoli).</i>
<i>JUS</i>	<i>Jus, Rivista di scienze giuridiche (Milano).</i>
<i>LABEO</i>	<i>Labeo, Rassegna di diritto romano (Napoli).</i>
<i>LENEL, Pal.</i>	<i>LENEL, Otto. Palingenesia iuris civilis, vols. I-II, Leipzig, 1889.</i>
<i>LQR</i>	<i>The Law Quarterly Review (London).</i>
<i>NNDI</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano (Torino).</i>
<i>Paul. Sent.</i>	<i>Pauli sententiae receptae (FIRA II).</i>

<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale des droits de l'antiquité</i> (Bruxelles).
<i>RISG</i>	<i>Rivista italiana per le scienze giuridiche</i> (Milano).
<i>RP I,II</i>	KASER, Max. <i>Das römische Privatrecht</i> , vol. I, 2 ^a ed., München, 1971; vol. II, 2 ^a ed., München, 1975.
<i>SDHI</i>	<i>Studia et documenta historiae et iuris</i> (Roma).
<i>Ep. Ulp.</i>	<i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> (FIRA II).
<i>Vat. Fr.</i>	<i>Vaticana fragmenta</i> (FIRA II).
<i>VIR</i>	<i>Vocabularium Iurisprudentiae Romanae</i> (Berlin).
<i>ZSS</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung</i> (Weimar).

I. INTRODUCCION

El enunciado de nuestro trabajo *-Servus hereditarius: civiles acquisitiones alienationesve-* pretende ser fiel reflejo del contenido del mismo: las adquisiciones y enajenaciones civiles realizadas por el esclavo que pertenece a una herencia yacente.

Sólo con reparar en los dos elementos que dan nombre al sujeto que centra nuestro estudio, por un lado, la institución de la esclavitud *-servus-*, por otro, el derecho hereditario o sucesorio *-hereditarius-*, puede advertirse el interés que suscita su análisis, y el elenco de problemas jurídicos que conlleva.

A nuestro juicio, la importancia del mismo se manifiesta no sólo desde un punto de vista histórico *-doctrina romanística¹⁻*, sino también dogmático *-proyección para estructuras actuales²⁻*.

¹ Es de destacar, en este sentido, la estrecha vinculación existente entre las teorías sobre la herencia yacente y la actividad del *servus hereditarius*.

² Así por ejemplo, MOMMSEN, en los *Motiven* de lo que constituyó un primer esbozo o proyecto del futuro B.G.B *-en materia de sucesiones-*, evoca la figura del *servus hereditarius* como antecesor del actual curador de los bienes hereditarios.

A su vez D'ORS, en los inicios de nuestra década, principia el análisis de la esclavitud con las siguientes palabras: <<El tema de la esclavitud, como fenómeno social de la Antigüedad, tiene un interés muy limitado para el jurista; en cambio, resulta muy interesante toda la serie de posibilidades que para la casuística civilística ofrece la existencia de seres que carecen de verdadera titularidad pero son muy activos en el mundo del derecho como representantes de sus dueños: piénsese, p. ej., en la importancia que tiene la existencia del esclavo para la teoría de la *hereditas iacens*...>>

Cfr. MOMMSEN, *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, Braunschweig, 1876, pp. 282-283; D'ORS, *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991, p. 272 n. 209. 1.

Paradójicamente, y en contraste con el amplio desarrollo de los estudios jurídicos relativos a la esclavitud, y en concreto, a la herencia yacente³, la doctrina romanística no ha prestado el interés que merece el motor impulsor de la herencia ofrecida pero todavía no adida: el *servus hereditarius*.

La falta de un estudio exegético que permita profundizar en los numerosos problemas planteados por las fuentes⁴, supuso para nosotros un reto, al tiempo que justificó el enfoque que pretendíamos dar a nuestro trabajo.

Sabido es que el punto de mira de la *hereditas iacens*⁵ -tema nada pacífico-, lo habían configurado las diferentes construcciones a las que la jurisprudencia romana había recurrido, para paliar los efectos producidos por la falta de dueño durante dicho período de tiempo.

Ahora bien, sobre el *servus hereditarius* no hemos hallado una bibliografía específica, ni en la romanística decimonónica, ni en la del presente siglo; simplemente

³ Baste recordar al respecto el sutil comentario -recogido por ROBBE- de STEINLECHNER: <<...l'eredità giacente non aveva potuto trovare riposo e aver quiete soltanto nella letteratura>>.

Cfr. al respecto ROBBE, *La <<Hereditas iacet>> e il significato della <<hereditas>> in Diritto romano I*, Milano, 1975, p. 4 n. 3.

⁴ Cuestión ésta, advertida por algún autor.

Cfr. al respecto, CENDERELLI, *Le garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti della eredità giacente (Contributi esegetici)*, SDHI XXX (1964), pp. 114-115.

⁵ Es ocioso el recordar que dicha terminología no aparece en las fuentes romanas.

Cfr. al respecto, por todos, FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vol. II, Milano, 1949 (reimpr. de la ed. de Napoli, 1900-1902), pp. 2-3.

puntuales y obligadas referencias cuando se aborda el análisis general de la herencia yacente. Así, v.g., ya desde JHERING⁶ y MARCUSEN⁷, hasta el estudio -hasta el momento, y según nuestra información, inacabado- de ROBBE⁸.

Esto es, no tenemos constancia de obra monográfica alguna sobre el esclavo hereditario en concreto. Sí de algunos artículos de revistas o incorporados en obras colectivas, en los que se analiza de forma escueta las actividades que podía realizar el mencionado esclavo durante ese espacio de tiempo, y entre los que destacan por su importancia: DI MARZO⁹, BUCKLAND¹⁰, SCADUTO¹¹, ROTONDI¹², FUENTESECA¹³, CENDERELLI¹⁴, V. LÜBTOW¹⁵ y ORESTANO¹⁶, y ya en

⁶ Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Aalen, 1981 (reimpr. de la ed. de Leipzig, 1844).

⁷ Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre von der hereditas Jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten Usucapio pro Herede*, Bern, 1970 (reimpr. de la ed. de 1883).

⁸ La idea de la realización de un segundo volumen queda expresamente manifestada en su Prefazione.

Cfr. ROBBE, *La <<Hereditas iacet>>...*, cit., pp. VII-XX.

⁹ Cfr. DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, Studi SCIALOJA, vol. II, Milano, 1905 (no hemos accedido a él).

¹⁰ Cfr. BUCKLAND, *The roman Law of slavery*, Cambridge, 1970 (reimpr. de la ed. de 1908), pp. 252-262.

¹¹ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, AUPA 8 (1922), pp. 1-74.

¹² Cfr. ROTONDI, *Note esegetiche sulla stipulazione del servo ereditario*, Scritti giuridici, vol. II, Milano, 1922, pp. 583-585.

¹³ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto a la <<hereditas iacens>>*, AHDE 26 (1956), pp. 243-267.

nuestra década, el trabajo de SCACCHETTI¹⁷, centrado en el hurto y daños producidos en los bienes de la herencia yacente, por parte del esclavo manumitido en el testamento.

Las obras generales (cursos, sistemas, manuales etc...), se limitan a anunciar la posible actividad de dicha figura, sin entrar en el estudio pormenorizado de la misma.

Caso aparte es el *System des heutigen römischen Rechts* de SAVIGNY que, aportando datos de gran interés sobre el *servus hereditarius*, anuncia lo que ya desde un inicio había atraído nuestra atención: la estrecha vinculación existente entre el origen y mantenimiento de las diferentes teorías sobre la herencia yacente, y la actividad del esclavo hereditario, manifestada fundamentalmente -según dicho autor-, en relación a los actos del *ius civile*.

Precisamente ésta fue la razón principal que motivó que limitáramos nuestro

¹⁴ Este autor es el único que junto con ROTONDI (vid. supra n. 12), y SCACCHETTI (vid. infra n. 17) analiza de forma aislada algunas cuestiones concernientes a la actividad del *servus hereditarius*.

Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 114-178; 'Factum personae operaeve substantia' (D.41,1,61), *SDHI XXXV* (1969), pp. 411-417.

¹⁵ Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen zur hereditas iacens, Studi in onore di Giuseppe GROSSO*, vol. II, Torino, 1968, pp. 581-636.

¹⁶ Cfr. ORESTANO, *Hereditas nondum adita*, *IURA* 33 (1982), pp. 1-24.

¹⁷ SCACCHETTI, *Manumissione testamentaria e doloso depauperamento dell'eredità giacente. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, Milano, 1993.

Sin duda por error, al iniciar la *Premessa*, queriendo decir <<bienes>>, aparece el término <<daños>>.

trabajo al análisis de las adquisiciones y enajenaciones realizadas por un esclavo hereditario a través de actos del derecho civil, intentando destacar la concreta aplicación práctica que, para cada tipo de actuación, y de cada una de las teorías sobre la herencia yacente, realizaron los juristas romanos.

Nuestro punto de apoyo lo constituían escuetas apreciaciones con las que algunos autores -como por ejemplo, D'AMIA y GIOFFREDI- intentaban destacar el carácter funcional y eminentemente práctico de las mentadas teorías¹⁸.

No obstante esto, entendimos que para poder realizar afirmaciones sobre el método de aplicación de las mismas, debía previamente acometerse un estudio paralelo entre la capacidad de obrar del *servus*, y la del *servus hereditarius*¹⁹. Estudio que nos permitiría detectar los concretos problemas prácticos que la capacidad del esclavo de la herencia yacente planteaba, y el método empleado -como veremos, siempre a través de dichas teorías- por los *iurisprudentes*, con la finalidad de solucionarlo.

¹⁸ Cfr. D'AMIA, *L'Eredità giacente. Note di Diritto romano, comune e odierno*, Milano, 1937, p. 25; GIOFFREDI, *Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente, Studi in memoria di Guido ZANOBINI*, vol. V, Milano, 1965, p. 297.

¹⁹ Un método similar puede deducirse de las siguientes palabras de ROBBE, esta vez, al analizar la herencia yacente:

<<...non si può assolutamente risolvere il problema della 'hereditas iacet' senza aver risolto prima quello della stessa 'hereditas': essi sono, ovviamente, strettamente collegati e sostanzialmente connessi. Del resto, la 'hereditas iacet' non contiene nella sua stessa denominazione la 'hereditas'? ...E in questa indagine, per scoprire con maggiore probabilità la verità, la prima guida, dalla quale non si può assolutamente prescindere, è quella di determinare con la massima precisione il vero significato e la vera peculiare funzione della *hereditas*: solo così si può sperare di raggiungere un risultato soddisfacente e sicuro.>>

Cfr. ROBBE, *La <<Hereditas iacet>>...*, cit., pp. VII y 342.

En definitiva, nos propusimos centrar nuestros esfuerzos en el análisis de la capacidad del esclavo hereditario en relación a un tipo de actos -los del derecho civil²⁰-, en un intento de confirmar la virtualidad de las afirmaciones de SAVIGNY²¹.

Ello nos permitiría, ya desde un inicio, excluir el concreto análisis de cada una de las teorías sobre la herencia yacente, tarea abordada casi de forma exclusiva en todos y cada uno de los trabajos sobre dicho período de tiempo²²; a la vez que un exhaustivo estudio sobre cuestiones vinculadas al *servus hereditarius*, pero relativas

²⁰ Sabido es que, "*Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus...*" (D. 41,1,53 Mod. XIV ad Quint. Muc.)

²¹ Quién -en traducción realizada por SCIALOJA- concluyó lo siguiente: <<1. La eredità giacente, anche secondo il concetto romano, non era persona giuridica, e se essa in un testo viene equiparata alle corporazioni, ciò non significa se non che tanto in essa, quanto in queste, si tratta di una finzione. Questa finzione tuttavia ha in ciascuno di questi due casi fondamento e conseguenze diverse e quindi una diversa natura.

2. Il particolare modo, come viene trattata la eredità giacente in forza di una finzione si limitava per i Romani a rendere più facili alcuni acquisti da farsi per mezzo degli schiavi appartenenti alla eredità.

3. Sarebbe quindi destituito di fondamento il ritenere quel modo particolare di considerare l'eredità giacente come parte ancor viva del diritto odierno, imperocchè questo non conosce acquisti per mezzo di schiavi.>>

Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Diritto romano attuale*, vol. II, Torino, 1888 (trad. por Vittorio SCIALOJA de la versión alemana, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. II, Berlin, 1840), p. 370.

²² En este sentido, MARCUSEN ya había realizado un amplio y detallado recorrido a través de las opiniones de parte de la romanística decimonónica, completado, en nuestro siglo, por ROBBE, quien también recoge las opiniones vertidas al respecto por la moderna romanística.

Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., pp. 109-154; ROBBE, *La <<Hereditas iacet>>...*, cit., pp. 7-50.

al derecho de personas²³ y de obligaciones²⁴.

²³ Numerosos -en cuantía- son los fragmentos que regulan la manumisión del *servus hereditarius*, vid., al respecto, entre otros: D. 4,4,31 (*Pap. IX resp.*); D. 5,2,8,10 (*Ulp. XIV ad ed.*); D. 15,1,3,1 (*Ulp. XXIX ad ed.*); D. 28,7,20,1 (*Lab. II post. a Iav.*); D. 29,2,58 (*Paul. II reg.*); D. 30,91,1 (*Iul. XXXVI dig.*); D. 31,34 *pr.* (*Mod. X resp.*); D. 33,5,9,2 (*Iul. XXXII dig.*); D. 35,1,44,10 (*Paul. VIII ad Plaut.*); D. 36,1,25,2 (*Iul. XXXIX dig.*); D. 40,4,54,1 (*Scaev. IV resp.*); D. 40,4,55 (*Maec. II fid.*); D. 40,4,58 (*Maec. III fid.*); D. 40,12,43 (*Pomp. III sen.*); D. 45,3,34 (*Iav. II ad Plaut.*); D. 47,4,1,7 y 8 (*Ulp. XXXVIII ad ed.*); C. 6,30,11 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Philumenae*); C. 7,2,6 (*Imp. Gordianus A. Pisistrato*); C. 7,2,15,1-3-7 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.*); C. 7,10,3 (*Imp. Alexander A. Mercuriali*); C. 9,41,10 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Urbanae*).

En relación al tormento del *servus hereditarius* vid., entre otros: D. 10,2,18 *pr.* (*Ulp. XIX ad ed.*); D. 48,18,1,6 (*Ulp. VIII de of. Proc.*); D. 48,18,2 (*Ulp. XXXIX ad ed.*); D. 48,18,4 (*Paul. V sent.*); D. 48,18,6,1 (*Pap. II adult.*); D. 48,18,17,2 (*Pap. XVI resp.*); C. 2,58(59),1,1; C. 6,30,22,10 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni*); C. 9,41,10 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Urbanae*); C. 9,41,13 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Philippae*); C. 9,41,18 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni P.P.*).

Sobre el fallecimiento o los daños producidos en la persona del esclavo hereditario, vid., *ad. ex.*: D. 4,3,7,5 (*Ulp. XI ad ed.*); D. 5,3,36,2 (*Paul. XX ad ed.*); D. 9,2,13,2 y 3 (*Ulp. XVIII ad ed.*); D. 9,2,15 *pr.* (*Ulp. XVIII ad ed.*); D. 11,3,13,1 (*Ulp. XXIII ad ed.*); D. 26,7,61 (*Pomp. XX ep.*); D. 36,1,70,1 (*Pomp. II fid.*); D. 47,10,1,6 y 7 (*Ulp. LVI ad ed.*).

²⁴ Vid. sobre el régimen de las acciones que pueden surgir por daños producidos por un *servus hereditarius* en los bienes de la herencia, entre otros: D. 5,3,40,4 (*Paul. XX ad ed.*); D. 9,2,48 (*Paul. XXXIX ad ed.*); D. 10,2,16,6 (*Ulp. XIX ad ed.*); D. 10,2,25,15 (*Paul. XXIII ad ed.*); D. 15,1,27,1 (*Gai IX ad ed. prov.*); D. 47,2,44,2 (*Pomp. XIX ad Sab.*); D. 47,2,64 (*Ner. I Mem.*); D. 47,4.

Sobre D. 47,4, cfr. interesante trabajo de SCACCHETTI, vid. supra p. 16 n. 17.

En relación a la posibilidad de que el *servus hereditarius* reciba fiadores durante la yacencia vid. D. 44,3,4 (*Iav. VII ep.*); D. 45,3,25 (*Ven. XII stip.*) y D. 46,1,22 (*Flor. VIII inst.*).

La posibilidad de que un *servus hereditarius* pacte durante la yacencia queda recogida en D. 2,14,27,10 (*Paul. III ad ed.*); la realización de una *acceptilatio* en D. 46,4,11,2 (*Paul. XII ad Sab.*); y por último la posibilidad de que realice un depósito o una compraventa en D. 16,3,1,29 (*Ulp. XXX ad ed.*) y D. 41,2,1,5 (*Paul. LIV ad ed.*).

El método empleado para alcanzar los objetivos arriba indicados, partió de la previa recopilación de los textos recogidos en las fuentes jurídicas romanas, en los que se aborda algún acto realizado por un esclavo hereditario²⁵, para pasar a su agrupación por afinidades, y a su posterior interpretación y sistematización.

La estructura de nuestro trabajo ha procurado seguir, ya desde el propio título, la sistemática gayana. Y fue justamente dicho título el que nos permitió vertebrarlo de la siguiente manera:

- una primera parte, "*servus hereditarius: ius quod ad personas pertinet*", de carácter eminentemente introductorio, con el que -a partir de datos elementales- intentamos asentar los aspectos personales que delimitan la figura central de nuestro estudio, destacando, a su vez, la utilización -podría decirse casi exclusiva- que de los vocablos *servus hereditarius* realizaron los juristas romanos, para denominar al sujeto que nos ocupa -esclavo de la herencia yacente-, y no al esclavo de la herencia, en general.

- una segunda parte, "*civiles acquisitiones alienationesve: ius quod ad res pertinet*", que constituye el eje central del mismo, en la que examinamos, siempre dentro del marco que nos aportan las fuentes jurídicas romanas, ciertos actos del derecho civil que tienen como protagonista al *servus hereditarius*, y que a su vez

²⁵ Sirviéndonos para ello de un doble cauce: *VIR*, vol. V (1939), cols. 387-418, y de la búsqueda informática con el programa *Romtext*.

-siguiendo la mencionada sistemática gayana-, queda escindida en dos grandes apartados:

A. *Singularum rerum acquisitiones et alienationes*: configurado por los siguientes capítulos:

1º) *De stipulatione servorum*

2º) *De usucapionibus*

Apéndice: en él se recogen algunos fragmentos relativos al mutuo, usufructo y a la *mancipatio*.

B. *Quibus modis per universitatem res nobis acquiritur*: del que forman parte los siguientes capítulos:

3º) *De servis heredibus instituendis*

4º) *De legatis*

El criterio metodológico adoptado en cada uno de los capítulos es el mismo: una referencia introductoria a la capacidad de obrar del esclavo, en relación al instituto que se pretende analizar, para pasar a la exégesis de las fuentes que, regulando dichos actos, tienen como protagonista al *servus hereditarius*.

El estudio comparativo de ambos supuestos -el del *servus* y el del *servus hereditarius*- constituía, a nuestro juicio, la base necesaria, e incluso podría decirse, suficiente, para enjuiciar el resultado práctico producido por la aplicación, en

determinados fragmentos -relativos al esclavo hereditario-, de alguna de las teorías sobre la herencia yacente.

Queremos destacar el enfoque eminentemente dogmático que, gracias a la falta de monografías sobre el tema, y dado el carácter unitario de la regulación recogida en las fuentes, quisimos tuviera nuestro trabajo²⁶.

Finaliza nuestro estudio con el obligado capítulo de conclusiones que, partiendo de la primera parte, recoge conclusiones -anticipadas la mayoría de las veces en cada uno de los capítulos- relativas no sólo a los actos analizados, sino también a la persona del esclavo hereditario, y como entendemos no podían faltar, también sobre el empleo que de las teorías sobre la herencia yacente realizaron los juristas romanos, en conexión con las referidas afirmaciones de SAVIGNY.

²⁶ Tal y como apunta ORESTANO, el análisis sobre las teorías de la herencia yacente conducía irremediablemente a un enfoque histórico, antes que dogmático.

Lo que evidenció el carácter novedoso y complementario que pretendimos dar a nuestro estudio, frente a la mayoría de los acometidos hasta el momento sobre este instituto.

Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., p. 5.

II. PRIMERA PARTE

SERVUS HEREDITARIUS: ius quod ad personas pertinet

II. PRIMERA PARTE.- *SERVUS HEREDITARIUS: Ius quod ad personas pertinet*

La parte central de nuestro trabajo -*civiles acquisitiones alienationesve*- requiere, a nuestro juicio, unas páginas introductorias en las que se analice, al menos brevemente, la figura que va a protagonizar las mismas: el esclavo de la herencia yacente.

El objetivo que concretamente pretendemos alcanzar con ellas es el siguiente: realizar una inicial propuesta²⁷ -dentro de nuestros modestos conocimientos- sobre la caracterización y concepto jurídico de la expresión *servus hereditarius*, siendo ésta la que, a su vez, guíe todo nuestro trabajo²⁸.

En el camino trazado para ello, nos detendremos en las siguientes cuestiones:

1.- En primer lugar, en la elección, de entre las varias expresiones -significantes- que aparecen en las fuentes jurídicas romanas, de una única

²⁷ Dicha calificación tiene su justificación en el hecho de que no hemos hallado trabajo alguno que se haya detenido en realizarla.

²⁸ Vid. infra pp. 40-42.

denominación para el sujeto protagonista de nuestro estudio²⁹;

2.- en segundo lugar, en la elección, de entre los varios significados, del que entendemos se corresponde con el que comúnmente aparece en las fuentes jurídicas romanas;

3.- en tercer lugar, en la caracterización del esclavo hereditario en base a aspectos básicamente personales para, de este modo, confirmar las diferencias que existen entre la que denominaremos acepción literal, y la jurídica de dicho término.

De todas estas cuestiones -separadamente- pasamos a ocuparnos a continuación.

1.- Como ya hemos anunciado, el sujeto del presente trabajo es el esclavo de la herencia yacente.

Para su análisis partimos de una serie de fuentes jurídicas romanas que recogen una pluralidad de expresiones en las que -como intentaremos demostrar- prevalece una única realidad: la del *servus* que forma parte de una herencia durante un plazo de tiempo determinado, comprendido éste desde el fallecimiento del causante, hasta la adición de la herencia.

Así, la expresión *servus hereditarius* -declinada diversamente- aparece <<sola>> en 70 textos, siendo Paulo el jurista que más la utiliza, y el caso nominativo el más

²⁹ Que, por ende, justifica parte del título adoptado.

empleado³⁰; acompañada de la frase *ante aditam hereditatem*, en 11 textos³¹, siendo

^{30*} **SERVUS HEREDITARIUS**: D. 2,14,27,10 (*Paul. III ad ed.*); D. 9,2,13,2 (*Ulp. XVIII ad ed.*); D. 10,2,16,6 (*Ulp. XIX ad ed.*); D. 16,3,1,29 (*Ulp. XXX ad ed.*); D. 28,5,52 (*Paul. II reg.*); D. 41,1,33,2 (*Ulp. IV disp.*); D. 41,1,61 (*Herm. VI iur. ep.*); D. 41,2,1,5 (*Paul. LIV ad ed.*); D. 41,3,45,1 (*Pap. X resp.*); D. 44,3,4 (*Iav. VII ep.*); D. 44,7,16 (*Iul. XIII dig.*); D. 45,3,16 (*Paul. IV reg.*); D. 45,3,18,2 (*Pap. XXVII quaest.*); D. 45,3,25 (*Ven. XII stip.*); D. 45,3,26 (*Paul. I man.*); D. 45,3,28,4 (*Gai III de verb. obl.*); D. 45,3,35 (*Mod. VII reg.*); C. 7,2,15,7 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.*); *Vat. Fr. 55.*

* **SERVO HEREDITARIO**: D. 5,3,14 (*Paul. XX ad ed.*); D. 7,3,1,2 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 10,2,15 (*Paul. XXIII ad ed.*); D. 18,5,8 (*Scaev. II resp.*); D. 30,116,3 (*Flor. XI inst.*); D. 31,55,1 (*Gai XII ad leg. iul. et pap.*); D. 31,82,2 (*Paul. X quaest.*); D. 36,1,68,2 (*Paul. II fid.*); D. 44,7,16 (*Iul. XIII dig.*); C. 3,34,9 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Zosimo*); C. 7,10,3 (*Imp. Antoninus A. Pompeio*).

* **SERVOS HEREDITARIOS**: D. 4,4,31 (*Pap. IX resp.*); D. 37,4,13 (*Iul. XXIII dig.*); D. 49,17,13 (*Pap. XVI quaest.*); C. 6,30,11 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Philumena*); C. 9,41,10 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Ptolemaco*) y 13 (*Idem AA. et CC. Philippae*).

* **SERVIS HEREDITARIIS**: D. 10,2,12,1 (*Ulp. XIX ad ed.*); D. 40,4,55 (*Maec. II fid.*); D. 48,18,17,2 (*Pap. XVI resp.*); D. 48,18,18,4 (*Paul. V sent.*); C. 7,2,15,6 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.*); *Paul. Sent. 4,8,23; 5,16,2; Ep. Ulp. XXII,26; IPS V. 18+2; Inst. Iust. 2,14,2.*

* **SERVI HEREDITARII**: D. 48,18,2 (*Ulp. XXXIX ad ed.*); D. 48,18,6,1 (*Pap. II de ad.*); C. 9,41,13 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Philippae*); *IPS V. 18+2.*

* **SERVUM HEREDITARIUM**: D. 10,2,25,15 (*Paul. XXIII ad ed.*); D. 11,3,13,1 (*Ulp. XXIII ad ed.*); D. 28,7,4,1 (*Ulp. VIII ad Sab.*); D. 28,7,20,1 (*Lab. II post. a Iav. ep.*); D. 29,2,43 (*Iul. XXX dig.*); D. 30,71,3 (*Ulp. LI ad ed.*); D. 36,1,26,2 (*Iul. XXXIX dig.*); D. 36,1,28,1 (*Iul. XL dig.*); D. 36,1,65,4 (*Gai II fid.*); D. 36,1,68,2 (*Paul II fid.*); D. 36,1,72,1 (*Pomp. II fid.*); D. 41,1,18 (*Ulp. IV ad Sab.*); D. 41,1,61 (*Herm. VI iur. ep.*); D. 41,2,1,16 (*Paul. LIV ad ed.*).

* **SERVUS HEREDITARIO**: D. 28,5,6,2 (*Ulp. IV ad Sab.*); D. 41,2,38,2 (*Iul. XLIV dig.*).

* **SERVORUM HEREDITARIORUM**: C. 6,30,22,10 (*Imp. Iustinianus A. ad Senatum*); C. 9,41,18 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni P. P.*).

* **SERVUM NON HEREDITARIUM**: D. 40,5,28,4 (*Ulp. V fid.*); D. 40,5,51,8 (*Marc. IX inst.*).

^{31*} **SERVUS HEREDITARIUS + ANTE ADITAM HEREDITATEM**: D. 6,2,9,6 (*Ulp. XVI ad ed.*); D. 46,4,11,2 (*Paul. XII ad Sab.*); *Inst. Iust. 3,17 pr.*

* **SERVO HEREDITARIO + ANTE ADITAM HEREDITATEM**: D. 7,4,18 (*Pomp. III ad Sab.*); D. 15,1,3 (*Ulp. XIX ad ed.*); D. 47,10,1,6 (*Ulp. LVI ad ed.*).

* **SERVUM HEREDITARIUM + ANTE ADITAM HEREDITATEM**: D. 11.1.15 (*Pomp. XVIII ad Sab.*); D. 28,5,31,1 (*Gai XVII ad ed. prov.*); D. 47,10,1,7 (*Ulp. LVI ad ed.*).

* **SERVOS HEREDITARIOS + ANTE ADITAM HEREDITATEM**: D. 35,2,73 (*Gai*

en este caso Ulpiano el que mayor empleo realiza de la misma; acompañada de la frase *nondum aditae hereditatis* o *hereditas nondum adita*, en 3 textos³²; acompañada de la frase *post aditam hereditatem*, en 2 textos³³; acompañada de la frase *nisi adita hereditas sit* o *si adita non sit*, en 2 textos³⁴ y de la frase *priusquam adeatur hereditas*, en 1 texto³⁵.

Por su parte, el sustantivo *servus* -declinado diversamente-, acompañado de las frases *ante aditam hereditatem*, *nisi adita hereditate*, *non sit adita hereditas*, *priusquam adire hereditatem*, aparece en 30 textos³⁶ y el adjetivo *hereditarius*

XVIII ad ed. prov.); *Inst. Iust.* 2,22,2.

³²* **SERVUS HEREDITARIUS + NONDUM ADITAE HEREDITATIS**: D. 41,3,44,3 (*Pap. XXIII quaest.*); D. 47,2,44,2 (*Pomp. XIX ad Sab.*).

* **SERVUM HEREDITARIUM + HEREDITAS NONDUM ADITA**: D. 49,15,29 (*Lab. VI pith. ad Paul. ep.*).

³³* **SERVUS HEREDITARIUS + POST ADITAM HEREDITATEM**: D. 36,1,28,1 (*Iul. XL dig.*); D. 49,17,14,1 (*Pap. XXVII quaest.*).

³⁴* **SERVUS HEREDITARIUS + NISI ADITA HEREDITAS SIT**: D. 45,1,73,1 (*Paul. XXIV ad ed.*).

* **HEREDITARIO SERVO + SI ADITA NON SIT**: D. 41,1,33 (*Ulp. IV disp.*).

³⁵* **SERVUS HEREDITARIUS + PRIUSQUAM ADEATUR HEREDITAS**: D. 28,5,64 (*Iav. VII ep.*).

³⁶* **ANTE ADITAM HEREDITATEM + SERVUS**: D. 5,3,36,2 (*Paul. XX ad ed.*); D. 9,2,15 (*Ulp. XVIII ad ed.*); D. 9,2,48 (*Paul. XXXIX ad ed.*); D. 9,4,40 (*Iul. XX dig.*); D. 15,1,27,1 (*Gai IX ad ed. prov.*); D. 31,38 (*Iav. II ex Cass.*); D. 35,2,11,4 (*Pap. XXIX quaest.*); D. 35,2,56,1 (*Marc. XXII dig.*); D. 36,1,28,1 (*Iul. XI dig.*); D. 36,2,7,6 (*Ulp. XX ad Sab.*); D. 36,2,16,2 (*Iul. XXXV dig.*); D. 38,17,1,4 (*Ulp. XII ad Sab.*); D. 46,3,32 (*Iul. XIII dig.*); D. 47,4,1,5 (*Ulp. XXXVIII ad ed.*); *Inst. Iust.* 2,20,2.

* **ANTE ADITAM HEREDITATEM + SERVO**: D. 15,1,57,2 (*Tryph. VIII disp.*); D. 30,91,1 (*Iul. XXXVI dig.*); D. 36,2,7,6 (*Ulp. XX ad Sab.*); D. 41,1,33 (*Ulp. IV disp.*).

* **ANTE ADITAM HEREDITATEM + SERVUM**: D. 4,3,7,5 (*Ulp. XI ad ed.*); D. 15,1,57,1 (*Tryph. VIII disp.*).

acompañado de la frase *ante aditam hereditatem*, en 1 texto³⁷.

Consiguientemente, de una primera toma de contacto con dichas fuentes³⁸, y por ende, con las expresiones que en ellas se recogen, se deduce la siguiente conclusión: de todas ellas una, *servus hereditarius*, es la que -siguiendo un criterio meramente numérico- sin duda prevalece, apareciendo en cerca de 70 textos de forma individual, y en unos 20 acompañada de otras expresiones que circunscriben el plazo de tiempo al que se refiere el jurista: la yacencia de la herencia.

Esta circunstancia, unida al empleo que de la misma realizó, tanto la romanística

* **ANTE ADITAM HEREDITATEM + SERVI**: D. 33,5,13 (*Paul. VIII ad Plaut.*); D. 47,2,65 (*Ner. I membr.*); D. 47,4,1,2 (*Ulp. XXXVIII ad ed.*).

* **ANTE ADITAM HEREDITATEM + SERVORUM**: D. 33,5,9,2 (*Iul. XXXII dig.*).

* **NISI ADITA HEREDITATE + SERVUS**: D. 40,7,2 (*Ulp. IV ad Sab.*).

* **NON SIT ADITA HEREDITAS + SERVO, SERVI**: D. 49,17,19,5 (*Tryph. XVIII disp.*).

* **PRIUSQUAM ADIRE HEREDITATEM + SERVUM**: D. 5,2,12 (*Mod. l. s. de praesc.*).

* **PRIUSQUAM ADIERINT HEREDITATEM + SERVO**: D. 29,1,13,4 (*Ulp. XLV ad ed.*).

* **PRIUSQUAM ADIRE IUBERET + SERVUM**: D. 29,4,28 (*Maec. IV fid.*).

³⁷* **HEREDITARIUS + ANTE ADITAM HEREDITATEM**: D. 40,4,58 (*Maec. III fid.*).

³⁸ El núcleo principal de las fuentes indicadas está formado por justinianeas, básicamente del Digesto; les siguen en cuanto a número otras que se encuentran en el Código y finalmente alguna de las Instituciones.

En cuanto a fuentes prejustinianeas, de menor peso por lo que se refiere a su cantidad, hemos hallado un texto de los Fragmentos Vaticanos que se repite en el Digesto; dos de las Sentencias de Paulo; uno del Epítome de Ulpiano y otro perteneciente a una interpretación a las Sentencias de Paulo.

El enfoque eminentemente jurídico con que está concebido nuestro trabajo, unido al elevado número de fuentes halladas sobre dicha materia, justifica que nos centremos en las mismas, manifestando, eso sí, la posibilidad de abordar un estudio posterior que recoja las fuentes literarias -si las hubiera- en las que aparezca la figura en estudio.

decimonónica como la moderna, justifican que nos decidiésemos -en su momento- a utilizarla de forma prácticamente exclusiva durante todo nuestro trabajo.

Esto es, la expresión *servus hereditarius* será la que unificará en un solo significante la idea principal del sujeto cuyo estudio pretendemos abordar.

2.- El haber adoptado una única denominación para aludir a la figura que va a centrar nuestro trabajo -*servus hereditarius*-, nos obliga, como paso siguiente, a perfilar los posibles valores asignados a la misma. Así:

* centrándonos en el sentido literal o amplio -que entendemos pudo corresponderse con su primitiva significación- la expresión *servus hereditarius* se refiere al esclavo -*servus*- que forma parte, o que algún momento formó parte de una herencia -*hereditas-hereditarius*-, entendiendo por *hereditas* el conjunto de derechos y de obligaciones que se transmiten con el fallecimiento del causante.

Esto es, el *servus hereditarius* es el esclavo de la herencia.

* ahora bien, si trasladamos dicha expresión al lenguaje jurídico, o lo que es lo mismo, en un intento de lexicalizar jurídicamente dicha expresión, el significado de la misma queda reducido -en la mayoría de las fuentes jurídicas romanas- al supuesto del esclavo que pertenece a una herencia, pero entendida ésta en un sentido estricto, circunscrito a una de las posibles situaciones en que puede encontrarse una

herencia, a saber: en el período de tiempo que media desde el fallecimiento del causante hasta la adición.

O sea, el *servus hereditarius* es el esclavo de la herencia yacente.

Circunstancia ésta que, apenas advertida por la mayoría de la doctrina, fue levemente destacada por algunos autores. En este sentido, v.g., ya BUCKLAND, en su estudio sobre la esclavitud, sin definir directamente al esclavo hereditario, alude a la idea de un sentido técnico del término *servus hereditarius*: <<...the slave having of course ceased to be a *servus hereditarius* in the technical sense³⁹.>>

BONFANTE, por su parte, es de los pocos que se detiene para afirmar lo siguiente: <<Lo schiavo che fa parte dell'eredità giacente, cioè il *servus hereditarius*⁴⁰.>>

Indirectamente parece deducirse una interpretación jurídica de la expresión *servus hereditarius* de las siguientes palabras de VOCI: <<Lo schiavo, la cui manomissione sia stata disposta nel testamento del padrone, diventa libero dal giorno in cui l'erede acquista l'eredità: dunque è anch'egli un *servus hereditarius* durante la giacenza⁴¹.>>

³⁹ Cfr. BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 259.

⁴⁰ Cfr. BONFANTE, *Corso de Diritto romano*, vol. VI (*Le Successioni*), Milano, 1974 (reimpr. revisada por Giuliano BONFANTE y Giuliano CRIFO), p. 254.

Con idénticos términos se expresa posteriormente ROBBE, *La <<Hereditas iacet>>...*, cit., p. 5.

⁴¹ Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1967, p. 551.

V. LÜBTOW, tratando la concesión de legados afirma lo siguiente: <<Der Erbschaftssklave ist *hereditate iacente* ohne Herrn⁴².>>

Finalmente ORESTANO, inicia su análisis sobre la herencia yacente justificando la denominación del esclavo hereditario con el siguiente argumento: <<Ma l'ipotesi più frequente era che l'attività fosse svolta da uno schiavo che era appartenuto al defunto e che in questa veste era detto *servus hereditarius*⁴³.>>

Ciertamente, más que hablar de un esclavo especial, nos encontramos ante un *servus* durante un determinado período de tiempo, en el cual, y en base a unas determinadas circunstancias, es preciso arbitrar unas normas específicas.

Por lo tanto, si cabe hablar de la especialidad del esclavo hereditario, debe afirmarse que la misma parte de una serie de hechos externos que al modificar los caracteres personales e incidir en su concreta regulación, hacen que lo que sería meramente un espacio de tiempo -yacencia de la herencia- ofrezca una influencia básica en la regulación de los actos de dicho esclavo.

Sin embargo, no hay que olvidar que un término, aún habiendo logrado su lexicalización jurídica, es frecuente que siguiese utilizándose, incluso en el marco del

⁴² Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 615.

⁴³ Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., p. 8.

derecho, en su acepción literal-vulgar o amplia⁴⁴.

Por vía de síntesis, las principales consecuencias que tras el breve examen de las fuentes jurídicas se aprecian, confirman la idea que pretendíamos establecer en un inicio: en las fuentes jurídicas romanas aparece el término *servus hereditarius* entendido en un sentido estricto o jurídico, no con un carácter literal o amplio.

3.- Establecidas las acepciones -literal y jurídica- de la expresión *servus hereditarius* resta, a nuestro juicio, delimitar los caracteres personales que distinguen al esclavo de la herencia -sentido amplio- del esclavo de la herencia yacente -sentido estricto-.

La razón es la siguiente: pretendemos individualizar la figura que va a centrar nuestro trabajo de los otros esclavos que, pudiéndose calificar de hereditarios, no lo son en el sentido jurídico de la palabra, y por lo tanto, no participan de la regulación especial que los juristas romanos establecieron en los supuestos de los *servi hereditarii*.

En nuestra opinión, dichas características personales fueron causa principal de la regulación especial aplicada a dicho sujeto.

⁴⁴ Cfr. al respecto, y referido al Depósito, PANERO, *DEPONERE Y REDDERE en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989, p. 23.

Y una muestra de ello la tenemos en MAYNZ, quien indistintamente utiliza la expresión esclavo hereditario, en sentido jurídico y literal.

Cfr. MAYNZ, *Curso de Derecho romano*, tomo III, 2ª ed., Barcelona, 1892 (trad. por Antonio José POU y ORDINAS de la 4ª ed. francesa *Cours de Droit romain*, Bruxelles, 1876), pp. 552 y 553 n. 22.

En todo caso, tanto en la figura del esclavo de la herencia, como del esclavo de la herencia yacente -a partir de ahora, *servus hereditarius*- confluyen siempre estos dos elementos:

- la esclavitud -*servus*- y
- una *sucesión mortis causa hereditarius*-.

Partimos de un esclavo -S-, objeto de nuestro estudio, cuyo dueño ha fallecido -*sucesión mortis causa*-, para pasar a analizar -de forma simplificada y atendiendo a datos elementales⁴⁵- dos de las situaciones que podían producirse:

- A) apertura de la sucesión testamentaria, o
- B) apertura de la sucesión intestada, lo que significaba que su dueño no había testado, o que su testamento, por alguna circunstancia, no era eficaz⁴⁶.

Comenzamos pues, por la primera de las situaciones planteadas, con la finalidad de establecer las consecuencias básicas que, en la persona del *servus*, derivan tras el fallecimiento del dueño.

⁴⁵ Por lo tanto nuestra exposición, en un intento de simplificar al máximo los supuestos dado el carácter meramente introductorio de este apartado, y para poder acceder con ello a conclusiones evidentes, quedará reducida a las hipótesis más sencillas, sin que por supuesto esto excluya la posibilidad de plantear otras mucho más complejas.

⁴⁶ Las circunstancias aludidas en la nota anterior justifican que descartamos la posibilidad de analizar el supuesto de una sucesión contra testamento.

A) APERTURA DE LA SUCESION TESTAMENTARIA: posibilidades que se podían, a su vez, producir:

- 1/ que el propio esclavo -S- fuese heredero o,
- 2/ que se hubiese nombrado como heredero a otra persona -X-.

A.1/ Que el *de cuius* hubiese nombrado heredero a S, convirtiéndolo por lo tanto, en heredero necesario⁴⁷.

Las consecuencias -básicas, matizamos de nuevo- que inmediatamente derivaban de dicha situación eran las siguientes⁴⁸:

A.1.1/ *status libertatis*: S pasa -*ipso iure*- de ser esclavo a libre. Se convierte en un liberto, y, en principio, dada la forma en que se produce la manumisión, el patrono era el antiguo dueño, de donde S no tiene ni siquiera un patrono;

A.1.2/ *status civitatis*: S adquiere también la ciudadanía romana, ya que se trata de una *manumissio* solemne (testamentaria directa);

A.1.3/ *status familiae*: S pasa de ser *alieni iuris* a *sui iuris*, lo que supone que no tiene dueño que ejerza sobre él *dominica potestas*;

A.1.4/ tanto desde un punto de vista jurídico como práctico, se considera que

⁴⁷ Vid. al respecto, por todos, *Ep. Ulp.* XXII,24.

⁴⁸ A efectos de claridad, utilizaremos la conocida tripartición de los *status*, no sin antes advertir, que se trata de una cuestión sobre la que no comulga toda la doctrina.

Cfr. por todos, D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 271 n. 208. 3.

dicho sujeto nunca perteneció a la masa de bienes hereditarios -sí perteneció, en su día, al patrimonio del causante-; en definitiva, nunca se incluyó en la herencia.

A.1.5/ en cuanto a la regulación de sus actos jurídicos hay que señalar que, en principio, al adquirir capacidad jurídica, los actos que S realice, a partir del fallecimiento de su dueño, engrosan directamente su patrimonio.

A.2/ Que el *de cuius* hubiese designando a otra persona -X- como heredero en el testamento.

Nos detenemos a analizar las consecuencias que dicho acontecimiento produce en la persona de S, advirtiendo que, en este caso, los posibles supuestos, a su vez, se diversifican:

* Hipótesis de heredero suyo y necesario⁴⁹ y siguiendo la esquemática establecida en el supuesto anterior:

A.2.1./ *status libertatis*, no se produce en principio⁵⁰, ninguna modificación del mismo; por lo tanto, S sigue siendo un esclavo.

A.2.2/ *status civitatis*, tampoco hay ninguna variación básicamente como consecuencia de que sigue siendo un esclavo.

A.2.3/ *status familiae*, sí que hay un cambio importante puesto que con el

⁴⁹ Vid. al respecto, por todos, *Ep. Ulp. XXII,14*.

⁵⁰ Recordamos que dado el carácter introductorio de esta parte, no introducimos supuestos posibles de manumisiones testamentarias.

fallecimiento del *dominus* tiene lugar un cambio automático en cuanto a la titularidad de S, que pasa a pertenecer a X; por lo tanto hay una modificación de la persona que ejerce la *dominica potestas*.

A.2.4/ Tanto desde un punto de vista jurídico como práctico, S forma parte de los bienes hereditarios, o sea de la herencia. Es una *res hereditaria*.

A.2.5/ En cuanto a la regulación de sus actos jurídicos, todos los que realice van a engrosar directamente el patrimonio de su nuevo dueño.

* Hipótesis de heredero extraño o voluntario⁵¹: la consecuencia inmediata es la apertura de un período de yacencia de la herencia. Los romanos dicen que la herencia yace, descansa en espera de ser adida por los futuros herederos⁵²:

A.2.1/ *status libertatis*, las consecuencias son las mismas que en el supuesto anterior, por lo tanto, en principio, no hay modificación alguna.

A.2.2/ *status civitatis*, las consecuencias son las mismas que en el supuesto anterior, de nuevo sin modificación.

A.2.3/ *status familiae*, también se produce con el fallecimiento del causante un cambio importante ya que S no tiene un dueño actual, aunque espera tenerlo, y eso es lo que lo diferencia del esclavo que pertenece a una herencia vacante⁵³.

A.2.4/ Tanto jurídicamente como en la práctica S forma parte de los bienes hereditarios.

⁵¹ Vid. al respecto, por todos, *Ep. Ulp. XXII,25*.

⁵² Vid. por todos D. 37,3,1 *pr. (Pap. XV quaest.)*: "...bona iaceant...".

⁵³ Interesante se presenta la comparación que, de las mencionadas situaciones de la herencia, realizó CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 116-118.

A.2.5/ En cuanto a la regulación de sus actos jurídicos hay que señalar que incide tanto su condición servil, como el hecho de que en ese tiempo no tiene dueño al cual referir dichas actuaciones. Eso es lo que provocará, en definitiva, que surjan una serie de normas específicas en un intento de mantener la actuación de S como simple esclavo.

B) APERTURA DE LA SUCESION INTESTADA: para algunos autores⁵⁴ se abre un espacio de tiempo similar al de la yacencia de la herencia cuando hay herederos voluntarios.

En todo caso, aunque nosotros nos hemos centrado en la yacencia producida por esta última causa, la regulación en atención al esclavo hereditario puede aplicarse a este supuesto también⁵⁵. La idea central es la misma: la existencia de un patrimonio sin sujeto titular durante un determinado plazo de tiempo.

Consiguientemente, en todas aquellas situaciones en las cuales, a causa del fallecimiento de una persona, se haya producido un lapso de tiempo en el cual se pueda hablar de patrimonio sin sujeto titular, siempre y cuando en dicho patrimonio hayan esclavos, dichos esclavos se calificarán jurídicamente de *hereditarii*.

⁵⁴ Cfr., por todos, SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960 (trad. por José SANTA CRUZ TEIGEIRO de la ed. inglesa *Classical Roman Law*, Oxford, 1951), p. 279.

⁵⁵ Así Ulpiano, en D. 47,4,1,8 *XXXVIII ad ed.*, señala lo siguiente: "<<Ante aditam hereditatem>> sic accipere debemus: antequam vel ab uno adeatur hereditas;...".

A través del siguiente cuadro resumimos parte de los caracteres indicados hasta el momento en relación al *servus*, y que nos van a servir de pauta para alcanzar el objetivo deseado: diferenciar al esclavo de la herencia, del *servus hereditarius*⁵⁶.

<i>S = HERES NECESSARIUS</i>	<i>HERES SUUS</i>	<i>HERES EXTRANEUS</i>
liberto	esclavo	esclavo
¬patrono	nuevo dueño	¬dueño (temporalmente)
¬bien hereditario	bien del patrimonio del dueño	bien hereditario
sus actos jurídicos se regulan por las normas de los libres	sus actos jurídicos se regulan por las normas de los esclavos	sus actos jurídicos se regulan por las normas de los esclavos hereditarios

Es evidente que, en los supuestos en que el propio esclavo sea nombrado heredero por su dueño, debe negársele la calificación de *servus hereditarius* por las siguientes razones: no es un esclavo y además él es el dueño del patrimonio hereditario.

Centramos pues nuestra atención en las otras dos hipótesis que aparecen en el cuadro. Así, en la segunda columna -sucesión con herederos domésticos- en principio, los esclavos que formen parte del patrimonio hereditario sí podrán ser calificados de

⁵⁶ ¬ = negación de la frase que sigue.

servi hereditarii, pero en el sentido amplio o literal de dicho término, nunca en el estrictamente jurídico.

La razón es la siguiente: dichos esclavos tienen un dueño al cual referir sus adquisiciones, por lo que en definitiva comparten todas las características de los esclavos, lo que hace que se regulen por las normas aplicables a éstos.

Sin embargo, el supuesto planteado en la tercera columna -sucesión con herederos voluntarios- es el que va a centrar nuestra atención; esto es, los esclavos que formen parte de la herencia yacente, también deberán ser calificados de *servi hereditarii*, pero esta vez, en su sentido jurídico; la razón es la siguiente: se trata de esclavos que no tienen dueño al cual referir sus adquisiciones, lo que traerá como consecuencia inmediata, la aplicación a los mismos de una regulación específica creada con la única intención de mantener al máximo la capacidad que se les reconoce como esclavos.

4.- Adentrando un poco más en el sentido jurídico del término *servus hereditarius*, los elementos que expondremos a continuación creemos servirán para acabar de perfilar la figura en estudio:

- *Servus hereditarius*: esclavo de una herencia yacente.

- **Requisitos:**

- 1) ser parte de los bienes hereditarios
- 2) no tener dueño temporalmente
- 3) ser un esclavo

- **Causas que originan dicha calificación:**

- 1) una sucesión mortis causa
- 2) la falta de adición de la herencia

- **Consecuencias jurídicas:** durante un período de tiempo se regula por unas normas especiales, sin que deje por ello de perder su carácter de esclavo, y sin que ello produzca que, cuando desaparezcan dichas circunstancias, ese esclavo pierda el calificativo de hereditario, para convertirse de nuevo en un simple esclavo. La condición jurídica del esclavo es la misma, en el sentido de que sigue siendo un esclavo y en abstracto se le reconocen las mismas facultades en todos los órdenes. Sin embargo, en base a la falta de dueño, la VALIDEZ y la EFICACIA de determinados actos, varía respecto al régimen general.

- **Solución a dicha situación:** se arbitra a través de las teorías sobre la herencia yacente. Con ellas se intentarán suplir las consecuencias derivadas de la carencia de dueño.

- **Fin de la misma:** sólo con el cese de una de las causas -concretamente la falta

de dueño- vuelve a regularse por las normas generales de los esclavos, y por lo tanto, pierde la calificación de hereditario.

De lo analizado hasta el momento creemos estar en disposición para poder establecer una propuesta del concepto jurídico del término *servus hereditarius*.

Así, a nuestro juicio, el *servus hereditarius* es el esclavo que, formando parte de los bienes hereditarios - "...*ex re hereditaria...*" (D. 12,1,41 *Afr. VIII Quaest.*)- , no tiene un dueño actual - "...*in nullius sit potestate...*" (D. 15,1,3 *pr. Ulp. XXIX ad ed.*)- aunque espera tenerlo - "...*antequam vel ab uno adeatur hereditas...*" (D. 47,4,1,8 *Ulp. XXXVIII ad ed.*)-.

III. SEGUNDA PARTE

CIVILES ADQUISITIONES ALIENATIONESVE:

ius quod ad res pertinet

A. SINGULARUM RERUM ADQUISITIONES ET ALIENATIONES

CAPITULO 1°

DE STIPULATIONE SERVORUM

INDICE DEL CAPITULO

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA *STIPULATIO*

1.1. DEL ESCLAVO

1.1.1. "*Si servus...stipuletur...valere stipulationem*"

a) *Gai II,87*

b) *D. 45,3,3 (Ulp. V ad Sab.)*

1.1.2. "*Servus ex persona domini ius stipulandi habet*"

a) *D. 45,3,40 (Pomp. XXXIII ad Quint. Muc.)*

b) *Inst. Iust. 3,17 pr.*

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. "*Si servus hereditarius stipulatus fuerit...*"

a) *D. 36,1,27,1 (Iul. XL dig.)*

b) *D. 45,3,25 (Ven. XII stip.)*

c) *D. 49,17,14,1 (Pap. XXVII quaest.)*

d) *D. 5,3,14 (Paul. XX ad ed.)*

1.2.2. "*Quotiens servus hereditarius stipulatur...ex persona defuncti vires assumit...*"

a) *D. 41,1,33,2 (Ulp. IV disp.)*

1.2.3. "*Ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit...*"

a) *D. 45,3,26 (Paul. I man. = Vat. Fr. 55)*

b) D. 45,1,73,1 (*Paul. XXIV ad ed.*)

c) *Inst. Iust.* 3,17 *pr.*

d) D. 44,3,4 (*Iav. VII ep.*)

e) D. 45,3,25 (*Ven. XII stip.*)

2. DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ESTIPULAR

2.1. DEL ESCLAVO

2.1.1. *"Sive mihi sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter dari servus meus stipuletur..."*

a) D. 45,3,1 *pr.* (*Iul. LII dig.*)

b) D. 45,3,15 (*Flor. VIII inst.*)

c) *Inst. Iust.* 3,17,1

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO. PROBLEMATICA PLANTEADA EN TORNO A SU VALIDEZ

2.2.1. *"Quod si stipulatus...nominatim, forte Titio*

domino suo mortuo iam dari stipulatus

sit...; quod si sibi dari stipulatus esset"

a) D. 12,1,41 (*Afr. VII quaest.*)

b) D. 45,3,18,2 (*Pap. XXVII quaest.*)

2.2.2. *"Servus hereditarius...hereditati recte stipulatur"*

a) D. 45,3,35 (*Mod. VII reg.*)

2.2.3. *"Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit...Cassius respondit posse..."*

a) D. 45,3,28,4 (*Gai III de verb. oblig.*)

b) D. 45,3,18,2 (*Pap. XXVII quaest.*)

c) D. 45,3,16 (*Paul. IV reg.*)

d) D. 45,3,35 (*Mod. VII reg.*)

*DE STIPULATIONE SERVORUM*⁵⁷

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA *STIPULATIO*⁵⁸

1.1. DEL ESCLAVO

En las fuentes jurídicas romanas⁵⁹ se pueden encontrar numerosos indicios de lo que, en palabras de ARANGIO-RUIZ⁶⁰, se ha llegado a calificar como <<fulcro del

⁵⁷ Es de advertir, que el criterio adoptado en la mayoría de los capítulos, a la hora de exponer los fragmentos, ha sido el cronológico.

⁵⁸ Cfr. cuidada bibliografía recogida por CASTRESANA, *Derecho Romano de obligaciones*, Homenaje al profesor José Luis MURGA, Madrid, 1994, p. 462.

La importancia, interés y singularidad de esta figura ha sido siempre destacada por la romanística.

Así sirvan como ejemplo: KASER, en *RP* I, p. 538, afirma lo siguiente: <<ist eine der wichtigsten und originellsten Schöpfungen des römischen Rechts>>; según MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, pp. 313-314, <<puede servir para recubrir de fuerza jurídica las más variadas convenciones, que así quedan dotadas de acción>>; y desde un punto de vista meramente práctico, IGLESIAS, en *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11^a ed. revisada con colaboración de Juan IGLESIAS-REDONDO, Barcelona, 1993, p. 391, lo califica como <<el medio idóneo para dotar de eficacia jurídica a acuerdos de voluntades de vario contenido...no deberíamos hablar al referirnos a ella de un contrato sino del contrato>>.

⁵⁹ Vid. principales fuentes en *Gai* III, 92-115; *Inst. Iust.* 3,17; D. 45,1 ; C. 8,38 (37).

⁶⁰ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli, 1983 (reimpr. anastática de la 14^a ed. de 1960), pp. 323-324.

De forma muy parecida se manifestó RICCOBONO señalando <<la stipulatio è il fulcro di tutto il sistema delle obbligazioni...>>.

Cfr. RICCOBONO, *Corso di Diritto romano. Stipulationes Contractus Pacta*, Milano, 1935, p. 1.

sistema contrattuale romano>>: la *stipulatio*.

Así, por ejemplo, en D. 45,1,5,1 (*Pomp. XXVI ad Sab.*), la estipulación queda definida de la siguiente forma:

"Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit."

Se trata pues -como precisa MACQUERON⁶¹- esencialmente de un diálogo, entre un futuro acreedor denominado estipulante -"*stipulator*"-, y un futuro deudor denominado promitente -"*promissor*"-; el primero de ellos formula una pregunta y el segundo contesta -"*interrogatio et responsio*"-⁶², y sobre esta base: "*Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*" (D. 45,1,83 *pr. Paul. LXXII ad ed.*).

Sin entrar en lo que es propiamente la estipulación -ya que ello excedería los objetivos de este trabajo- nos centraremos en el análisis de esta figura:

- * primero en relación con los esclavos, y
- * segundo, conectándolo directamente con el *servus hereditarius*.

⁶¹ Cfr. MACQUERON, *Histoire des Obligations. Le droit romain*, 2^a ed., Aix-en-Provence, 1975, pp. 40 y 46.

⁶² En este sentido en D. 45,2,1 (*Mod. II reg.*) se afirma lo siguiente:

"Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi habetur."

Basta con observar que en *sedes materiae*, D. 45,1, "*De verborum obligationibus*" se inicia⁶³ advirtiendo precisamente de la posibilidad de que una persona estipule por medio de un esclavo, lo que evidencia la importancia del tema que nos ocupa.

1.1.1. "*SI SERVUS...STIPULETUR...VALERE STIPULATIONEM*"⁶⁴

Siendo la *stipulatio* el contrato verbal más importante en Roma, y no siendo ajena a la sociedad romana la esclavitud, no puede sorprender que existan -tal y como lo anuncia SCHERILLO⁶⁵- numerosas y variadas fuentes a través de las cuales se

⁶³ "*Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*" (D. 45,1,1 pr. Ulp. XLVIII ad Sab.)

⁶⁴ Los compiladores dejaron testimonio de la importancia de las estipulaciones realizadas por los esclavos, a través de la creación de dos títulos relativos a dicha forma contractual: uno de ellos insertado en el Digesto (D. 45,3 *De stipulatione servorum*), y el otro en las Instituciones (*Inst. Iust.* 3,17, con idéntica denominación).

Un dato curioso en relación al título del Digesto señalado: la mayor parte de los fragmentos allí recogidos regulan la estipulación del esclavo común.

Vid., entre otros, D. 45,3,1,2.4.6 (*Iul. LII dig.*); D. 45,3,2 (*Ulp. IV ad Sab.*); D. 45,3,4 (*Ulp. XXI ad Sab.*); D. 45,3,5 (*Ulp. XLVIII ad Sab.*); D. 45,3,7 (*Ulp. XLVIII ad Sab.*); D. 45,3,8 (*Gai sing. de Cas.*); D. 45,3,9 (*Ulp. XLVIII ad Sab.*); D. 45,3,11 (*Ulp. XLVIII ad Sab.*); D. 45,3,12 (*Paul. X quaest.*).

También recogen las fuentes la posibilidad de que un dueño estipule para su esclavo, o de que un hijo estipule para un esclavo, adquiriendo, en ambos casos, el que tiene la potestad.

Como advierte SCHERILLO, la estipulación del dueño en favor del esclavo debe ser *in dandi*, afirmando la nulidad de las mismas si son *in faciendo*. Vid. D. 45,1,39 (*Paul. XII ad Sab*) y D. 45,1,40 (*Pomp. XXVII ad Sab.*).

Cfr. SCHERILLO, *Sulla stipulazione del servus e del filiusfamilias, Studi in onore di Pietro BONFANTE*, vol. IV, Milano, 1930, pp. 216 y 236 n. 119.

⁶⁵ Cfr. SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., p. 223.

refleja la posibilidad de que un *servus* estipulase en favor de su *dominus*.

Sirva de ejemplo *Gai* II,87, fragmento en el que aparece dicha posibilidad, enfocada desde el punto de vista de las adquisiciones:

*"Igitur...quod serui nostri mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur, siue quid stipulentur, uel ex aliaqualibet causa adquirunt, id nobis acquiritur; ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest."*⁶⁶

Reiterando lo señalado, entre otros, por SCHULZ⁶⁷, es a partir de la época clásica cuando se tiende a una flexibilidad del formalismo típico de la estipulación⁶⁸,

⁶⁶ Siendo ocioso el recordar que *"In potestate itaque sunt serui dominorum..."* (*Gai* I,52). En el mismo sentido, *Ep. Ulp.* XIX,18:

"Acquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate manu, mancipiue habemus. Itaque si quid mancipatio puta acceperint aut traditum eis sit uel stipulati fuerint, ad nos pertinet."

No debe oscurecer dicha permisibilidad el hecho de que *Gai* III,104 califique la estipulación del esclavo como *"inutilis"*, ya que como matiza BUTI, dicho texto está enfocado desde el punto de vista de la persona que se obliga (*servus*).

Así, para Gayo el esclavo civilmente no obliga a su dueño, sino simplemente adquiere para él. El fundamento de dicha afirmación hay que buscarlo en las rígidas normas del *ius civile* que se manifiestan a lo largo de toda la obra de Gayo.

Cfr. al respecto, BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei <<serui>>*, Camerino, 1976, p. 113.

⁶⁷ Cfr. SCHULZ, *Der.rom.clás.*, cit., p. 455; en igual sentido también, MACQUERON, *Histoire des Obligations...*, cit., p. 47.

⁶⁸ En este sentido RICCOBONO afirma lo siguiente: <<Perciò, la *stipulatio* offre, il modello e l'esempio più completi di quel processo di attenuazione delle forme solenni, che si riscontra in tutti gli istituti di diritto; mentre, d'altra parte, essa apparisce come lo strumento più gagliardo dell'unificazione del diritto in tutto l'Imperio>>.

admitiéndose la realizada por los esclavos en favor de sus dueños.

Lo que quedó matizado por BIONDI, en el sentido de que la *stipulatio* del esclavo no constituía un tipo de representación, y ni tan siquiera, la realización de un acto jurídico a través de la figura del *nuntius*⁶⁹.

El fragmento del Digesto que nos ha servido de epígrafe -D. 45,3,3 (*Ulp. V ad Sab.*)-, aun regulando un supuesto especial es, a nuestro juicio, el más claro y conciso a la hora de afirmar la posibilidad de estipular de los esclavos:

*"Si servus rei publicae vel municipii vel coloniae stipuletur, puto valere stipulationem."*⁷⁰

Incluso la *stipulatio* realizada por un esclavo de la república, de un municipio o de una colonia, es válida -"puto valere"- según el parecer de Ulpiano⁷¹.

Cfr. RICCOBONO, Voz *Stipulatio*, *NNDI XVIII* (1971), p. 446.

⁶⁹ Cfr. BIONDI, *Contratto e Stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953, p. 314.

⁷⁰ En el mismo sentido vid. D. 45,3,4 (*Ulp. XXI ad Sab.*); D. 45,3,13 (*Ulp. XLVIII ad Sab.*); D. 45,3,40 (*Pomp. XXXIII ad Quint. Muc.*); C. 8,38,14 *pr.* y 1 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.*).

⁷¹ Sin embargo, las fuentes también recogen la invalidez de determinadas estipulaciones realizadas por los esclavos.

Vid., al respecto, entre otros, *Gai III*,97.97^a.98.99.100.101.102.103.104; D. 45,3,1,1.3.4 (*Iul. LII dig.*); D. 45,3,9,1 (*Ulp. XLVIII ad Sab.*); D. 45,3,10 (*Ulp. LII dig.*); D. 45,3,11 (*Ulp. XVIII ad Sab.*); D. 45,3,18,1 (*Pap. XXVII quaest.*); D. 45,3,21 (*Ven. I stip.*); D. 45,3,22 (*Ner. II resp.*); D. 45,3,38 (*Pomp. V. ad Quint. Muc.*).

1.1.2. "SERVUS EX PERSONA DOMINI IUS STIPULANDI HABET"

Siendo la *stipulatio* un acto del *ius civile* el esclavo carecía, en principio, de la capacidad requerida para estipular.

Sin embargo, la aceptación de esta forma de contratar en la persona de los esclavos nos conduce a preguntarnos lo siguiente: ¿de quién <<recogía⁷²>> el *servus* la mentada capacidad?

Para dar respuesta a esta cuestión, partimos del principio que afirma la incapacidad patrimonial de los *servi* recogido, entre otros⁷³, en D. 45,3,40 (*Pomp. XXXIII ad Quint. Muc.*):

"Quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum erit, quia potestas eius tunc, cum id contraheret, nostra fuit..."

⁷² Se entiende, en un sentido metafórico del verbo.

⁷³ Sirva, por todos, D. 1,6,1,1 (*Gai I inst.*):

"Igitur in potestate sunt servi dominorum: quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse: et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur."

Esto es, las adquisiciones de los esclavos revertían *-ipso iure-* en el patrimonio del *dominus*; por lo tanto, era el propio dueño el que adquiriría de forma directa los efectos de las estipulaciones.

El fragmento transcrito confirma la idea señalada sobre el destino de las adquisiciones de los esclavos, incluso para aquellos supuestos en los cuales se retrasa la eficacia de dicho acto, al tiempo de la enajenación o de la manumisión del esclavo, tomando como punto de referencia el momento de la perfección de dichos actos.

Así desde que un acto jurídico -utilizando terminología pandectística- realizado por un esclavo es perfecto, los efectos del mismo recaen sobre la persona que en ese momento es su dueña; independientemente, por lo tanto, de las circunstancias que se produzcan con posterioridad.

Todo ello condujo, a nuestro juicio, a la siguiente afirmación sobre la determinación de la capacidad del *servus* de estipular, recogida en *Inst. Iust. 3,17 pr.:*

"Servus ex persona domini ius stipulandi habet..."

El esclavo tiene, por la persona del dueño, el derecho de estipular. Esto es, la capacidad del *dominus* es la que se tiene en cuenta a la hora de determinar la del esclavo; ya que en definitiva es el dueño el que va a adquirir los efectos de dicho acto.

En síntesis, como acertadamente señala ORESTANO: <<È noto che in diritto romano lo schiavo poteva validamente impegnarsi con stipulatio, in quanto ripeteva dal dominus la capacità>>⁷⁴.

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. "SI SERVUS HEREDITARIUS STIPULATUS FUERIT..."

Centramos ahora nuestro estudio en la *stipulatio* del *servus hereditarius*, cuyo régimen fue acertadamente calificado por VOICI de <<paradigmatico>>⁷⁵.

El objetivo de este apartado consiste simplemente en confirmar, a través del testimonio de las fuentes, la posibilidad de estipular de los *servi hereditarii*.

El carácter e importancia práctica de la estipulación hace que sean numerosos los fragmentos que, analizando otras diversas cuestiones, toman como ejemplo la *stipulatio* del esclavo hereditario; lo que, a su vez, justifica que no nos hayamos detenido en el análisis de cada uno de ellos.

Comenzamos con D. 36,1,28(27),1 *i. f.* (*Iul. XL dig.*), en el que, regulando un supuesto de restitución de una herencia sospechosa por parte de un heredero

⁷⁴ Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., p. 9.

⁷⁵ Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 518.

voluntario, se anuncia dicha posibilidad:

*"...sed si quid ante aditam hereditatem servus stipulatus fuisset..., id restitui
debebit..."⁷⁶*

En D. 45,3,25 (*Ven. XII. stip.*), se afirma no sólo la posibilidad de que un *servus hereditarius* estipule, sino también de que reciba fiadores:

"Si servus hereditarius stipulatus fuerit et fideiussores acceperit..."⁷⁷

D. 49,17,14,1 (*Pap. XXVII quaest.*), por su parte, nos da noticia de un supuesto de estipulación de un esclavo hereditario perteneciente a un peculio castrense:

*"Proxima species videtur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus
interim stipulatus est..."⁷⁸*

⁷⁶ Nos encontramos ante uno de los pocos fragmentos del Digesto en que, excepcionalmente, se utiliza el término *servus hereditarius*, tanto para calificar al esclavo de una herencia yacente, como al de una herencia ya aceptada.

Sin embargo, entendemos que dicho empleo queda justificado por el hecho de que se regula un supuesto especial: aquél en el que el heredero voluntario restituye la herencia aceptada, por sospechosa. Por lo tanto, se trata de una adición que podría ser calificada, por el momento, de ineficaz.

⁷⁷ En relación a este texto y, en general, a la constitución de garantías personales durante la yacencia cfr. interesante trabajo de CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 115-177.

⁷⁸ Este párrafo debe ponerse en relación con el principio del fragmento al que pertenece (D. 49,17,14 *pr*):

Por último traemos a colación D. 5,3,14 (*Paul. XX ad ed.*) fragmento en el que, determinando las características de los deudores hereditarios, se afirma la posibilidad de que alguien prometa algo a un esclavo hereditario:

"Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. debitor autem hereditarius intellegitur is quoque, qui servo hereditario promisit..."

Todas las fuentes transcritas presentan una nota común: en ellas no aparece referencia alguna a las teorías de la herencia yacente.

A nuestro juicio, la razón que justifica dicha ausencia es la siguiente: la facultad de estipular reconocida al *servus hereditarius* es simple reflejo de su condición servil. O sea, el esclavo hereditario es ante todo un esclavo, y como tal, participa -como veremos- de la mayoría de las facultades que a ellos se les reconocen⁷⁹.

1.2.2. *"QUOTIENS SERVUS HEREDITARIUS STIPULATUR...EX PERSONA DEFUNCTI VIRES ASSUMIT..."*

Como veíamos en el apartado 1.1.2, los esclavos tienen por sus dueños el derecho

"Filius familias miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis heredibus: quibus cessantibus iure pristino peculium pater habebit."

⁷⁹ En esta misma línea de interpretación parece manifestarse JHERING, cuando afirma que la estipulación del *servus hereditarius* fue aceptada por juristas como Labeón, Casio o Celso, siendo desconocida por ellos, la ficción de la personalidad de la herencia yacente. Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 169.

de estipular. Esto es, el *servus* precisa de la capacidad del *dominus* para estipular⁸⁰.

Sin embargo, el supuesto del *servus hereditarius* plantea el problema de que no tiene un dueño actual que le confiera dicha capacidad.

Por lo tanto, la cuestión que ahora nos planteamos es la siguiente:

¿quién otorga la capacidad necesaria para que el *servus hereditarius* estipule?

Comenzamos con la transcripción de D. 41,1,33,2 (*Ulp. IV disp.*):

*"Quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit⁸¹, ut Iuliano placet: cuius et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis."*⁸²

⁸⁰ En palabras de SCADUTO: <<La validità della stipulazione, cioè, dipende dalla capacità del domino, che la proietta, la partecipa al servo>>.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 43.

⁸¹ En relación a las modificaciones de este fragmento (*assumit-consumit; prevaluit-valuit*) cfr. por todos JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 197 n. 1.

⁸² La cuestión que estamos tratando, también se plantea al inicio de este fragmento -D. 41,1,33 *pr.* (*Ulp. IV disp.*)-, esta vez, en relación al esclavo que pertenece al peculio castrense:

"In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filii familias militis legatur, vel eo, quod stipulatur servus, tractatur apud Marcellum libro vicensimo, ex cuius persona vel stipulatio vires habeat vel legatum. et puto verius, quod et Scaevolae videtur et ipse Marcellus tractat, si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo, si adita non sit, ut in proprio patris esse spectanda:..."

El esclavo de un hijo de familia militar producía, con el fallecimiento de su dueño, una específica problemática, producto de la regulación del peculio castrense; regulación que no

La *species facti* contemplada es la siguiente: cuando un esclavo hereditario estipula (o recibe mediante entrega) -"*Quotiens servus hereditarius stipulatur (vel per traditionem accipit)*"- (el acto) adquiere su fuerza -"*vires assumit*"-, por la persona del difunto -"*ex persona defuncti*"-, como le parece a Juliano -"*ut Iuliano placet*"-; cuyo parecer prevaleció -"*cuius et valuit sententia*"-⁸³, opinando que se había de atender a la persona del testador -"*testantis personam spectandam esse opinantis*"-⁸⁴.

El siguiente esquema resume el contenido del fragmento:

abordaremos con profundidad -puesto que queda fuera de los objetivos de nuestro trabajo- pero de la que destacamos, a continuación, sus notas fundamentales.

Así, sólo si se adía la herencia del hijo de familia militar, los esclavos que formaban parte de su peculio podían calificarse durante la yacencia *servi hereditarii*, y por ende, sus actos debían haberse regulado atendiendo a dicha circunstancia. Por contra, si la adición no se producía, es *communis opinio* en doctrina, que debía interpretarse como si no se hubiese producido la apertura de la sucesión testamentaria; de donde, los bienes que componían el peculio del hijo de familia pasaban -retroactivamente- a formar parte del patrimonio del padre.

Sobre el peculio castrense, cfr. fuentes y bibliografía citada por KASER, *RP I*, p. 344 n. 27.

⁸³ Cfr. al respecto, JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., pp. 203-204.

ARNO apunta la posibilidad de que estos términos estuviesen interpolados, ya que el fragmento en estudio se refiere a las *Iuliani sententia*.

Cfr. ARNO, *Corso di Diritto romano. Diritto ereditario*, Torino, 1937-1938, pp. 179-180 y 183.

⁸⁴ El texto se completa, a nuestro juicio, con el siguiente, D. 41,1,34 (*Ulp. IV de cens.*):

"*Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatur est.*"

1ª) Sujeto activo	-----	<i>SERVUS HEREDITARIUS</i>
2ª) Acto jurídico	-----	<i>STIPULATUR (vel per traditionem accipit)</i>
3ª) Teoría aplicada	-----	<i>EX PERSONA DEFUNCTI VIRES ASSUMIT</i>
4ª) Opinión doctrinal ⁸⁵	-----	<i>UT IULIANO PLACET; CUIUS ET VALUIT SENTENTIA TESTANTIS PERSONAM SPECTANDAM ESSE OPINANTIS</i>

Los dos primeros apartados -relativos al sujeto activo y al acto jurídico realizado- son simplemente una repetición de lo señalado hasta el momento: se afirma la posibilidad de que un esclavo hereditario estipule.

Por lo que nuestro estudio se centrará en los apartados 3º y 4º: teoría aplicada y opinión doctrinal.

A nuestro juicio, la cuestión que subyace en D. 41,1,33,2 es la siguiente:

¿cómo adquiere validez -no eficacia⁸⁶- la estipulación realizada por un *servus*

⁸⁵ Cfr. al respecto, V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 605.

⁸⁶ No consideramos acertada la traducción que del término "*consumit*", en su caso, realiza GARCIA DEL CORRAL.

Cfr. al respecto, GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil romano*, 1ª parte, Digesto, tomo III, Barcelona, 1897, p. 310.

hereditarius?

Y la solución a la que se llega - "*ex persona defuncti vires assumit*" - es producto de la aplicación de una de las teorías sobre la herencia yacente: la teoría de Juliano, que considera continuada la personalidad del difunto hasta la adición de la herencia.

Esto es, el *servus hereditarius* puede estipular, por que toma la capacidad necesaria del dueño difunto; si dicha ficción⁸⁷ no se produjera, no podríamos hablar de validez de la estipulación del esclavo hereditario, y por lo tanto, menos aún de eficacia.

Dos cuestiones son las que entendemos requieren en este momento un estudio pormenorizado:

- a) por un lado, el porqué de la utilización de la teoría de Juliano;
- b) por otro, y como consecuencia del anterior, la afirmación de que D. 41,1,33,2 se refiere a la validez de la *stipulatio*.

Comenzamos con la primera de ellas: ¿por qué Ulpiano se decantó por la aplicación de dicha teoría?

⁸⁷ Si bien para algún autor antes que de ficción es preciso hablar de analogía, en nuestra opinión resulta más acertada la referencia a la ficción.

Cfr. por todos, GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano, Acciones Casos Instituciones*, 1ª ed. abreviada, Madrid, 1993, p. 535.

En nuestra opinión, resulta evidente que era ésta, y no otra teoría sobre la herencia yacente, la que podía proporcionar la solución más segura -a la vez que oportuna- dentro de los márgenes de ficción en que siempre nos movemos. Las razones son las siguientes⁸⁸:

* primero, la aplicación de la teoría que afirma que los bienes hereditarios son *res nullius* no hubiese solucionado la problemática planteada que, en sustancia, reclamaba la existencia de un dueño de los mismos, de quien <<recoger>> la capacidad necesaria⁸⁹;

* segundo, la aplicación de la teoría de la retroactividad de la aceptación, hubiese conllevado un problema de inseguridad jurídica, ya que, ¿qué efectos jurídicos produciría respecto de la estipulación realizada por el esclavo hereditario, la renuncia a la herencia, teniendo en cuenta que se tomó la capacidad del futuro heredero para

⁸⁸ Dada la diversidad de clasificaciones de las teorías sobre la herencia yacente, y la finalidad con que las analizamos en este momento, nos decantamos por exponer de forma simplificada aquéllas en las que suelen coincidir la generalidad de los autores.

⁸⁹ V. LÜBTOW, *Betrachtungen zur...*, cit., p. 604, remarca que Juliano en este punto no siguió las enseñanzas de su maestro Javoleno, quien en D. 28,5,65 (*Iav. VII ep.*) afirma lo siguiente: "...*quamvis is testamenti facti tempore nullius sit*".

No obstante, dos son las razones que, a nuestro juicio, justifican dicha circunstancia:

1^a/ justamente se atribuye a Juliano -y no a Javoleno- la creación de la teoría sobre la herencia yacente que prolonga la personalidad del difunto hasta la adición de la herencia; es normal que el creador utilice su propia teoría; y difícilmente podría emplearla quien no la concibió antes.

2^a/ los problemas abordados en ambos fragmentos son totalmente diferentes, por lo que es habitual -como comprobaremos a lo largo de nuestro trabajo- que para dar solución a los mismos, se empleen diferentes teorías.

dar validez a la misma?

La posibilidad de que el futuro heredero no llegase a ser dueño de dicho esclavo, contrariaba el principio señalado en líneas anteriores: *Servus ex persona domini ius stipulandi habet*⁹⁰;

* tercero, la no aplicación de la teoría que considera a la herencia como *domina* o *persona*, demuestra que ni siquiera en derecho justiniano, la posible personificación de la herencia, tuvo un alcance generalizado y efectivo.

Ya que, si realmente se llegó a considerar a la herencia *domina* o *persona* de los bienes hereditarios, ¿por qué se mantuvo la teoría de Juliano para dar validez a dicho acto?⁹¹

⁹⁰ Como acertadamente matiza ORESTANO, la teoría de la retroactividad cubrió muchas de las relaciones que se constituían durante la yacencia, pero se acabó por reconocer que la misma no solucionaba todos los problemas planteados.

Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., pp. 10-11.

⁹¹ Todo ello hace que nos separemos de la opinión de SCADUTO cuando afirma que la labor de los compiladores está presente en todo D. 41,1,33, matizando incluso que la regla general contenida en el párrafo 2º, es toda ella una inserción compilatoria.

SCADUTO fundamenta dicha afirmación en atención a la estructura del principio del mentado fragmento 33, ya que en él se regula, primero, el supuesto de un legado, al que los compiladores, según el autor, asimilan la regulación de la estipulación; y más tarde, en cambio, primero se habla de estipulación y luego de legado, lo cual -según él- no reproduce los canones de simetría propios de los juristas clásicos y por lo tanto, es un signo claro de interpolación.

Siguiendo en la misma línea, dicho autor señala que aunque el contenido de la decisión sí que se puede considerar clásico, el razonamiento debió ser mucho más largo tal y como corresponde a una obra *Disputationum*. El texto, a su vez, induce a considerar la existencia de una controversia ("*puto verius...*").

Se trata, en opinión de SCADUTO, de un texto incompleto, que en su redacción inicial debió examinar más ampliamente las dos hipótesis que podían darse.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 50-54.

Resulta evidente, en nuestra opinión, que con la capacidad de la propia herencia hubiese bastado⁹².

Concluyendo, ante el abanico de teorías al que recurrir, la de Juliano es, como acertadamente afirma SAVIGNY -en traducción realizada por SCIALOJA-⁹³ <<la quale rese possibile di giudicare con sicurezza della validità dell'atto, poichè questa si faceva così dipendere dalla capacità giuridica del defunto ben noto, mentre che la capacità dell'erede tuttora sconosciuto era incerta>>; esto es, la más segura, dentro del marco de ficción -anteriormente referido- en el que nos movemos⁹⁴.

De todo lo expuesto, entendemos que la consecuencia principal es la siguiente: estamos ante uno de los supuestos en que se produce una evidente relación entre la teoría aplicada y la solución a la que llega el jurista.

Dicho de otra forma, la utilización de la mencionada teoría cumple una función concreta: dar validez a la *stipulatio* del *servus hereditarius*.

Llegados a este punto, abordamos la segunda cuestión planteada: ¿por qué en D.

⁹² SAVIGNY -en traducción de SCIALOJA- señala acertadamente lo siguiente: <<Se si volessero rigorosamente applicare alla eredità giacente i principii relativi alle persone giuridiche, si dovrebbe riconoscere in essa la capacità di entrare in ogni sorta di rapporti giuridici...>>

Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, vol. II, cit., p. 361.

⁹³ Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, vol. II, cit., p. 363.

⁹⁴ En cambio para JHERING, el mismo resultado se hubiese alcanzado aplicando al supuesto la teoría de la retroactividad.

Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 203.

41,1,33,2 se regula la validez y no la eficacia⁹⁵ -como aparentemente podría parecer- de la estipulación del esclavo hereditario?

A nuestro juicio, son varias las causas que justifican dicha afirmación: por un lado, es la propia validez de la estipulación la que queda afectada por la capacidad de las personas que estipulan, ya que si éstas no son capaces, dicho acto es inválido; por otro, la introducción en el texto de la teoría de Juliano, confirma nuestra opinión, ya que ¿qué tiene que ver la capacidad del difunto con la eficacia de la estipulación?

Es evidente que aunque la eficacia de la estipulación depende directamente de la validez de la misma, no requiere de la persona del difunto.

En la misma línea de interpretación se manifiesta ORESTANO cuando, al analizar la teoría de la retroactividad, remarca su inaplicabilidad para los casos en que se precisaba la existencia del dueño como <<presupposto necessario per la VALIDITA degli atti dello schiavo>>; y posteriormente, también al anunciar el sentido que debe darse al término *vires*: <<...cioè la sua capacità di agire, per una sorta de "sopravvivenza" della capacità giuridica del *dominus* passato, anorché defunto>>⁹⁶.

Esto es, el esclavo por sí solo, ya tiene -utilizando terminología moderna-

⁹⁵ Sobre la validez y la eficacia de los negocios jurídicos, cfr., por todos, ALVAREZ SUAREZ, *Instituciones de Derecho romano. -I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*, Madrid, 1973, p. 190.

⁹⁶ Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., pp. 11-12.

capacidad de obrar, pero carece de capacidad jurídica, por lo que tiene que recurrir a la de su antiguo *dominus*.

Ante todo lo expuesto, una cosa parece cierta: en derecho justiniano se sigue recurriendo a las diferentes teorías sobre la herencia yacente, para solventar los problemas que plantea la actuación del *servus hereditarius*.

1.2.3. "*EX PRAESENTI VIRES ACCIPIT STIPULATIO, QUAMVIS PETITIO EX EA SUSPensa SIT...*"

Partiendo de la validez de la *stipulatio* del *servus hereditarius*, abordamos en este momento, el problema -puesto en tela de juicio por un sector doctrinal minoritario- de la eficacia de dicha actuación.

En nuestra opinión, la *ratio essendi* se encuentra en el análisis separado de las siguientes cuestiones:

* en primer lugar, ¿en qué momento produce efectos la estipulación realizada por un esclavo hereditario?;

* en segundo, ¿cuándo puede exigirse procesalmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha estipulación?

Cuestiones que, ni siquiera planteadas por algunos autores, fueron confundidas por otros, lo que condujo a una solución, a nuestro juicio, poco acorde con el espíritu de los juristas romanos sobre el régimen positivo de la herencia yacente.

También es preciso señalar que, la aparente discordancia que entendemos existe, entre D. 45,3,26 y D. 45,1,73,1 -ambos fragmentos de Paulo-, no atrajo la atención de los autores que abordaron este tema.

Comenzamos con la transcripción íntegra de D. 45,3,26 (*Paul. I man. = Vat. Fr. 55*), parte del cual nos ha servido de epígrafe:

*"Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur...stipulatio autem pura suspendi non potest. quid ergo, si sub condicione stipuletur? nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit."*⁹⁷

El texto se inicia con el siguiente principio: el usufructo -"*Usus fructus*"- no puede existir sin la persona - "*sine persona esse non potest*"-.

Por ello -"*et ideo*"-, un esclavo de la herencia -"*servus hereditarius*"-, estipula inútilmente el usufructo -"*inutiliter usum fructum stipulatur*"-.

⁹⁷ Sobre el mismo volveremos al tratar la concesión de legados a los *servi hereditarii*. Vid. infra pp. 360-361.

Se deduce, de la aplicación del principio general señalado, que el jurista se refiere a los supuestos en que el *servus hereditarius* actúa como estipulante, adquiriendo un derecho de usufructo para su dueño.

Como no hay durante la yacencia un *dominus* del esclavo que pueda ejercer el mencionado derecho, la estipulación se califica de inútil⁹⁸.

El fragmento continúa con la siguiente cuestión: ¿qué se dirá si se estipula bajo condición? -"*Quid ergo si sub condicione stipuletur?*"-; que ni en este caso será válida la estipulación -"*nec hoc casu valeat stipulatio*"-.

Y la razón indicada es la siguiente: porque la estipulación recibe la fuerza desde el día presente -"*quia ex praesenti vires accipit stipulatio*"-, aunque esté en suspenso la petición que proviene de ella -"*quamvis petitio ex ea suspensa sit*"-

Evidente es que -tal y como lo advirtió MARCUSEN⁹⁹- la naturaleza propia del objeto de la estipulación -el derecho de usufructo- es la que produce la consecuencia

⁹⁸ En palabras de DUSI, la existencia de una persona que pueda ejercer el derecho de usufructo es necesaria para la constitución del mismo; puesto que los elementos esenciales no pueden someterse a condición -continúa dicho autor-, el *servus hereditarius* no puede, en ningún caso, estipular un usufructo para el futuro heredero.

Sin duda por error, aparece en el trabajo de DUSI, la adquisición de un legado mediante estipulación siendo, a nuestro juicio, más acertado hablar -en base al contexto en que se sitúa- de adquisición de un usufructo mediante estipulación.

Cfr. DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno, Scritti giuridici*, vol. II, Torino, 1956, p. 461.

⁹⁹ Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., pp. 60-61.

señalada.

Esto es, se precisa que exista un titular del derecho de usufructo para que pueda perfeccionarse la estipulación; aunque su ejercicio, en el caso de una estipulación sometida a condición, y con ello su posible reclamación judicial, se haya suspendido hasta un momento posterior.

Del texto en estudio pueden extraerse, en nuestra opinión, dos ideas fundamentales sobre la regulación de la *stipulatio* del *servus hereditarius*:

1ª) la estipulación recibe fuerza desde el día presente -"*ex praesenti vires accipit stipulatio*"-: ello supone admitir -aunque indirectamente- que la estipulación del esclavo hereditario puede producir sus efectos durante la yacencia;

2ª) la estipulación pura no puede suspenderse -"*stipulatio pura suspendit non potest*"-, por lo tanto, también indirectamente parece afirmarse la idea de que no todas las estipulaciones del *servus hereditarius* deben calificarse de condicionales¹⁰⁰.

Continuamos con D. 45,1,73,1 (*Paul. XXIV ad ed.*), fragmento ampliamente

¹⁰⁰ Lo que nos hace disenter de la opinión de SCADUTO, quien como veremos más tarde, intentando justificar la mano de los compiladores en la originaria opinión de Paulo sobre la *stipulatio* del *servus hereditarius* concluye, trayendo a colación este fragmento, que dicha figura fue en un principio inválida.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 50.

tratado por la doctrina¹⁰¹ y con el que, a nuestro juicio, se completa la regulación de la eficacia de la *stipulatio* del *servus hereditarius*:

*"Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat..."*¹⁰²

El *iurisprudens* afirma expresamente que si el esclavo hereditario hubiese estipulado -"*servus hereditarius stipulatus sit*"- la estipulación no habrá de tener fuerza alguna -"*nullam vim habitura stipulatio*"- hasta que se haya producido la adición de la herencia -"*nisi adita hereditas sit*"-, como si (la estipulación) tuviera una condición -"*quasi conditionem habeat*"¹⁰³-.

¹⁰¹ Cfr. interesante resumen de las opiniones doctrinales realizado por CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 172-173 n. 98.

¹⁰² D. 45,1,73,1 finaliza aplicando dicha regulación al supuesto del esclavo del cautivo:

"Idem est et in servo eius, qui apud hostes est."

Parece ser que el régimen del *servus hereditarius* se tomó como ejemplo a la hora de determinar la validez de la *stipulatio* realizada por el esclavo del cautivo.

Cfr. al respecto, RATTI, *Studi sulla captivitas, Annali Macerata*, vol. I, 1926, p. 86.

¹⁰³ Interpolados consideran RICCOBONO y SCADUTO estos términos.

Cfr. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, ZSS 43 (1922), p. 353 y SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 49; interpolación, a su vez, calificada por CENDERELLI de irrelevante. Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 172 n. 98.

Concretamente para SCADUTO, el texto original debió reducirse a los siguientes términos:

"Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio."

De una interpretación literal del fragmento, creemos debe concluirse lo siguiente: la estipulación realizada por un esclavo hereditario durante la yacencia no produce efectos hasta que no se ade la herencia a la que pertenece el *servus*¹⁰⁴; lo que supone, en definitiva, admitir el carácter condicional de la estipulación realizada por un *servus hereditarius*¹⁰⁵.

El siguiente cuadro refleja las dos caras de una misma moneda, o sea la opinión de Paulo, enfocada desde un punto de vista positivo, o negativo:

<p><i>SI</i> <i>SERVUS HEREDITARIUS STIPULATUS SIT</i></p>
<p><i>[NULLAM] VIM HABITURA SIT STIPULATIO</i> <i>[NI]SI ADITA HEREDITAS SIT</i> <i>[QUASI CONDITIONEM HABEAT]</i></p>

Partimos de la hipótesis planteada por el jurista: la estipulación de un esclavo hereditario.

Ya que el fragmento se expresa a partir de ese momento, en términos negativos, con ayuda de los corchetes se deduce lo que sería, *a sensu contrario*, el pensamiento positivo del jurista.

¹⁰⁴ Vid. infra p. 73, en el mismo sentido, la postura de SAVIGNY.

¹⁰⁵ Como matiza -jurídicamente- VOCI, ello supone la introducción de una *condicio iuris* de carácter suspensivo.

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 540.

O sea, la estipulación realizada por el *servus hereditarius* podría llegar a no ser efectiva, si no se adiese la herencia a la que el mismo pertenece.

Sin embargo, a nuestro juicio, dicha solución no encaja ni con la naturaleza eminentemente práctica de la *stipulatio*¹⁰⁶, ni -como advirtió VOICI¹⁰⁷- con la forma de actuar de los juristas romanos en relación a los actos del esclavo hereditario.

Si realmente se consideró que no podía tener efectos durante la yacencia, ¿por qué no se utilizó alguna de las teorías sobre la herencia yacente para solventar dicho problema? La respuesta a dicha pregunta se encuentra -como veremos- en la propia interpretación de D. 45,1,73,1.

Sobre los caracteres de la estipulación ya hemos hablado al inicio de este capítulo. Nos centramos en esa forma de actuar de los juristas romanos, en cuanto a los actos realizados durante la yacencia por el *servus hereditarius*.

¿Cómo se justifican las diferentes soluciones establecidas por Paulo en D. 45,3,26 y D. 45,1,73,1?; ¿a qué se refiere el jurista cuando habla de la fuerza -"vires", "vim"-

¹⁰⁶ Parafraseando a V. LÜBTOW, en el tráfico jurídico era normal que los esclavos realizaran estipulaciones; ello era frecuente, incluso tras el fallecimiento de sus dueños. Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 622.

¹⁰⁷ Según este autor, admitir la ineficacia de la estipulación del *servus hereditarius* sería contrario a todo el régimen de la herencia yacente, en el que se intenta dar valor inmediato a los hechos producidos durante la misma.

Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 540.

de la estipulación?; ¿alude -como a primera vista parece- a la eficacia de la *stipulatio*, entendida ésta como el cumplimiento voluntario de las obligaciones?, o por el contrario, ¿regula el régimen del incumplimiento de las mismas, refiriéndose por lo tanto, a la eficacia procesal?

De la solución de dichas cuestiones -no siendo pacífica la doctrina- pasamos a ocuparnos a continuación.

Así ya SAVIGNY, afirmando el carácter condicional de la estipulación del esclavo hereditario¹⁰⁸, curiosamente se separa de su tesis sobre el origen de las teorías de la herencia yacente, que pretende -en el fondo- justificar la validez de la mayoría de los actos realizados durante la yacencia¹⁰⁹.

De parecer contrario es DUSI¹¹⁰, quien partiendo del carácter definitivo de las

¹⁰⁸ Y en el mismo sentido parece manifestarse posteriormente JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 202.

¹⁰⁹ En apariencia al menos, contradictoria -y a nuestro juicio incluso algo arbitraria- es su solución, sobre todo si se tiene en cuenta que SAVIGNY fue el promotor de la tesis sobre la utilización de las teorías sobre la herencia yacente, fundamentalmente en el ámbito de los actos del derecho civil.

Sin embargo, ello confirma la idea que ha servido de base a nuestra tesis: si bien dicho autor lanzó la acertada teoría, no profundizó en todas las consecuencias que en ese ámbito podía producir; tarea que pretendemos asumir durante todos los capítulos que restan.

Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, vol. II, cit., p. 367 n. r.

¹¹⁰ El cambio de *conditionem* por *dilationem* sugerido por dicho autor, no nos parece acertado, en cuanto a la justificación señalada: <<Infatti l'adizione non può costituire un *dies incertus an et quando* (condizione), ma solo *incertus quando* (termine), poichè l'adizione non manca mai.>> A nuestro juicio, esta última afirmación -cuanto menos en apariencia- contradice la idea de herencia vacante.

relaciones que surgen durante la yacencia¹¹¹, apunta -creemos acertadamente- que es la falta de una persona que pueda actuar en juicio, lo que justifica que éstas no puedan hacerse valer antes de la adición¹¹².

Efectivamente, tanto de D. 45,3,26 como de D. 45,1,73,1 se deduce la regulación de la *stipulatio* del *servus hereditarius*, en la que lo que se retrasa es el ejercicio de las acciones, no la propia efectividad del acto.

Y todo ello en atención al siguiente principio: la incapacidad procesal del esclavo¹¹³.

Esto es, las obligaciones derivadas de dichas estipulaciones podían cumplirse durante la yacencia, o también podían llegar a incumplirse y en este supuesto era donde realmente se planteaba el grave problema: la imposibilidad por parte del esclavo hereditario de reclamar procesalmente el cumplimiento de las mismas, porque carecía -dada su condición servil- de capacidad procesal.

Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., p. 464 n. 55; sobre las diferencias entre la herencia yacente y la vacante, cfr., por todos, CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 117.

¹¹¹ En el mismo sentido, sin detenerse a examinar los textos, parecen manifestarse MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 551 y BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 261.

¹¹² Lo que nos separa de la opinión de V. LÜBTOW quien pretende ver en la teoría "*hereditas personam defuncti sustinet*" el fundamento de la eficacia de dicha estipulación. Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 635.

¹¹³ "...*servus conveniri, vel convenire non potest.*" (D. 2,11,13 *Iul. LV dig. i. f.*)

Sin embargo, ¿por qué no resolvieron los juristas romanos la incapacidad procesal del *servus hereditarius* recurriendo a alguna de las teorías de la herencia yacente?

En nuestra opinión la respuesta hay que buscarla en la propia naturaleza del esclavo hereditario: no hay que olvidar que se trata de un esclavo, y como tal, carece de capacidad procesal.

De donde, parece que no entró en los objetivos de los juristas ampliar la capacidad de dicho sujeto a través de la aplicación de las diferentes teorías sobre la herencia yacente; todo lo contrario, con ellas simplemente se pretendió mantener, en lo posible, la capacidad de obrar -utilizando terminología moderna- que correspondía a ese sujeto como *servus*.

A zaga de CENDERELLI¹¹⁴, consideramos inaceptable la aislada interpretación de SCADUTO, quien basándose en la opinión de Paulo recogida de otros fragmentos¹¹⁵, concluye tajantemente que para dicho jurista la estipulación realizada por un esclavo hereditario era inválida; a su juicio, fueron los compiladores quiénes -en atención a la personalidad jurídica de la herencia yacente- insertaron en D. 41,1,73,1 desde *nisi* hasta *habeat*, como una nueva manifestación de su objetivo: intentar dar validez a la mayoría de los actos que se realizan durante la yacencia.

¹¹⁴ Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 172 n. 98.

¹¹⁵ Los fragmentos a los que se refiere dicho autor son D. 46,4,11,2 (*Paul. XII ad Sab.*) y D. 45,3,26 (*Paul. I man.*). Sobre este último vid. supra pp. 67 y ss. Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 49-50.

Objetivo que entendemos había sido no sólo perseguido, sino incluso conseguido, con anterioridad a esta época.

En una línea similar -aunque no idéntica- se encuentra RATTI¹¹⁶, quien también de forma desafortunada, califica la estipulación del *servus hereditarius* como actualmente nula.

La postura adoptada por algunos autores -v.g. SCHULZ, VOLTERRA e IMPALLOMENI- quiénes sin plantearse ni siquiera la eficacia de la *stipulatio* del esclavo hereditario, simplemente se limitan a afirmar, que las adquisiciones a través de dichos actos, tenían como destino el patrimonio hereditario¹¹⁷, hace que nos reafirmemos en nuestra opinión.

¹¹⁶ Seguido por AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950, p. 95.

A nuestro juicio se puede evidenciar una clara contradicción en la exposición de RATTI, para quien la estipulación del esclavo hereditario, <<è nulla attualmente>>, pero es calificada, a su vez, de <<stipulazione...fatta sotto la tacita condizione...>>, y que por ello producirá efectos siempre y cuando se ada la herencia o retorne el cautivo en su caso.

Sin embargo, ¿cómo se puede hablar de nulidad de un acto y más tarde señalar que el mismo está sometido a una condición e incluso que puede llegar a ser válido?. Consideramos que, cuanto menos, la terminología empleada por dicho autor no es la indicada para caracterizar el supuesto señalado.

Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 86 n. 1.

¹¹⁷ Es evidente que si explícitamente hablan de adquisiciones que van a parar a la herencia, tácitamente están afirmando la eficacia de estos actos.

Cfr. SCHULZ, *Der.rom.clás.*, cit., p. 280. En el mismo sentido cfr. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986 (trad. por Jesús DAZA MARTINEZ del original *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma, 1961), p. 715 n. 63; IMPALLOMENI, *Voz Successioni (Diritto romano)*, NNDI XVIII (1971), p. 706.

Cuatro son las ideas básicas que de forma acertada VOCI¹¹⁸ destacó del análisis de D. 45,1,73,1: primero, que es contrario al régimen de la herencia yacente en el que se intenta dar valor inmediato a los actos producidos; segundo, que extraña que un principio tan importante se haya anunciado sólo en un texto; tercero, la necesidad -tal y como lo hizo LENEL¹¹⁹- de conectar este fragmento con la *Lex Cornelia*¹²⁰ -y no con la *Lex Furia de sponsu*¹²¹-; cuarto, que lo que debe deducirse de dicho texto -admitiendo la mano de los compiladores- es que las obligaciones que surgen durante la yacencia no son perfectas; esto es, no generan acciones hasta la adición, para con ello excluir el supuesto del *servus hereditarius*, de la aplicación del contenido de la *Lex Cornelia*.

Todo ello le lleva a concluir que el contenido de este fragmento, si no se interpreta de esta manera, no puede acogerse ni para el derecho clásico, ni para el justiniano.

¹¹⁸ Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 540.

¹¹⁹ Cfr. LENEL, *Pal.* I, col. 1018, fr. 405.

¹²⁰ En la misma línea de interpretación se manifiesta posteriormente V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., pp. 635-636.

Vid. en relación al contenido de la mencionada ley, *Gai* III,124.

¹²¹ Dado que la *Lex Cornelia* no se aplicaba a las obligaciones condicionales. Vid. *Gai* III,124.

En contra se manifiesta AMIRANTE, *Captivitas...*, cit., p. 95, que conecta este fragmento con la *lex Furia*.

Cfr. sobre la *Lex Furia de sponsu*, por todos, KASER, *RP* I, p. 662; *Gai* III,121-121a y IV,22.

CENDERELLI¹²², postula una tesis innovadora, que se inicia con la consideración, advertida ya por otros autores¹²³, de que este fragmento debe encuadrarse en el tema de las garantías personales de las obligaciones, y que confirma a través de la traducción que de D. 45,1,73,1 se realiza en las Basílicas.

Dicho autor parte de la idea de que en el manuscrito de la Florentina, en la frase "*nullam vim habitura est stipulatio*", se contiene el verbo en la forma subjuntiva, o sea "*sit*" en vez de "*est*"; ello le conduce a pensar que más que de una regla general Paulo estuviese planteando una *quaestio*¹²⁴, y la solución a la misma, de la que -según dicho autor- no podemos tener seguridad dados los recortes de los compiladores sobre el texto original¹²⁵.

De todo lo expuesto, y apoyándonos en la interpretación de VOCI, consideramos que la aparente discordancia entre D. 45,1,73,1 y D. 45,3,26, debe resolverse de la

¹²² Ya desde un inicio, dicho autor, indica la problemática planteada en la doctrina la interpretación de dicho fragmento, a la vez que parece no participar de la opinión de AMIRANTE cuando reconduce el texto al término establecido por la *Lex Furia*, entendiendo más adecuada la postura de VOCI, que lo vincula a la *Lex Cornelia*. Vid. supra p. 77 nn. 118 y 121.

Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 172-174.

¹²³ Cfr. *ad ex.*, AMIRANTE, *Captivitas...*, cit., p. 95 y VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 540.

¹²⁴ Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 174.

¹²⁵ Sin embargo disentimos de la opinión de dicho autor cuando afirma que RATTI y AMIRANTE, son partidarios de la validez de la estipulación realizada por un esclavo hereditario, cuestión ésta analizada con anterioridad.

Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 164 n. 89 y p. 173 n. 98.

siguiente forma:

a) en D. 45,1,73,1 Paulo con el término "*vim*" se refiere a la posibilidad de ejercer acciones para solicitar el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la estipulación; por lo tanto a la eficacia judicial,

b) mientras que en D. 45,3,26, con el término "*vires*" se está refiriendo a la perfección de la estipulación, y en último término a su normal eficacia.

El siguiente cuadro, a nuestro juicio, muestra que los dos textos de Paulo no solo no son contradictorios, sino que incluso se complementan.

<i>SI SERVUS HEREDITARIUS STIPULATUS SIT (FUERIT)</i>	
A) ST. PURE	B) ST. SUB CONDITIOE
1) VALIDEZ: <i>PRAESENTI VIRES ACCIPIT</i> (D. 45,3,26)	- =
2) EFICACIA: <i>PETITIO NEC SUSPENS</i> (D. 45,3,26)	- <i>PETITIO SUSPENS</i>
3) ACCIONES: <i>[NULLAM] VIM HABITURA</i> <i>[NI]SI ADITA HEREDITAS</i> <i>[QUASI CONDITIONEM</i> <i>HABEAT]</i> (D. 45,1,73,1)	- =

ST. = *stipulatio*

En definitiva, la interpretación que nos parece más acertada de D. 45,1,73,1 queda confirmada -tal y como lo advierte FUENTESECA¹²⁶- a través del siguiente texto, *Inst. Iust.* 3,17 *pr.*¹²⁷:

"...ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur."

Lo adquirido a través de la estipulación del esclavo hereditario revierte en la herencia, y en último término, en el futuro heredero.

No queremos finalizar este apartado sin antes referirnos -aunque de forma sucinta- a la posibilidad recogida en las fuentes de que el *servus hereditarius* adquiriese garantías personales -*iuris civilis*- de los créditos nacidos durante la yacencia, a través de *sponsio* o de *stipulatio*¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 248.

¹²⁷ Que a la vista de su contenido, parece a parte de la doctrina, que proviene de las Instituciones de Florentino.
Cfr. por todos, V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 630.

¹²⁸ La constitución de garantías por deudas durante la yacencia así como la subsistencia de las garantías personales prestadas por deudas del difunto, fueron temas analizados en profundidad por CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 116-162, y sobre los que no entraremos por entender que quedan fuera del alcance de nuestro estudio.

Comenzamos con D. 44,3,4 (*Iav. VII. ep.*):

"Si servus hereditarius, aut eius, qui in hostium potestate sit, satis acceperit, continuo dies satisfactionis cedere incipiet; intueri enim debemus, an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui rem in obligationem deduxerit: alioquin erit iniquissimum, ex conditione actorum obligationes reorum extendit, per quos nihil factum erit, quominus cum his agi possit."

La hipótesis contemplada, en lo que a nosotros nos interesa, es la siguiente: si un esclavo hereditario hubiese recibido fianza -*"Si servus hereditarius...satis acceperit"*-, comenzará a correr inmediatamente el término de la misma -*"continuo dies satisfactionis cedere incipiet"*-.

La justificación señalada es la siguiente: porque debemos mirar si ha habido facultad para litigar contra el que está obligado -*"intueri enim debemus, an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui obligatus est"*-, y no si podrá ejercitar acción el que hubiese comprendido en la obligación la cosa -*"non an is agere poterit, qui rem in obligationem deduxerit"*-; de otra suerte sería muy injusto -*"alioquin erit iniquissimum"*-, que por la condición de los actores -*"ex conditione actorum"*-, se prorrogaran las obligaciones de los reos -*"obligationes reorum extendit"*-, por quienes nada se habría hecho -*"per quos nihil factum erit"*-, para que contra ellos no se pudiera ejercitar acción -*"quominus cum his agi possit"*-.

En un sentido absolutamente contrario aparece D. 45,3,25 (*Ven. I stip.*):

"Si servus hereditarius stipulatus fuerit, at fideiussores¹²⁹ acceperit, posteaque adita fuerit hereditas, dubitatur, utrum ex die interpositae stipulationis tempus cedat, an ex adita hereditate; item si servus eius, qui apud hostes sit, fideiussores acceperit. Et Cassius existimat, tempus ex eo quo adeatur hereditas, aut postliminio dominus revertatur."

La hipótesis planteada es similar a la anterior: si un esclavo hereditario hubiese estipulado y recibido fiadores -"*Si servus hereditarius stipulatus fuerit, et fideiussores acceperit*"-, y después hubiese sido adida la herencia -"*posteaque adita fuerit hereditas*"-, se duda si correrá el término desde el día en que se interpuso la estipulación -"*dubitatur, utrum ex die interpositae stipulationis tempus cedat*"-, o desde que fue adida la herencia -"*an ex adita hereditate*"-. Posteriormente se da solución a la problemática planteada recogiendo la opinión de Casio al respecto, quien estima -"*Et Cassius existimat*"-, que se ha de computar el tiempo -"*tempus ex eo computandum*"- desde que se haya podido ejercer contra ellos acción -"*ex quo agi cum iis potuerit*"-, esto es -"*id est*"-, desde que sea adida la herencia -"*ex quo adeatur hereditas*"-.

La discordancia entre ambos textos se establece en relación al momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de validez de la fianza establecido en dos años por

¹²⁹ La forma del texto sugiere a BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 261, que en su origen el fragmento refiriera a un supuesto de *fidepromissio*.

la *Lex Furia de sponsu*¹³⁰:

* D. 44,3,4: desde que se realiza la *stipulatio*;

* D. 45,3,25: desde que se ade la herencia.

Discordancia que ha sido puesta de relieve por la moderna romanística, y que fue copiosamente recogida y analizada por CENDERELLI¹³¹.

De su trabajo pueden destacarse los siguientes puntos: primero, se alza en contra de aquellos autores¹³² que afirman la imposibilidad de que Javoleno y Casio, ambos pertenecientes a la misma escuela -sabinianos-, puedan haber resuelto la cuestión de forma distinta; destaca hábilmente la poca importancia práctica de dicha desavenencia doctrinal, aludiendo a la limitación que estableció el pretor para la adición: un breve espacio de tiempo que hacía casi imposible el que se extinguiera la fianza, aun cuando se hubiese comenzado a computar al tiempo de su realización; segundo, advierte de la proximidad de la postura de Javoleno en cuanto a las garantías, con la de Celso, jurista de la escuela opuesta¹³³, lo que le sirve de apoyo para afirmar la existencia

¹³⁰ Vid. supra p. 77 n. 121.

¹³¹ Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 167 n. 91.

Anteriormente, pero en relación al esclavo del cautivo, había sido estudiada dicha cuestión por AMIRANTE, *Captivitas...*, cit., pp. 93-98.

¹³² Un ejemplo claro lo constituye AMIRANTE, *Captivitas...*, cit., p. 94. En contra VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 540-541 n. 83.

¹³³ Ya que según él, el contenido de D. 50,17,193 (*Cels. XXXVIII dig.*), también refiere a las garantías personales. Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 169.

Para una visión rápida, aunque bastante completa, sobre los caracteres de los miembros de la escuela sabiniana y proculeyana, cfr. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto romano*, tomo I, Napoli, 1968, pp. 186-199.

de claras divergencias doctrinales al respecto, y a su vez, la genuinidad de la idea que se extrae de D. 44,3,4¹³⁴; y concluye afirmando la existencia, en derecho clásico, de dos grandes opiniones: así, unos autores estarían a favor de que se iniciase el cómputo al tiempo de la realización de la *stipulatio* y otros al tiempo de la adición de la herencia, generalizándose en derecho justiniano la opinión de Javoleno¹³⁵.

2. DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ESTIPULAR

2.1. DEL ESCLAVO

2.1.1. "SIVE MIHI SIVE SIBI SIVE CONSERVO SUO SIVE

IMPERSONALITER DARI SERVUS MEUS STIPULETUR... ¹³⁶

Habiendo analizado en páginas anteriores la estipulación del *servus*, abordamos en este momento el análisis de las diferentes formas de estipular de los esclavos.

¹³⁴ Lo que no le impide señalar que el fragmento debe entenderse interpolado desde *intueri* hasta el final, a la vez que a zaga de VOCI, considera que el final de D. 44,3,4 debió ser el siguiente:

"Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur." (D. 41,3,22 Iav. VII ep.)

Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., pp. 170-171.

¹³⁵ Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 170 n. 95.

¹³⁶ El carácter introductorio de este apartado, unido a la circunstancia de que las fuentes romanas que tratan este tema lo hacen de forma conjunta, provocó que nos decantáramos por un análisis unitario de las diferentes formas de estipular del esclavo.

Parafraseando a CENDERELLI se trata de distinguir la forma usada por el esclavo al realizar la *interrogatio*¹³⁷.

En D. 12,1,41 (*Afr. VIII quaest.*) se pone de manifiesto la importancia práctica del tema que nos ocupa:

"...quod si stipulatus quoque esset, REFERRET, QUEMADMODUM stipulatus esset:..."

Y a su vez, D. 45,3,1 (*Iul. LII dig.*), ya destaca desde su inicio, la variedad de formas a través de las cuales los *servi* podían estipular¹³⁸:

"Cum servus stipuletur, nihil interest sibi an domino an vero sine alterutra eorum adiectione dari stipuletur."¹³⁹

Esto es, el esclavo podía estipular:

- 1) en su propio favor: "*SIBI*";
- 2) en favor del dueño: "*DOMINO*";

¹³⁷ Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 164.

¹³⁸ Dicha diversidad está presente en otros fragmentos del mencionado título. Vid., entre otros: D. 45,3,1,3 (*Iul. LII dig.*); D. 45,3,13 (*Ulp. XLVIII ad sab.*) y D. 45,3,30 (*Paul I ad Plaut.*).

¹³⁹ Desde un punto de vista meramente formal nos sorprende el hecho de que D. 45,3 comience directamente señalando las posibles formas de estipular.

3) o sin determinar la persona favorecida: "*SINE ALTERUTRA EORUM ADIECTIONE*"¹⁴⁰.

A nuestro juicio, el mentado fragmento se completa con D. 45,3,15 (*Flor. VIII inst.*):

*"Sive mihi sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter*¹⁴¹ *dari servus meus stipuletur, mihi acquiret."*

Cuyo evidente parecido con *Inst. Iust.* 3,17,1 ha sido destacado por parte de la doctrina:

*"Sive autem domino sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter*¹⁴² *servus stipuletur, domino acquirit...*"¹⁴³

A través del término *sive* se destacan diferentes formas de estipular introduciendo,

¹⁴⁰ Interesante nos parece el análisis de SCHERILLO en relación a esta parte del texto.

Cfr. SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., pp. 214-215.

¹⁴¹ VASSALLI, citado por SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., p. 205, considera interpolados los términos "*sive impersonaliter*".

¹⁴² VASSALLI, citado por SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., p. 205, de nuevo considera interpolado el término "*impersonaliter*".

¹⁴³ Cfr. al respecto, por todos, SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., pp. 214-215.

como novedad frente a D. 45,3,1, la siguiente: la estipulación en favor de otro esclavo, "*CONSERVO SUO*".

La ausencia de fuentes que muestren la existencia de diferencias doctrinales en cuanto a la validez de las diferentes fórmulas empleadas por los esclavos a la hora de estipular, unida al silencio doctrinal, nos conduce a presuponer una *communis opinio* al respecto¹⁴⁴.

2.2. DE LOS ESCLAVOS HEREDITARIOS. PROBLEMATICA PLANTEADA EN TORNO A SU VALIDEZ

La admisión de la *stipulatio* del *servus hereditarius* conllevó que los juristas romanos se cuestionaran la validez y eficacia de cada una de las posibles fórmulas empleadas.

¹⁴⁴ VOCI reproduce las diferentes formas de estipular de un esclavo cuyo dueño todavía está vivo, fórmulas que transcribimos en las siguientes líneas:

- * Estipulación impersonal: "*centum dari spondes?*"
- * Estipulación en favor del propio esclavo: "*centum mihi dari spondes?*"
- * Estipulación en favor del dueño: "*centum domino meo Lucio Ticio dari spondes?*".

Sin embargo dicho cuadro -a nuestro juicio incompleto- debiera completarse, en base a las fuentes ya señaladas y a las que recogeremos posteriormente, de la siguiente manera:

- * Estipulación en favor del dueño sin expresión del nombre del mismo: "*centum domino meo dari spondes?*"
- * Estipulación en favor de otro esclavo del dueño: "*centum conservo meo dari spondes?*"

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 518.

Del análisis de cada una de esas formas pasamos a ocuparnos a continuación, no sin antes justificar que la estructura empleada para ello, tiene su fundamento en las propias fuentes, las cuales abordan separadamente los distintos supuestos, a la vez que reflejan, en algunos casos, problemas doctrinales.

A modo de anticipo traemos a colación la reproducción que de algunas de las formas de estipular del esclavo hereditario realizó SCADUTO¹⁴⁵:

* "*centum heredi futuro dari spondes?*": estipulación en favor del heredero futuro.

* "*centum heredi futuro Lucio Titio dari spondes?*": estipulación en favor del heredero futuro, hecha nominalmente.

* "*centum domino meo defuncto dari spondes?*": estipulación en favor del difunto.

* "*centum mihi dari spondes?*": estipulación en favor del propio esclavo (que dicho autor califica de *simpliciter*)

Se trata, a nuestro juicio, de una clasificación incompleta ya que a las fórmulas indicadas deben añadirse las siguientes:

* "*centum domino meo X dari spondes?*": estipulación en favor del difunto, hecha nominalmente¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 44.

¹⁴⁶ V. LÜBTOW, en base al contenido de D. 32,90, en materia de legados, considera -creemos, poco acertadamente- que incluso cuando la estipulación se hace sin la designación del nombre del dueño, debe considerarse "*nominatim*".

* "*centum conservo meo dari spondes?*": estipulación en favor de otro esclavo del dueño¹⁴⁷.

* "*centum dari spondes?*": estipulación impersonal.

A su vez, las novedades que se presentan con relación al esclavo son: por un lado, que aparecen dos nuevas formas de estipular: la estipulación en favor del futuro heredero y la estipulación en favor de la herencia; por otro, que la doctrina se planteará problemas de validez de ciertas formas de estipular en atención, -tal y como anunció VOICI-, a la falta de un dueño actual al cual referir dichas adquisiciones¹⁴⁸.

2.2.1. "*QUOD SI STIPULATUS...NOMINATIM FORTE TITIO DOMINO SUO MORTUO IAM DARI STIPULATUS SIT...; QUOD SI SIBI DARI STIPULATUS ESSET...*"

Comenzamos con una de las fórmulas habituales: la estipulación en favor del propio dueño.

Fórmula que sin embargo, en el supuesto del *servus hereditarius*, planteó la problemática de que el dueño en favor del que se estipulaba, ya no existía, había fallecido.

Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 627.

¹⁴⁷ Añadida ya por V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 629.

¹⁴⁸ Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 518.

Tal y como había apuntado V. LÜBTOW, en la *stipulatio* jugaba un papel muy importante la simultaneidad, esto es, la presencia de ambas partes¹⁴⁹.

De donde, la cuestión que nos planteamos es la siguiente:

¿qué validez otorgaron los juristas romanos a la estipulación del esclavo hereditario realizada en favor de su dueño difunto?

Para dar respuesta a la misma, transcribimos una serie de textos en los que se recoge esa forma de actuar del esclavo hereditario.

Comenzamos con D. 12,1,41 (*Afric. VIII quaest.*), complejo fragmento en el cual -aunque de forma indirecta- se alude a esta forma de estipular:

"Eius, qui in provincia Stichum servum kalendario praeposuerat, Romae testamentum recitatum erat, quo idem Stichus liber et ex parte heres erat scriptus: qui status sui ignarus... ut interdum stipularetur...quod si stipulatus...nominatim forte Titio domino suo mortuo iam dari stipulatus sit, procul dubio inutiliter esset stipulatus..."

El supuesto de hecho, en cuanto al tema que nos ocupa, es el siguiente: en una provincia un señor había encomendado su libro de caja a su esclavo Estico - "*Eius, qui*

¹⁴⁹ Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 627.

in provincia Stichum servum kalendario praeposuerat"-.

Más tarde al fallecer el señor, se publicó su testamento en Roma -"*Romae testamentum recitatum erat*"-; en él se había instituido al esclavo Estico libre, y heredero de una parte -"*quo idem Stichus liber, et ex parte heres erat scriptus*"-; el cual ignorante de su estado -"*qui status sui ignarus*"-, a veces estipulaba -"*ut interdum stipularetur*"-.

Matizamos ya desde un inicio, que aunque en puridad el fragmento no contempla la hipótesis de un *servus hereditarius* -ni tan siquiera de un esclavo al tiempo en que estipula- dicho sujeto actúa <<como si fuera>> un esclavo hereditario.

Por lo tanto, como acertadamente afirma DUSI, <<può stipulare per l'eredità anche colui che, pur non essendo schiavo ereditario, si creda tale>>¹⁵⁰.

Así, continúa el fragmento, si hubiese estipulado -"*quod si stipulatus...esset*"- expresamente que se diera a Ticio su dueño ya fallecido -"*si nominatim forte Titio domino suo mortuo iam dari stipulatis sit*"-, sin duda alguna habría estipulado inútilmente -"*procul dubio inutiliter esset stipulatus*"-.

Consiguientemente, se deduce de la letra del texto, que la *stipulatio* del *servus hereditarius* hecha en forma nominal, en favor de su dueño difunto, no producía

¹⁵⁰ Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., p. 459.

ningún efecto.

Continuamos con D. 45,3,18,2 (*Pap. XXVII quaest.*), texto tachado de oscuro por algún autor¹⁵¹, y en el que, al cotejar la actuación del esclavo del cautivo con la del *servus hereditarius*, se afirma lo siguiente:

"Servus capto domino ab hostibus domino dari stipulatus est...tamen in proposito potest quaeri. num ex hac stipulatione nihil acquisitum heredi videtur, quomodo si servus hereditarius defuncto... stipulatus fuisset..."

Se inicia el fragmento con un supuesto concreto: la estipulación del esclavo del cautivo -"*Servus, capto domino ab hostibus...stipulatus est*"- realizada en favor de su dueño -"*domino dari*"-.

Posteriormente, tras indicar la regulación de otras hipótesis, el *iurisprudens* encauza el texto de nuevo hacia el supuesto inicial -"*tamen in proposito*"- señalando la cuestión que ciertamente le preocupa -"*potest quaeri*"-: se podría considerar que en virtud de esta estipulación -"*num ex hac stipulatione*"-, nada se adquirió para el heredero -"*nihil acquisitum heredi videtur*"-, como si el esclavo de la herencia -"*quomodo si servus hereditarius*"- hubiese estipulado para el difunto -"*defuncto...stipulatus fuisset*"-.

¹⁵¹ Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 89.

Por lo que la solución a la que se llega, es la misma que la de D. 12,1,41: la invalidez de la *stipulatio* del *servus hereditarius* realizada en favor de su dueño.

Sin embargo, a nuestro juicio, un hecho diferencia ambos supuestos: si bien en D. 12,1,41 se contempla la estipulación realizada <<nominalmente>> en favor del difunto -"*si nominatim forte Titio domino suo mortuo...*"-, en D. 45,3,18,2 el jurista no se pronuncia sobre dicha circunstancia -"*defuncto...stipulatus fuisset*"-; lo que nos conduce a interpretar este último supuesto -*a sensu contrario*- como de estipulación genérica, o sea aquélla en la que no se especifica el nombre del dueño.

La doctrina romanística se ha mostrado unánime a la hora de afirmar, en base a las fuentes, la invalidez de esta forma de estipular del *servus hereditarius*.

Así, ya MARCUSEN¹⁵² -a zaga de PERNICE¹⁵³- clasificó este tipo de actuación del esclavo hereditario dentro de las denominadas <<procuratorischen Erwerbs>>, considerando que eran actos que, a diferencia de las adquisiciones peculiares (<<peculiarem Erwerbe>>) se realizaban directamente a favor del *dominus*.

El mencionado autor, afirmando la invalidez de esta forma de estipular, advirtió hábilmente de la existencia de una excepción en un caso concreto: la cancelación de

¹⁵² Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., pp. 59 y 61-62.

¹⁵³ Cfr. PERNICE, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Aalen, 1963 (reimpr. de la ed. de Halle, 1873), pp. 368-369.

una *stipulatio* realizada por el dueño difunto, a través de una *acceptilatio*¹⁵⁴, estipulando el *servus hereditarius* en nombre del dueño difunto¹⁵⁵.

Interesante -aunque confusa- es la opinión de SCADUTO¹⁵⁶ quien, a nuestro juicio, en su intento de conciliar las diferentes opiniones vertidas por los juristas en relación a la herencia yacente, no alcanza a comprender la actitud de los mismos respecto de la estipulación del *servus hereditarius*.

Varias observaciones se hacen precisas al respecto: primero, SCADUTO parte de una acertada afirmación: la capacidad del difunto es la que posibilita que el *servus hereditarius* pueda estipular; segundo, enfoca -creemos- desafortunadamente el análisis de algunos fragmentos -D. 45,1,73,1 y D. 41,1,33,2- como si trataran la *stipulatio simpliciter*¹⁵⁷, cuando regulan respectivamente, la incapacidad procesal y la capacidad del esclavo de estipular; tercero, a partir de dicha afirmación no comprende

¹⁵⁴ "Si *servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, verius puto, contingere liberationem, ut per hoc hereditas ipsa liberetur.*" (D. 46,4,11,2 Paul. XII ad Sab.)

Deduciendo MARCUSEN, de la letra del texto -"*verius puto*"-, que también debió existir una controversia al respecto.

Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p.62.

¹⁵⁵ Cfr. en el mismo sentido entre otros, BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., pp. 260-261; VOLTERRA, *Instituciones...*, cit., p. 715 n. 63.

¹⁵⁶ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 49-56.

¹⁵⁷ Lo que incluso le separa de lo que parecía que en un principio era para él -opinión que no compartimos- la *stipulatio simpliciter*, v.g. <<*centum mihi dari spondes? o centum domino meo dari spondes?*>>

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 44.

-y es lógico- que los juristas romanos no admitieran la estipulación en favor del dueño difunto, cuestionándose porqué se aplica la capacidad del difunto para dar validez a la anterior forma de estipular, y no puede aplicarse en esta última.

En nuestra opinión, la tesis de SCADUTO parte del incierto enfoque de los mencionados fragmentos; esto es, mezcla la capacidad del esclavo de estipular, e incluso su manifiesta incapacidad procesal, con las formas de estipular, lo que le conduce a un callejón sin salida, en el que acaba por afirmar lo siguiente: <<Possiamo quindi prescindere da questa pretesa costruzione di Giuliano e limitare il campo col dire che rispetto alla stipulazione del servo due teorie sono incontestabili e dominanti: quella di Cassio e quella di Proculo.>>

Sin embargo, no falta de sentido se encuentra el fondo de su planteamiento, ya que, ¿por qué los juristas romanos no aplicaron la teoría de Juliano para dar validez a esta forma de estipular, y sí en general, para otorgar la capacidad requerida al *servus* para estipular?

A nuestro juicio, dos son las razones principales, que pueden servir de apoyo a dicha conducta jurisprudencial:

1ª) una de tipo ético: no sólo -como acertadamente señala el propio SCADUTO- debió repugnar a los juristas romanos la admisión de una estipulación en favor de un difunto, sino que -como matiza VOCI- dicha estipulación, no tiene ningún

sentido¹⁵⁸;

2^a) otra de tipo práctico-jurídico: entendemos que la existencia de otras posibles fórmulas para estipular, hizo que no fuera necesario forzar excesivamente la aplicación de dicha teoría, con la finalidad de dar validez a la que ahora nos ocupa.

En definitiva, volvemos a encontrarnos ante un claro ejemplo de la aplicación de las teorías sobre la herencia yacente; aplicación sutil y eminentemente práctica, si se tiene en cuenta que se utilizan para regular aspectos muy concretos, negándose su aplicación a los supuestos que, por distintas razones, no interesan.

Las fuentes también contemplan la *stipulatio* del *servus hereditarius "sibi"*, o sea la realizada en su propio favor, admitida generalmente por la doctrina.

En este sentido, de nuevo en D. 12,1,41 (*Afric. VIII quaest.*) se señala lo siguiente:

"...quod si sibi dari stipulatus esset, dicendum hereditati eum adquisisse: sicut enim nobismet ipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide

¹⁵⁸ Sin embargo, recogiendo ambos los fragmentos aquí analizados, no distinguen en ellos las dos formas de estipular, genérica o nominal, en favor del difunto.

Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., pp. 260-261; VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 519.

serviant, acquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria¹⁵⁹ adquiri...."

La claridad del fragmento a la hora de regular esta forma de estipular es evidente: si estipuló que se diera para él -"*quod si sibi dari stipulatus esset*"-, se ha de decir que él adquirió para la herencia -"*dicendum hereditati eum adquisisse*"-.

La justificación a dicha afirmación es la siguiente: porque así como se adquiere para nosotros mismos por razón de nuestras cosas -"*sicut enim nobismet ipsis ex re nostra...acquiratur*"-, por medio de aquéllos que siendo libres -"*per eos qui liberi*"- o esclavos de otros -"*vel alieni servi*"-, nos sirven de buena fe -"*bona fide serviant*"-, así también se adquiere para la herencia por razón de cosa de la herencia -"*ita hereditati quoque ex re hereditaria adquiri*"-.

Este supuesto, a diferencia del anterior -estipulación en favor del dueño difunto- pertenece, según MARCUSEN¹⁶⁰, a la <<peculiaren Erwerb>>; o sea que se trata de adquisiciones que se realizan directamente en favor del patrimonio hereditario, no del *dominus*, por lo que se declaró su validez¹⁶¹.

¹⁵⁹ Del pasaje deben destacarse, a nuestro juicio, no sólo las concretas formas de estipular en él recogidas, sino también la calificación que realiza del esclavo hereditario como bien hereditario -"*ex re hereditaria*"-. Vid. supra p. 42.

¹⁶⁰ Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 60.

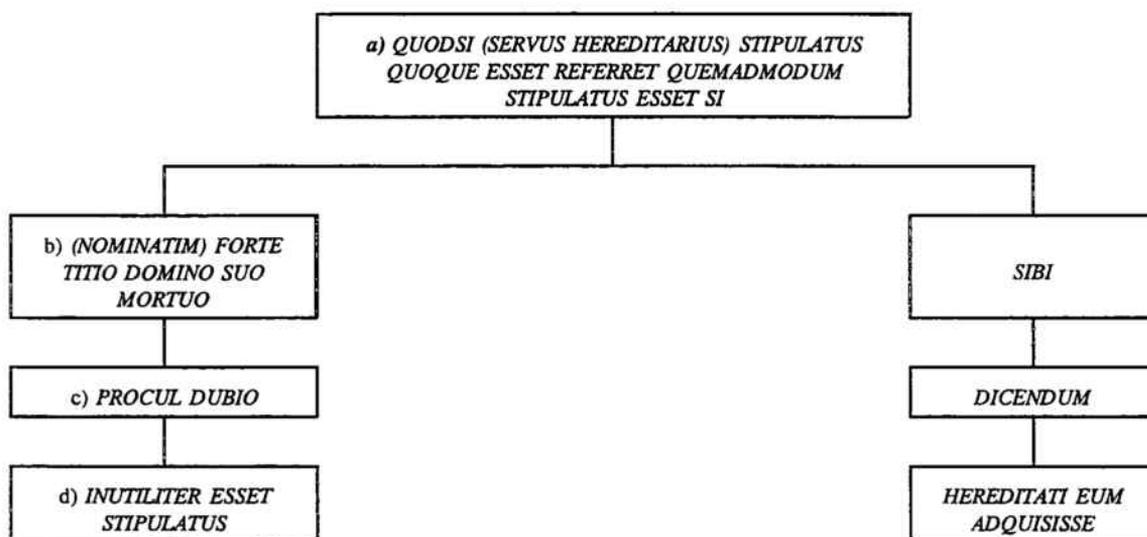
¹⁶¹ En el mismo sentido, cfr. BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 261 y VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 519.

Volvemos a plantearnos la "*quaestio*" que nos preocupará a lo largo de todo nuestro estudio:

¿porqué no utilizan los juristas romanos, para dar validez y eficacia al supuesto contemplado, alguna de las teorías sobre la herencia yacente?

La respuesta es, a nuestro juicio, la siguiente: el *servus hereditarius* tiene, por su condición de esclavo, el derecho de estipular en su propio favor; esto es, se trata de un acto que no requiere de ningún apoyo para que pueda decretarse su validez, lo que queda confirmado con la ausencia de referencias a las teorías sobre la herencia yacente.

El siguiente esquema reproduce la información que ofrecen los textos transcritos -D. 12,1,41 y D. 45,3,18,2- en relación a la *stipulatio* del *servus hereditarius* en favor de su dueño difunto o del propio esclavo:



El mismo se encuentra dividido en cuatro partes:

- a) Supuesto de hecho planteado.
- b) Formas de estipular: en favor del dueño o del esclavo.
- c) Opinión doctrinal.
- d) Validez o invalidez de dichos actos.

Por último, la estipulación calificada por la mayoría de la doctrina de <<impersonal>> y que, salvo concretas excepciones¹⁶², no va a plantear problemas de validez y eficacia, es la realizada sin designación de la persona favorecida.

SCADUTO -a nuestro juicio poco acertadamente- seguido de CENDERELLI, ha querido ver recogida dicha forma de estipular, en todas aquellas fuentes jurídicas en las que no se especifica concretamente la forma empleada¹⁶³.

¹⁶² SCHERILLO a partir de un estudio realizado por VASSALLI, postuló que esta forma de estipular no producía efecto alguno durante la época clásica; siendo en derecho justiniano cuando se le atribuyen concretos efectos.

Para ello afirma la interpolación en los fragmentos del término "*impersonaliter*". Cfr. SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., pp. 205-241.

¹⁶³ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 49 y 55; CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 164 n. 86.

Dichos fragmentos, en nuestra opinión, abordan otras cuestiones distintas de las formas de estipular. Baste remitirnos a páginas anteriores, matizando que aunque no puede negarse la posibilidad de esa forma de estipular, entendemos que en los mentados textos los juristas romanos quisieron, más bien, ahondar en otras cuestiones de importancia básica, como creemos quedó demostrado al examinarlos.

Vid. supra pp. 94-95.

A la vez que llegó a afirmar que la validez de esta forma de estipular se fundamentaba en la aplicación de la teoría de la retroactividad de Casio, y no en la de Juliano.

Para CENDERELLI tanto la *stipulatio simpliciter* como la realizada en favor del propio esclavo, entran dentro de lo que él denomina estipulaciones en forma genérica¹⁶⁴.

No hemos hallado ningún fragmento que afirme la posibilidad de que el *servus hereditarius* estipule en favor de otro esclavo; sin embargo entendemos que ello no debe conducirnos a negar la validez de esta forma de estipular, máxime si se tiene en cuenta su admisión general para los esclavos¹⁶⁵.

2.2.2. "SERVUS HEREDITARIUS...HEREDITATI RECTE STIPULATUR"

Abordamos el examen de una concreta forma de estipular que puede, o mejor dicho, debe calificarse de típica y exclusiva de los esclavos hereditarios: la estipulación en favor de la herencia.

¹⁶⁴ Cfr. CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 164.

¹⁶⁵ En este sentido cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., pp. 628-629. Vid. supra pp. 86-87.

Hemos hallado un único texto -D. 45,3,35 (*Mod. VII reg.*)¹⁶⁶- en el que se recoge la mencionada fórmula:

"Servus hereditarius...hereditati recte stipulatur"

Nos encontramos ante una escueta opinión en relación a la estipulación en favor de la herencia, a nuestro juicio, insuficiente para juzgar con cierta seguridad, si la misma se llegó a admitir por los juristas romanos.

SCADUTO, partiendo de la idea de que los romanos no concibieron la personalidad de la herencia, considera interpolados los términos "*et hereditati recte*"¹⁶⁷.

En contra se manifiestan, entre otros, MICOLIER, ARNO, PEROZZI, D'AMIA, V. LÜBTOW y VOLTERRA¹⁶⁸, quiénes afirman tajantemente la validez de la

¹⁶⁶ De donde consideramos, caunto menos extraña, la siguiente afirmación de V. LÜBTOW: <<Wenn Javolen also davon ausgeht, dass der Erbschaftssklave hereditati gültig stipulieren könne...>>

Lo que nos hace suponer que el autor quería referirse a la opinión de Modestino, antes que a la de Javoleno.

Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 621.

¹⁶⁷ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 48.

¹⁶⁸ Cfr. MICOLIER, citado por FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 248 n. 11; ARNO, *Corso di Diritto romano...*, cit., p. 190; PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, 2ª ed., Roma, 1949, pp. 502-503 n. 3; D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., p. 47; VOLTERRA, *Instituciones...*, cit., p. 715 n. 63; V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 629 n. 242.

estipulación del *servus hereditarius* en favor de la herencia.

Una postura ecléctica parece desprenderse del pensamiento de BONFANTE¹⁶⁹ quien, sorprendido por una afirmación de este tipo en las fuentes romanas, no acaba de decantarse por ninguna solución al respecto. Simplemente indica que o nos encontramos ante un fragmento absolutamente innovador para la época clásica, o por contra, ante un texto profundamente alterado.

2.2.3. *"ILLUD QUAESITUM EST, AN HEREDI FUTURO SERVUS*

HEREDITARIUS STIPULARI POSSIT. PROCULUS

NEGAVIT...CASSIUS RESPONDIT POSSE..."

Hemos dejado para el final de este apartado, la forma de estipular, que junto con la realizada en favor de la herencia, consideramos debe entenderse como propia de los *servi hereditarii*.

Sin embargo, ésta fue la que -como muestran las fuentes- planteó mayores discrepancias en la doctrina romana; discrepancias de las que también se hizo partícipe la moderna romanística¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., pp. 261-262 n. 5.

¹⁷⁰ Cfr. interesante resumen de las posturas adoptadas por los autores modernos realizado por CENDERELLI, *Le garanzie personali...*, cit., p. 164 n. 88.

Comenzamos con D. 45,3,28,4 (*Gai III de verb. oblig.*), texto en que se recoge la controversia existente entre Próculo y Casio, sobre la materia:

"Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse: quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri."

De obligada referencia -antes de adentrarnos en su análisis- es la afirmación de que nos hallamos ante el fragmento que ha constituido el punto de mira de la doctrina, no sólo en cuanto a esta concreta forma de estipular, sino en general, respecto de la estipulación del *servus hereditarius*¹⁷¹.

El texto transcrito se inicia señalando la problemática planteada: se preguntó -"*Illud quaesitum est, an*"- si podrá un esclavo hereditario estipular -"*servus hereditarius stipulare possit*"- para el futuro heredero -"*heredi futuro*"-.

Posteriormente se recogen dos opuestas opiniones doctrinales, que dan solución a la misma:

¹⁷¹ Así, ya JHERING puso de manifiesto que era extraño el hecho de que Próculo y Labeón manifestaran opiniones diferentes en cuanto a esta forma de estipular. Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 183.

- Próculo dijo que no -"*Proculus negavit*"-, por que en aquel tiempo es extraño -"*quia is eo tempore extraneus est*"-; lo que implica indirectamente, a nuestro juicio, la inadmisión de la teoría de la retroactividad de la aceptación¹⁷².

- Casio respondió que podía -"*Cassius respondit posse*"-, porque se consideraba que el que después hubiese resultado heredero -"*quia qui postea heres extiterit videretur*"-, sucedió al difunto desde el tiempo de la muerte -"*ex mortis tempore defuncto successisse*"-; lo que no debe extrañar si se tiene en cuenta que fue el propio Casio el creador de la teoría de la retroactividad¹⁷³.

Para finalizar Gayo -cuestión ésta no pacífica en doctrina¹⁷⁴- parece justificar la opinión de Casio a través del siguiente argumento -"*quae ratio illo argumento*

¹⁷² Interesante es la advertencia de VOCI, quien señala que aunque Próculo -tal y como lo demuestran las fuentes- puede considerarse uno de los seguidores de la teoría de la retroactividad, en este supuesto concreto no optó por la misma.

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 518.

¹⁷³ Acertado nos parece el comentario de V. LÜBTOW cuando afirma la vinculación existente entre la teoría introducida en el fragmento -teoría de la retroactividad- y la solución establecida en cuanto a la *stipulatio* en favor del futuro heredero.

Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 624.

¹⁷⁴ Así, según FADDA, ARNO y V. LÜBTOW, es Casio el que fundamenta su propia opinión con un argumento extraído del derecho sacro: la familia -y con ella los esclavos- del heredero se encuentra de luto desde el fallecimiento del causante, por lo que, debe entenderse la validez de esta forma de estipular.

Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., p. 10; ARNO, *Corso di Diritto romano...*, cit., pp. 186-188; V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 624. En contra ORESTANO, *Hereditas...*, cit., p. 10.

Cfr. en relación a la *familia funesta*, MARQUARDT, *La vie privée des Romains*, I, citado por FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., p. 10 n. 1.

commendatur"-: se entiende que los esclavos del heredero están de luto desde el día del fallecimiento - "*quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur*"- aunque el heredero lo sea después de algún tiempo - "*licet post aliquod tempus heres extiterit*"-: pues es evidente - "*manifestum igitur est*"- que se adquiere para él la estipulación del esclavo - "*servi stipulationem ei adquiri*"-.

Interesante, a la vez que sutil es la matización de D'AMIA¹⁷⁵ al respecto: existe una clara contradicción entre la opinión de Casio y la de Gayo; Casio afirma que el heredero sucede al difunto desde el tiempo de la muerte¹⁷⁶ y Gayo, que el heredero se debe considerar tal después de un tiempo¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cfr. D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., p. 46.

¹⁷⁶ Es evidente -tal y como lo afirma SCADUTO- el carácter útil y ficticio que envuelve la teoría de Casio.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 44.

¹⁷⁷ Así:

- según Casio:

a) "*qui postea heres extiterit...*": el que después quedará heredero, se refiere al ámbito de la realidad;

b) "*videretur ex mortis tempore defuncto successisse...*": sucedió al difunto desde su muerte, se refiere al ámbito de la ficción, propio de la teoría de la retroactividad.

- Según Gayo:

a) "*quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur...*": la familia del heredero está de luto desde la muerte del causante (y no desde la adición), lo cual recuerda la idea de la teoría de la retroactividad, aunque desde una perspectiva real y no ficticia;

b) "*licet post aliquod tempus heres extiterit...*": heredero lo será después de algún tiempo, por lo tanto sin aplicar la teoría de la retroactividad y simplemente desde una esfera real.

Lo cual parece indirectamente ratificado por VOCI¹⁷⁸ cuando advierte que Gayo -seguidor de la teoría de Juliano- se decanta por la admisibilidad de dicha forma de estipular, remarcando la facilidad de dicho jurista de conciliar ambas teorías.

A su vez dicho autor califica de insignificante -en el orden jurídico- el argumento indicado por Gayo sobre la *familia funesta*¹⁷⁹, a lo que añade que no extraña que dicha opinión tuviera pocos seguidores.

Sin embargo, fue ROTONDI¹⁸⁰ el artífice de una tesis fundamental e innovadora con la que revistió de sentido la regulación de la *stipulatio* del *servus hereditarius* en favor del futuro heredero.

Dicho autor, partiendo de la actitud de los bizantinos de dar validez a la mayoría de las estipulaciones realizadas por el *servus hereditarius*, y basándose en las interpolaciones de algunos textos del Digesto, concluye que la divergencia existente en derecho clásico sobre la validez de la *stipulatio* en favor del futuro heredero, queda resuelta en época justiniana -y puede que ya en derecho postclásico-, donde se admite

¹⁷⁸ Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 419-421.

¹⁷⁹ Con él se quiere remarcar que la muerte tiene efectos en la familia de un extraño.

¹⁸⁰ ROTONDI, *Note esegetiche...*, cit., pp. 583-585.

El trabajo de ROTONDI -inacabado, pero recogido por ALBERTARIO-, se configura -como anticipamos al inicio de nuestro trabajo- como uno de los pocos artículos que se abordan una concreta actividad del *servus hereditarius*, e incluso podríamos afirmar, el único que tiene por objeto el estudio de la estipulación del esclavo hereditario.

únicamente la validez de la realizada genéricamente.

Más tarde BONFANTE¹⁸¹, señalando el acierto de la tesis de ROTONDI, indica que ésta sirve para confirmar exegéticamente la tendencia del derecho justiniano de mantener, en lo posible, los actos realizados durante la yacencia, aunque ello suponga ir en contra de las fórmulas, e incluso de la lógica.

La invalidez de la *stipulatio* del *servus hereditarius* en favor del futuro heredero se pone de nuevo de manifiesto en D. 45,3,18,2 (*Pap. XXVII quaest.*)¹⁸², si quiera, -como matiza SCADUTO¹⁸³-, incidentalmente:

*"...tamen in proposito potest quaeri. num ex hac stipulatione nihil acquisitum heredi videtur, quomodo si servus hereditarius...heredi futuro stipulatus fuisset."*¹⁸⁴

El texto transcrito aparece como pilar fundamental en la teoría de ROTONDI¹⁸⁵,

¹⁸¹ Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 261.

¹⁸² La referencia del fragmento aparece confundida en V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 630.

¹⁸³ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 47.

¹⁸⁴ RATTI se manifiesta a favor de la interpolación de los términos "*aut etiam heredi futuro*", propuesta por SOLAZZI.
Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 93.

¹⁸⁵ Cfr. ROTONDI, *Note esegetiche...*, cit., p. 584.

ya que en él se muestra la mentada tendencia bizantina, al incorporar en las Basílicas, el término *nominatim*.

Continuamos con D. 45,3,16 (*Paul. IV reg.*), único fragmento que hemos hallado, que recoge la estipulación realizada en favor del futuro heredero <<nominalmente>>, afirmando rotundamente la invalidez de dicha fórmula:

"Servus hereditarius futuro heredi nominatim¹⁸⁶ dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit."

La opinión de DUSI¹⁸⁷, a nuestro juicio, parece contradictoria en los siguientes términos: en un primer momento se muestra poco partícipe de la teoría de la retroactividad de Casio -la llega a calificar de insuficiente- afirmando que con ella no puede darse validez a actos que han nacido imperfectos por falta de sujeto; más tarde -y en un intento de justificar la solución adoptada en el D. 45,3,16- afirma que un elemento esencial de la estipulación, -como lo es el sujeto- no puede quedar sometido a una condición; lo que ocurriría -continúa DUSI- en la estipulación realizada nominalmente en favor del futuro heredero, no en la genérica.

Ello implica la admisión de esta última forma de estipular.

¹⁸⁶ V. LÜBTOW, en *Betrachtungen...*, cit., p. 625 n. 221, recoge el sector doctrinal que considera el término "*nominatim*" interpolado.

¹⁸⁷ Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., pp. 411 y 464 n. 55.

Sin embargo entendemos -en ese sentido- que también la realización de una estipulación genérica en favor del futuro heredero supone que el elemento esencial queda sometido a una condición: la adición.

No hay que olvidar que puede que la adición no llegue nunca a producirse.

ROTONDI, en su línea de interpretación, considera el término *nominatim* interpolado¹⁸⁸; sin embargo, la admisión de dicha interpolación conduciría -tal y como lo anunció FUENTESECA¹⁸⁹- a la deducción, a nuestro juicio poco viable, de que Paulo era absolutamente contrario a la validez de la estipulación del *servus hereditarius*, ya nominal, ya genérica, en favor del futuro heredero.

Como concluye FUENTESECA, del texto en estudio debe interpretarse que Paulo admitió únicamente la estipulación en favor del futuro heredero hecha de forma genérica; a la vez que se configura como una muestra más de la evolución de la

¹⁸⁸ Cfr. ROTONDI, *Note esegetiche...*, cit., p. 585. En el mismo sentido cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 88 n. 2 y SCHERILLO, *Sulla stipulazione...*, cit., p. 213 n. y.

SCADUTO, por su parte, sin afirmar la interpolación, parece mostrar la misma opinión que ROTONDI cuando afirma, tras haber cotejado el contenido de D. 2,14,27,10 y D. 45,3,18,2, ambos de Paulo, y en base a la justificación en ellos introducida -"*quia...heres dominus eius non fuit*"; "*quia nondum is dominus sit*"- que dicho jurista se decantó por la invalidez de todo tipo de estipulación en favor del futuro heredero.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 47.

¹⁸⁹ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., pp. 246-248.

admisión de la estipulación del esclavo hereditario en favor del futuro heredero¹⁹⁰.

Por último en D. 45,3,35 (*Mod. VII reg.*)¹⁹¹ se afirma la validez de la estipulación en favor del futuro heredero:

"Servus hereditarius et heredi futuro...recte stipulatur."

Parece deducirse de las palabras de JHERING, el hecho de que fue la aceptación de la antigua ficción de la retroactividad de la aceptación, la que condujo a Modestino a afirmar la posibilidad de esta forma de estipular¹⁹².

ALBERTARIO, habiendo manifestado la importancia de la tesis de ROTONDI¹⁹³, discrepa con él en la interpretación de este fragmento, considerandolo -dado el carácter conservadurista que caracteriza a Modestino- claramente interpolado en su referencia a la estipulación en favor del futuro heredero¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Si bien este autor se decanta por afirmar la admisión de todo tipo de estipulación en favor del futuro heredero.

En el mismo sentido se había manifestado anteriormente D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., pp. 44 y ss.

¹⁹¹ Vid supra p. 101.

¹⁹² Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 180.

¹⁹³ Cfr. ROTONDI, *Note esegetiche...*, cit., p. 585 n. 1.

¹⁹⁴ Los términos empleados por ALBERTARIO son los siguientes: <<Il testo di Modestino (D. 45,3,35), che al ROTONDI sembra classico, è per me alterato.>>

Consiguientemente consideramos poco acertada la opinión de FUENTESECA cuando señala que en este punto ALBERTARIO sigue a ROTONDI.

En cambio SCADUTO¹⁹⁵ se basa en la brevedad y el carácter sospechoso de D. 45,3,35, para concluir que seguramente en él se afirmaba la invalidez de esta fórmula.

V. LÜBTOW¹⁹⁶ por su parte, en la misma línea que ALBERTARIO, apunta que en él se produce una equiparación -claramente postclásica, según dicho autor- entre la estipulación en favor de la herencia, y la realizada en favor del futuro heredero -no nominal-, considerando que ambas se pueden incluir en la *stipulatio impersonaliter*. A la vez que justifica, a nuestro juicio poco felizmente, la validez de dicha forma de estipular en la aceptación de la teoría que considera que la herencia ocupa el lugar del difunto.

Llegados a este punto planteamos lo siguiente:

¿por qué no emplearon los juristas romanos la teoría de la retroactividad de Casio para dar validez a la estipulación en favor del futuro heredero nominal?

A nuestro juicio, con la utilización de la misma no siempre se hubiese alcanzado el resultado deseado, o sea, la validez de dicha estipulación. La razón es la siguiente:

Cfr. ROTONDI, *Note esegetiche...*, cit., p. 585 n. 1; FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 248 n. 11.

En el mismo sentido que ALBERTARIO se manifiesta SCHERILLO, cfr. *Sulla stipulazione...*, cit., p. 213 n. 36.

¹⁹⁵ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 48.

¹⁹⁶ Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., pp. 629-630.

el instituido heredero podía no llegar a adir la herencia, por lo que la admisión de dicha estipulación habría conllevado la ampliación de las facultades de los esclavos, al posibilitar la estipulación en favor de un tercero, que no era dueño del esclavo.

Sin embargo sí tuvo aplicación efectiva en el supuesto de la estipulación en favor del futuro heredero hecha genéricamente, puesto que la propia indeterminación del heredero daba seguridad a esa estipulación, en el sentido de que no importaba qué heredero adiese finalmente la herencia.

No queremos finalizar este apartado sin antes recoger las opiniones de algunos juristas que, tras el análisis de los fragmentos transcritos, se decantan por soluciones, a nuestro juicio, poco satisfactorias.

Así MARCUSEN¹⁹⁷, señalando que esta forma de estipular supone una <<procuratorischen Erwerbs>>, no entra en la distinción entre estipulaciones nominales o genéricas.

Dicho autor apunta simplemente que se produjo una evolución en la admisión de esta forma de estipular, cuyo final se encuentra reflejado en D. 45,3,35¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., pp. 61-63.

¹⁹⁸ En la misma línea se manifiesta FUENTESECA, vid. supra p. 111 n. 194.

SCADUTO¹⁹⁹, por su parte, sin llegar a solución alguna, sostiene la existencia de dos teorías irreconciliables sobre la *stipulatio* del *servus hereditarius* en favor del futuro heredero, matizando lo único que le queda claro: en ninguna de las dos se tiene en cuenta la idea de la personalidad de la herencia yacente.

Por último, VOICI²⁰⁰ considera que el argumento principal que conduce a la inadmisión de la *stipulatio* del *servus hereditarius* en favor del futuro heredero, es la prohibición de contratar en favor de terceros: el futuro heredero debe considerarse un extraño al tiempo de la estipulación; apunta acertadamente la existencia de razones de orden lógico, para declarar la invalidez de esta forma de estipular, y de orden empírico para su validez. Sin embargo acaba sin decantarse por solución alguna al respecto.

¹⁹⁹ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 43-57.

²⁰⁰ Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 419-421.

CAPITULO 2º
DE USUCAPIONIBUS

INDICE DEL CAPITULO

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA ADQUISICION DE LA POSESION POR MEDIO

1.1. DEL ESCLAVO

1.1.1. *"Non solum autem proprietates per eos quos in potestate habemus
adquiruntur nobis, sed etiam possessio"*

a) *Gai II,89 = D. 41,1,10,2 (Gai II inst.)*

b) *Paul. Sent. 5,2,1*

c) *D. 41,1,53 (Mod. XIV ad Quint. Muc.)*

1.1.2. *"Etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter
paraverunt: nam videmur eas eorundem et animo et corpore
possidere"*

a) *D. 41,2,44,1 (Pap. XXIII quaest.)*

b) *D. 41,2,3,12 (Paul. LIV ad ed.)*

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. Ausencia de fuentes que afirmen la posibilidad de que un *servus hereditarius* posea *corpus proprio et animo alieno*.

1.2.2. *"Nam servus hereditarius...si peculiari negotium contractus
est...etiam possessio adquisita intellegi debet"*

a) *D. 44,7,16 (Iul. XIII dig.)*

b) D. 41,2,1,5 (*Paul. LIV ad ed.*)

2. DE LA ADQUISICION DE LA PROPIEDAD POR USUCAPION A TRAVES

2.1. DEL ESCLAVO

2.1.1. "*...si servus meus peculiari nomine adipiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere; quodsi non peculiari nomine, non nisi scientem...*"

a) D. 41,3,25 (*Lic. Ruf. I reg.*)

b) *Ep. Ulp. XIX,8*

b) D. 41,3,8 *pr.* (*Paul. XII ad ed.*)

c) D. 41,4,2,12-13 (*Paul. LIV ad ed.*)

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

2.2.1. "*Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat...*"

a) D. 49,15,29 (*Lab. VI pith. a Paul. epit.*)

b) D. 41,3,44,3 (*Pap. XXIII quaest.*)

c) D. 41,3,45,1 (*Pap. X resp.*)

2.2.2. "*Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur...*"

a) D. 6,2,9,6 (*Ulp. XVI ad ed.*)

DE USUCAPIONIBUS

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA ADQUISICION DE LA POSESION POR MEDIO

1.1. DEL ESCLAVO²⁰¹

La singular naturaleza de la *possessio* como relación de derecho consistente en un estado de hecho, hace que la misma se presente como una de las figuras más

²⁰¹ Cfr. como obras más representativas sobre la adquisición de la posesión -y de la propiedad por usucapion- por medio de esclavos: BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., pp. 131-135; DE FRANCISCI, *Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo*, RIL 2.40 (1907), p. 1002 y ss. (no hemos accedido a él); SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, *Scritti di Diritto romano*, vol. I, Napoli, 1955, pp. 295-360; RATTI, *Studi sulla...*, cit., pp. 57-67;; ARNO, *Corso di Diritto romano. Il possesso*, Torino, 1936, pp. 75-89; ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1946 (reimpr. de la ed. de 1942-1943), pp. 113-119 y 131-132; SCHULZ, *Der.rom.clás.*, cit., pp. 418-419; FUENTESECA, *Possessio domino ignorant*, AHDE 24 (1954), pp. 559-585; NICOSIA, *L'Acquisto del possesso mediante i <<potestati subiecti>>*, Milano, 1960; CANNATA, *L'Animo possidere' nel Diritto romano classico*, SDHI XXVI (1960), pp. 71-105; WIEACKER, Recensión crítica a la obra de NICOSIA, *L'Acquisto del possesso mediante i <<potestati subiecti>>*, IURA 12 (1961), parte 1ª, pp. 371-386; BURDESE, *Sull'acquisto del possesso per intermediario*, LABEO VIII (1962), pp. 407-415; WATSON, *Acquisition of possession and usucapion per servos et filios*, LQR 78 (1962), pp. 205-227; DI LELLA, *Sull'acquisto del possesso <<domino ignorant>>*, MNEMEION (Siro Solazzi), Napoli, 1963, pp. 432-462; BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, vol. III (*Diritti reali*), Milano, 1972 (reimpr. corregida por Giuliano BONFANTE y Giuliano CRIFO), pp. 329-379; ANKUM, *Un cas de traditio dotis dans un texte de Julien (D.23.3.46.pr.)?*, RIDA XXIII (3ª serie, 1976), pp. 77-107.

complejas en todas las épocas jurídicas²⁰².

Si además el que adquiere la posesión es un *servus*, el supuesto formaría parte de lo que ha sido denominado por la moderna romanística -de forma genérica para abarcar todas las hipótesis que puedan plantearse- <<adquisición de la posesión por medio de intermediario o de representante>>²⁰³.

Un estudio sobre la *usucapio* del *servus hereditarius* no podía obviar un análisis sobre la posesión del mismo, y por ende -y siguiendo la metodología de todo nuestro estudio- en primer lugar, de la posesión del esclavo en general.

²⁰² Cuestión ésta sobre la que no vamos a entrar, puesto que extralimita los objetivos de nuestro trabajo.

Cfr. copiosa bibliografía sobre la posesión recogida por BURDESE, *Voz Possesso (in generale)*, a) *Diritto romano*, ED XXXIV (1985), pp. 466-467, y relación de fuentes en p. 466.

²⁰³ Es curioso observar la problemática que sucesivamente planteó el título de los mencionados estudios; problemática que incluso se quiso poner de relieve en los mismos.

Así por ejemplo, ya SOLAZZI en su trabajo *Di alcuni punti...*, cit., al inicio (p. 296) se hace eco de la vaguedad del título de su estudio, cuando en realidad el autor quiere analizar si el derecho clásico había reconocido a los tutores y a los magistrados municipales la facultad de adquirir la posesión para los pupilos y los municipios.

En la misma línea BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., pp. 329 y ss., dedica un capítulo al tema que nos ocupa *Acquisto del possesso per intermediario*, interesándose también por justificar dicha titulación.

1.1.1. *"NON SOLUM AUTEM PROPRIETAS PER EOS QUOS IN
POTESTATE HABEMUS ADQUIRITUR NOBIS, SED ETIAM
POSSESSIO"*

Tal y como afirma Gayo en el fragmento que nos ha servido de epígrafe -*Gai II, 89* = D. 41,1,10,2 (*Gai II inst.*)²⁰⁴- a través de los que están en potestad -en principio hijos de familia y esclavos- no sólo se puede adquirir la propiedad, sino también la posesión²⁰⁵.

Precisamente era la sumisión a la mencionada *potestas* la que determinaba que la adquisición de la posesión se realizase en favor del titular de aquélla.

Así, el *dominus*, en principio poseía aquello que el esclavo detentaba, aun en los casos en que el esclavo quisiera poseer por sí; correspondiéndole también la posible defensa interdictal.

En *Pauli Sententiae* 5,2,1 se señala, en relación a los elementos que configuran

²⁰⁴ *"Non solum autem proprietates per eos, quos in potestate habemus, adquiruntur nobis, sed etiam possessio: cuiuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur. unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis adquiruntur."*

²⁰⁵ El diferente enfoque con que se plantea este tema por Gayo y Paulo (*Paul. Sent.* 5,2,1), fue puesto de relieve, a nuestro juicio de forma acertada, por FUENTESECA: así, Gayo analiza las adquisiciones desde el punto de vista del titular de la *potestas*, mientras que Paulo lo hace justamente desligándose de la idea de *potestas*, y centrándose en la capacidad para poseer.

Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 559.

la *possessio*:

"Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore uel nostro uel alieno..."

Esto es, se adquiere la posesión cuando concurren dos elementos:

* el objetivo o material, denominado habitualmente "*possessio corpore*", "*factum corporis*", o simplemente "*corpus*"²⁰⁶,

* y el subjetivo, "*animus possidendi*", "*animus domini*"²⁰⁷, o simplemente "*animus*".

La doctrina romana aceptó la posibilidad de que fuera un tercero *-alieno-* el que ostentase el *corpus*; lo cual, reconducido al supuesto del *servus*, supuso admitir que éste sustituyese al dueño en la aprehensión²⁰⁸.

²⁰⁶ Interesante nos parece la precisión terminológica de CANNATA en relación al elemento objetivo, rechazando la contraposición entre "*corpus possessionem - animus possidendi*", y aceptando como más acertada la que contrapone "*corpore possidere - animus possidendi*".

Cfr. CANNATA, *L'Animo possidere*'..., cit., pp. 82-83.

²⁰⁷ Esta denominación es propia del derecho justiniano, tal y como lo advierte BURDESE, *Possesso*..., cit., p. 452.

La naturaleza del elemento subjetivo en la época clásica fue objeto de un interesante y profundo análisis por CANNATA, *L'Animo possidere*'..., cit., pp. 71-105, quién concluyó la imposibilidad de definir la locución *animus possidere*.

²⁰⁸ Así lo expresa BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 331.

Si bien es cierto que no hubo unanimidad a la hora de denominar este tipo de posesión de los esclavos.

No obstante esto, parece ser que el problema surgió en relación al elemento subjetivo, el *animus*.

En D. 41,1,53 (*Mod. XIV ad Quint. Muc.*) se afirma lo siguiente:

"...quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

Según el *iurisprudens*, la posesión requiere de la voluntad del que adquiere.

De donde, en principio, al carecer el esclavo -utilizando terminología moderna- de capacidad jurídica, no podría poseer *corpus et animus*, o sea en nombre propio; y por tanto, tampoco usucapir.

El *animus* debía ostentarlo el dueño, que era la persona que finalmente adquiriría.

Como ejemplo de esta diversidad transcribimos algunas de las denominaciones empleadas: "*corporaliter a servo tenetur*"; "*naturalis possessio*"; "*naturaliter retinuit*" e incluso, retomando el fragmento que nos ha servido de epígrafe, simplemente "*possessio*".

Cfr. al respecto el minucioso estudio realizado por RICCOBONO, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. [Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta.]*, ZSS 31 (1910), pp. 325-371, en el que el autor analiza la evolución que se produce desde el Derecho romano clásico hasta el Derecho bizantino.

1.1.2. "ETIAM IGNORANTES POSSIDEMUS, ID EST QUAS SERVI

*PECULIARITER PARAVERUNT: NAM VIDEMUR EAS EORUNDEM
ET ANIMO ET CORPORE POSSIDERE"*

La regla general se había establecido en el sentido de que para el *animus* no era posible la sustitución, lo cual imposibilitaba la adquisición de la posesión del esclavo *corpore et animo proprio*.

Parafraseando a BONFANTE²⁰⁹, el rigor lógico de dicha regla general, fue abandonado o por lo menos atenuado, lo que conllevó finalmente la aceptación de la máxima "*etiam ignoranti adquiritur possessio*"²¹⁰.

Ella trajo como consecuencia directa la admisión de la adquisición de la posesión, *corpore et animo*, por un esclavo para su dueño; o sea la actuación del mismo -de nuevo utilizando terminología moderna- como verdadero y propio representante.

A la vez que supuso -ante una clara resistencia reflejada en las propias fuentes²¹¹- llegar a admitir una capacidad directa y autónoma del esclavo para

²⁰⁹ Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 334.

²¹⁰ Las repercusiones de la misma en la figura del *procurator*, se analizan en un cuidadoso estudio de SCHLOSSMANN, *L'acquisto del possesso per mezzo dei terzi secondo il Diritto romano e l'attuale*, *Studi giuridici Vittorio SCIALOJA*, vol. I (Diritto romano), 1ª parte, Roma, 1933, pp. 100-103.

²¹¹ Vid. D. 41,2,24 (*Iav. XIV ep.*); D. 41,2,49,1 (*Paul. II def.*); D. 45,1,38,7 (*Ulp. XLIX ad Sab.*)

poseer.

La pluralidad de fuentes que se hicieron eco de dicha circunstancia, junto con la duplicidad de regímenes manifestados en ellas, produjo que la moderna romanística se cuestionara la realidad del régimen que las mismas pretendían traslucir.

Y fue básicamente la mención o no en las fuentes del término peculio, la que produjo la escisión doctrinal²¹².

²¹² SOLAZZI, afirmando el éxito de la teoría de DE FRANCISCI (vid. supra n. 1) -según la cual, los textos en que no aparece el límite peculiar, están interpolados- realiza una corta estadística de los fragmentos del Digesto recogidos por este último, señalando lo siguiente:

* en 17 fragmentos se afirma la posibilidad de que un esclavo adquiriera la posesión e incluso llegue a usucapir *ex peculiari causa*, de los cuales:

- 7 son de Paulo
- 4 de Juliano
- 2 de Papiniano
- 1 de Javoleno, Pomponio, Trifonino, Ulpiano

A los indicados por SOLAZZI entendemos debe añadirse tal y como lo advierte BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 340, D. 41,3,45,1 de Papiniano en el cual se afirma la reducción a los supuestos de adquisiciones peculiares.

Del total de 18 fragmentos, 4 se refieren directa o indirectamente a supuestos de adquisición de la posesión por *servi hereditarii*.

* En 8 fragmentos se afirma la posibilidad de que un esclavo adquiriera la posesión e incluso llegue a usucapir, sin distinguir cual sea la causa de la adquisición, de los cuales:

- 3 son de Ulpiano
- 2 de Paulo
- 2 de Pomponio
- 1 de Papiniano

De los 8 mencionados, 2 tienen como sujeto activo a un esclavo hereditario.

Sin entrar en ella²¹³ -por entender que excede los objetivos de nuestro apartado- analizaremos la opinión mayoritaria, que parte de la idea de que la concesión del

Cfr. SOLAZZI, *Di alcuni punti...*, cit., pp. 345-346.

Una corta pero interesante exégesis de dichas fuentes se encuentra en BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., pp. 340-355, poniendo énfasis en las interpolaciones señaladas por BESELER.

²¹³ La labor de la doctrina romanística en el análisis de esta concreta problemática, que en principio -salvo el estudio realizado por CUIACIO (citado por DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., p. 432 n. 1)- había sido apartada y olvidada, y sin más había acogido la restricción peculiar como clásica, parece haber quedado resuelta a través del trabajo de DE FRANCISCI, anteriormente referido, seguido, entre otros, por RICCOBONO, *Zur Terminologie...*, cit., pp. 321-371, ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, *BIDR XXX* (1920) [=Scritti ROTONDI, vol. 3, 1922] y por ALBERTARIO, *Corso...*, cit., (anteriormente en *Un interessante testo di Giavoleno*, *AUPE 3*, 1915) en los cuales se indica lo que con posterioridad se acogería de forma mayoritaria por la doctrina: la evolución que indirectamente muestran las fuentes que regulan la materia, producida desde el derecho clásico hasta el derecho justiniano, en el sentido de ampliar la restricción establecida en esa primera época de las adquisiciones realizadas con bienes del peculio, a la totalidad de los bienes del dueño. Lo cual, según ALBERTARIO, *Corso...*, cit., p. 117, queda fundamentado por DE FRANCISCI, a través de un argumento indiscutible: la tendencia a dicha generalización aumenta en las Basílicas.

Cfr. la interesante recopilación que de los fragmentos de las Basílicas realiza BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 337.

Dicha doctrina fue admitida parcialmente por SOLAZZI -seguido por BONFANTE- en el sentido de mantener la existencia de divergencias doctrinales entre los juristas clásicos. Según BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., pp. 336 y ss., puede deducirse de las fuentes, que un sector de los juristas, quizá los proculeyanos, sobrepasaron ya los confines de la *peculii causa*. Posteriormente ARNO llegó a la conclusión de que el límite peculiar se estableció básicamente en la jurisprudencia serviana, mientras que la corriente muciana, no encontró ningún límite a la adquisición de la posesión por parte de los esclavos sin conocimiento del dueño. Cfr. ARNO, *Corso...*, cit., pp. 77-85.

En cambio, NICOSIA, BESELER y SCHULZ son claros representantes del sector doctrinal que sostiene que el sometido a potestad adquiere en derecho clásico *ex omni causa*, mientras que en derecho justiniano se limita a las adquisiciones *ex peculiari causa*. Críticas a la mencionada postura aparecen posteriormente de la pluma de CANNATA, WATSON, WIEACKER, BURDESE, ANKUM y DI LELLA, entre otros.

Para una detallada exposición sobre la evolución doctrinal, cfr., por todos, DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., pp. 432-462.

peculio llevaba implícita el *animus* requerido para la posesión²¹⁴.

Esto les condujo a afirmar -a nuestro juicio, acertadamente- la posibilidad de que los esclavos adquiriesen, en esos casos la posesión, aún sin conocimiento por parte de sus dueños -*possessio domino ignorante*-²¹⁵.

A su vez, dicho sector doctrinal llegó a la conclusión de que la limitación <<peculiar>> tuvo aplicación práctica durante la época clásica, admitiendo la adquisición de la posesión por los esclavos *ex omni causa*, a partir de Justiniano.

D. 41,2,44,1 (*Pap. XXIII quaest.*) resume el régimen de adquisición de la posesión durante la época clásica²¹⁶:

²¹⁴ Según VACCA -que en su estudio sobre la figura del *procurator*, y concretamente de la adquisición por éste de la posesión, parte de la regulación establecida para los *potestati subiectos*- en el caso del *procurator*, la concesión de la *administratio* equivale a la concesión del peculio.

Cfr. VACCA, *Ancora sul problema del procurator e della rappresentanza nell'acquisto del possesso*, RISG C (1973), pp. 264-265.

²¹⁵ No nos parece oportuno entrar en la cuestión tan debatida en doctrina sobre la concesión de la *libera administratio peculii*. Simplemente advertir, tal y como lo hace RATTI, que se trata de un problema no resuelto por las fuentes romanas, lo que conduce a diferentes interpretaciones en atención a elementos externos que acompañan las distintas situaciones planteadas.

Cfr. por todos, RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 61 n. 3.

²¹⁶ Sin embargo, tal y como advierte VACCA, parece que la regulación que contiene el fragmento había sido ya aceptada por los primeros juristas de la escuela sabiniana (D. 41,2,1,5 *Paul. LIV ad ed.*).

Cfr. VACCA, *Ancora sul problema...*, cit., p. 267.

"Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaeretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem."

El jurista responde a la cuestión de porqué se adquiere *ex peculii causa* la posesión por medio del esclavo para aquéllos que lo ignoran, indicando que se adquiere por causa de utilidad y por derecho especial:

a) por causa de utilidad, para que los dueños no tengan que investigar en cada momento lo que hacen los esclavos;

b) por derecho especial, para que en toda adquisición que no se realice *ex peculii causa*, sea necesario el conocimiento del dueño.

Sin embargo -tal y como matiza FUENTESECA-, Papiniano no afirma la adquisición de la posesión a través del *animus* del esclavo.

Se trata de una de las dificultades que encierra la excepción²¹⁷ y que parece superada en D. 41,2,3,12 (*Paul. LIV ad ed.*):

²¹⁷ Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 576.

"Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere."

La justificación indicada por el jurista es de tipo teórico, se centra en la concesión del peculio, y tiene como objetivo principal resolver un problema planteado al jurista²¹⁸.

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

Abordamos en este momento la posibilidad de que un *servus hereditarius* poseyese durante la yacencia de la herencia.

La doctrina no se presenta ni pacífica, ni unánime, en la aceptación de la posesión del esclavo hereditario.

Así ya MAYNZ, opinando que la controversia en torno a la posesión del *servus hereditarius* carece de interés práctico y teórico, concluye que no se puede alcanzar

²¹⁸ La situación se resume de forma muy precisa por FUENTESECA: <<Los clásicos dejaron sentada la idea de que el *servus* puede poseer *corpore et animo* en el ámbito del peculio, pero el *animus* del esclavo es válido en cuanto se presume instrumento de un *dominus* que adquiere a través de él. No resulta admisible posibilidad alguna de adquisición de la *possessio* fuera del ámbito del *peculium*>>.

Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 578.

solución cierta²¹⁹.

En sentido contrario se manifiesta BONFANTE, quien, admitiendo la posesión y la usucapión del esclavo hereditario, advierte que su regulación se subsume en el régimen, algo anómalo, de la adquisición de la posesión en la herencia yacente²²⁰.

Por último FUENTESECA, partiendo de la escasez de estudios que analicen las causas de la admisión de la *possessio domino ignoranti ex causa peculiari*, cuestiona los problemas doctrinales que la misma pudo producir, calificando acertadamente el supuesto del *servus hereditarius*, como una de sus aplicaciones más importantes²²¹.

²¹⁹ Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 551 n. 11.

²²⁰ Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 262.

²²¹ Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., pp. 560-561.

1.2.1. AUSENCIA DE FUENTES QUE AFIRMEN LA POSIBILIDAD
DE QUE UN *SERVUS HEREDITARIUS* POSEA *CORPUS PROPRIO*
ET ANIMO ALIENO

No hemos hallado ningún fragmento que recoja la posibilidad de que un *servus hereditarius* adquiriera el *corpus*, siendo otra persona la que ostente el *animus* requerido para la *possessio*.

Tampoco hemos encontrado -dentro de los estudios que refieren a la posesión a través de intermediario²²²- alusiones sobre esta modalidad de posesión.

La *ratio essendi*, a nuestro juicio, es la siguiente: la hipótesis que ahora contemplamos se producía generalmente entre *servus* y *dominus*.

El problema principal que plantea el esclavo hereditario es que no tiene dueño; por lo tanto, parece impensable que pueda producirse esta modalidad de posesión.

Sin embargo, ¿por qué los juristas romanos no sintieron la necesidad de admitir la adquisición de la posesión de un *servus hereditarius corpus proprio et animo alieno*, a través de la aplicación de alguna de las teorías sobre la herencia yacente?

De nuevo creemos poder aludir a una justificación de tipo práctico, coherente con

²²² Vid. supra p. 117 n. 201.

la forma de actuar de los juristas romanos: la aplicación de la norma excepcional *-etiam ignorantes possidemus quas servi peculiariter paraverunt-* ya abrió una vía que posibilitó -como veremos en el próximo apartado²²³- la actuación del *servus hereditarius* en el ámbito de la posesión, sin que hiciera falta recurrir -recurso siempre forzado- a las teorías sobre la herencia yacente.

Esto es, vuelve a imponerse el carácter servil del esclavo de la herencia yacente, frente a su condición de bien hereditario; se intenta -en lo posible- subsumir la regulación de sus actos, dentro de la general de los esclavos, evitando así, soluciones basadas fundamentalmente en ficciones.

1.2.2. *"NAM SERVUS HEREDITARIUS...SI PECULIARI NEGOTIUM
CONTRACTUS EST...ETIAM POSSESSIO ADQUISITA INTELLEGI
DEBET"*

Como hemos anticipado, las fuentes sí recogen la posibilidad de que un *servus hereditarius* adquiriese la *possessio, corpus et animo proprio*.

Comenzamos con la transcripción de D. 44,7,16 (*Iul. XIII dig.*) -parte del cual nos ha servido de epígrafe- en el que se afirma lo siguiente:

²²³ Anticipamos la conclusión a la que parece llegó KOEPPEN, y que fue aceptada por V. LÜBTOW: <<Erbschaftssklave konnte nur peculii nomine für die Erbschaft Besitz...>>.

Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 588 n. 26.

*"Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati adquiret. haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio acquisita intellegi debet."*²²⁴

La *species facti* planteada es la siguiente: el que recibe una cantidad de dinero, en concepto de mutuo - "*Qui... mutuam pecuniam accepit*"-, de un esclavo hereditario - "*a servo hereditario*"- y a su vez, el mutuuario le entrega como prenda - "*pignoris causa ei tradiderat*"- un esclavo o un fundo - "*fundum vel hominem*"-, solicitándosele más tarde en precario - "*precario rogavit*"-, lo posee a título de precario - "*precario possedisset*"- y no puede usucapir el objeto - "*ne res usucapi possit*"-.

Tras exponer el supuesto de hecho, Juliano ratifica la solución adoptada a través de otros actos: porque así como el esclavo de la herencia - "*nam servus hereditarius sicuti*"-, recibiendo mediante entrega - "*per traditionem accipiendo*"-, adquiere la propiedad para la herencia - "*proprietatem hereditate acquirit*"-;...ya que también si

²²⁴ Nos encontramos, según *communis opinio*, ante un texto claramente interpolado y de los más profundamente discutidos por la doctrina.

Sobre los autores que principalmente lo han tratado, cfr. resumen en BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 342.

Más tarde fue analizado, entre otros por NICOSIA, *L'acquisto del possesso...*, cit., pp. 314-319 y por ANKUM, *Un cas de traditio...*, cit., p. 93, quiénes en la misma línea que BONFANTE, destacan la manifiesta labor de los compiladores.

hubiese dado en comodato o en depósito -"*nam et si commodaverit vel deposuerit*"- una cosa del peculio -"*rem peculiarem*"-, adquirirá para la herencia -"*hereditati adquiret*"- la acción de comodato y de depósito -"*commodati et depositi actionem*"-.

No entramos en el concreto examen de las hipótesis enunciadas puesto que, aunque íntimamente conectadas, exceden los objetivos de este apartado²²⁵.

Juliano finaliza el fragmento afirmando: esto es así -"*haec ita*"-, si se trató de un negocio del peculio -"*si peculiare negotium contractus est*"-, ya que por esta causa -"*nam ex hac causa*"-, se debe entender adquirida también la posesión -"*etiam possessio adquisita intellegi debet*"-.

La escisión doctrinal producida en relación a la adquisición de la posesión por el *servus* está presente en la interpretación de D. 44,7,16.

Así, para VOCI -compartiendo parcialmente la opinión de MAYNZ, BESELER y NICOSIA²²⁶- es impensable que Juliano volviese a recordar, al final del fragmento, la restricción a los bienes del peculio -"*si peculiare negotium...*"-; lo que

²²⁵ Cfr. interesante exégesis sobre las mismas realizado por VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 423-425.

²²⁶ Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 551 n. 11; BESELER, citado por BONFANTE en *Corso*, vol. III, cit., p. 337 y NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., p. 318, el cual concretamente afirma lo siguiente: <<Furono i compilatori che, trascinati dal rivolgimento profondo che furono costretti ad operare nel testo, introdussero la menzione dell'acquisto del possesso, e di conseguenza sentirono il bisogno di introdurre la limitazione "*peculiare*">>.

le conduce a especular sobre una inserción compilatoria²²⁷, que no le aparta de la limitación <<peculiar>> clásica.

En contra se manifiesta BONFANTE²²⁸ para quien dicha restricción no debe considerarse como interpolación, sino como vestigio del régimen clásico de dicha institución.

Si bien es cierto que -como advierte NICOSIA²²⁹-, la parte fundamental del fragmento está constituida por las hipótesis anteriores, y no por la referencia final sobre la posesión.

Seguimos con D. 41,2,1,5 (*Paul. LIV ad ed.*)²³⁰ en el cual se afirma la posibilidad de que el heredero adquiriera la posesión, y en su caso, también la propiedad por usucapión, a través de un *servus hereditarius*:

²²⁷ Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 527-528 n. 41.

El mismo parecer había manifestado anteriormente BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 257 n. 2.

²²⁸ Para BONFANTE los numerosos textos paralelos indicados por BESELER no llegan a fundamentar la interpolación de los términos en examen; participando, a su vez, de la opinión de KNIEP y de KRUGER, en el sentido de no admitir la suposición establecida por algún autor, de que el fragmento original contuviese el término *fiducia*, en vez de *possessio*.

Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 342.

²²⁹ Cfr. NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., p. 319.

²³⁰ Dicho párrafo forma parte de un extenso fragmento de Paulo en el cual, tratándose la posesión, se pone el acento en los sujetos que pueden adquirirla. Para un esueto, pero claro esquema sobre dicha circunstancia, cfr. ZAMORANI, *Possessio e animus I*, Milano, 1977, pp. 156-157.

"Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate²³¹ est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat."

Proponemos las siguientes cesuras del mismo:

A) una primera parte de carácter introductorio, desde el inicio hasta *"habere permiserimus"*,

B) una segunda, desde *"igitur ex causa peculiari..."* hasta el final.

La primera parte comienza afirmando la posibilidad de adquirir la posesión *"adquirimus possessionem"*-, por medio de esclavos e hijos que se encuentran bajo potestad *"per servum aut filium qui in potestate est"*-.

A continuación, recogiendo la opinión de Sabino, Casio y Juliano *"sicut Sabino*

²³¹ BESELER, seguido por MICOLIER y FUENTESECA, propone la incorporación del término *"nostra"*, tras *"potestate"*. Es evidente que la misma no modifica el sentido que daremos posteriormente al fragmento, cumpliendo, a nuestro juicio, una función meramente aclaratoria.

Cfr. BESELER y MICOLIER, citados por FUENTESECA, *Possessio...*, cit., pp. 561-562 n. 2.

Cfr. pequeño análisis de otras interpolaciones señaladas por BESELER en relación a este fragmento, en BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 348.

et Cassio et Iuliano placuit"-, se afirma la adquisición de la posesión por parte de los dueños, aun ignorándolo, -"*etiam ignorantes*"- cuando se trata de las cosas -"*et quidem earum rerum*"-, que los esclavos tienen en el peculio -"*quas peculiariter tenent*"-²³².

El porqué -"*quia*"- de esta última afirmación es el siguiente: la concesión del peculio -"*qui eis peculium habere permiserimus*"- supone que el esclavo posee por voluntad del dueño -"*nostra voluntate intellegantur possidere*"²³³-.

ANKUM²³⁴ afirma -acertadamente, en nuestra opinión- que los términos "*etiam ignorantes*" sirven para remarcar el carácter excepcional de este segundo supuesto.

Evidente es, -tal y como el mismo indica- que la aceptación de dicha norma excepcional, presupone la existencia de una regla general, manifestada por el mismo

²³² NICOSIA -siguiendo la opinión manifestada por BESELER, SCHULZ y BUCKLAND- afirma el carácter compilatorio de toda esta frase.

Cfr. justificaciones aludidas por dicho autor al respecto, en *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 212-213.

²³³ Esta frase fue objeto de una doble interpretación por parte de CANNATA, *L'Animo possidere'...*, cit., pp. 101-104, en un intento de justificar el pensamiento sabiniano sobre los elementos que configuran la posesión, y concretamente como ejemplo de la utilización del término *voluntas*, término próximo a la idea de *animus*.

La diferencia entre *animus* y *voluntas* vuelve a ponerse de manifiesto por ZAMORANI, *Possessio e animus I*, cit., p. 248 n. 24.

²³⁴ Cfr. ANKUM, *Un cas de traditio...*, cit., p. 91.

Paulo en *Sententiae* 5,2,1²³⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, dicha regla general también se desprende, *a sensu contrario*, del inicio del fragmento en estudio -"*Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est*"-.

Esto es, D. 41,2,1,5 recoge el régimen de adquisición de la posesión a través de esclavos en derecho clásico:

* tanto en el supuesto general: la posibilidad de que un esclavo ostentase la *possessio corpore* o elemento fáctico de la posesión -"*adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est*"-;

* como en el excepcional: la posibilidad de que un esclavo ostentase también el *animus possidendi*, y dado su carácter excepcional, limitándolo a los supuestos de adquisiciones realizadas con bienes del peculio -"*et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes*"-.

En este sentido, para ARNO y BONFANTE, la aportación de Paulo se encamina a establecer una justificación de tipo teórico, que conduce al límite excepcional de la

²³⁵ Vid supra pp. 119-120.

CANNATA, partiendo de la tesis de ROTONDI, según el cual la teoría del *animus* es llevada por Paulo a sus efectos más extremos, concluye que dicho jurista, considerando requisitos de la posesión tanto el *corpus* como el *animus*, introduce una nueva visión sobre el *animus*, en la que se encuentran mezcladas las ideas de la escuela sabiniana y las de la proculeyana.

Cfr. CANNATA, *L'Animo possidere*'..., cit., pp. 91-92 y 104.

causa <<peculiar>>, a entrar en la regla general²³⁶.

En la segunda parte del fragmento se aplica la regulación señalada hasta el momento, a unos supuestos especiales.

A nuestro juicio, la frase "*igitur ex causa peculiari*" sirve de enlace entre el final de la primera parte -A-, y el inicio de esta segunda -B-.

Con ella se remarca el carácter excepcional de los supuestos que se dispone a examinar el jurista, y que conscientemente subdivide en dos apartados:

b.1/ "...*et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt*". La peculiaridad de la *species facti* se encuentra en el siguiente hecho: Paulo afirma la adquisición de la posesión -"*adquirunt possessionem*"- y en su caso de la propiedad por usucapión -"*et usucapiunt*"-, a través de esclavos, con bienes del peculio -"*ex causa peculiari*"²³⁷-.

²³⁶ Cfr. ARNO, *Corso...*, cit., p. 79; BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 335.

La opinión de BONFANTE fue directamente tachada de <<inammissibili>> por NICOSIA, quien partiendo de la falta de homogeneidad en las opiniones de los sabinianos en relación a la posesión, se centró en la demostración de que la limitación peculiar había sido introducida por los compiladores.

Cfr. NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 211-216.

²³⁷ La influencia de los términos *ex causa peculiari* en toda esta parte es evidente:

* por un lado, especifican el supuesto de hecho que está contemplando el jurista, en relación al elemento subjetivo: las adquisiciones con bienes del peculio, por lo tanto, no las realizadas directamente por "*infans et furiosus*", sino por los esclavos sometidos a la potestad de los mismos;

Esclavos cuyos dueños son personas *sui iuris* que, aun teniendo capacidad jurídica, tienen su capacidad de obrar limitada -"*infans*²³⁸ *et furiosus*"-; son pues personas que genéricamente carecen de voluntad, lo cual revierte en la falta del *animus* requerido para la posesión²³⁹.

Dicha carencia de *animus* se resuelve aludiendo a la posibilidad de que sus esclavos adquieran la posesión *corpus et animus*, limitando dichos supuestos a las adquisiciones realizadas con bienes <<peculiares>>.

b.2) "*et heres, si hereditarius servus emat*": también por causa del peculio -"*ex causa peculiari*"²⁴⁰- puede un heredero -"*et heres*"- adquirir la posesión, e incluso llegar a usucapir, si un esclavo hereditario compra -"*si hereditarius servus*

* y por otro, en relación al elemento objetivo, limitan las mencionadas adquisiciones a las realizadas con bienes del peculio.

Cfr. al respecto V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 590.

²³⁸ En el mismo sentido vid. D. 41,2,32,2 *i. f.* (*Paul. XV ad Sab.*)

²³⁹ Parafraseando a FUENTESECA, son casos especiales de temporal incapacidad del *dominus*, que junto con el de la herencia yacente o el de los municipios, constituyen concretas aplicaciones de la denominada "*possessio domino ignoranti*".

Cfr. por todos FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 579.

Por su parte, ZAMORANI, *Possessio e animus I*, cit., pp. 248-249, califica de <<disperato>> y <<agevole>> el contenido del fragmento de Paulo, y se centra en una cuestión concreta: se afirma que el *servus* del *infans* puede poseer *corpus et animus* sin pensar que este último no pudo haber concedido el peculio, en el que se supone se incluía el *animus* requerido para la posesión.

²⁴⁰ En este caso no es necesario interpretar, a través de dichos términos, el elemento subjetivo al que se refiere el jurista. Paulo es claro al respecto: "*si hereditarius servus emat*".

Sí, en cambio, interpretar el elemento objetivo: se limitan las adquisiciones a las realizadas con bienes del peculio.

emat"-²⁴¹.

Nos encontramos de nuevo ante una adquisición realizada a través de un esclavo.

Sin embargo, ¿por qué en este caso, y a diferencia del supuesto del *infans* y del *furiosus*, Paulo especifica que el esclavo que realiza la adquisición, es un *servus hereditarius*?

La razón, a nuestro juicio, es muy sencilla: al tiempo en que el esclavo realiza la compra no pertenece todavía al heredero, ya que de ser así, no se le podría calificar de hereditario.

Si el jurista no hubiese especificado de qué esclavo está tratando, directamente se interpretaría de los esclavos en propiedad del heredero, en el momento de la compra.

La afirmación de la adquisición de la posesión por medio de estos *servi* no hubiese sido inexacta; pero sí la comparación entre este supuesto -esclavo del heredero- y los

²⁴¹ Tal y como advierte MARCUSEN, partiendo del contenido de D. 15,1,3 *pr.* (*Ulp. XXIX ad ed.*), en estos casos también el pretor concedía la *actio de peculio*:

"Licet tamen Praetor, si cum eo, qui in potestate sit, gestum sit, polliceatur actionem, tamen sciendum est, etsi in nullius sit potestate, dari de peculio actionem; utputa si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem."

Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 58.

dos anteriores -"*infans et furiosus*"-, sobre la que volveremos más adelante²⁴².

En este sentido, nos hacemos eco de la opinión de VOCI²⁴³, cuando señala que está claro el proceso lógico de analogía que recoge el fragmento, a la vez que compartimos la idea de que no debe aceptarse la modificación señalada por MOMMSEN -y seguida por FUENTESECA²⁴⁴-, quién corrige "*heres*" por "*hereditas*".

Matizando que en el supuesto del *heres* -a diferencia de los anteriores, "*infans et furiosus*"-, falta el *animus* requerido, no porque existan los dueños y éstos carezcan

²⁴² Vid. *infra* p. 142.

²⁴³ Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 530 n. 48.

También participamos de la opinión de BONFANTE cuando señala que el fragmento en estudio parece plausible, tanto en la forma como en el contenido, lo que conduce al autor a separarse de las interpolaciones indicadas por BESELER, para quien los términos "*earum rerum quas peculiariter tenet*" y desde "*quia nostra voluntate*" hasta el final, están interpolados. Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 348. Interpolaciones que también son rechazadas por FUENTESECA. Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 560 n. 2.

²⁴⁴ La razón de nuestra inadmisibilidad es la siguiente: si el fragmento debiera referirse a la *hereditas*, en vez de al *heres* ¿por qué sigue manteniendo FUENTESECA que Paulo plantea supuestos de personas incapaces, o tal y como indica anteriormente, de personas con existencia incierta?

A nuestro juicio, la admisión de dicha corrección, anula el sentido de la analogía presentada por Paulo.

Es más, posteriormente FUENTESECA vuelve a referirse al proceso analógico que se desprende del fragmento, lo cual nos induce a pensar que en el fondo no participa de la corrección de MOMMSEN.

Un dato que puede avalarlo es que más tarde, al tratar -en p. 581- D. 41,3,44,3 y admitiendo otra corrección de MOMMSEN, dicho autor la introduce directamente en el fragmento, y no a través de un paréntesis, como en este caso.

Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 580.

de *animus*, sino porque falta el dueño que pueda concederlo.

Llegados a este momento, nos cuestionamos lo siguiente:

¿por qué Paulo no aplica alguna de las teorías sobre la herencia yacente para fingir la existencia de ese dueño del cual detraer el *animus* requerido, y por ende, para justificar la *possessio* del *servus hereditarius corpus et animus*?

A nuestro juicio, Paulo considera que el peculio concedido al *servus* en vida de su dueño, no se extingue con el fallecimiento de éste, lo cual supone:

1^a/ que resta implícito en él, el *animus* requerido para la posesión del esclavo²⁴⁵;

2^a/ que no hace falta aplicar ninguna teoría sobre la herencia yacente para admitir la *possessio corpus et animus* del *servus*.

En resumen, el proceso seguido por Paulo en D. 41,2,1,5 puede esquematizarse de la siguiente forma:

²⁴⁵ ALBERTARIO ya se había manifestado en este sentido, señalando lo siguiente: <<Il peculio è un piccolo patrimonio concesso dal padrone, suscettibile di trasformazioni e di aumento per l'attività dello schiavo; concedendone a questo l'amministrazione e il godimento, il padrone implicitamente afferma la sua volontà di possedere tutto quanto ad esso anetterà lo schiavo>>.

Cfr. ALBERTARIO, *Corso...*, cit., pp. 114-115.

<i>IUS COMMUNE</i>	<i>IUS SINGULARE</i>
<p><i>A)</i> <i>ITEM ADQUIRIMUS</i> <i>POSSESSIONEM PER SERVUM AUT</i> <i>FILIUM QUI IN POTESTATE EST</i></p>	<p><i>ET QUIDEM EARUM RERUM QUAS</i> <i>PECULIARITER TENENT ETIAM</i> <i>IGNORANTES, SICUT SABINO ET</i> <i>CASSIO ET JULIANO PLACUIT,</i> <i>QUIA NOSTRA VOLUNTATE</i> <i>INTELLEGANTUR POSSIDERE QUI</i> <i>IIS PECULIUM HABERE</i> <i>PERMISERIMUS</i></p>
<p><i>B)</i></p>	<p><i>IGITUR</i> <i>EX CAUSA PECULIARI ET INFANS</i> <i>ET FURIOSUS ADQUIRUNT</i> <i>POSSESSIONEM ET USUCAPIUNT,</i> <i>ET HERES, SI SERVUS</i> <i>HEREDITARIUS EMAT</i></p>

El *ius singulare*²⁴⁶ establecido para los supuestos de personas *alieni iuris* -A- cuando las mismas actuaban con bienes del peculio *domino ignorante*, se convierte en la práctica, en los supuestos de adquisición de la posesión por esclavos para personas *sui iuris* -B- carentes de *animus*, en *ius commune*.

Y sólo de esta última regulación participa el *servus hereditarius*.

²⁴⁶ Dicha terminología supone fiel reflejo de la empleada por Papiniano en D. 41,2,44,1, anteriormente examinado, vid. supra pp. 125-126.

2. DE LA ADQUISICION DE LA PROPIEDAD POR USUCAPION A TRAVES

2.1. DEL ESCLAVO²⁴⁷

2.1.1. "...SI SERVUS MEUS PECULIARI NOMINE ADIPISCATUR
POSSESSIONEM, ID ETIAM IGNORANTEM ME USUCAPERERE;
QUODSI NON PECULIARI NOMINE, NON NISI SCIENTEM..."

La evidente conexión entre la posesión y la usucapión se pone de manifiesto, entre otros, en D. 41,3,25 (*Lic. Ruf. I reg.*):

"Sine possessione usucapio contingere non potest."

Esto es, uno de los requisitos necesarios para adquirir la propiedad por usucapión, tal y como se indica en *Ep. Ulp. XIX, 8*, es la posesión:

"...Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni uel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii."

La *usucapio* vino a solucionar la problemática planteada cuando, queriéndose transmitir la propiedad civil de un objeto, se había transmitido únicamente la posesión del mismo.

²⁴⁷ Vid. supra p. 117 n. 201.

Se trata -tal y como advierten JÖRS-KUNKEL²⁴⁸-, de una manifestación de la fuerza curadora del tiempo.

Las fuentes afirman la facultad que se concedía al *servus* para usucapir en favor del *dominus*.

Como muestra de ello traemos a colación D. 41,3,8 *pr.* (*Paul XII ad ed.*), en el que se señala lo siguiente:

"Labeo Neratius responderunt ea, quae servi peculiariter nacti sunt, usucapi posse, quia haec etiam ignorantes domini usucapiunt: idem Iulianus scribit."

En el fragmento transcrito -recogiendo la opinión de Labeón, Neracio y Juliano- se afirma que las cosas que los esclavos adquirieron como de su peculio -"*ea, quae servi peculiariter nacti sunt*"- podían ser usucapidas -"*usucapi posse*"-.

Dicha afirmación se justifica a través de una norma, a la que nos hemos referido con anterioridad: porque adquieren por usucapición los dueños -"*quia...domini usucapiunt*"-, aun ignorándolo -"*etiam ignorantes*"-²⁴⁹.

²⁴⁸ Cfr. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965 (trad. por L. PRIETO CASTRO de la 2ª ed. alemana *Römisches Privatrecht*, Berlín, 1935; reimpr. de la traducción de 1937), p. 191.

²⁴⁹ Vid. en el mismo sentido, entre otros, D. 41,1,10,2 *i. f.* (*Gai II inst.*) recogido al tratar la posesión (= *Gai II*,89); D. 41,3,44,7 (*Pap. XXIII quaest.*); D. 41,4,2,11 (*Paul. LIV ad ed.*), parte del cual nos ha servido de epígrafe, y D. 49,15,12,2 (*Thryp.*

Es interesante el parangón que establece FUENTESECA entre este fragmento y D. 41,2,1,5 -anteriormente examinado- a través del cual, y basándose fundamentalmente en diferencias de contenido y de expresión, busca el apoyo suficiente para afirmar, no sólo la distinta procedencia u origen de los textos, sino incluso la derivación de la norma que permite la adquisición de la *possessio etiam ignorantibus domino*, de una norma similar en materia de *usus*²⁵⁰.

También en la usucapión a través del *servus* se requiere la buena fe del mismo, tal y como queda recogido, entre otros, en D. 41,4,2,12 (*Paul. LIV ad ed.*):

"Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait: quod si peculiari, tunc mentem servi quaerendam. et si servus mala fide possideat eaque dominus nactus sit, ut suo nomine possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis et ideo usucapio ei non magis procedat."

O sea, se debe tener en cuenta -a los efectos de la usucapión- la buena o mala fe del esclavo en la posesión del objeto; si posee de mala fe, su dueño no puede usucapir.

Lo mismo que debe existir una *iusta causa usucapiendi*, tal y como se recoge,

IV disp.).

²⁵⁰ Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., pp. 561 y ss.

entre otros, en D. 41,4,2,13 (*Paul. LIV ad ed.*):

"Si servus bona fide emerit peculiari nomine...processuram usucapionem..."

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

Pasamos ahora a analizar la posibilidad de que un *servus hereditarius* adquiriera la *possessio ad usucapionem*, y en último término, la propiedad.

El punto de partida nos lo proporciona D. 4,6,30 *pr.* (*Paul. XII ad ed.*)²⁵¹:

"...quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur."

En él se admite la *successio in usucapionem (in possessionem)*, o sea la transmisión al heredero -"*descendit ad heredem*"- de la usucapión iniciada por el difunto -"*quia possessio defuncti quasi iuncta*"-.

A la vez que se anuncia, que la mayoría de las veces -"*plerumque*"-, la misma se

²⁵¹ En el mismo sentido, vid., entre otros, D. 41,2,13,5 (*Ulp. LXXII ad ed.*); D. 41,3,20 (*Iav. IV ep.*); D. 41,3,31,5 (*Paul. XXXII ad Sab.*); D. 41,3,40 (*Ner. V reg.*); D. 41,4,2,18 (*Paul LIV ad ed.*) y D. 41,4,6,2 (*Pomp. XXXII ad Sab.*)

FUENTESECA, centrado en la importancia práctica de la actividad del *servus hereditarius* durante la yacencia, llega a afirmar que en estos casos, es él quien continúa la *usucapio* iniciada por el difunto.

Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 256.

completa antes de la adición de la herencia -"*nondum hereditate adita completur*"-.

Se trata de una doble afirmación que, sin aludir al supuesto que va a centrar nuestro estudio -la *usucapio* del esclavo hereditario-, sirve, cuanto menos, para intuir la regulación que del mismo se estableció.

Esto es, si Paulo señala la posibilidad de continuar, e incluso de finalizar, durante la yacencia, la usucapición iniciada por el difunto:

¿por qué no admitir que un *servus hereditarius*, al cual se le permite poseer, pueda a su vez, adquirir la propiedad por usucapición?

Hay que recordar que la tendencia de los juristas se había encaminado a posibilitar la mayoría de los actos realizados por el esclavo durante la yacencia.

Dicha tendencia -como veremos a continuación- vuelve a estar presente en la regulación de la usucapición²⁵².

²⁵² Una primera toma de contacto con las fuentes en las cuales aparece la figura en estudio, evidencia un hecho, anunciado por FUENTESECA: son superiores en número los fragmentos que hemos hallado y que refieren a la usucapición del esclavo hereditario, frente a los que aluden simplemente a la adquisición de la posesión.

Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 253.

2.2.1. "NONDUM ADITAE HEREDITATIS TEMPUS USUCAPIONI DATUM
EST, SIVE SERVUS HEREDITARIUS ALIQUID COMPARAT..."

Comenzamos con D. 49,15,29 (*Lab. VI pith. a Paul. epit.*), en el que se señala lo siguiente:

*"Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti. Paulus: immo si quid servus tuus peculii nomine, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus. et eo modo etiam hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet."*²⁵³

El texto se inicia con la siguiente afirmación de Labeón: si volviste por el postliminio -"*Si postliminio redisti*"-, no pudiste usucapir nada -"*nihil...usucapere potuisti*"- durante el cautiverio -"*dum in hostium potestate fuisti*"-²⁵⁴.

Más tarde se recoge la opinión de Paulo -"*Paulus*"-: si durante el cautiverio

²⁵³ Según FUENTESECA el texto no se refería en su origen al *postliminium* sino a la *usucapio*.

Una interesante exégesis sobre el mismo -desde el prisma del *captivus*- se ofrece por FUENTESECA, *Possessio...*, cit., pp. 566-567.

²⁵⁴ Tal y como lo señala RATTI, una de las causas de extinción de la posesión es la esclavitud, que provoca la falta del *animus possidendi*, siendo independiente que se mantenga la *possessio corpore*.

Según dicho autor, la regulación evolucionó, admitiendo en derecho justiniano, la posesión y la usucapión del cautivo.

Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 53.

- "*immo si... dum in eo statu esses*"-, un esclavo (del cautivo) - "*servus tuus*"- hubiese poseído alguna cosa a título de peculio - "*peculii nomine... possederit*"-, (el dueño) podrá usucapirla durante ese tiempo - "*id eo quoque tempore usucapere poteris*"-.

La razón aludida es la siguiente: (los dueños) suelen usucapir estas cosas aun sin saberlo - "*quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus*"-, y de este modo - "*et eo modo*"-, también la herencia - "*etiam hereditas*"-, no habiendo nacido aún el póstumo - "*nondum nato postumo*"- o no habiendo sido todavía adida - "*aut nondum adita*"-, suele ser aumentada - "*augeri... solet*"- por un esclavo de la herencia - "*per servum hereditarium*"-.

No participamos de la opinión de SCADUTO cuando señala que la utilización del tiempo pasado al hablar de la posesión del esclavo - "*possiderat*"- reduce la continuación de la *usucapio* durante la yacencia, admitiendo únicamente la posesión iniciada antes del cautiverio o del fallecimiento del *dominus*²⁵⁵.

Interesante es la apreciación de RATTI quien -en su análisis sobre la *captivitas*- remarca los argumentos extraídos de las fuentes, para posibilitar la usucapión del esclavo del prisionero:

²⁵⁵ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 63.

* por un lado, la analogía con el supuesto de la herencia yacente²⁵⁶, y

* por otro, la posibilidad que tiene el dueño de engrosar su patrimonio, sin su conocimiento, con las cosas adquiridas *peculii nomine* por el *servus*.

A la vez que recuerda que la admisión de esta última norma -yendo contra principios básicos- se fundamenta en razones de utilidad²⁵⁷.

Una interpretación literal del fragmento nos conduce a desechar la opinión de VOICI, para quien Labeón negaba no sólo la usucapión, sino también la posesión durante el cautiverio.

A nuestro juicio, el *iurisprudens* se refería a la usucapión del dueño, no del dueño

²⁵⁶ Lo que evidencia de nuevo la importancia práctica de esta figura, desde el momento en que se toma como ejemplo para determinar la solución de un supuesto análogo.

²⁵⁷ No compartimos la parcial adhesión de RATTI a la postura de SCADUTO, cuando afirma lo siguiente: <<Appare invece verosimile che, come sostiene lo SCADUTO, nel diritto classico non si sia ammesso da alcuni giuristi l'inizio dell'usucapione per mezzo degli acquisti fatti *peculiari nomine* dal servo ereditario dopo la morte del *de cuius*.>>

Es evidente, como el propio RATTI indica, que en el supuesto del *servus hereditarius*, por un lado, no se tiene en cuenta la idea de la necesaria posesión del sometido a potestad, para que éste pueda a su vez, adquirir la posesión para el dueño, y por otro, en el caso de los *furiosi*, por ejemplo, no se tiene en cuenta el hecho de que el que no puede en su nombre usucapir, tampoco puede por medio de un esclavo (D. 41,3,8,1 *Paul. XII ad ed.*).

Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 60 n. 1 y pp. 65-66.

a través del esclavo²⁵⁸.

Sin embargo, -continúa acertadamente dicho autor-, la falta de fuentes, hace que no podamos afirmar con rotundidad si en tiempos de Labeón ya se admitía la posesión y la usucapión a través de esclavos, *dominus ignorans*.

NICOSIA, reafirmando su tesis sobre la *possessio domino ignorante*, considera interpolada la limitación <<peculiar>> del fragmento²⁵⁹.

A través del siguiente esquema pretendemos reflejar el paralelismo de los supuestos planteados por los dos juristas en D. 49,15,29:

²⁵⁸ Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 527 n. 40. Anteriormente, en el mismo sentido se había manifestado RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 65 n. 2.

Esto es lo que lleva a VOCI a considerar que posiblemente fue a partir de Juliano (D. 44,7,16 *XIII dig.*), cuando se admite la adquisición de la posesión a través del *servus hereditarius*.

²⁵⁹ Cfr. NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 231-232. Antes, en el mismo sentido BESELER, citado por RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 64 n. 4. En contra, se manifiestan entre otros, WIEACKER y DI LELLA. Cfr. WIEACKER, *Recensión crítica...*, cit., p. 378 y DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., p. 446 n. 50

<i>LABEO (-)</i>		<i>PAULUS (+)</i>
<i>1ª</i>	<i>SI</i>	<i>2ª</i>
<i>A/ POSTLIMINIO REDISTI</i>	#	<i>A/ QUID SERVUS TUUS PECULII NOMINE POSSEDERIT</i>
	<i>DUM</i>	
<i>B/ IN HOSTIUM POTESTATE FUISTI</i>	=	<i>B/ IN EO STATU ESSES</i>
<i>C/ NIHIL USUCAPERE POTUISTI</i>	#	<i>C/ USUCAPERE POTERIS</i>
		<i>QUONIAM EAS RES ETIAM INSCIENTES USUCAPERE SOLEMUS</i>
		<i>3ª</i>
		<i>A/ ET EO MODO</i>
		<i>B/ ETIAM HEREDITAS NONDUM NATO POSTUMO AUT NONDUM ADITA</i>
		<i>C/ AUGERI PER SERVUM HEREDITARIUM SOLET</i>

El inicio a través de los signos + y -, es indicador del resultado final al que se va a llegar:

* la posibilidad de usucapir(+)

* la imposibilidad de usucapir(-).

A partir de ese momento el fragmento queda escindido en dos columnas; en ellas aparecen tres hipótesis (1ª, 2ª y 3ª), en las que se repiten -directa o indirectamente- los siguientes elementos:

- * A: sujeto activo
- * B: momento analizado
- * C: resultado al que llega el jurista²⁶⁰.

A nuestro juicio, de las combinaciones de dicho elementos se producen los siguientes resultados:

$$1^a/ A1 + B1(=B2) = C1 = -$$

$$2^a/ A2(=A3) + B1(=B2) = C2 = +$$

$$3^a/ A2(=A3) + B3 = C2 = +$$

Entre la 1ª y la 2ª hay un cambio en cuanto al sujeto -*captivus* por *servus*-, lo que lleva a un resultado positivo: posibilidad de usucapir del esclavo cuando adquiere con bienes del peculio.

Entre la 2ª y la 3ª hay un cambio del momento analizado -cautividad por yacencia de la herencia- y el resultado sigue siendo el mismo.

²⁶⁰ Sólo en la segunda de las hipótesis planteadas se establece el fundamento al resultado adoptado por el jurista.

La conclusión a la que pretendemos llegar es la siguiente: parece que lo necesario en esos supuestos para que se produzca un resultado positivo -posibilidad de usucapir- es el sujeto y no el momento; de donde, siempre que "*quid servus tuus peculii nomine possiderit...*" el resultado es "...*usucapere poteris*"²⁶¹.

El punto de conexión entre ambas hipótesis -la del esclavo del cautivo y la del esclavo hereditario- parece radicar en la falta actual de dueño al cual referir las adquisiciones realizadas.

Sin embargo, dicha falta de *dominus*, aunque aparentemente similar, debe ser matizada:

* el esclavo del cautivo, aunque teóricamente tiene dueño, carece de él en la práctica;

* el esclavo hereditario, sin tener ni teórica ni prácticamente dueño, espera llegar a tenerlo.

Esta es la razón por la cual, si bien en algunos aspectos las regulaciones de dichos esclavos discurren paralelas, en otros, son totalmente diferentes²⁶².

²⁶¹ Lo que utilizando los signos del fragmento equivale a lo siguiente: A2 + ___X___ = C2

²⁶² Un estudio profundo de ambas figuras, aunque resultaría interesante, desborda en este momento los objetivos de nuestro trabajo.

Continuamos con dos fragmentos del Digesto -D. 41,3,44,3 y D. 41,3,45,1- tratados ampliamente por la doctrina.

La razón es la siguiente: son de los pocos que, regulando la actuación del *servus hereditarius*, y perteneciendo al mismo jurista -Papiniano-, manifiestan externamente opiniones contrapuestas.

En D. 41,3,44,3 (*Pap. XXIII quaest.*) se afirma la posibilidad de usucapir a través de un esclavo hereditario:

*"Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt."*²⁶³

El texto se inicia indicando el momento en que va a transcurrir la *species facti*: durante la yacencia de la herencia -"*Nondum aditae hereditatis*"-; continúa afirmando un principio que va a guiar toda la regulación: la posibilidad de usucapir durante la yacencia -"*tempus usucapioni datum est*"-, para introducir seguidamente -a través de

²⁶³ Para ALBERTARIO -siguiendo a DE FRANCISCI- la referencia a la limitación peculiar debió excluirse por los compiladores, fundamentalmente en atención al contenido de D. 41,3,44,7 en el que la misma sí aparece. Cfr. ALBERTARIO, *Corso...*, cit., p. 116.

Cfr. la opinión de BESELER recogida por BONFANTE, *Corso*, vol. III, p. 351.

Por su parte SCADUTO -seguido parcialmente por RATTI-, afirma que el texto está interpolado desde *sive* hasta el final.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 58; RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 60 n. 1.

la partícula "sive"- las dos hipótesis a las que aplica dicho principio:

* si un esclavo hereditario compra algo durante la yacencia -"*servus hereditarius aliquid comparat*"-;

* si el difunto había comenzado a usucapir -"*defunctus usucapere coeperat*"-.

El fragmento finaliza matizando que la admisión -se entiende de lo anteriormente expuesto- se produjo por derecho especial -"*sed haec iure singulari recepta sunt*"²⁶⁴.

Las opiniones doctrinales sobre dicho fragmento aparecen encontradas. Así, v.g., para MARCUSEN -siguiendo a KOEPPEN- no continúa la posesión sino la *conditio usucapiendi*; para FUENTESECA, como indicábamos con anterioridad, es en este supuesto el propio *servus hereditarius* quien continúa la *usucapio* iniciada por el difunto. Esta afirmación le lleva a concluir que en estos casos, el esclavo podía usucapir incluso fuera del ámbito del peculio²⁶⁵.

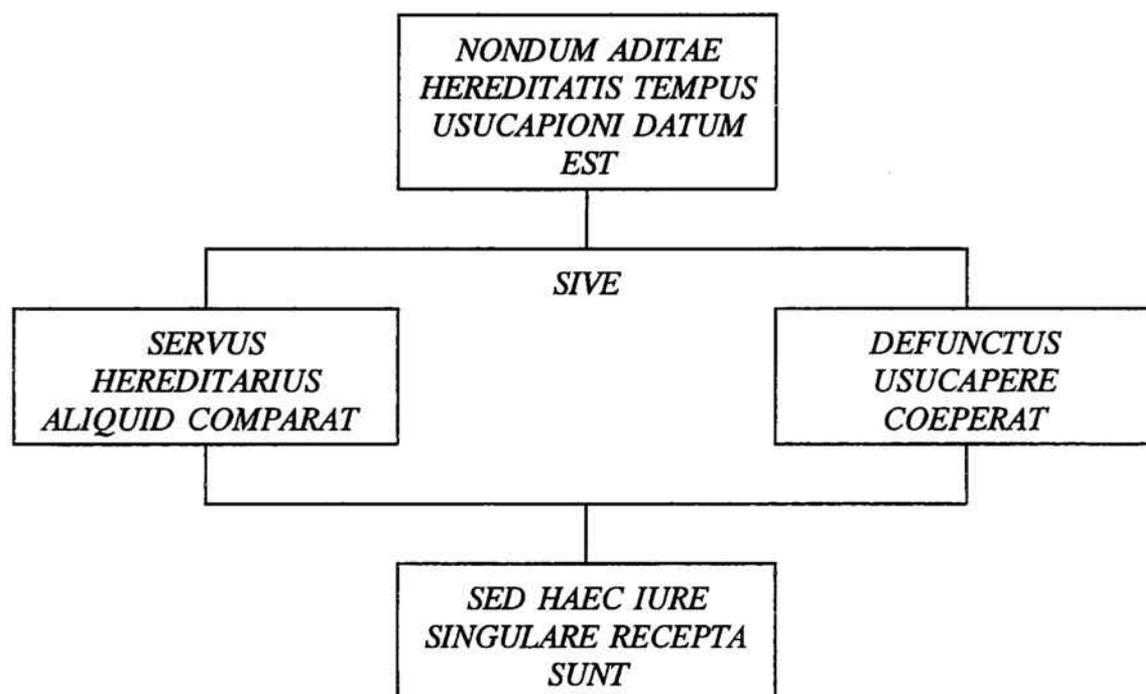
²⁶⁴ Evidente es, tal y como lo apunta MARCUSEN, seguido entre otros por V. LÜBTOW, que el contenido de este texto contradice la norma anteriormente referida "*sine possessione usucapio contingere non potest*".

Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 52; V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 593.

V. LÜBTOW, por su parte, señala que la introducción en el texto de los términos "*receptum esse*" es una muestra de que se trató de una creación del derecho de los juristas. Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 592.

²⁶⁵ Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 52; FUENTESECA, *Possessio...*, cit., p. 582.

La clara estructura del texto posibilita²⁶⁶, a nuestro juicio, el siguiente esquema:



El esquema conduce a una doble lectura del fragmento²⁶⁷, según se siga -partiendo del cuadro inicial para llegar al final- la parte izquierda o la derecha del mismo.

Cada una de ellas son una muestra de las formas de usucapir admitidas durante la yacencia de la herencia:

²⁶⁶ En contra se manifiesta VOICI. Vid. infra p. 18 n.33.

²⁶⁷ Con ello nos apartamos del sector doctrinal que pretende ver en la parte final del fragmento la mano de los compiladores. Cfr. *Index Interpolationum*, vol. III, p. 206.

- * la iniciada por el difunto²⁶⁸;
- * la iniciada por el esclavo hereditario.

Al principio de este apartado ya recogíamos la posibilidad de continuar la *usucapio* iniciada por el difunto.

Nos centramos, pues, en la *usucapio* del *servus hereditarius*, planteándonos la siguiente cuestión:

¿por qué no emplea Papiniano alguna de las teorías sobre la herencia yacente, para justificar dicha forma de adquirir la propiedad?

Dos son las razones que, a nuestro juicio, pueden justificar dicha ausencia:

1^a/ desde el prisma de la *possessio*: la admisión de la posesión del *servus hereditarius corpus et animo proprio*, de forma natural, es decir, sin tener que recurrir al apoyo de alguna de las teorías sobre la herencia yacente;

2^a/ desde el de la *usucapio*: la admisión, *iure singulare*, de la *successio in usucapionem*, o sea del mantenimiento y continuación de la usucapión iniciada por el

²⁶⁸ NICOSIA reacciona contra los que como SCADUTO -en atención a la falta de concordancia de las hipótesis planteadas- manifiestan la interpolación de la hipótesis del *servus hereditarius*, afirmando que es justamente esta parte la que debe considerarse originaria, básicamente en atención al carácter excepcional de la misma.

Cfr. NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 191-192.

difunto durante la yacencia; en este caso se admite, recurriendo a la ficción.

Es evidente que desde el momento en que se acepta la *possessio* del *servus hereditarius* e incluso, la continuación de la *usucapio* iniciada por el difunto, lo más natural y fácil es consentir la *usucapio* del esclavo hereditario²⁶⁹.

Consiguientemente, ¿para qué aplicar alguna de las teorías sobre la herencia yacente, si con la regulación existente puede solventarse el problema planteado?

Reseñable nos parece la opinión de NICOSIA, quién contrario a todas las modificaciones que sobre el supuesto del *servus hereditarius* se pretenden realizar, desecha el cambio de *comparat* por *compararat*.

La razón -acertadamente- aludida, por dicho autor, es la siguiente: el jurista se refería a las compras realizadas por un esclavo hereditario durante la yacencia, no a las efectuadas antes del fallecimiento de su dueño, cuando todavía no podía calificarse como *hereditarius*²⁷⁰.

²⁶⁹ En palabras de ALBERTARIO, desde el momento en que se admite la posibilidad de adquirir *ex causa peculiari* la posesión *etiam ignoranti domino*, la consecuencia es la admisión de la usucapión del *servus*.

Cfr. ALBERTARIO, *Corso...*, cit, p. 115.

²⁷⁰ Como justificación de su opinión sobre la admisión de la usucapión iniciada por el *servus hereditarius* dicho autor recuerda el contenido de D. 6,2,9,6, D. 41,2,1,5, D. 49,15,29 e incluso de D. 44,7,16, textos todos ellos principales en nuestra exposición.

Es de advertir -tal y como indica NICOSIA- el tiempo de los verbos empleados en todos ellos, que ratifica se trata de actos realizados por el esclavo durante la yacencia.

Cfr. NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 186-189 y p. 190 n. 10.

Sin embargo no compartimos -a zaga de DE FRANCISCI-, su consideración de que la limitación <<peculiar>> tuviese carácter justiniano²⁷¹.

Continuamos con D. 41,3,45,1 (*Pap. X resp.*), en el que se niega la posibilidad de usucapir a través de un esclavo hereditario:

"Post mortem domini servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae: quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?"

En el texto se aprecian tres partes distintas:

- la primera desde el principio hasta "*coepit tenere*";
- la segunda desde "*usucapionis*" hasta "*aditae*";
- y la tercera desde "*quemadmodum*" hasta el final.

En la primera Papiniano expone, en menos de tres líneas y con una claridad absoluta, el supuesto de hecho del que parte: tras el fallecimiento del dueño -"*post mortem domini*"- (¿cuándo?), un esclavo hereditario -"*servus hereditarius*"²⁷²- (¿quién?), en nombre del peculio -"*peculii nomine*"- (¿cómo?), comenzó a poseer un objeto -"*rem coepit tenere*"- (¿qué?).

²⁷¹ Cfr. NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 193-195.

²⁷² Lo que confirma que el acto se realiza durante la yacencia de la herencia.

En la segunda, el *iurisconsultus* afirma que la usucapión se inicia -"*usucapionis primordium erit*"-, al tiempo de la adición de la herencia -"*tempus aditae hereditatis*"-.

Lo que *a sensu contrario* significaría, que a los efectos de la usucapión, la posesión del *servus hereditarius* durante la yacencia, no se computa.

Por último en la tercera, Papiniano introduce, en forma de interrogación -"*quemadmodum*"-, una justificación a lo afirmado hasta el momento²⁷³ -"*etenim usucapietur*"-, basada en la falta de posesión por parte del difunto -"*quod ante defunctus non possederat*"-.

Llegados a este punto, nos planteamos lo siguiente:

¿por qué no admite el jurista, en este caso, la "*possessio ad usucapionem*" del *servus hereditarius*, cuando se habla explícitamente de bienes del peculio?

La doctrina romanística no ha establecido, hasta el momento, una *communis opinio* al respecto.

²⁷³ Esta es la parte que BESELER, siguiendo en la misma línea de interpretación iniciada en otro fragmento de Papiniano (D. 41,3,44,7), considera interpolada; interpolación criticada de nuevo por BONFANTE -crítica que compartimos- en el sentido de que ésta vuelve a ser una insistencia sobre la necesidad de posesión, la cual podría conducir incluso, continúa el autor, a retener genuino el fragmento.

Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 346.

Así, ya JHERING había manifestado que la opinión de Papiniano recogida en este fragmento, no se encontraba en la línea de interpretación de la mayoría de los juristas, decantándose por la afirmación de la posibilidad de usucapir del *servus hereditarius*²⁷⁴.

Por su parte DUSI -criticando las soluciones de otros autores²⁷⁵- concluye la imposibilidad de resolver la antinomia presentada en los dos fragmentos de Papiniano -D. 41,3,44,3 y D. 41,3,45,3-, decantándose, eso sí, por la admisión de la usucapión del *servus hereditarius* en base a la justificación recogida en D. 41,3,44,7 (*Pap. XXIII quaest.*)

BUCKLAND²⁷⁶ recuerda la opinión de MOMMSEN, quien -a nuestro juicio acertadamente- sugirió la caída de un "*nisi*" tras el término "*domini*"²⁷⁷.

²⁷⁴ Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 201.

²⁷⁵ Dicho autor no participa de las modificaciones indicadas por JHERING -sustitución de *comparat* por *comparabat* en D. 41,3,44,3- y por KOEPPEN -introducción de un *non* delante de *peculii nomine* en D. 41,3,45,1-.
Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., p. 462 n. 50.

²⁷⁶ Cfr. BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 257. Anteriormente ya se había manifestado en favor de esta tesis CARUSI al tratar sobre la acción publiciana.

Cfr. CARUSI, *L'Azione Publiciana in Diritto romano*, Roma, 1967 (reimpr. anastática de la ed. de Roma, 1889), p. 198 n. 67.

²⁷⁷ Tesis compartida por BESELER, quien rechaza sin embargo, por incomprensible, desde *quemadmodum* hasta el final.

En contra de BESELER, FUENTESECA afirma que parte del texto encaja perfectamente con la doctrina manifestada por Papiniano en otros fragmentos.

Cfr. BESELER, citado por FUENTESECA en *Possessio...*, cit., pp. 582-583 n. 34.

En la misma línea que MOMMSEN, se manifiesta ALBERTARIO advirtiéndolo que,

Ello conlleva lo siguiente: admitir el inicio de la usucapión del *servus hereditarius* durante la yacencia de la herencia, sólo si se trata de adquisiciones realizadas en el ámbito del peculio, negando la usucapión en otros supuestos.

En definitiva supone aunar los contenidos de los dos fragmentos de Papiniano²⁷⁸, los cuales reflejan -siguiendo el sentir mayoritario de la doctrina- el régimen clásico sobre la materia.

BONFANTE por su parte, afirma que la consecuencia a la que conduce el fragmento es excesiva e incluso extraña; admite como ingeniosa y bastante pausable la rectificación indicada por MOMMSEN -o incluso la indicada por KNIEP ("*ni*")-; pero propone una nueva solución: la modificación de la puntuación del texto, a través

desde un punto de vista paleográfico, dicha corrección es bastante probable, y explicándola de la siguiente forma: <<Data la sintassi del passo, il MOMMSEN acutamente propose di inserire prima della frase "*servus hereditarius*" un "*nisi*", e il KNIEP un "*ni*", che facilmente potrebbe essere stato assorbito per svista di amanuense nella desinenza di "*domini*">>.

Cfr. ALBERTARIO, *Corso...*, cit., p. 131.

²⁷⁸ Ello coincide también con el espíritu de las obras de las cuales parece formaran parte dichos fragmentos:

* por un lado D. 41,3,45,1, pertenece al *Responsa*, o sea se trataba en principio de la respuesta a una pregunta formulada al jurista sobre un caso concreto, lo cual hizo que Papiniano no expusiese aquí todos los casos excepcionales de posible usucapión durante la yacencia de la herencia, sino que partiese de la regla general, para exponer la excepción a la misma;

* por otro lado, en D. 41,3,44,3, que forma parte de las *Quaestiones*, Papiniano sí que parte de la excepción a la regla general y su fundamento, para exponer los supuestos concretos de excepción.

Sobre los autores que tradicionalmente vienen admitiendo la inserción señalada por MOMMSEN, cfr. por todos, SOLAZZI, ?cit., pp. 446-447 n. 50.

de la introducción de un punto tras el verbo *tenere*.

Ello le permite escindir el mismo en dos partes, de las cuales:

* la primera, afirma la posibilidad de que un *servus hereditarius* posea *ex causa peculiari* durante la yacencia, y

* la segunda, niega que el mismo pueda usucapir.

Lo cual para dicho autor -al ser un reflejo de la regulación clásica- no contradice los principios del derecho justiniano, donde se admitía tanto la posesión como la usucapición por parte de un esclavo hereditario, sin atender a la limitación del peculio²⁷⁹.

A nuestro juicio la admisión de la solución de BONFANTE supone establecer una excepción para la usucapición del *servus hereditarius* durante el derecho clásico; excepción no justificada ni a través de otras fuentes, ni a través de la regulación de los actos del mencionado esclavo.

Finalmente, también hay una parte minoritaria de la doctrina que aboga por la genuinidad del fragmento en estudio.

²⁷⁹ Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., pp. 266-267.
A los mencionados calificativos añade el de <<ilógica>> en *Corso*, vol. III, cit., pp. 345.

De entre ellos, SCADUTO²⁸⁰ -siguiendo a RICCOBONO²⁸¹- argumenta en pro de la autenticidad lo siguiente: por un lado, los verbos empleados en D. 41,3,45,1 (*Pap. X resp.*)²⁸² y por otro, el contenido de D. 41,2,23 *pr. (Iav. I ep.)*²⁸³.

²⁸⁰ Manteniendo la misma opinión aparecen, entre otros, RATTI, NICOSIA y VOICI. Este último, advirtiendo de la pluralidad de opiniones doctrinales en relación a la admisión de la adquisición de la posesión durante la yacencia, parece remarcar la autenticidad de este fragmento cuando a *sensu contrario* afirma que D. 41,3,44,3, <<già sospetto per la sua brevità, sia un cattivo riassunto compilatorio>>.

La conclusión a la que llega NICOSIA, partiendo de la imposibilidad de conciliar ambos fragmentos, es la siguiente: fueron los compiladores quienes como sólo admitían la continuación de la usucapión iniciada por el difunto, modificaron el sentido original de D. 41,3,45,1.

Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 60 n. 1; NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 196-200; VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 531.

²⁸¹ Cfr. RICCOBONO, *Zur Terminologie...*, cit., pp. 358 n. 3 - 361.

²⁸² SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 58-61.

Según este autor, el empleo por parte de Papiniano del verbo "*tenere*" cuando el sujeto activo al que hace referencia es un esclavo hereditario, y por otro lado del verbo "*possidere*" cuando se trata del difunto, es la base suficiente para considerar que el jurista, en el caso del esclavo y por contraposición al siguiente, se refiere a la mera detentación y no a la posesión.

Sin embargo, a nuestro juicio, la interpretación de los términos empleados por el jurista debe ser la siguiente:

* *TENERE*: hay que ponerlo en conexión tanto con el sujeto que detenta, el esclavo, como con "*peculii nomini*" = *voluntate*. Supone la adquisición del *corpus (tenere)* + *animus (peculii)*.

* *POSSEDERAT*: hay que ponerlo en conexión con el sujeto que posee, el difunto, lo cual expresa que el jurista hace referencia a la posesión del mismo, *corpus* + *animus*.

²⁸³ En nuestra opinión -tal y como lo indica RATTI-, no son situaciones comparables las indicadas por SCADUTO en un intento de demostrar la invalidez del contenido de D. 41,3,44,3.

Es evidente que Javoleno en D. 41,2,23 *pr.* refiere única y exclusivamente a la posesión del heredero, señalando que para que el heredero posea, es necesario que se produzca la aprehensión material en la que la misma consiste; sin embargo esto no debe ser óbice para negar la posesión de un esclavo durante la yacencia. Ello, en el fondo, supondría negar una de las aptitudes admitidas de forma unánime como ya

Para dicho autor, de una interpretación a contrario del final de D. 41,3,45,3 -"*quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?*"- se deduce que Papiniano sí admitía la continuación de la *usucapio*, durante la yacencia, si el difunto había comenzado a poseer *peculii causa*²⁸⁴.

Opinión que no compartimos desde el momento en que, como vimos anteriormente, se admite la *possessio* del *servus hereditarius* durante la yacencia.

En el siguiente cuadro comparativo -que parte de la rectificación de MOMMSEN- se muestra la doctrina de Papiniano en relación a la usucapición del *servus hereditarius*:

A	B
D. 41,3,45,1	D. 41,3,44,3
1) <i>POST MORTEM DOMINI</i>	1) <i>NONDUM ADITAE HEREDITATIS</i>
2) <i>USUCAPIONIS PRIMORDIUM ERIT TEMPUS HEREDITATIS ADITAE</i>	2) <i>TEMPUS USUCAPIONI DATUM EST</i>
3) <i>QUEMADMODUM ETENIM USUCAPIETUR, QUOTANTE DEFUNCTUS NON POSSEDERAT?</i>	3) <i>HAEC IURE SINGULARI RECEPTA SUNT</i>
4) <i>NISI SH²⁸⁵ PECULII NOMINE REM COEPIT TENERE</i>	4) <i>SIVE SH ALIQUIT COMPARAT SIVE DEFUNCTUS USUCAPERE COEPERAT</i>

vimos en la figura del esclavo en general.

E incluso, tal y como señala RATTI, tampoco D. 41,2,23 *pr.* sirve para negar rotundamente la usucapición del heredero durante la yacencia, posibilidad ésta recogida en numerosas fuentes. Vid. *supra* pp. 146-147.

Cfr. RATTI, *Studi sulla...*, cit., p. 60 n. 1.

²⁸⁴ Ello le conduce a reconstruir D. 41,3,44,3 de la siguiente manera: "*Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, si defunctus peculiari nomine usucapere coeperat: sed hoc iure singulari receptum est.*"

²⁸⁵ SH = *servus hereditarius*.

Los diferentes apartados en que hemos clasificado este esquema, refieren a las siguientes cuestiones:

- 1) Momento en que se produce el supuesto contemplado por el jurista.
- 2) A/ usucapión en derecho clásico; B/ usucapión en derecho justiniano.
- 3) Fundamento de ambas regulaciones.
- 4) Supuestos a los que se aplica.

Por último, tampoco han faltado opiniones contradictorias en la doctrina centradas en la búsqueda de una justificación para la admisión de la *usucapio* del *servus hereditarius*.

Así por ejemplo, SAVIGNY²⁸⁶ partiendo de la aplicación -al supuesto del esclavo hereditario- de la normativa de la *usucapio*, justifica la falta de utilización de las teorías sobre la herencia yacente en atención a lo siguiente: el objeto de las teorías eran las relaciones de derecho y no las de hecho, como es la posesión.

Contrario es el parecer de VOICI, para quien tanto el principio de que el *servus* debe estar poseído para poder adquirir la posesión para su dueño, como el que señala que el esclavo con peculio puede adquirir la *possessio domino etiam ignoranti*, se salvan en el supuesto del *servus hereditarius* fundamentalmente a través de la ficción

²⁸⁶ Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, vol. II, cit., p. 369.

que considera a la herencia como *domina*, si bien no hay fuentes directas que lo establezcan²⁸⁷.

A lo que cabe objetar lo siguiente:

1º) se trata de una opinión particular, desde el momento en que el propio VOICI, aludiendo a la falta de fuentes que lo confirmen, recurre a textos paralelos;

2º) se trata de una afirmación poco precisa, ya que en nuestra opinión, se hubiese llegado a la misma conclusión, si la teoría aplicada hubiese sido la de Juliano o la de Casio.

En otro sentido se manifiestan DUSI, MAYNZ, VOLTERRA, quiénes -sin aludir a la falta de utilización de las teorías sobre la herencia yacente- se centran en remarcar la aplicación de la normativa sobre la *usucapio*, a los supuestos de *servi hereditarii*²⁸⁸.

Opinión, esta última, que compartimos, matizando que la no utilización de las teorías sobre la herencia yacente se fundamenta en que es justamente la aplicación de

²⁸⁷ Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 528-530. Anteriormente RATTI, cuestionándose lo mismo, acaba señalando que son motivos de utilidad los que conducen a dichas excepciones. Vid. supra p.(mirar).

²⁸⁸ Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., p. 462.; MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 551 n. 11, quien -en traducción de Antonio José POU y ORDINAS- acertadamente señala lo siguiente: <<El legislador, que por motivos de pura utilidad, ha podido consagrar la regla irracional, según la cual el dueño adquiere sin saberlo, por medio del esclavo que obra *ex peculiari causa*, la posesión y hasta la *possessio ad usucapionem* podía, por cierto, ir igualmente lejos en favor de la heredad>>; VOLTERRA, *Instituciones...*, cit., p. 716 n. 64.

la normativa de la usucapión, la que soluciona el problema planteado con el *servus hereditarius*.

Reiteramos nuestra opinión al respecto: tanto la *possessio* como la *usucapio* del esclavo hereditario no necesitan apoyo a través de las teorías sobre la herencia yacente.

Consiguientemente, nos encontramos de nuevo ante un supuesto, en el que no hace falta recurrir a las ficciones, para posibilitar la actuación del esclavo hereditario.

Es más, su utilización no hubiese modificado el resultado al que llegaron los juristas romanos; hubiese constituido una de tantas aplicaciones accidentales.

2.2.2. *"SI SERVUS HEREDITARIUS ANTE ADITAM HEREDITATEM
ALIQUAM REM EMERIT ET TRADITAM SIBI POSSESSIONEM
AMISERIT, RECTE HERES PUBLICIANA UTITUR..."*

Cerramos el apartado relativo a la usucapión del *servus hereditarius*, con D. 6,2,9,6 (*Ulp. XVI ad ed.*), en el que se afirma la concesión al heredero de la acción Publiciana, con la finalidad de recuperar la posesión adquirida y a su vez perdida, durante la yacencia:

"Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et

*traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset...*²⁸⁹ "

A nuestro juicio el texto -aunque indirecto en relación al tema que nos ocupa²⁹⁰- sirve para confirmar una serie de ideas anteriormente señaladas.

La *species facti* contemplada es la siguiente: un esclavo hereditario -"*Si servus hereditarius*"- compra una cosa durante la yacencia -"*ante aditam hereditatem aliquam rem emerit*"-; más tarde, habiéndosele entregado el objeto, pierde su posesión -"*et traditam sibi possessionem amiserit*"-.

Ulpiano afirma la posibilidad de que el heredero ejerza la acción Publiciana -"*recte heres Publiciana utitur*"-, como si hubiese poseído -"*quasi ipse possedisset*"-.

²⁸⁹ El fragmento finaliza de la siguiente forma:

"municipies quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione,"

Y parece continuar con D. 6,2,10 (*Paul. XIX ad ed*):

"sive peculiari nomine servus emerit sive non."

Cfr. en cuanto a la posible vinculación entre este fragmento y D. 6,2,9,6, DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., pp. 436-437, quien concluye, en la misma línea que ALBERTARIO, y en contra de DE FRANCISCI -citado por ALBERTARIO, *Corso...*, cit., p. 131-, afirmando el carácter compilatorio del mismo.

²⁹⁰ Dicha vinculación indirecta, junto con la interpretación que del mismo realizó LENEL -conectándolo de forma exclusiva con los esclavos del municipio- hizo que no consideráramos oportuno entrar en su análisis.

Cfr. al respecto, LENEL, *Pal. I*, col. 999, fr. 294.

La referencia a dicha acción y no a la reivindicatoria presupone lo siguiente: la posesión²⁹¹ se adquiere a través de una *traditio ex iusta causa (pro emptore)*, que no permite que el *servus hereditarius* adquiriera directamente la propiedad por la concurrencia de algún vicio, no expresado en el fragmento²⁹².

De donde, el esclavo hereditario adquiere la posesión y no la propiedad; al concurrir en élla el *corpus*, el *animus*, y existiendo una *iusta causa*, se trata concretamente de una *possessio ad usucapionem*.

La doctrina se encuentra escindida a la hora de interpretar el sentido de D. 6,2,9,6 de Ulpiano.

Así, para DE FRANCISCI²⁹³, hay dos cuestiones que deben tenerse en cuenta:

²⁹¹ Tal y como matiza DI LELLA, es evidente que para Ulpiano el esclavo puede adquirir no sólo la posesión normal, sino también la *possessio ad usucapionem*.

Cfr. DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., p. 435.

²⁹² Parafraseando a MIQUEL, dos son las circunstancias que podían, en general, producir el que no se llegase a la adquisición del *dominium pleno iure*:

* que no se empleara el procedimiento adecuado, o

* que la transmisión se efectuara por parte de un *non dominus*.

Cfr. por todos, MIQUEL, *Der.priv.rom.*, cit., pp. 204 y ss.

Y en general sobre la *iusta causa* destacan los interesantes trabajos de MIQUEL: <<*Iusta causa traditionis*>> y <<*iusta causa usucapiendi*>> en *las Instituciones de Gayo*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino ALVAREZ SUAREZ, Madrid, 1978, pp. 261-268 y *Compraventa y transmisión de la propiedad*, Seminarios Complutenses de Derecho romano, vol. 5, Madrid, 1993, pp. 89-117.

²⁹³ Citado por SOLAZZI, *Di alcuni punti...*, cit., pp. 347-348.

1ª) Por un lado, que de la afirmación contenida en dicho fragmento -"*quasi ipse possedisset*"- (concretamente de *quasi*), debe interpretarse que el heredero no llega a poseer²⁹⁴, aunque sí puede ejercer la acción Publiciana;

2ª) por otro, que la omisión de la restricción a la causa peculiar no es contraria a la tesis que limita la adquisición de la posesión -*corpus et animus*- de los esclavos, en derecho clásico, a los bienes del peculio, ya que no se declara expresamente que el *servus* adquiriera para la herencia yacente "*ex omnibus causis*"²⁹⁵.

Por su parte, SOLAZZI²⁹⁶ -poniendo de manifiesto el éxito de la teoría de DE FRANCISCI sobre la adquisición de la posesión por los esclavos- discrepa en lo siguiente: para él Ulpiano con la frase "*quasi ipse possedisset*", quería afirmar que el derecho considera al heredero como verdadero poseedor, para así poderle atribuir la Publiciana.

Ello supone -continúa el autor- una ficción, diferente a la del transcurso del tiempo

²⁹⁴ En el mismo sentido se habían manifestado, APPLETON, LAURIA, CARUSI y SALKOWSKI, citados por SOLAZZI, *Di alcuni punti...*, cit., p. 349 n. 198 y por DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., p. 439 n. 12; éste último compartiendo la opinión de DE FRANCISCI.

²⁹⁵ En el mismo sentido se manifiesta FUENTESECA, tomando sin embargo, como apoyo de dicha tesis, el contenido -que considera originario- de D. 6,2,10 de Paulo. En contra, posteriormente se manifiesta DI LELLA, quien afirma el carácter compilatorio del texto de Paulo. Vid. supra p. 170 n. 289.

Cfr. FUENTESECA, *Possessio...*, cit., pp. 581 n. 32 y 585.

²⁹⁶ Seguido posteriormente por NICOSIA, *L'Acquisto del possesso...*, cit., pp. 275-280 y BONFANTE, *Corso*, vol. III, cit., p. 352.

en la Publiciana: <<Quest'ultima è pretta immaginazione di un fatto che non sussiste; la prima è il riferimento al padrone del possesso tenuto dal servo, un'operazione logica che la scienza del diritto ha missione di compiere>>²⁹⁷.

Centrándonos en la opinión de SOLAZZI, a nuestro juicio cabe objetar lo siguiente: primero, que una interpretación literal de la frase "*quasi ipse possedisset*" nos conduce a decantarnos por la opinión de DE FRANCISCI, frente a la de SOLAZZI. El jurista expresamente señala <<como si hubiese poseído>>; segundo, que ello queda confirmado si nos detenemos y observamos el empleo - eminentemente práctico- que de las teorías sobre la herencia yacente realizaron los juristas romanos. Esto es, SOLAZZI no hace otra cosa más que interpretar dicha frase dándole el sentido de una de las teorías sobre la herencia yacente: la teoría de la retroactividad de Casio, por la cual se considera -se finge- que el heredero poseyó los bienes ya desde el fallecimiento del causante. Sin embargo, si Ulpiano hubiese querido afirmar la posesión del heredero, más fácil hubiese sido introducir en el fragmento la teoría

²⁹⁷ Sin embargo esta última opinión entendemos debe ser matizada en el sentido de que la ficción de la acción Publiciana se mantiene en el supuesto que nos ocupa. Si bien es evidente que el heredero no ha llegado a poseer *corpus et animus*, ello no debe conducirnos a afirmar lo mismo del esclavo hereditario, el cual en algún momento, y justamente en base al *ius singulare* que posibilitaba el que un esclavo adquiriese la posesión *domino ignorante*, poseyó el objeto. Tal y como advierte acertadamente DI LELLA, la idea de entender el fragmento como si el heredero hubiese poseído, también supone una ficción.

Consiguientemente, el problema fundamental radica en la incapacidad procesal del *servus*.

Cfr. SOLAZZI, *Di alcuni punti...*, cit., p. 348.; DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., pp. 436-437.

de la retroactividad; tercero, SOLAZZI²⁹⁸, afirma que el fragmento de Ulpiano -siendo formalmente correcto- no debe considerarse como de aquéllos en que los compiladores eliminaron la mención de la causa peculiar.

Para él dicho jurista reacciona, tanto en el caso de la herencia yacente como en el de los municipios, contra lo que era la norma común en los supuestos de adquisición de la posesión de las personas físicas, apelando a la especial naturaleza de esas dos figuras²⁹⁹.

Opinión ésta que tampoco compartimos ya que, -como hemos señalado en otras ocasiones- el carácter servil del *servus hereditarius* hace que muchos de sus actos -como éste- se rijan con la simple aplicación de la regulación establecida para los esclavos.

Por su parte DI LELLA, tras un examen exhaustivo de dicho fragmento, concluye acertadamente que el punto neurálgico del mismo se encuentra, no ya en la interpretación que deba deducirse en torno a la limitación o no a la causa peculiar,

²⁹⁸ SOLAZZI reproduce la contraria opinión de RICCOBONO al respecto en *Di alcuni punti...*, cit., pp. 353-354 y n. 205.

²⁹⁹ Expresamente señala lo siguiente: <<L'accoppiamento dei due casi è suggestivo, poichè essi hanno una nota comune: il municipio è persona giuridica e l'eredità vice personae fungitur>>. Cfr. SOLAZZI, *Di alcuni punti...*, cit., pp. 353-354.

sino en la concesión de la acción Publiciana para el heredero³⁰⁰.

Esto es, Ulpiano anuncia simplemente la protección otorgada por los juristas romanos a la usucapión -ya sea la iniciada por el difunto antes de su fallecimiento, o por un *servus hereditarius* durante la yacencia-, a través del ejercicio de la acción Publiciana, la cual se mantiene durante la yacencia; con la peculiaridad de que, dada la incapacidad general de los esclavos de actuar en un proceso, el ejercicio de la acción se retrasa hasta el momento de la adición de la herencia; momento en que existirá un *dominus* del *servus* que pueda ejercerla³⁰¹.

SCADUTO -criticando la interpretación de SUMAN quien acertadamente afirma la genuidad de este fragmento- fiel a su línea de interpretación, afirmó que Ulpiano debía seguir a su maestro Papiniano, negando la Publiciana para la cosa que había sido comprada por el *servus hereditarius* y de la que se había perdido la posesión³⁰².

³⁰⁰ Cfr. al respecto, DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., pp. 436-437, quien llega a afirmar expresamente que la introducción en el fragmento de Ulpiano de cualquier alusión a la causa peculiar hubiese sido no ya inoportuna, sino más bien irrelevante.

Dicha línea interpretativa es la que nos ha conducido a introducir el mismo en un apartado diferente de los anteriormente referidos.

³⁰¹ Se trata de un nuevo supuesto en el cual se puede hablar de transmisión de acciones *mortis causa*, de acciones, sin embargo, que han surgido durante la yacencia, como ya vimos al estudiar la estipulación del *servus hereditarius*.

La justificación de dicha transmisibilidad queda perfectamente expresada con las siguientes palabras de DI LELLA: <<Ragioni di pratica utilità devono aver concorso ad imporre una tale deroga al principio che solo il possessore può recuperare con la Publiciana il possesso perduto>>.

Cfr. DI LELLA, *Sull'acquisto...*, cit., p. 437.

³⁰² Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 61-62 y n. 2.

Como señalábamos al inicio de este apartado, la admisión del ejercicio de la acción publiciana por el heredero para recuperar la posesión perdida por un *servus hereditarius*, confirma la posibilidad de que dicho esclavo poseyese durante la yacencia.



APENDICE

"QUI A SERVO HEREDITARIO MUTUAM PECUNIAM ACCEPIT...";

"USUS FRUCTUS...HEREDITATI PER SERVUM NON ADQUIRITUR";

"QUOTIENS SERVUS HEREDITARIUS...PER TRADITIONEM ACCIPIT"

**APENDICE: "QUI A SERVO HEREDITARIO MUTUAM PECUNIAM
ACCEPIT..."; "USUS FRUCTUS...HEREDITATI PER
SERVUM NON ADQUIRITUR"; "QUOTIENS SERVUS
HEREDITARIUS...PER TRADITIONEM ACCIPIT"**

No queremos cerrar este apartado de nuestro trabajo -adquisiciones y enajenaciones civiles del *servus hereditarius* a título singular- sin antes traer a colación una serie de fragmentos relativos al mutuo, al usufructo y a la *mancipatio*.

Sin embargo, la ausencia de fuentes que los regulen minuciosamente, unida al hecho de que algunas de ellas han sido ya tratadas en otros apartados de nuestro estudio, son circunstancias suficientes -a nuestro juicio- para justificar un análisis conjunto de los mismos.

Comenzamos pues con D. 44,7,16 (*Iul. XIII dig.*)³⁰³, parte del cual nos ha servido de epígrafe, y en el que se recoge la posibilidad de que un esclavo hereditario actúe como mutuante:

³⁰³ Este fragmento según BUTI, *Studi sulla...*, cit., p. 87 n. 3, refería en un primer momento a la fiducia y a la *mancipatio*.

"Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit..."³⁰⁴

El fragmento transcrito, a nuestro juicio, queda completado con D. 46,3,32 (*Iul. XIII dig.*), en el que se afirma la posibilidad de que el deudor cumpla con su obligación antes de que se abra la herencia, pagando la cantidad prestada por el *servus hereditarius*:

"Si servus peculiari nomine crediderit, eique debitor, quum ignoraret, dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur. Idem iuris erit, et si manumisso servo debitor pecunia solverit, quum ignoraret, eim peculium concessum non esse. Neque intererit, vivo, an mortuo domino pecunia numerata sit; nam hoc quoque casu debitor liberatur..."

Como acertadamente afirma FUENTESECA³⁰⁵, parece que un *servus hereditarius* podía realizar mutuos en el ámbito del peculio; ya que si los hacía *dominica pecunia*, precisaba del consentimiento del dueño que en ese momento no podía concederlo.

Sin embargo, ¿por qué en ninguno de los dos fragmentos se alude a las teorías sobre la herencia yacente?

³⁰⁴ Vid. supra p. 131. Cfr. minucioso análisis del mismo en VOCI, *Dir. er. rom.*, vol. I, cit., pp. 521-525.

³⁰⁵ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., pp. 246 y 255-256.

En nuestra opinión, la razón estriba en que dada la condición de esclavo del *servus hereditarius*, no se precisó de ningún apoyo para justificar dicha posibilidad.

Esto es, al esclavo hereditario, como *servus*, se le concede la facultad de realizar mutuos.

Por su parte, en D. 45,3,26 (*Paul. I man.*) se niega la posibilidad de que un *servus hereditarius* estipule un usufructo afirmandose, por contra, la posibilidad de que al mismo se le legue un usufructo:

*"Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur. legari autem ei posse usum fructum dicitur, quia dies eius non cedit statim: stipulatio autem pura suspendi non potest. quid ergo, si sub conditione stipuletur? nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit."*³⁰⁶

Finalmente, la adquisición de un usufructo durante la yacencia aparece absolutamente descartada en D. 41,1,61,1 (*Herm. VI iur. ep.*):

"Usus fructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non

³⁰⁶ Vid. supra pp. 67 y ss.

*adquiritur.*³⁰⁷

Para WINDSCHEID la imposibilidad de que el esclavo hereditario adquiriera un usufructo evidencia la falta de consideración de la herencia yacente como persona jurídica³⁰⁸.

PEROZZI y FADDA³⁰⁹, por su parte, apelan al carácter alimenticio con que está configurado el usufructo como justificación de dicha imposibilidad, mientras IMPALLOMENI³¹⁰ recuerda que el carácter personalísimo, conlleva su intransmisibilidad.

Es evidente que de la simple aplicación del principio que establece que el usufructo no puede existir sin la persona deriva la consecuencia de que un *servus hereditarius* no puede adquirir el mencionado derecho durante la yacencia³¹¹.

³⁰⁷ Interesante resulta el análisis que del alcance de la teoría introducida al inicio del texto en estudio realiza CENDERELLI, y sobre el que volveremos más tarde.
Cfr. CENDERELLI, *Factum personae...*, cit., pp. 411-417.

³⁰⁸ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. III, 1ª parte, Torino, 1904 (trad. por Carlo FADDA y Paolo Emilio BENZA de la ed. alemana, *Lehrbuch des Pandektenrechts*), pp. 13-14 n. 10. En contra parece manifestarse D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., p. 44.

³⁰⁹ Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., pp. 20-22; PEROZZI, *Istituzioni...*, vol. II, cit., p. 500 n. 4.

³¹⁰ Cfr. IMPALLOMENI, voz *Successioni...*, cit., pp. 706-707.

³¹¹ Existe, al respecto, *communis opinio* en la doctrina romanística. Así, cfr. entre otros, DUSI, *La eredità giacente...*, cit., pp. 458, 461 y 463; MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 550 n. 6; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., pp. 13-14 n.

Sin embargo, ¿por qué los juristas romanos no aplicaron alguna de las teorías sobre la herencia yacente para posibilitar la adquisición de un usufructo en ese periodo de tiempo?

A nuestro juicio, fue en este caso la propia naturaleza del derecho de usufructo la que triunfó frente a las ficciones, imposibilitando la aplicación de alguna de las teorías que en el fondo hubiese supuesto una grave excepción al principio regulador del derecho de usufructo: *ususfructus sine persona esse non potest*.

Por último recogemos una serie de fragmentos en los que, según la doctrina³¹², se alude a la posibilidad de que un *servus hereditarius* adquiriese por medio del acto *per aes et libram*.

Así, *ad ex.*, en D. 44,7,16 (*Iul. XIII dig.*) se afirma lo siguiente:

*"Qui a servo hereditario...et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat..."*³¹³

10.; BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 259; PEROZZI, *Istituzioni...*, vol. II, cit., p. 500 n. 4; BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 265; D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., pp. 43-44; FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., pp. 245 y 252-253 (es de advertir que este autor se equivoca cuando cita el fragmento); VOLTERRA, *Instituciones...*, cit., p. 716 n. 64; VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 535; ORESTANO, *Hereditas...*, cit., pp. 8 y 11.

³¹² Cfr. por todos, V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., pp. 604-606.

³¹³ Vid. supra p. 172 n. 304.

Por su parte, en D. 49,17,14,1 (*Pap. XXVII quaest.*), partiendo del fallecimiento de un hijo de familia militar, de nuevo se anuncia la posibilidad de que un esclavo del mismo reciba mediante entrega:

"Proxima species videtur ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim...vel ab alio sibi traditum accipit..."³¹⁴

Finalmente, Ulpiano en D. 41,1,33,2 (*IV Disp.*), parece afirmar que el *servus hereditarius* <<recoge>> de su dueño difunto la capacidad necesaria para realizar una *mancipatio*:

"Quoties servus hereditarius...per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit..."³¹⁵

³¹⁴ Vid. supra p. 56.

³¹⁵ Vid. supra pp. 58 y ss.

B. *QUIBUS MODIS PER UNIVERSITATEM RES NOBIS ADQUIRITUR*

PRAENOTANDUM

PRAENOTANDUM

En este segundo apartado abordaremos el estudio de las adquisiciones realizadas por el *servus hereditarius* a través de negocios *mortis causa*.

En *Gai* II, 229, siguiendo los criterios del antiguo *ius civile*, al tratar los legados, se formula esta triple afirmación:

- "*Ante heredis institutionem inutiliter legatur*³¹⁶,
- *scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt,*
- *et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis*

institutio."³¹⁷

³¹⁶ Es sabido que la clasicidad o las posibles alteraciones en atención a esta norma han sido puestas en cuarentena dentro del propio derecho clásico.

Cfr. al respecto, MASCHI, *La solennità de la "heredis institutio"*, *Aegyptus* 17, 1937, pp. 197 ss. (no hemos accedido a él), y *Ancora sulla solennità della "heredis institutio" nel Diritto romano, Scritti in memoria di Antonino GIUFFRÈ*, vol. I, Milano, 1967, pp. 643-677.

El final de la mencionada evolución parece quedar reflejado en C. 6,23 y 24 e *Inst. Iust.* 2,20,34. Las diferencias entre ambos fragmentos fueron puestas de relieve por ARCHI, *Contributo alla critica del "Corpus Iuris" CI.6.23.24 e I.2.20.34 in tema di heredis institutio*, *IURA* 5 (1954), pp. 171-181.

³¹⁷ La idea de que la institución de heredero es cabeza y fundamento de todo testamento se manifiesta, directa e indirectamente, en otros fragmentos, v.g., *Ep. Ulp.* XXIV,15; D. 5,2,28 (*Paul. l. s. de sept. iud.*); D. 28,4,3 *pr.* (*Marc. XXIX dig.*); D. 28,6,1,3 (*Mod. II pand.*); D. 29,7,10 (*Pap. XV quaest.*); *Inst. Iust.* 2.20.34.

Ello nos sirve de pauta para fijar el orden de tratamiento en el estudio que estamos realizando. De donde:

- en el tercer capítulo, analizaremos la institución de heredero del esclavo: *De servis heredibus instituendis*;
- y en el cuarto, la concesión de legados: *De legatis*.

CAPITULO 3º

DE SERVIS HEREDIBUS INSTITUENDIS

INDICE DEL CAPITULO

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA *HEREDIS INSTITUTIO*

1.1. DEL ESCLAVO

1.1.1. "*Servos heredes instituere possumus, nostros..., alienos..., communes...*"

a) *Gai* II,185

b) *Ep. Ulp.* XXII,7

c) *Inst. Iust.* 2,14 *pr.*

1.1.2. "...*alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus*"

a) *D.* 28,1,16 (*Pomp. l. s. reg.*)

b) *D.* 28,5,31 *pr.* (*Gai XVII ad ed. prov.*)

c) *D.* 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*)

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. "*Servus hereditarius...institui heres potest*"

a) *D.* 28,5,65(64) (*Iav. VII ep.*)

b) *D.* 28,5,31,1 (*Gai XVII ad ed. prov.*)

c) *Inst. Iust.* 2,14,2

d) *D.* 15,1,3,1 (*Ulp. XXIX ad ed.*)

1.2.2. *"Servus hereditarius institui heres potest, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit"*

a) D. 28,5,53(52) (*Paul. II reg.*)

b) *Inst. Iust.* 2,14,2

2. DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA *HEREDITATIS ADITIO*

2.1 DEL ESCLAVO

2.1.1. *"Alienus...servus...iussu domini adire hereditatem debet"*

a) *Gai* II,189

b) *Ep. Ulp.* XXII,13

c) *Inst. Iust.* 2,14,1 *i. f.*

2.1.2. *"In extraneis heredibus...ut sit cum eis testamenti factio...sive hi qui in potestate eorum sunt...hoc amplius et cum adibit hereditatem..."*

a) D. 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*)

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

2.2.1. *"...quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres expectandus est"*

a) D. 41,1,61 (*Herm. VI iur. ep.*)

2.2.2. Justificación de la inaplicabilidad del contenido de D. 28,5,53(52) y de *Inst. Iust.* 2,14,2

a) D. 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*)

**3. GRAFO ARBORESCENTE BINARIO SOBRE LA PROBLEMÁTICA
PLANTEADA**

**4. CUADRO-RESUMEN: VINCULACION ENTRE DOS HERENCIAS
YACENTES**

DE SERVIS HEREDIBUS INSTITUENDIS

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA *HEREDIS INSTITUTIO*³¹⁸

La *heredis institutio* es la disposición testamentaria por la que se designa heredero. Su importancia y trascendencia queda reflejada de forma clara y escueta, a través de las siguientes palabras de MIQUEL: <<la institución de heredero es la condición necesaria y suficiente para la existencia de un testamento>>³¹⁹.

Sin ella, por tanto -condición necesaria-, no puede existir testamento -sí habrá, en su caso codicilo-, y sólo con ella -condición suficiente-, ya existe testamento³²⁰.

³¹⁸ Vid. principales fuentes en *Gai* II,116 y XVII,188-189; *Ep. Ulp.* XXI,22; D. 28.5 y 7; *Inst. Iust.* 2,14; C. 6,23 y 24.

La principal bibliografía sobre la *heredis institutio* se encuentra recogida por PALMIERI, voz *Istituzione di erede. Diritto romano*, *NNDI* IX (1965), p. 269.

³¹⁹ Añadiendo una mayor precisión a la calificación de la institución de heredero, MIQUEL sustituye hábilmente el término <<elemento>> (necesario y suficiente) empleado por SANFILIPPO, por el de <<condición>>. Cfr. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas I*, *AUPA* 17 (1937), p. 143; MIQUEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 417.

³²⁰ Ulpiano, en D. 28,5,1,3 *I ad Sab.*, resulta muy claro, a este respecto:

"Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: 'Lucius Titius mihi heres esto': haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur. qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: 'Lucius heres esto'; nam et 'mihi' et 'Ticius' abundat."

Ahora bien, se trata de una disposición que en virtud del principio "*semel heres semper heres*", no puede tener eficacia limitada en el tiempo. Esto es, la institución de heredero no admite ni términos ni condiciones resolutorias.

1.1. DEL ESCLAVO³²¹

1.1.1. "*SERUOS HEREDES INSTITUERE POSSUMUS, NOSTROS..., ALIENOS..., COMMUNES...*"

La importancia de la esclavitud, unida a la de la *heredis institutio*, hace sean numerosas, e incluso variadas en cuanto a su procedencia, las fuentes que señalen la posibilidad de que un esclavo fuese instituido heredero³²².

³²¹ Cfr. al respecto, fundamentalmente: GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro XXVIII, 3ª parte, Milano, 1903 (trad. por Alfredo ASCOLI de la versión original *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*), pp. 443-465; BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., pp. 137-144; FADDA, *Concetti fondamentali...*, cit., vol. I, pp. 178-187; BRETONE, *Gai 2.187-89, LABEO IV* (1958), pp. 301-306; BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, (trad. por Manuel FAIREN de la 2ª ed. italiana *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955), pp. 104-110.

³²² En un inicio, dos aspectos han movido nuestra atención:

1º) Respecto a las Instituciones de Gayo, el hecho de que ARANGIO-RUIZ/ GUARINO, destaquen dentro de su cuidado *Conspectus rerum*, realizado a zaga de BOECKING, KUEBLER y BIZOUKIDES, como apartado específico, el relativo a la institución de heredero de un esclavo: "*De servis heredibus instituendis*".

Cfr. V. ARANGIO-RUIZ/ A. GUARINO, *Breviarium Iuris Romani*, 5ª ed., Milano, 1974, p. 17;

2º) en las Instituciones de Justiniano, que los primeros párrafos del título XIV "*De heredibus instituendis*" -concretamente *pr.*, 1, 2 y 3- se ocupen exclusivamente de dicha institución en conexión directa con los esclavos, cuando en la época en que nos movemos, nos parece que no debería destacarse tanto.

Del examen de algunas de ellas pasamos a ocuparnos a continuación.

En principio, hay que partir de la idea de que el heredero viene a ocupar el lugar del difunto, tanto en relación a sus derechos, como a sus obligaciones. Se produce una "*sucessio in locum et in ius defuncti*", de lo cual se deduce que en principio, y para el *ius civile*, el *heres* debía ostentar la misma capacidad que el *de cuius*, y por tanto, ser un hombre libre, ciudadano romano (o latino), y *sui iuris*.

Sin embargo en las fuentes jurídicas romanas aparece la posibilidad, y obviamente sólo en relación a la sucesión testamentaria³²³, no sólo de instituir heredero a un esclavo propio, -concediéndole al mismo tiempo, y en una primera época³²⁴, la libertad (*cum libertate*) y convirtiéndose en "*necessarius heres*"³²⁵-, sino también, la de instituir heredero a un esclavo ajeno, -en este caso sin concederle la libertad (*sine libertate*) y convirtiéndose en "*extraneus heres*"³²⁶-, e incluso, el instituir a un esclavo común -otorgándole o no, al tiempo, la libertad-³²⁷.

³²³ La doctrina se manifiesta unánime en torno a la idea de que el esclavo, al no pertenecer a una familia, no podía ser llamado por la ley en una sucesión intestada. Cfr. por todos, VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 407.

³²⁴ Vid. infra p. 195 n. 331.

³²⁵ Vid. terminología señalada en *Gai* II, 152-153 y *Ep. Ulp.* XXII,11.

³²⁶ Vid. *Inst. Iust.* 2,14,2 *pr.* y en cuanto a la terminología empleada, *Gai* II,152 y *Ep. Ulp.* XXII,25.

³²⁷ Vid. *Ep. Ulp.* XXI,10.

Parafraseando a VOICI, en la mente de los juristas romanos existía la idea de que, en todos esos supuestos, era el propio esclavo el destinatario de dicha disposición³²⁸.

En *Gai* II,185 se afirma la posibilidad de instituir heredero, tanto a un esclavo propio, como a uno ajeno:

*"Sicut autem liberi homines, ita et serui, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt."*³²⁹

Dicha afirmación encuentra -a nuestro juicio- su complemento en *Ep. Ulp.* XXII,7, donde se recoge también la posibilidad de instituir heredero a un esclavo común:

³²⁸ Continúa dicho autor señalando que el dueño se tenía en cuenta para determinar -como veremos en las siguientes páginas- si se tenía o no, la *testamenti factio cum defuncto* requerida. Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 407-408.

Ya FADDA había remarcado que la institución de heredero de un esclavo ajeno conllevaba una serie de ventajas, que redundaban en su propia persona. Por vía de ejemplo:

* suponía el incremento de valor del propio esclavo, que se manifestaba en un mejor trato por parte del dueño;

* si no se producía una disposición contraria por parte del *dominus*, tanto la herencia como el legado entraban a formar parte de su peculio.

Todo lo cual no significaba, matiza FADDA, que en algunos de los supuestos en que se quisiese beneficiar directamente al dueño, ello se hiciese por medio del esclavo, siendo imposible la adquisición directa por parte del *dominus*.

En todo caso el derecho a la adquisición de la herencia "*ambulat cum servo*", de lo cual se deduce que simplemente con la enajenación del mismo -incluso en vida del testador-, se transmite la "*spes hereditatis*".

Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. I, cit., pp. 185-187.

³²⁹ Para ideas generales sobre la institución de heredero de un esclavo propio, cfr. por todos, FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. I, cit., pp. 178-180; fuentes en *Gai* II,186-188; y sobre dichas fuentes, BRETONE, *Gai 2.187-189*, cit., pp. 301-306.

*"Seruos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate uel sine libertate."*³³⁰

Por último, el título XIV del libro II de las Instituciones de Justiniano, se inicia, de la siguiente forma:

*"Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam seruos tam proprios quam alienos"*³³¹.

Sentadas, las que entendemos constituyen parte de las principales bases jurisprudenciales sobre la materia, y sin entrar -dado el carácter de este apartado- en el concreto examen de las mismas, consideramos necesario justificar la reducción -a partir de este momento- de nuestra exposición, al supuesto de la institución de

³³⁰ La claridad y sencillez del texto fue la que nos indujo a utilizar el mismo como epígrafe. Dicha doctrina vuelve a aparecer en D. 28,5,3 (*Ulp. III ad Sab.*):

"Servus alienus vel totus vel pro parte sine libertate heres institui potest."

Con el fin de obtener una visión rápida y bastante completa sobre esta institución, cabe destacar en cuanto a las fuentes, los fragmentos del Epítome de Ulpiano, XXII,7-13; y en cuanto a la doctrina, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 108-109.

³³¹ Continúa dicho fragmento señalando la evolución -según los compiladores no innovación de esta época- que se produjo en cuanto a la regulación de la institución de heredero de un esclavo propio:

"proprius autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicio placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert."

heredero del esclavo ajeno³³².

La razón que nos lleva a descartar el análisis de la institución de heredero de un esclavo propio, radica en que dicha hipótesis supone la calificación de <<necesario>> del *servus*, hecho que, por ende, excluye la yacencia de la herencia³³³.

Y tal y como indicábamos en la primera parte de nuestro trabajo, donde no hay herencia yacente, no se puede hablar -jurídicamente- de *servus hereditarius*³³⁴.

A su vez, la característica principal del esclavo común es que tiene una pluralidad de dueños; la del *servus hereditarius* es que no tiene dueño actual; parece, pues, que son figuras opuestas, lo que nos lleva de nuevo a excluir de nuestro estudio la institución de heredero de un esclavo común.

³³² La complejidad del supuesto en estudio, unida al contenido de las fuentes que al respecto hemos hallado, justifica que nos centremos en el análisis de los supuestos en que existía un único heredero.

³³³ Dicha idea queda perfectamente reflejada en D. 29,2,58 (*Paul. II Reg.*):

"Ex parte heres institutus servus, et nondum adita hereditate a coherede eius, liber et heres fit necessarius, quia non a coherede, sed a semet ipso accipit libertatem, nisi ita institutus fuerit: <<quum mihi quis heres erit, Stichus liber et heres esto>>"

³³⁴ Como veremos en páginas posteriores, las fuentes recogen una única excepción a dicha afirmación: la hipótesis en la que habiendo nombrado el testador una serie de herederos sustitutos, como final de dicha cadena, instituye a un esclavo propio, adquiriendo éste -si los demás no quieren o no pueden- necesariamente la herencia, y evitando de este modo, la apertura de la sucesión intestada. Vid. infra pp. 223 y ss.

Todo ello nos conducirá a una de las principales conclusiones de este capítulo, y que adelantamos en este momento: cuando en las fuentes se habla de la posibilidad de instituir heredero a un esclavo hereditario, siempre -salvo en un caso concreto- se recoge el supuesto de su institución por parte de un tercero, o lo que es lo mismo, un *servus hereditarius* -se entiende en la acepción jurídica del término- sólo puede ser instituido por un tercero, nunca por su propio dueño.

1.1.2. "...*ALIENOS SERUOS HEREDES INSTITUERE POSSUMUS EOS TANTUM, QUORUM CUM DOMINIS TESTAMENTI FACTIONEM HABEMUS*"

Si bien etimológicamente *testamenti factio* significa otorgar testamento, en las fuentes jurídicas romanas encontramos dicho término referido, no sólo a la capacidad de hacer y recibir por testamento³³⁵, sino también, parafraseando a BONFANTE, a la capacidad de ser contemplado en un testamento, de cualquier forma³³⁶.

DERNBURG la califica de <<privilegio>> al que sólo acceden algunos ciudadanos

³³⁵ Resulta ocioso recordar que la doble clasificación de la *testamenti factio* en *activa* y *passiva*, tiene su origen en los intérpretes, de donde resulta totalmente ajena a las fuentes romanas.

³³⁶ Para dicho autor, aunque lo más natural hubiese sido aplicar a estos supuestos los principios de la capacidad jurídica en general, en concreto de contratar, de enajenar y de adquirir, los romanos señalaron lo siguiente:

"*Verba 'contraxerunt' 'gesserunt' non pertinent ad testandi ius.*" (D. 50,16,20 Ulp. XII ad ed.)

romanos, y por extensión, sus esclavos³³⁷.

Cuando los juristas romanos quieren aludir a la posibilidad de suceder por testamento, -que es la que analizaremos en este apartado³³⁸-, suelen emplear los siguientes términos: "*testamenti factionem cum testatore habere*", "*est cum eo testamenti factio*", o en algunos casos "*libera testamenti factio*"³³⁹.

En D. 28,1,16 (*Pomp. l. s. reg.*) queda concretado el tipo de *testamenti factio* que se concede en Roma a los esclavos, aunque obviamente no se la califique de pasiva:

³³⁷ Privilegio que ya no se mantiene -según dicho autor- en el derecho común, donde la misma se integra en la capacidad jurídica.

Cfr. DERNBURG, *Pandette*, vol. III, Torino, 1905 (trad. por Francesco Bernardino CICALA, de la 6ª ed. alemana, *Pandekten*, Berlin, 1884), pp. 198-200 y sobre la vinculación de la *testamenti factio* con los tres *status*, VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 407-409.

³³⁸ Sobre la *testamenti factio activa*, en general, vid. D. 28,1 y C. 6,22; sobre la incapacidad de los esclavos de hacer testamento vid. D. 28,1,16 (*Pomp. l. s. reg.*) y 19 (*Mod. V pand.*).

La excepción -que confirma la regla- sobre la incapacidad de testar de los esclavos, la encontramos en la figura del "*servus publicus*", al cual se le concede la posibilidad de testar en la mitad de su peculio.

Cfr. al respecto, por todos, BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., pp. 318-323.

³³⁹ En palabras de MAYNZ, la locución "*testamenti factionem cum testatore habere*" tuvo probablemente su origen en el antiguo modo de testar "*per aes et libram*".

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 248 n. 14.

En cambio, cuando se habla de la *testamenti factio activa*, en las fuentes se pueden encontrar estos términos: "*testamenta facere possunt...*", "*qui testamenti faciendi facultatem...habuerit*".

"...servus alienus...testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis acquirere possunt."³⁴⁰

Según Pomponio, los esclavos ajenos ostentan *testamenti factio*, ya que aunque no pueden realizar testamento, sí pueden adquirir por testamento, para sí o para otros.

D. 28,5,31 pr. (*Gai XVII ad ed. prov.*) nos informa acerca de la manera en que la misma deba determinarse:

"Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est."³⁴¹

Volvemos a encontrarnos ante un acto que, durante un tiempo, fue calificado como del *ius civile*, pero en el que parece que también tuvo cabida la actuación de los esclavos.

³⁴⁰ La misma idea queda recogida en *Inst. Iust.* 2,19,4 i. f.

³⁴¹ En *Ep. Ulp.* XXII,9, fragmento que nos ha servido de epígrafe, vuelve a recogerse la misma idea:

"Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus."

Así, el *servus*, que por sí mismo no tenía posibilidad de adquirir³⁴², ni de participar en un acto del *ius civile*, <<recoge>> del dueño, -se entiende en el sentido metafórico del verbo-, la capacidad necesaria requerida para el mismo³⁴³.

Parece ser que vuelve a proyectarse la capacidad del dueño sobre la figura del esclavo, con la intención de conseguir una misma finalidad: tal y como sostiene MAYNZ, la validez del acto, y en último término, la adquisición patrimonial directa por parte del dueño³⁴⁴.

La doctrina sobre la *testamenti factio* requiere, a nuestro juicio, de unas últimas concreciones que entendemos pueden quedar apuntadas a través de D. 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*):

³⁴² "Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate manu mancipio habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperint aut traditum eis sit uel stipulati fuerint, ad nos pertinet. Item si heredes institui sint legatumue eis sit, et hereditatem iussu nostro adeuntes nobis adquirunt et legatum ad nos pertinet." (*Ep. Ulp. XIX,18-19*)

³⁴³ En palabras de BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 107, de ahí que sea ineficaz la institución de un "*servus poenae*", el cual no pertenece a nadie.

Sin embargo, tal y como matiza VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 408, dicho esclavo sí puede recibir legados alimenticios.

Vid. sobre el mismo, entre otros, D. 29,1,13,2 (*Ulp. XLV ad ed.*); D. 29,2,25,3 (*Ulp. VIII ad Sab.*); D. 34,8,3 *pr.* (*Marc. II inst.*).

³⁴⁴ Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 251.

"In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspiciamus.³⁴⁵"

La falta de precisión lógica y de claridad del texto han sido puestas de relieve por la doctrina, planteándose a su vez, la realidad que el jurista pretendía transmitir³⁴⁶.

³⁴⁵ Con un contenido prácticamente exacto aparece *Inst. Iust.* 2,19,4:

"In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum iis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et quum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit; nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris, vel condicionem institutionis existentem, mutatio iuris non nocet heredi, quia, ut diximus, tria tempora inspiciamus..."

³⁴⁶ Así ya GLÜCK, *Commentario...*, cit., pp. 396-400, nos da noticia de los problemas interpretativos a los que el texto en estudio ha dado lugar; posteriormente, entre otros, FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. I, cit., pp. 200-206, y BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 111 n. 26.

Sobre este fragmento volveremos en otros apartados de nuestro trabajo. Vid. *infra* pp. 224 y ss.; 229 y ss.; 240 y ss. y 271 y ss.

El fragmento transcrito recoge, por un lado, la doctrina de los "*tria tempora*"³⁴⁷; doctrina que supone simplemente que la *testamenti factio* se requiere en tres momentos diferentes, a saber:

- el de la confección del testamento³⁴⁸;
- el del fallecimiento del causante³⁴⁹ y
- el de la adición de la herencia³⁵⁰.

³⁴⁷ En relación a la causa del nacimiento de esta teoría cfr. SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, 2ª ed., tomo V, Madrid (trad. por Jacinto MESIA y Manuel POLEY, de la versión alemana, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840), pp. 381-383, quien postula que su origen no se encuentra en la "*regula Catoniana*" -como algunos han querido ver- sino en la antigua mancipación del testamento; subrayando, a la vez, el carácter meramente histórico de la misma en derecho justiniano.

³⁴⁸ A excepción de los póstumos, como advierte MAYNZ, *Curso...*, cit., tomo III, p. 364.

El requerimiento de *la testamenti factio* en este primer momento tiene su justificación, según GLÜCK y desde un punto de vista jurídico, en que el testamento es un negocio con el heredero, y por lo tanto, éste debe tener *commercium*, dado que la *testamenti factio* es una de sus aplicaciones. Cfr. GLÜCK, *Commentario...*, cit., pp. 394-395.

³⁴⁹ El segundo momento señalado se traslada -al retrasar la *lex Papia Poppaea* el *dies cedens*-, al tiempo de la apertura del testamento. Sin embargo, Justiniano, al abolir la mencionada ley, restablece el derecho antiguo.

Cfr. al respecto, por todos, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 112 y 138-144.

³⁵⁰ El carácter compilatorio de esta frase ha sido puesto de manifiesto por una parte de la doctrina, reduciendo a dos, para la época clásica, los momentos en que se requiere la *testamenti factio*.

Cfr. por todos, LENEL, *Zur geschichte der <<heredis institutio>>*, *LABEO XII* (1966), pp. 358-374; PALMIERI, *Istituzione di erede...*, cit., p. 270 n. 8; SCHULZ, *Die Lehre von den drei Momenten*, *SZZ 35* (1914), pp. 113-129.

En contra parece manifestarse, entre otros, GROSSO, *I Legati*, vol. I, Torino, 1953, p. 227 n. 1.

Y por otro, también introduce lo que ha venido a calificarse por parte de la doctrina de <<proverbio giuridico>>³⁵¹, y que constituye una de las reglas más importantes en relación a la *testamenti factio*: "*medio...tempore...non nocet*".

O sea, los posibles cambios en cuanto al derecho a heredar, ocurridos en el tiempo intermedio, entre la confección del testamento, y el fallecimiento del causante, no perjudican al llamado a heredar³⁵².

Es de advertir que nos hallamos ante un principio de carácter restrictivo, en el sentido de que sólo se aplica, y por lo tanto sólo favorece, cuando la modificación a la que alude se haya producido en un espacio de tiempo concreto: el comprendido entre la confección del testamento y el fallecimiento del causante; esto es, no incluye las posibles modificaciones producidas desde el fallecimiento del causante hasta la adición de la herencia³⁵³.

³⁵¹ GLÜCK califica de ese modo a la norma que ahora nos ocupa, y es seguido posteriormente por FADDA, alternando este último dicha calificación con la de <<regola>>. Cfr. GLÜCK, *Commentario...*, cit., p. 395; FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. I, cit., p. 211.

³⁵² La misma idea vuelve a repetirse en D. 28,5,6,2 (*Ulp IV ad Sab.*):

"Solemus dicere media tempora non nocere...servus alienus sub condicione heres scriptus traditus est servus hereditario, mox usucaptus ab extraneo: non est vitata institutio."

De nuevo parece circunscribirse la norma a los dos primeros momentos, sin cubrir, por tanto, el tercero de ellos, con la peculiaridad de que en este último se pone como ejemplo, el de una institución de heredero de un esclavo sometida a condición.

También en D. 28,5,51(50) *pr.* (*Ulp. VI reg.*) y en D. 28,5,60(59),4 (*Cels. XVI dig.*).

³⁵³ Modificaciones que parafraseando a SAVIGNY, *Sistema...*, tomo V, cit., p. 381 n. m, son perjudiciales, ya que transmiten inmediatamente la sucesión a un tercero, ya sea sustituto (en la traducción, sin duda por error, aparece <<sustituido>>) o heredero *ab intestato*. En la misma línea de pensamiento se manifiestan GLÜCK,

1.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. "SERVUS HEREDITARIUS...INSTITUI HERES POTEST"

Partiendo de la regulación general recogida en las páginas anteriores, por la que se establece la posibilidad de instituir heredero a un esclavo, pasamos a examinar una serie de textos, en los que se ratifica dicha posibilidad, pero esta vez, con referencia expresa al esclavo hereditario³⁵⁴.

Comenzamos este apartado con D. 28,5,65(64) (*Iav. VII ep.*), fragmento en el cual la opinión de Labeón es recogida por Javoleno³⁵⁵:

MAYNZ y FADDA, entre otros.

De opinión contraria son VOCI y FUENTESECA. Según VOCI, se amplía el principio aquí recogido al tiempo que media entre la delación y la aceptación. Interpretación extensiva del contenido del mencionado principio, y que en base a la letra de los fragmentos recogidos, no compartimos.

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 411-413; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 478-479.

³⁵⁴ Es curioso observar, tal y como indica DUSI, el hecho de que no hemos hallado ningún texto en el que se declare incapaz a la herencia yacente, y tampoco ninguno en el que directamente se la haya instituido heredera, o en que simplemente, se indique dicha posibilidad. Ello conduce a dicho autor -junto con la mayoría de la doctrina- a apuntar que la herencia yacente no podía adquirir, ni por sucesión testamentaria, ni por sucesión intestada.

Cfr. por todos, DUSI, *La eredità giacente...*, cit., pp. 414-415 y 458 y ss.

³⁵⁵ Sorprende que perteneciendo Javoleno a una escuela opuesta a la de Labeón, reprodujese directamente en D. 28,5,65(64), una opinión del mismo.

En este sentido cfr. ARNO, *Corso di Diritto romano...*, cit., p. 164.

*"Eius servum, qui post mortem meam natus erit, heredem institui posse Labeo frequenter scribit idque verum esse manifesto argumento comprobat: quia servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit."*³⁵⁶

Nuevamente nos encontramos ante un texto en el cual de forma indirecta y aparentemente por vía analógica, se habla del *servus hereditarius*.

En él, tratando de dicho esclavo en cuanto al acto jurídico que estamos analizando -la *heredis institutio*-, se da solución a otro supuesto, idéntico en lo que se refiere al

³⁵⁶ ARNO, que analiza el fragmento desde el punto de vista de la teoría -que califica los bienes hereditarios como *RES NULLIUS, NULLIUS IN BONIS o SINE DOMINO*- que en él se introduce, afirma que es uno de los textos que nos muestra la pervivencia de la misma. Los bienes hereditarios, según él, no deben entenderse, sin embargo, como cosas fuera del derecho, sino que pertenecen a una unidad patrimonial.

Continúa el romanista señalando que dicha configuración aparece en otros textos del Digesto, uno de los cuales es D. 1.8.1 *pr.* (*Gai II inst.*), en el que se establece la distinción entre las cosas de derecho divino y las de derecho humano ("*rerum divini iuris*" y "*rerum aliae humani*", respectivamente), en atención a la posibilidad que tienen o no de tener dueño; de donde las primeras son siempre "*nullius*" y las segundas pueden ser "*alicuius*" o "*nullius*".

El mismo Gayo vuelve a emplear estos términos, esta vez en relación a la gestión de negocios (D. 3,5,21 *Gai III ad ed. prov.*), diferenciando entre la gestión de negocios hereditarios, los cuales son "*nullius*", y la de los negocios de alguien, que son, "*alicuius negotia*".

Sin embargo, como veremos en páginas posteriores, dicho jurista a nuestro juicio, se contradice en cuanto a su teoría sobre el sujeto de los bienes hereditarios utilizando, en otro fragmento (D. 28,5,31,1), otra de las teorías sobre la herencia yacente, lo que nos sirve para adelantar una de nuestras conclusiones: la aplicación indiscriminada que de las teorías sobre la herencia yacente, y en algunos supuestos concretos, realizaron los juristas romanos.

acto jurídico, pero, a primera vista, distinto en cuanto al sujeto.

El fragmento transcrito recoge -en el fondo- una concreta problemática: la posibilidad de instituir heredero al esclavo del que nazca tras la muerte del causante -"*Eius servum, qui post mortem meam natus erit...*"-.

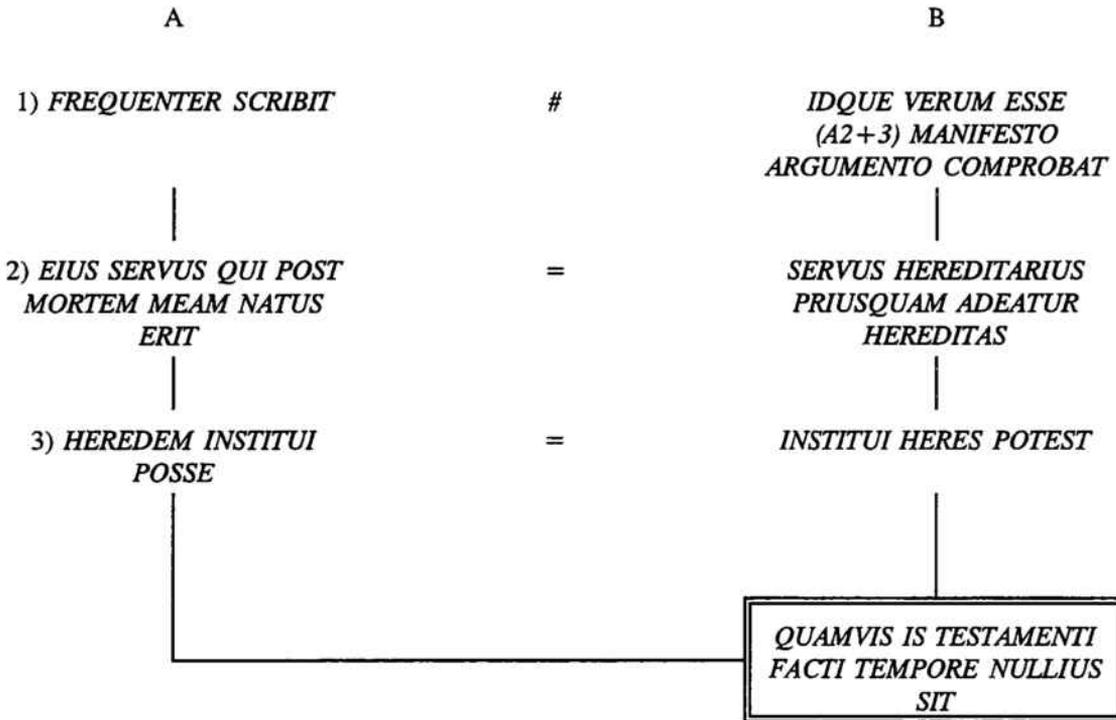
Javoleno, a través de la opinión de Labeón -"*Labeo frequenter scribit*"-, indica la solución a la cuestión, admitiendo dicha posibilidad -"*heredem institui posse*"-.

A continuación sostiene lo que, en términos generales, podría calificarse como <<justificación>> a la solución adoptada -"*idque verum esse manifesto argumento comprobat...*"-; <<justificación>> que entendemos viene representada por la concreta regulación que de ese mismo supuesto, realizaron los juristas romanos, en relación al esclavo hereditario -"*quia servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest...*"-.

Así, ante la falta de dueño del esclavo, el *iurisprudens* recuerda que también el *servus hereditarius* puede serlo, aunque de nadie sea, en el momento de la confección del testamento -"*quamvis is testamenti factio tempore nullius sit*"-.

El siguiente cuadro creemos puede aclarar la interpretación que del mismo pretendemos hacer:

0) LABEO



El punto O), común para las dos partes del fragmento, indica la procedencia de la cuestión planteada: Javoleno lo que hace es simplemente reproducir la opinión de Labeón al respecto.

A partir de allí hemos dividido el texto en dos columnas (A-B), a través de las cuales, creemos queda claramente reflejado el método analógico que externamente parece emplear el jurista, para dar solución a la *quaestio*.

Así, por un lado la columna A, se encuentra dividida, a su vez, en tres partes

distintas:

A.1) ACTIVIDAD REALIZADA POR EL JURISTA: a través del término empleado *-SCRIBIT-*.

A.2) SUJETO (PASIVO) DEL SUPUESTO PLANTEADO: posteriormente se indica quién es el sujeto que protagoniza el acto jurídico sobre el que, en el fondo, va a cuestionarse su validez: el esclavo del que nazca tras la muerte del causante.

Por lo tanto, el esclavo de *qui in utero est*, al tiempo en que se realiza la institución, y que al tiempo del fallecimiento podrá calificarse jurídicamente de póstumo³⁵⁷.

A.3) SUPUESTO PLANTEADO: por último se afirma la posibilidad de que dicho sujeto pueda ser instituido heredero.

En definitiva, se manifiesta la opinión de Labeón sobre una cuestión aislada.

³⁵⁷ Sobre el sentido que deba darse a este adjetivo, acogemos la interpretación de MAYNZ para quien *POSTUMI* = nacidos después del testamento, a lo que -en traducción de Antonio José POU y ORDINAS- añade: <<La palabra *POSTUMUS* es efectivamente un adjetivo derivado de *POST* y simplemente significa "viniendo o habiendo venido después de un hecho, un acontecimiento cualquiera; por consiguiente en nuestra materia: haber venido después del testamento">>.

Dicho autor advierte que los idiomas modernos han acogido este término en el sentido de "hijos nacidos después de la muerte del padre", etimología que no tiene, según él, nada de serio y que se debe más bien a una mala interpretación del mismo.

En contra se manifiesta VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 402 y ss., fundamentalmente en base a D. 28,3,3,1.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 250 n. 23.

Por otro lado, la columna B, también se encuentra dividida, esta vez, en cuatro apartados, tres de los cuales, se corresponden con los anteriores:

B.1) ACTIVIDAD REALIZADA POR EL JURISTA: con el término empleado *-COMPROBAT-* se indica la actividad realizada por Labeón, a la vez que se resalta *-MANIFESTO-* la evidencia del argumento que aducirá posteriormente³⁵⁸.

B.2) SUJETO (PASIVO) DEL SUPUESTO PLANTEADO: posteriormente, al igual que ocurría en el supuesto anterior *-A.2-*, se especifica el sujeto que en este caso va a protagonizar la actuación: un esclavo hereditario, por tanto, aparentemente distinto del consignado en A.2.

B.3) SUPUESTO PLANTEADO: el fragmento continua señalando la posibilidad de que dicho esclavo pueda ser instituido heredero. Afirma exactamente lo mismo que en A.3.

B.4) Por último y como cierre, se recoge una de las **teorías sobre la herencia yacente**, utilizada en este caso, a nuestro juicio, de forma diferente a lo que era

³⁵⁸Parece como si la regulación del *servus hereditarius* se tomase como paradigma para otros supuestos similares de esclavos, que al no contar con la indudable ayuda de las teorías sobre la herencia yacente en la regulación de sus actos, recurren al régimen del esclavo hereditario.

habitual³⁵⁹.

Llegados a este punto la resolución de dos cuestiones atraen nuestra atención:

* ¿con qué finalidad introduce Labeón la mencionada equiparación?, y más concretamente,

* ¿con qué finalidad introduce el jurista la teoría indicada?

La primera cuestión puede ser resuelta a través de las propias palabras de Javoleno: "*Labeo frequenter scribit...idque verum esse manifesto argumento comprobat*", de donde la finalidad con la que el jurista establece los términos -aparentemente- analógicos, parece radicar en la idea de comprobar, y por ende ratificar, la veracidad de lo ya antes escrito. Así, Labeón opina -parece opinión particular- que el *servus* del que nazca tras la muerte del causante puede ser instituido heredero al igual que puede serlo el *servus hereditarius* -opinión ésta generalizada-.

La segunda cuestión planteada nos parece puede deducirse indirectamente, a través

³⁵⁹ Creemos importante remarcar una cuestión de tipo terminológico, cual es la traducción que del fragmento que nos ocupa realiza GARCIA DEL CORRAL.

El mismo traduce literalmente "*nullius sit*" como <<no es de nadie>>, frase que en sí, aunque de uso habitual, a nuestro juicio, no tiene el sentido que debería querer traslucir el jurista.

La frase <<no es de nadie>> introduce dos negaciones seguidas, que al estar dentro de una misma frase convierten el sentido de la misma en positivo: no + nadie = es de alguien; sin embargo, en nuestra opinión, debiera traducirse por la siguiente frase o similar: <<aunque a nadie pertenezca>>, aunque evidente es que el uso común inclina a la primera de las traducciones.

Cfr. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano*, tomo 2º, cit., p. 379.

del sentido que debe concederse a uno de los términos empleados por el jurista:

QUAMVIS.

El cual configura a nuestro juicio, y como intentaremos demostrar, el punto cardinal del fragmento.

Volvemos pues con los paralelismos extraídos del supuesto planteado, que entendemos, eso sí, evidenciando el riesgo que ello conlleva, pueden quedar reflejados aplicando simples reglas matemáticas:

* A.1 # B.1: se trata de diferentes actividades.

* $A.2 + A.3 = B.2 + B.3 + (- B.4) \implies >$

$$A.2 + A.3 + B.4 = B.2 + B.3$$

El signo negativo que acompaña a B.4 representa el significado de la conjunción *QUAMVIS* = <<aunque, aun cuando...>>; el cual, a su vez, va precedido de un signo positivo, en el sentido de que se trata de un argumento que el jurista trae a colación junto con el supuesto del *servus hereditarius*, y del cual no podemos prescindir.

Si a través de la utilización de las sencillas reglas matemáticas, antes mencionadas, trasladamos dicha parte del fragmento, -representada por B.4- al otro término de la comparación, el signo negativo se convierte en positivo.

Ello puede servir para confirmar la finalidad con que el jurista introduce en este

fragmento esta teoría sobre la herencia yacente:

* no con la de justificar la posibilidad de instituir heredero al esclavo hereditario, o como anuncia GLÜCK³⁶⁰, al esclavo del que nazca tras el fallecimiento del causante, ya que tal y como advirtió SCADUTO -y matizó más tarde ARNO³⁶¹-, sería justamente el llevar dicha teoría a sus últimos efectos, lo que traería como consecuencia principal la imposibilidad de instituir heredero al mencionado esclavo,

* sino con la finalidad de caracterizar de algún modo <<algo más>> ese esclavo del que nazca tras el fallecimiento del causante, ya que entendemos que, a través de la aplicación de la misma, conseguimos añadir un dato a la información sobre dicho sujeto: no parece tener dueño al tiempo en que es instituido heredero. Tal y como había advertido MARCUSEN³⁶²: <<Der Sklave eines posthumus suus ist aber bis zu dessen Geburt servus hereditarius, und er kann eingesetzt werden, obgleich er testamenti facti tempore nullius ist.>>; dicho autor llegó a afirmar que el esclavo, al que en un inicio se refería el jurista, era un *servus hereditarius*, sin apreciar, sin embargo, la importancia práctica que ofrecía la mencionada teoría en su concreta calificación.

³⁶⁰ Cfr. GLÜCK, *Commentario...*, cit., p. 463 n. 22.

³⁶¹ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 26-27; ARNO, *Corso di Diritto romano...*, cit., pp. 160-161.

³⁶² Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 65.

En realidad, el traspaso de B.4 hacia la parte izquierda de los términos comparados, no modifica la afirmación de que el esclavo hereditario pueda ser instituido heredero, tal y como entendemos queda demostrado a través del esquema anterior.

Parafraseando a SCADUTO, por mucho que a través del fragmento se afirme la posibilidad de instituir heredero a un *servus hereditarius*, ninguno de los dos juristas da la razón que fundamente dicha posibilidad, y es incluso a través de la introducción de la idea de que dicho esclavo es *nullius* cuando pueden surgir, como hemos anticipado, los motivos de duda³⁶³.

Lo que confirma la idea anunciada en un inicio: en este caso concreto, no encaja la introducción de la mencionada teoría sobre la herencia yacente, con el empleo fundamentalmente práctico, que en relación a la actividad de los esclavos hereditarios, de las mismas realizaron los juristas romanos.

³⁶³ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 26-27.

También en este momento es cuando podemos confirmar la importancia que a nuestro entender ofrece la utilización por el jurista del término *QUAMVIS*. El sentido que con él adquiere el texto es el siguiente: a pesar de que el esclavo sea <<de nadie>> (a nadie pertenezca) al tiempo de la confección del testamento, o sea, sin que dicha circunstancia pueda modificar o perturbar de alguna forma la afirmación realizada en las líneas anteriores, dicho esclavo puede ser instituido heredero.

Lo que nos lleva a afirmar que el elemento fundamental del argumento señalado por Labeón a la hora de justificar la posibilidad de que el *servus* de *qui in utero est* pueda ser instituido heredero, argumento que está representado en nuestro cuadro por los puntos B.2,3,4, es la posibilidad de instituir heredero a un *servus hereditarius* aunque al tiempo de hacer el testamento sea de nadie, y no -tal y como lo indica VOCI- la afirmación de que el esclavo hereditario pueda ser instituido heredero, sin más.

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 534-535.

Otra razón que ratifica lo expuesto es la siguiente: los *iurisprudentes* -como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este apartado- no sintieron necesidad de justificar que un *servus hereditarius*, en abstracto, pudiese ser instituido heredero, ya que por su propia condición de *servus*, no sólo le correspondía, sino que él, en dicho acto, era mero sujeto pasivo y no tenía que realizar acto alguno³⁶⁴.

Por lo tanto consideramos que el resultado no habría variado si la teoría empleada hubiese sido otra cualquiera, ya que es la propia capacidad del esclavo, su régimen normal de actuaciones y en el fondo su configuración como *LONGA MANUS* del *dominus*, lo que hace que dicho acto en sí sea válido³⁶⁵.

Se trata simplemente, siguiendo la línea de interpretación manifestada por SAVIGNY, de una de las aplicaciones accidentales de las teorías de la herencia yacente, incluso dentro de la regulación de los actos del derecho civil³⁶⁶.

No queremos finalizar el análisis de D. 28,5,65(64), sin antes manifestar nuestro

³⁶⁴ BONFANTE afirma, a nuestro juicio de forma excesivamente genérica, que la capacidad de adquirir -entendemos que la misma forma parte de la capacidad de obrar- se tomaba o valoraba de la capacidad del difunto; mucho más sutil en su afirmación había sido SAVIGNY, para quien ésta sólo se precisó en determinados actos del derecho civil, que requerían en concreto de una capacidad jurídica de la que sí carecía el esclavo como tal.

Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, cit., vol. II, p. 362; BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 263.

³⁶⁵ Cfr. sobre la terminología aquí empleada, D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., p. 64.

³⁶⁶ Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, cit., vol. II, p. 366.

desacuerdo con la interpretación que del mismo realiza VOCI, para quien el argumento analógico que refleja el texto es el siguiente: el *servus hereditarius* no tiene actualmente un dueño, sin embargo cuando lo tenga, se entenderá que lo había tenido desde el día del fallecimiento del causante.

Lo que, en definitiva, supone interpretar los términos a través de la introducción de otra de las teorías sobre la herencia yacente -la de la retroactividad-, teoría que no se desprende, a nuestro juicio, ni directa ni indirectamente de la letra del fragmento. Y que le conduce finalmente, en nuestra opinión poco felizmente, al parangón de dos figuras que no son las que el jurista intentaba cotejar: la del esclavo hereditario con la del póstumo, no con el esclavo de éste³⁶⁷.

Concluyendo, de la unión de todos los elementos que nos da el jurista, se puede caracterizar al mencionado *servus*:

1) el texto habla directamente del esclavo de un futuro póstumo ("*eius servum, qui post mortem meam natus erit*")³⁶⁸;

2) indirectamente lo califica de esclavo, que a su vez no tiene dueño, al tiempo

³⁶⁷ El autor concluye en los siguientes términos: <<La retroattività è dunque la circostanza che spiega tutt'e due le soluzioni>>. Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 534-535.

³⁶⁸ Que parece requerir el supuesto que el dueño del esclavo sea un *nasciturus* al tiempo de la institución de heredero del esclavo.

de la realización del testamento en el que se le instituye heredero ("*quamvis is testamenti factio tempore nullius sit*");

3) pero que espera tenerlo en un futuro, cuando se produzca el nacimiento del mismo ("*eius servum qui post mortem meam natus erit*").

Esto es, se trata de un esclavo que no tiene dueño actual, pero que espera tenerlo, y que por lo tanto, podría tratarse de un esclavo que forma parte de una herencia todavía no adida. El futuro heredero del esclavo, en este caso, sería un póstumo.

Lo que nos conduce, por un lado, a afirmar, a zaga de MARCUSEN, que el supuesto contemplado en un inicio por el jurista podría ser el de un *servus hereditarius*; y por otro, a excluir el aparente método analógico anunciado en un inicio.

En este sentido, lo que externamente se nos presentaba como una regulación analógica, podría configurarse finalmente como el análisis de un concreto supuesto, integrado en dicha normativa, siendo fundamental, para llegar a la mencionada conclusión, la concreta utilización que de la teoría sobre la herencia yacente hemos realizado.

Labeón confirmaría así la posibilidad de instituir heredero a un *servus hereditarius* cuando la herencia de la que forma parte dicho esclavo hubiese sido deferida a un ser

todavía no nacido, pero que en todo caso, si debía haber sido concebido.

Continuamos con D. 28,5,31,1 (*Gai XVII ad ed. prov.*) en el cual se vuelve a anunciar, esta vez de forma directa, la posibilidad de instituir heredero a un esclavo hereditario:

"Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere."

Como acertadamente señala FADDA, la simple transcripción del fragmento refleja ya una gran diferencia con el texto anterior, D. 28,5,65(64)³⁶⁹.

El contenido del mismo puede quedar escindido en dos apartados:

1) En el primero, *"Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse"*, el jurista simplemente afirma la posibilidad de instituir heredero a un esclavo hereditario;

2) en el segundo, *"quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere"*, Gayo parece introducir el fundamento de apoyo a la afirmación

³⁶⁹ Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., p. 7.

anterior³⁷⁰; fundamento que siguiendo la línea de actuación de los juristas romanos en relación a los actos del *servus hereditarius*, es fiel reflejo de dos de las teorías sobre la herencia yacente³⁷¹.

Dicha circunstancia ha hecho que parte de la doctrina intentara interpretar dicho fragmento, siempre poniendo especial atención en las teorías que de él se desprenden, y en el fondo, reflejando su postura en cuanto a las mismas.

Así, según SAVIGNY nos encontramos ante un claro ejemplo de lo que para él son las dos formulaciones de la ficción que aparecen en las fuentes romanas, en relación a la herencia yacente³⁷². Sin embargo dicho autor no se detiene a examinar los efectos prácticos que, de la aplicación de las mismas, se desprenden del fragmento.

³⁷⁰ A primera vista, y a través de los términos "*quia creditum est*", el fragmento transcrito puede considerarse como uno de los ejemplos más claros y evidentes de lo que en nuestro trabajo pretendemos demostrar: la estrecha vinculación entre la actuación del esclavo hereditario, y la finalidad práctica que encierran las teorías sobre la herencia yacente.

³⁷¹ Siguiendo en todo momento la clasificación que de las mismas efectuó ORESTANO.

Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., pp. 1-24.

³⁷² La identidad de dichas expresiones resulta particularmente, según el autor, del fragmento que aquí nos ocupa, y además representan la contraposición con el modo natural de configurar la institución como perteneciente desde el primer momento al heredero.

Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, vol. II, cit., pp. 361-362.

En un sentido similar se manifestó posteriormente JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 189.

De opinión parcialmente contraria a SAVIGNY es SCADUTO³⁷³, según el cual, Gayo sí utiliza dos justificaciones contemporáneas, pero contradictorias, con la única finalidad de fundamentar la posibilidad de que un esclavo hereditario pudiese ser instituido heredero.

Lo que le conduce a considerar, siendo opinión doctrinal bastante generalizada y a la que nos adherimos³⁷⁴, que los vocablos *dominam esse* están interpolados³⁷⁵, ya que los mismos ofrecen un claro carácter justinianeo; y como consecuencia de ello, a reducir la justificación a la segunda de las teorías - "*hereditatem...defuncti locum optinere*" -, teoría que según la opinión dominante, ostenta un claro carácter clásico³⁷⁶.

³⁷³ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 27 n. 1.

³⁷⁴ Eso sí, sin entrar en el examen concreto de cada una de las teorías sobre la herencia yacente ni en su evolución, ya que, repetimos, queda fuera de nuestro estudio, que pretende centrarse fundamentalmente en la aplicación que de las mismas hacen los juristas romanos.

Desde ese punto de vista, cuanto menos choca el que se empleen las dos a la vez y además, como veremos, sin ninguna finalidad práctica.

³⁷⁵ Cfr. *Index Interpolationum*, vol. II, p. 192.

En contra se manifiesta SAVIGNY, para el cual debería insertarse en el fragmento el término *et*. Cfr. SAVIGNY, *Sistema...*, vol. II, cit., p. 362 n. f.

³⁷⁶ Cfr. JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 472; GIOFFREDI, *Osservazioni...*, cit., p. 298; ORESTANO, *Hereditas...*, cit., p. 18; indirectamente también lo señala VOLTERRA, *Instituciones...*, cit., p. 717 n. 71; PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto romano*, 3ª ed. con la colaboración de Francesco SITZIA y Letizia VACCA, Torino, 1991, p. 647.

En palabras de SCADUTO: <<se l'eredità è domina, è persona giuridica per sè stessa e non tien luogo di un'altra; viceversa, se riveste la personalità di un soggetto diverso, non è per sè stessa domina.>>

De los términos empleados por el jurista, concretamente *creditum est*, se sirve dicho autor para afirmar, en contra de lo señalado por DI MARZO, para el cual se trata más bien de una norma general, que no se trata de un principio del *ius civile*,

Ante ello nos cuestionamos lo siguiente, ¿es la aplicación de dichas teorías la que posibilita realmente que el *servus hereditarius* pueda ser instituido heredero?

A nuestro juicio -tal y como indicábamos al tratar D. 28,5,65(64), y como de nuevo parece desprenderse del pensamiento de JHERING³⁷⁷- nos encontramos ante un supuesto demostrativo de la aplicación accidental de las mencionadas teorías; esto es, la introducción de éstas no es la que justifica que pueda ser instituido heredero el *servus hereditarius*.

Así, una cosa es la posibilidad de instituir heredero a un esclavo hereditario -lo que en términos modernos equivaldría a <<capacidad>>- y otra, cuestión que

sino de una construcción adoptada en casos especiales por las exigencias de la vida jurídica.

Esto tiene su apoyo -continúa SCADUTO- en el hecho de que las otras construcciones sobre la herencia yacente se mantienen en los textos.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., pp. 27-30.

BONFANTE va más allá entendiendo que todos los textos en los cuales la herencia aparece como *domina* o *persona*, están interpolados. Concretamente en relación con el fragmento que aquí nos ocupa, dicho autor señala que el *dominam esse* no se trata de un glosema, sino de uno de los encajes que se adaptaron mal en el texto, ya que los compiladores olvidaron cancelar el concepto clásico *defuncti locum obtinere*.

Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 273.

Lo cual a nuestro entender refleja la idea de la utilización si puede decirse indiscriminada, e incluso inefectiva, en algunos supuestos, de las teorías sobre la herencia yacente; hecho que se denota claramente en este caso ya que el jurista parece emplear no una, sino dos de las teorías.

³⁷⁷ Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., p. 169.

analizaremos en el siguiente apartado, la necesidad en concreto de *la testamenti factio cum defuncto* para la validez de dicha institución -lo que en términos modernos equivaldría a <<legitimación>>-.

La anterior apreciación nos separa de aquellos autores que, como FADDA, han querido ver, en la doble formulación de D. 28,5,31,1, un intento por parte del jurista de regular concretamente la *testamenti factio*³⁷⁸.

FUENTESECA, también centra el estudio de este fragmento en la utilización que de las teorías sobre la herencia yacente hace el jurista; considera -en la misma línea que SAVIGNY³⁷⁹-, cuanto menos extraña la falta de la partícula *et*, entre una y otra teoría; remarca que los dos motivos aludidos no suelen aparecer juntos; y por último, advierte el mantenimiento del contenido fundamental del texto si se considerasen interpolados los términos *dominam esse*³⁸⁰.

Tampoco han faltado autores que, partiendo de la idea de que en Derecho romano se llegó a considerar a la herencia yacente como *domina*, y aun admitiendo que los términos *dominam esse* fueron interpolados, indican que la finalidad de los compiladores residía en el intento de explicar verbalmente lo anteriormente señalado:

³⁷⁸ Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., pp. 7-8.

³⁷⁹ Vid. supra p. 218 n. 372; en la mismo sentido cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., p. 7 n. 1.

³⁸⁰ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 250 n. 13. y 260.

<<la herencia es la dueña, y por lo tanto, ocupa el lugar del difunto>>³⁸¹.

En nuestra opinión, sea cual fuere la postura adoptada en relación a las justificaciones señaladas por Gayo, lo que sí resulta bastante claro es que su utilización en este fragmento no produce ningún resultado de orden práctico, o lo que es lo mismo, no son justificaciones necesarias a la hora de posibilitar dicho acto jurídico. Por tanto, podría aplicarse a este supuesto cualquiera de las teorías sobre la herencia yacente, y el resultado no variaría.

El fragmento transcrito evidencia eso sí, tal y como lo apuntó V. LÜBTOW, un reconocimiento general, y no una opinión aislada del jurista³⁸².

Por último, y como reflejo del final de la evolución jurídica romana, la simple posibilidad de instituir heredero a un esclavo hereditario, sin necesidad de recurrir a las teorías sobre la herencia yacente, parece quedar reflejada en Instituciones de Justiniano 2,14,2:

³⁸¹ En este sentido cfr. entre otros, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. III, cit., p. 11 y D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., p. 64.

Para este último la propia herencia, que podría haber sido instituida heredera, no lo fue, no en atención a la imposibilidad jurídica, sino en atención a la imposibilidad física por la cual, como ente jurídico, no podía recibir el *iussum* del heredero.

Sin embargo entendemos, por un lado, que si realmente los juristas romanos hubiesen considerado a la herencia yacente como una persona jurídica, a ella se debería haber concedido la capacidad requerida como tal, y por otro, que la imposibilidad física señalada por dicho autor, aparece también en la figura del esclavo hereditario, el cual, tal y como veremos en las próximas páginas, no puede aceptar sin el previo consentimiento del dueño.

³⁸² Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 601.

*"Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur,..."*³⁸³

No queremos concluir este apartado sin antes referirnos -aunque de forma escueta- a la posibilidad, recogida en un fragmento de Ulpiano (*D. 15,1,3,1 XXIX ad ed.*), de que un *dominus* nombre heredero sustituto a un esclavo propio:

*"Unde labeo scribit, et si secundo tertiove gradu substitutus sit servus, et deliberantibus primis heredibus cum eo contractum sit, mox repudiantibus iis ipse liber heresque extiterit..."*³⁸⁴

El jurista, al exponer la opinión de Labeón en relación a un supuesto concreto -"*Unde Labeo scribit*"-, afirma lo siguiente: y si el esclavo hubiese sido sustituido en segundo o tercer grado -"*et si secundo tertiove gradu substitutus sit servus*"-, y deliberando los primeros -"*et deliberantibus primis heredibus*"- se hubiera contratado con él -"*cum eo contractum sit*"-, y después repudiando aquéllos -"*mox repudiantibus*

³⁸³ Continúa dicho fragmento señalando lo siguiente:

"...quia et cum hereditariis servis est testamenti factio: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cum et eius, qui in utero est, servus recte heres instituitur."

Es de advertir que el supuesto contemplado al final de este fragmento de las Instituciones, es idéntico al que estudiábamos al principio de este apartado -*D. 28,5,65(64)*-, en cuanto a que en ese caso también se trataba de la institución de heredero del esclavo del que ha de nacer.

Sin embargo, en este texto las dos teorías sobre la herencia yacente cumplen -como veremos- una función concreta: la de determinar la *testamenti factio* del *servus hereditarius*. Vid. *infra* pp. 224 y ss.

³⁸⁴ En el mismo sentido vid. *Inst. Iust. 2,15 pr.*

iis"- hubiese él mismo quedado libre y heredero...- "*ipse liber heresque extiterit*"-.

A nuestro juicio, la importancia del fragmento se manifiesta desde dos puntos de vista:

a) por un lado, evidencia la posibilidad de nombrar a un *servus hereditarius* heredero sustituto;

b) por otro, supone una excepción a la afirmación de que un *servus hereditarius* no puede ser instituido heredero por su antiguo dueño, siempre y cuando se den las circunstancias suficientes, para poder hablar de sustitución del esclavo.

Sin embargo, la excepcionalidad del supuesto en estudio justifica el que en este momento simplemente anunciemos dicha posibilidad, eso sí, manifestando las consecuencias que podrían derivarse de la misma.

1.2.2. "*SERVUS HEREDITARIUS INSTITUI HERES POTEST, SI MODO*

*TESTAMENTI FACTIO FUIT CUM DEFUNCTO, LICET CUM HEREDE
INSTITUTO NON SIT*"

Nuestra atención, hasta el momento, se ha centrado en aquellas fuentes jurídicas, a través de las cuales, única y exclusivamente se nos informa acerca de la posibilidad de instituir heredero al esclavo hereditario.

Ahora nos proponemos entrar en lo que es la aplicación práctica de dicha posibilidad, cuestión ésta que nos obliga a tratar la *testamenti factio*, requisito primordial a la hora de dar validez a dicha institución.

Ya hemos advertido -1.1.2.- la necesidad de la *testamenti factio cum defuncto* para poder ser instituido heredero en un testamento, y su vinculación con el dueño, en el supuesto de los esclavos³⁸⁵.

Si embargo, ¿de quién debe <<recoger>> el *servus hereditarius* dicha capacidad para heredar?³⁸⁶

Partimos de D. 28,5,53(52) (*Paul. II reg.*) en el cual se señala lo siguiente:

"Servus hereditarius heres institui potest, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit."

³⁸⁵ Vid. supra p. 197 y ss.

³⁸⁶ Faltos de precisión, a nuestro juicio, se muestran los términos con los que se expresa FUENTESECA señalando respecto al esclavo hereditario: <<...Asimismo es explicable que cuando existía un problema de capacidad, por ejemplo, si un esclavo hereditario debía adquirir una herencia, se mirase a las condiciones del difunto...>>.

En primer lugar, un *servus hereditarius* no podía, por sí mismo, adquirir una herencia ya que necesitaba el consentimiento del dueño; en segundo lugar, se miraba las condiciones del difunto no para la adquisición de la herencia, sino para determinar si la institución de heredero, que era un acto del *ius civile*, era válida realizada en la persona del esclavo, tomando como guía para ello, la propia capacidad jurídica del difunto.

Cfr. FUENTESECA, *Der.priv.rom.*, cit., p. 565.

Paulo afirma la posibilidad de instituir heredero a un esclavo hereditario -"*Servus hereditarius heres institui potest...*"-; condiciona la misma a la existencia de *testamenti factio* con el difunto -"*si modo testamenti factio fuit cum defuncto...*"-, y excluye, finalmente, la *testamenti factio* con el futuro heredero -"*licet cum herede instituto non sit*"-.

El fragmento se presenta indubitable a la hora de indicar las posibles personas de las que el esclavo podía tomar la capacidad requerida:

- o del dueño difunto (*testamenti factio cum defuncto*),
- o del futuro heredero (*testamenti factio cum herede*).

Y entendemos que no sólo es conciso, sino también contundente, tal vez por el género de la obra -*Regulae*³⁸⁷-, en el momento de su elección: la *testamenti factio* del dueño difunto³⁸⁸.

La misma idea vuelve a repetirse en Instituciones de Justiniano 2,14,2 donde se afirma:

³⁸⁷ En general sobre el estilo y las obras de Paulo cfr. cuidada bibliografía recogida por GUARINO, *L'esegesi delle fonti...*, cit., pp. 232-233 nn. 44.2 y 3.

³⁸⁸ Según JHERING, se trataba de una opinión reconocida de forma general, antes que de una opinión subjetiva del jurista, tal y como ocurría en D. 28,5,31,1 de Gayo. Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., pp. 206-207.

"...et cum hereditariis servis est testamenti factio: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti,..."

Sin entrar en el examen de las teorías sobre la herencia yacente en él introducidas, ya que queda fuera de los objetivos de nuestro trabajo, a nuestro juicio lo primordial es destacar:

a) por un lado, la nota en común que traslucen los textos transcritos -D. 28,5,52 e *Inst. Iust. 2,14,2*-: la posibilidad de instituir heredero a un *servus hereditarius*;

b) por otro, que la *testamenti factio* de éste no se determina en atención al futuro heredero -"*non heredis futuri*"-, sino al dueño difunto -"*sed defuncti...*"-.

A su vez resalta que ambos fragmentos no se ocupan simplemente de establecer quién es la persona de la cual debe obtenerse dicha capacidad -el dueño difunto-, sino que además se produce en ellos una exclusión directa de la figura del futuro heredero.

¿Conlleva dicha elección, y en su caso la aplicación de la mencionada teoría -"*hereditas personae defuncti vicem sustinet*"-, algún efecto práctico en la regulación de la actividad de los esclavos hereditarios?

A diferencia de lo que ocurría en los fragmentos examinados en el apartado anterior -1.2.1.- creemos debe contestarse afirmativamente.

Así como en los supuestos del esclavo en general, se requería, para que dicha institución fuese válida, la *testamenti factio* del dueño, en el supuesto del *servus hereditarius*, y a nuestro juicio, como fiel reflejo de su condición servil, la misma también se requerirá³⁸⁹.

Y la forma de obviar lo que en el fondo no era más que un inconveniente -la falta de dueño-, fue recurrir a la aplicación de una de las teorías de la herencia yacente, en este caso, la teoría a través de la cual se puede fingir la existencia de una capacidad, concretamente de la *testamenti factio* del dueño ya difunto.

Esto es, en nuestra opinión, la no aplicación de la misma hubiese implicado, en la práctica, la imposibilidad de instituir heredero a un *servus hereditarius*.

¿Cual es la razón de dicha elección?, esto es, ¿por qué se decanta Paulo en D. 28,5,53(52), en un primer momento, y más tarde los compiladores en *Inst. Iust.* 2,14,2, por la capacidad del difunto -*testamenti factio cum defuncto*-, y no por la del futuro heredero -*testamenti factio cum herede*-?

A nuestro juicio -tal y como vimos para el supuesto de la *stipulatio*³⁹⁰- dicha elección encuentra su fundamento en un simple criterio de seguridad jurídica: el difunto fue, en un momento anterior, dueño del esclavo, el futuro heredero jamás lo

³⁸⁹ Cfr. al respecto MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., pp. 63-65.

³⁹⁰ Vid. supra pp. 57 y ss.

ha sido.

Esto hace que el jurista vea en la persona de dueño difunto, una certeza -dentro del marco de ficción en el que se encuadran ambos- que no puede hallar en la persona del futuro heredero³⁹¹.

Sin embargo una cuestión escapa a la regulación establecida en dichos textos y posibilita sostener, en comparación con la regulación del esclavo en general, la existencia de un vacío -al menos aparente- en la regulación de la *testamenti factio* del *servus hereditarius*: ¿en qué momentos requiere el esclavo hereditario la *testamenti factio cum defuncto*?, ¿entra dicha hipótesis en el supuesto de hecho contemplado en D. 28,5,50(49),1?

Creemos poder afirmar lo que no puede admitirse, a saber: la especialidad del esclavo hereditario no puede ser fundamento que justifique, junto a la ausencia de textos directos, la inaplicabilidad a dicho supuesto de la doctrina de los *tria momenta*.

Entendemos debe admitirse, que por su genérica condición de heredero voluntario, debe aplicarse para ese vacío lo que era la regla general contenida en D.

³⁹¹ JHERING por su parte, realiza un exhaustivo análisis, sobre las consecuencias prácticas que se derivarían de la aplicación, tanto de la teoría de la retroactividad como de la del dueño difunto, partiendo del siguiente presupuesto: o la incapacidad del difunto, o la del futuro heredero. Esto es, lleva al máximo los efectos de la aplicación de ambas, hipotetizando para ello supuestos que no se encuentran recogidos por las fuentes.

Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., pp. 174-176 y 203.

28,5,50(49),1, antes indicado.

O sea, la *testamenti factio* se requerirá también en el supuesto del esclavo hereditario *tria tempora*:

- * en el momento de la confección del testamento,
- * en el del fallecimiento del causante, y por último
- * en el de la adición de la herencia.

Con la particularidad de que si bien en el primer momento y en el segundo quedará la misma determinada en atención a la persona del difunto, en el tercero se producirá siempre, como veremos a continuación, en atención a la persona del heredero.

2. DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA *HEREDITATIS ADITIO*

2.1. DEL ESCLAVO

La poca importancia práctica que la adición de la herencia representó en la actividad del *servus hereditarius*, hace que nos decantemos por simplificar la estructura introducida al principio del capítulo, para abordar conjuntamente los dos apartados allí señalados:

- 2.1.1. *"Alienus...servus...iussu domini adire hereditatem debet";*
- 2.1.2. *"In extraneis heredibus...ut sit cum eis testamenti factio...sive hi qui in potestate eorum sunt...hoc amplius et cum adibit hereditatem..."*

Un fragmento de las Instituciones de Gayo -II,189- nos indica el punto de partida:

"Alienus quoque seruus heres institutus si in eadem causa durauerit, iussu domini hereditatem adire debet; si uero alienatus ab eo fuerit aut uiuo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu noui domini cernere; si uero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest."

Nos encontramos ante un texto de carácter descriptivo, en el que se detallan, de forma clara y sencilla, las diferentes posibilidades que pueden plantearse en relación a la cuestión que nos ocupa.

Así, para que un esclavo ajeno, instituido heredero, pueda adir una herencia, es necesario, siempre y cuando siga siendo un esclavo al tiempo de la adición, el consentimiento *-iussum-*, por parte de su dueño³⁹²; si el *seruus* fue enajenado, antes o tras el fallecimiento del dueño, pero antes de la adición de la herencia, debe en todo caso obtener el consentimiento del nuevo dueño; sólo en el supuesto de que el esclavo

³⁹² Para BONFANTE la exigencia de tal requisito se debe a que la herencia se considera fundamentalmente como una forma de obligarse, lo que conlleva la necesidad de voluntad por parte del dueño.

Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 241.

hubiese sido manumitido antes de la adición de la herencia, y por lo tanto se hubiese producido una modificación en su *status*, podría el mismo adirla sin necesidad de consentimiento del antiguo dueño.

Todo ello supone someter la efectividad de la institución de heredero de un esclavo ajeno a lo que podría calificarse de condición suspensiva, consistente ésta en un acto del dueño: el *iussum domini*³⁹³.

En el Epítome de Ulpiano volvemos a encontrar una formulación prácticamente igual:

"Alienus servus heres institutus si quidem in ea causa permanserit, iussu domini debet hereditatem adire. Quod si uiuo testatore manumissus aut alienatus a domino fuerit, aut suo arbitrio aut iussu emptoris poterit adire hereditatem."(Ep. Ulp. XXII,13)

³⁹³ En relación al mandato de adir hay que remarcar lo siguiente:

- Dado que el consentimiento debe concederlo el que sea dueño del esclavo al tiempo de la adición de la herencia, no será válida la adición del *servus* realizada con el consentimiento de un antiguo dueño.

Vid. al respecto, D. 29,2,63 (*Marc. not. l. s. reg. Pomp.*) y D. 37,11,2,9 (*Ulp. XLI ad ed.*);

- el acto de la adición debe realizarlo en último término el esclavo, de donde cabía la posibilidad de que el mismo, aun mediando consentimiento por parte del dueño, se negase a ello.

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 108.

Y lo mismo ocurre en las Instituciones de Justiniano 2,14,1 i. f.:

*"alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu domini adire hereditatem debet. si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius antequam adeat, debet iussu novi domini adire. at si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest."*³⁹⁴

Sin embargo aparece en las fuentes romanas -D. 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*)- otro requisito -la *testamenti factio cum defuncto*- del que no podemos prescindir en este momento, aunque ya ha sido analizado en anteriores páginas:

"In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt... hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem..."

Con la finalidad de evitar repeticiones supérfluas, simplemente recordar lo

³⁹⁴ La necesidad de consentimiento -*iussum*- por parte del dueño, se manifiesta en otras fuentes.

Vid. por todas, *Gai* II,87; *Ep. Ulp.* XIX,29 y D. 29,2.

Lo cual hace que podamos afirmar, desde el inicio, la existencia de una regulación unitaria manifestada en las fuentes romanas en relación a la exigencia del mencionado requisito.

siguiente:

- por un lado, en Derecho romano se requiere capacidad para suceder *-testamenti factio passiva-* también al tiempo de la adición del heredero³⁹⁵;

- por otro, la norma *media tempore non nocet*, no tiene aplicación en el intervalo de tiempo que media entre el fallecimiento del causante y la adición de la herencia, tal y como se desprende de la letra del fragmento, y aparece refrendado por la mayoría de la doctrina³⁹⁶.

2.2. DEL ESCLAVO HEREDITARIO³⁹⁷

2.2.1. "...*QUAMVIS SERVUS HEREDITARIUS HERES INSTITUI POSSIT, TAMEN QUIA ADIRE IUBENTIS DOMINI PERSONA DESIDERATUR, HERES EXPECTANDUS EST*"

El presupuesto del que partimos en este apartado es la necesidad de un *factum*

³⁹⁵ Es preciso recordar que un sector doctrinal puso en tela de juicio la exigencia del mencionado requisito en la época clásica.

Vid. supra p.

³⁹⁶ Vid. supra p. 202 n. 350.

³⁹⁷ El que nos detengamos en el análisis de la *aditio hereditatis*, pese a la poca importancia práctica de la misma en la actividad del esclavo hereditario, -anteriormente referida-, queda justificado con la existencia de un fragmento que directamente regula esta materia, cuando el sujeto que debe adir es un *servus hereditarius*.

personae -el *iussum domini*- para que el *servus hereditarius*, en atención a su condición servil, pueda adir la herencia; la postura que mantendremos -siguiendo la *communis opinio* de la doctrina romanística³⁹⁸- la de la imposibilidad -utilizando terminología de VOCI-³⁹⁹ de la adición de una herencia por un esclavo hereditario; y la conclusión a la que intentaremos llegar, la siguiente: la invalidez, en su caso, de la adición realizada por un esclavo hereditario.

En D. 41,1,61 (*Herm. VI iur.ep.*) se señala lo siguiente:

"Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur ideoque⁴⁰⁰ hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. in his sane, in quibus factum personae operaeve substantia⁴⁰¹ desideratur, nihil hereditati quaeri

³⁹⁸ Cfr. por todos, V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 607.

³⁹⁹ La dificultad que entraña el tener que calificar jurídicamente dicha realidad, sobre todo si se tiene en cuenta la pluralidad de términos con los que los romanos califican la invalidez de los actos, nos permite, sin embargo, atrevernos a matizar los términos empleados por VOCI: <<l'acquisto è impossibile>>. A nuestro juicio la mentada imposibilidad debe ser entendida en un sentido jurídico más que físico: ese acto no es válido *ab initio*, y por lo tanto, tampoco puede producir efectos jurídicos. Sin embargo no hay que perder de vista la idea de que nos hallamos ante un *servus* que no tiene dueño actual que controle sus actos.

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 533.

⁴⁰⁰ CENDERELLI, en contra de la corrección aparecida en la *Littera Florentina* apoyada, entre otros por SIBER, considera más oportuna la utilización de término "*adeoque*", no sólo por el latín de la época de Hermogeniano, sino también en atención al carácter excepcional del principio enunciado por el mismo.

Cfr. CENDERELLI, *Factum personae...*, cit., p. 412.

⁴⁰¹ Un interesante resumen sobre las diferentes soluciones interpretativas propuestas por la doctrina en relación a la teoría de la herencia yacente introducida en este fragmento, se realiza por FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., p.

per servum potest. ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est."

La *species facti* contemplada en el fragmento puede quedar dividida en las siguientes partes:

1) Desde el inicio hasta "*adquiritur*": en esta primera, el *iurisprudens* parece calificar a la herencia como dueña de los bienes hereditarios, y en consecuencia, del *servus hereditarius*.

Por ello, se adquiere para la herencia -"*adeoque hereditati...adquiritur*"- como para el dueño -"*quoque ut domino*" - por medio de un esclavo de la herencia -"*per servum hereditarium*"-.

Sin embargo, tal y como advierte CENDERELLI, el jurista simplemente afirma que en muchas partes del derecho la herencia es considerada <<como dueña>>: "*hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur*", sin proponer una solución precisa al problema de las relaciones entre la naturaleza jurídica de la herencia yacente, y el régimen positivo de la misma⁴⁰².

17, y es completado posteriormente por CENDERELLI, *Factum personae...*, cit., pp. 412-415 y por ROBBE, *La <<Hereditas iacet>>...*, cit., pp. 520-526.

⁴⁰² Cfr. CENDERELLI, *Factum personae...*, cit., p. 411.

2) Desde "*in his sane...*" hasta "*per servum potest*": a través de estos términos Hermogeniano establece una excepción a la regla general contenida en el apartado anterior: en los supuestos -"*in his sane*"- en que se requiera o el hecho de una persona, o la realidad de un trabajo -"*in quibus factum personae operaeve substantia desideratur*"- no se podrá adquirir nada -"*nihil...quaeri*"-, por medio del esclavo -"*per servum potest*"-, para la herencia -"*hereditati*"-.

3) Desde "*ac propterea...*" hasta el final: como cierre del texto, el jurista recoge un supuesto al que aplica la mencionada excepción: aunque un esclavo hereditario pueda ser instituido heredero -"*quamvis servus hereditarius heres institui possit*"-, se tiene que esperar al heredero -"*heres exspectandus est*"- porque se requiere la persona del dueño que mande adir la herencia -"*tamen quia adire iubentis domini persona desideratur*"-.

Lo que supone, en definitiva, que el *servus hereditarius* debe esperar a que el futuro heredero adiera la herencia a la que él pertenece⁴⁰³.

Es en situaciones como la que exponemos en este momento cuando, a nuestro juicio, se patentizan las divergencias existentes entre la regulación de la figura que

⁴⁰³ Acertada nos parece la cuestión planteada y resuelta por FADDA: ¿es posible que se adiera la herencia por el esclavo hereditario si recibió el *iussum* de su dueño antes del fallecimiento?

A lo cual el autor responde taxativamente que no, dado que el consentimiento que vale es el del dueño del esclavo al tiempo de la adición.

Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., p. 19.

centra nuestro trabajo -el esclavo de la herencia yacente- y la del *servus* en general.

Así:

- a un esclavo no sólo se le otorga, en abstracto, la facultad de adir una herencia, sino que en la práctica, si se cumplen los requisitos indicados dicha adición es válida y produce sus efectos normales;

- un esclavo hereditario, dada su condición servil, en abstracto sigue ostentando dicha facultad, pero en atención a su calificación de hereditario, en la práctica, la misma carece de eficacia, por la imposibilidad física de realización de uno de los requisitos: el *iussum domini*.

No existe durante la yacencia un dueño que pueda concederle el consentimiento requerido, y como consecuencia de ello, si llegase a realizar físicamente la adición, dicho acto carecería, no sólo de validez sino también de eficacia.

¿Por qué no resuelven los juristas romanos el problema planteado a través de la aplicación de alguna de las teorías sobre la herencia yacente?

La razón podría estar -siguiendo las directrices de la mayoría de la doctrina- en que el *iussum* se trata de un acto físico que no puede fingirse a través de las teorías. De donde parece que repelió a los juristas romanos la aplicación de las ficciones para dichos supuestos.

Sin embargo, en nuestra opinión, el fundamento hay que buscarlo en que en este caso ya no se trata de fingir la existencia de una capacidad, sino de fingir un concreto hecho: el consentimiento por parte del dueño del *servus*.

Ello confirma la finalidad con que mayoritariamente parece que los juristas romanos emplearon las teorías en la actividad de los *servi hereditarii*: fingir la existencia de una capacidad, no de un hecho concreto.

Llegados a este punto recordamos una cuestión planteada por parte de la doctrina, tomando como punto de partida, la definición que de la delación se realiza en las fuentes⁴⁰⁴: ya que el *servus hereditarius* no puede adir la herencia, ¿se puede hablar en ese caso de delación de la misma?

Consideramos acertada no sólo la respuesta, sino también el planteamiento que sobre la misma realiza FADDA, apoyándose en la opinión mayoritaria de la doctrina, y en contra de la de BRINZ.

Así, para el mencionado autor, sí que cabe hablar de delación durante la yacencia, por el hecho de que la posibilidad de adquirir, en que se sustancia la delación, deriva del título hereditario y no de la persona del llamado.

⁴⁰⁴ "*Delata' hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.*" (D. 50,16,151 *Ter. Clem. V ad leg. Iul. et Pap.*)

De donde, el esclavo hereditario no sólo puede ser instituido heredero durante la yacencia, sino que también se produce la delación durante dicho periodo de tiempo⁴⁰⁵.

2.2.2. JUSTIFICACION DE LA INAPLICABILIDAD DEL CONTENIDO DE D. 28,5,53(52) Y DE *INST. IUST.* 2,14,2

Resta por examinar el requisito de la *testamenti factio*⁴⁰⁶.

Partimos de D. 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*), transcrito y examinado en páginas anteriores⁴⁰⁷, en el cual de forma genérica, aludiendo a los supuestos de herederos extraños, se indica la necesidad de *testamenti factio*, también al tiempo de la adición de la herencia:

"In extraneis heredibus illa observantur...hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio..."

⁴⁰⁵ Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, cit., pp. 19-20.

⁴⁰⁶ Todo lo relativo al régimen de la *capacitas* y de la *indignitas* entendemos queda fuera de nuestro estudio desde el momento en que se trata de requisitos posteriores en el tiempo a la adición de la herencia, momento en el cual el *servus hereditarius* ya es un simple esclavo, hecho que, a su vez, queda confirmado ante la ausencia de fuentes que lo regulen.

Cfr. al respecto BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 257; posteriormente en la misma línea BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 263.

⁴⁰⁷ Vid. supra pp. 201 y 229.

El problema se centra de nuevo en especificar, en atención a qué persona debe determinarse el mencionado requisito.

A nuestro juicio, y siguiendo la regulación establecida hasta el momento, las posibilidades son las siguientes:

1/ determinación de la *testamenti factio* del esclavo en atención a la persona del difunto, o

2/ determinación de la misma, en atención a la persona del heredero.

Entendemos que la solución a dicha problemática se encuentra condicionada por una concreta realidad: la adición de la herencia por el *servus hereditarius*, debido a la necesidad de consentimiento por parte del dueño del mismo, queda retrasada hasta que se haya producido la adición de la herencia a la que él mismo pertenece.

De donde, las consecuencias de dicho retraso se hacen evidentes, tanto en la propia persona del *servus*, como en la regulación jurídica de sus actuaciones. Así:

* en lo relativo a su esfera personal, en el momento en que dicho esclavo pueda adir la herencia en la que fue instituido heredero, al tener un dueño real, jurídicamente hablando, perderá su calificativo de hereditario, para pasar a ser un simple esclavo;

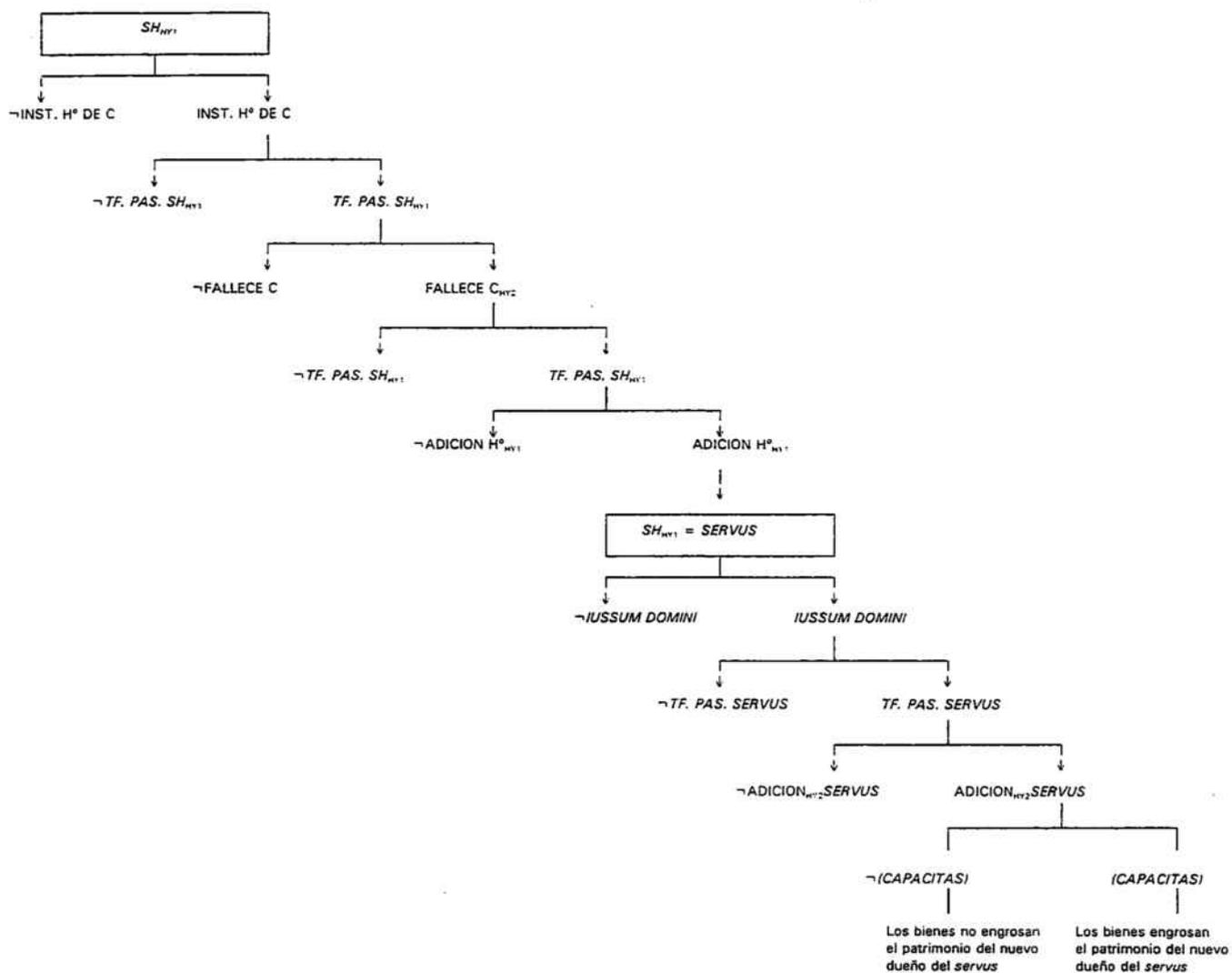
* como consecuencia de lo anterior, en lo relativo a la esfera de sus actuaciones,

el mismo volverá a regirse por la normativa general de los esclavos, y no por la particular de los esclavos hereditarios.

Ello es lo que justifica que, al tiempo de la adición de la herencia, no deba determinarse la *testamenti factio* del mismo en atención lo establecido en D. 28,5,53(52) ni de *Inst. Iust.* 2,14,2, anteriormente examinados⁴⁰⁸ -la capacidad del dueño difunto- sino siguiendo las normas de los esclavos, y por lo tanto, en atención a D. 28,5,31 *pr.*; o sea, teniendo en cuenta la capacidad del dueño actual del *servus*.

⁴⁰⁸ Vid. *supra* pp. 225 y ss.

3. GRAFO ARBORESCENTE BINARIO SOBRE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN RELACION AL ESCLAVO HEREDITARIO



Tomando como ejemplo la vía abierta por MIQUEL⁴⁰⁹, mediante la utilización de <<grafos arborescentes de carácter binario>>, hemos intentado -dentro de nuestros modestos conocimientos- reproducir la concreta problemática planteada en la institución de heredero de un *servus hereditarius* ajeno, manifestando desde un inicio que, dada la pluralidad de variantes que podían producirse, nos hemos decantado por la representación de aquélla en la que se prolonga al máximo, la calificación de hereditario del esclavo.

Las siglas empleadas son las siguientes:

- SH = *servus hereditarius*
- HY = herencia yacente
- INST. H° = Institución de heredero
- TF. PAS. = *Testamenti factio passiva*
- ¬ = negación de lo que sigue

La duplicidad de posibilidades que pueden producirse en atención al carácter binario del grafo, facilita la comprensión del supuesto planteado. Siendo evidente que, la falta -manifestada a través del signo negativo ¬- de alguno de los requisitos o de los acontecimientos que se van sucediendo, podía producir la no adquisición de la

⁴⁰⁹ Cfr. MIQUEL, <<*Iusta causa traditionis*>>..., cit., pp. 261-268, reproducido, a nivel más pedagógico en *Der.priv.rom.*, cit., p. 205; de forma práctica, en relación a los derechos reales en *Quaestiones, Docencia del Derecho romano a través del casuismo romano*, 3ª ed., Barcelona, 1989, pp. 175-177; y ya en nuestra década en *Compraventa y transmisión...*, cit., p. 105.

herencia por parte del esclavo.

Partimos de un *servus hereditarius* (SH), que como tal pertenece a una herencia yacente (HY1), y que es instituido heredero (INST. H°) por parte de un tercero (C). El primer requisito necesario para la validez de dicha institución es la *testamenti factio passiva* del esclavo hereditario (TF. PAS. SHHY1). El fallecimiento del causante (C) supone la apertura de la sucesión testamentaria, a la vez que pone en conexión dos herencias yacentes: aquélla a la que pertenece el *servus hereditarius* instituido heredero (HY1), y aquélla de la que es instituido dicho esclavo (HY2). De nuevo se requiere la *testamenti factio passiva* (TF. PAS. SHHY1) del esclavo hereditario.

La posterior adición de la herencia a la que pertenece el *servus hereditarius* (ADICION H°HY1), convierte al mismo en simple esclavo (*SERVUS*); el cual, adquiriendo el consentimiento por parte de su nuevo dueño (*IUSSUM DOMINI*) -consentimiento necesario para adir la herencia de la que fue instituido heredero siendo esclavo hereditario-, y ostentando de nuevo la *testamenti factio passiva* (TF. PAS. *SERVUS*), podrá finalmente adquirir -para su nuevo dueño-, la herencia que le fue deferida (ADICION HY2 *SERVUS*).

La importancia -en su momento, y de ahí los paréntesis- de la *capacitas*, nos obliga a incluirla como último requisito.

4. CUADRO-RESUMEN: VINCULACION ENTRE DOS HERENCIAS YACENTES

A través de los fragmentos que refieren a la institución de heredero del *servus hereditarius*, hemos podido reconstruir la *species facti* planteada y los problemas jurídicos que se van sucediendo.

Todo ello queda reflejado en el siguiente cuadro-resumen, cuyo objetivo es sintetizar los diferentes aspectos desarrollados durante el capítulo y por ende, plasmar una de las conclusiones a las que hemos llegado: la institución de heredero de un *servus hereditarius* produce que la adición de una herencia yacente dependa directamente de la adición de la herencia -también yacente- a la que pertenece el esclavo hereditario.

Esto es, con la institución de heredero de un *servus hereditarius* se produce una curiosa situación en la que surge una situación de dependencia entre dos herencias yacentes, tal y como se refleja en el cuadro que sigue, a través de la situación de subordinación de la segunda herencia yacente⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Con la finalidad de simplificar al máximo el supuesto planteado, nos limitaremos a indicar para cada apartado un único texto, que puede servir de referencia a la hora de atestiguar la necesidad de cada uno de los requisitos.

	SUCESION DE A	SUCESION DE B
S E R V U S	1) Confección del Tº de A + Inst. Hº = C (requisito: <i>TF cum defuncto</i> = D. 28,5,50(49),1)	
S E R V U S	2) Fallecimiento de A = Apert. suc. testamentaria (requisito: <i>TF cum defuncto</i> = D. 28,5,50(49),1)	
H E R E D I T A R I U S	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: auto;">HERENCIA YACENTE</div>	3) Confección del Tº de B + Inst. Hº = SH (requisito: <i>TF cum defuncto</i> = D. 28,5,50(49),1 y 53(52))
		4) Fallecimiento de B = Apert. suc. testamentaria ((requisito: <i>TF cum defuncto</i> = D. 28,5,50(49),1 y 53(52))
		<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: auto;">2ª HERENCIA YACENTE</div>
S E R V U S	5) Adición de la herencia (requisito: <i>TF cum defuncto</i> = D. 28,5,50(49),1)	
		6) Adición de la herencia (requisito: <i>TF cum defuncto</i> = D. 28,5,50(49),1 y D. 28,1,16 + <i>iussum domini</i> = D. 41,1,61 y Gai II,189)

Hemos dividido el cuadro verticalmente en dos columnas -sucesión de A y sucesión de B-, representativas de la vinculación que se va a producir entre dos sucesiones.

A su vez dichas columnas presentan horizontalmente tres apartados -*servus*, *servus hereditarius* y *servus*-, indicativos de los diferentes momentos que se van a suceder, y que producen las distintas calificaciones del esclavo que centra nuestro estudio.

Comenzamos por la sucesión de A.

El punto 1) A -testador, causante de la sucesión-, al confeccionar su testamento, instituye como heredero voluntario a C⁴¹¹.

Para que dicha institución sea válida es necesario -según D. 28,5,50(49),1- que el futuro heredero -C- tenga, al tiempo de la confección del testamento, capacidad para suceder -*testamenti factio cum defuncto*-.

Entre los bienes de A -testador-, existe un esclavo -*servus*-.

Posteriormente -punto 2)- se produce el fallecimiento de A. Al existir testamento, se produce inmediatamente la apertura de la sucesión testamentaria.

⁴¹¹ Para que se pueda plantear la situación que estamos analizando es necesario que el heredero de A sea heredero voluntario, para que se produzca la yacencia de la herencia de A.

En el testamento aparece C como heredero.

Para que dicha institución sea válida es necesario -según D. 28,5,50(49),1- que el futuro heredero -C- tenga, al tiempo del fallecimiento del causante, *testamenti factio cum defuncto*.

Al ser C un heredero voluntario, se le concede un lapso de tiempo para que medite la adición o la renuncia de la herencia ofrecida.

Durante ese periodo de tiempo, por un lado, dicha herencia se denomina herencia yacente -1ª herencia yacente-, y por otro, el esclavo -*servus*- que formaba parte del patrimonio de A -testador- se denomina jurídicamente *servus hereditarius*, ya que no tiene dueño actual y forma parte de los bienes hereditarios.

Durante la yacencia de la herencia, un tercero ajeno a dicha sucesión -B-, confecciona su testamento instituyendo como heredero voluntario del mismo al mencionado *servus hereditarius* -punto 3)-.

Siguiendo la regulación establecida en D. 28,5,50(49),1, para que dicha institución sea válida es necesario que el futuro heredero -esclavo hereditario- ostente capacidad para suceder -*testamenti factio cum defuncto*-.

En atención a su condición servil, debería haber tomado dicha capacidad de su dueño. Sin embargo, al tratarse de un *servus hereditarius*, plantea la problemática de

que no tiene dueño actual.

En base a D. 28,5,53(52) el esclavo hereditario <<recoge>> la capacidad de su antiguo dueño ya difunto -A-.

Más tarde -punto 4)- se produce el fallecimiento de B. Dado que existe testamento, se produce inmediatamente la apertura de la sucesión testamentaria de B.

En el testamento de B aparece como heredero el *servus hereditarius*.

De nuevo se requiere al tiempo del fallecimiento del causante -según D. 28,5,50(49),1-, en este caso B, la *testamenti factio cum defuncto* del instituido heredero -el *servus hereditarius*-.

Como dicho esclavo sigue siendo hereditario se vuelve a determinar dicha capacidad en atención a D. 28,5,53(52), o sea en atención al dueño difunto -A-.

Al ser el *servus hereditarius* heredero voluntario se le concede un lapso de tiempo para que medite si quiere adir o renuncia a la herencia ofrecida.

Durante ese periodo de tiempo la herencia de B se considera herencia yacente -2^a herencia yacente-.

Sin embargo la adición de dicha herencia -2ª herencia yacente- plantea los siguientes inconvenientes:

* por un lado, la condición servil del futuro heredero -*servus*- hace que sea requisito necesario para que el mismo pueda adir la herencia de B, el consentimiento del dueño -*iussum domini*-;

* por otro lado, la falta de dueño actual -*hereditarius*- hace que sea imposible la obtención de dicho consentimiento hasta que se adia la herencia a la que el propio esclavo hereditario pertenece -1ª herencia yacente- según lo que se establece en D. 41,1,61.

Cuando se produce la adición de la 1ª herencia yacente -punto 5)- por el instituido heredero -C-, de nuevo se requiere para que la institución sea válida -en base a D. 28,5,50(49),1- la *testamenti factio cum defuncto*.

La consecuencia principal de dicha adición en la persona del *servus* es que el mismo deja de ser un *servus hereditarius* y se convierte en un simple esclavo con dueño, C.

El dueño del esclavo -C- concede al mismo el consentimiento requerido para que adia la 2ª herencia yacente de la que ha sido instituido heredero. Para que dicha adición sea válida -punto 6)- es necesario que el futuro heredero -*servus*-, de nuevo según a D. 28,5,50(49),1, ostente capacidad para suceder -*testamenti factio cum defuncto*-.

La misma se determina en atención a su dueño -C- tal y como se señala en D. 28,1,16.

CAPITULO 4°
DE LEGATIS

INDICE DEL CAPITULO

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA CONCESION DE LEGADOS

1.1. AL ESCLAVO

1.1.1. "...*et proprio servo...recte...legatur*"; "*Cum ...vel servo alieno...legatum...datur...*"

- a) *Ep. Ulp. XXIV,23*
- b) *D. 28,5,90(89) (Paul. II man.)*
- c) *D. 30,91,3 (Iul. XXXVI dig.)*
- d) *D. 30,11 (Pap. IX quaest.)*

1.1.2. "*Servis testamenti dominorum [non] data libertate, legatum...relictum [non] valet...*"

- a) *C. 6,37,4 (Imp. Antoninus A. Sulpicio)*

1.1.3. "*Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio*"

- a) *Inst. Iust. 2,20,24*
- b) *D. 30,12,2 (Pomp. III ad Sab.)*
- c) *D. 33,3,5 (Pap. XVI quaest.)*
- d) *D. 31,82,2 (Paul. X quaest.)*
- e) *D. 28,5,50(49),1 (Flor. X inst.)*

1.2. AL ESCLAVO HEREDITARIO

1.2.1. *"Servo hereditario recte legatur"*

a) D. 30,116,3 (*Flor. XI inst.*)

b) D. 31,82,2 (*Paul. X quaest.*)

1.2.2. *"Praesenti quidem die data libertate servo legari vel pure vel sub condicione poterit: cum vero libertas sub condicione data fuerit, alias utiliter, alias inutiliter pure legabitur"*

a) D. 33,5,15 (*Iav. II ep.*)

b) D. 30,91,1 (*Iul. XXXVI dig.*)

c) D. 35,1,86 (*Maec. III Fid.*)

d) D. 31,76,4 (*Pap. VII resp.*)

1.2.3. Ausencia de fuentes. Aplicación analógica de la regulación indicada en la institución de heredero.

2. REGIMEN DE ADQUISICION DEL LEGADO

2.1. POR EL ESCLAVO

2.1.1. Remisión a la regulación establecida para el *servus hereditarius*.

2.1.2. *"Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis iuris est. deberi his legatum, quorum iuri fuit subiectus..."*

a) D. 30,91,6 (*Iul. XXXVI dig.*)

b) D. 36,2,5,7 (*Ulp. XX ad Sab.*)

c) D. 36,2,14,3 (*Ulp. XXIV ad Sab.*)

d) D. 30,50 (*Ulp. XXIV ad Sab.*)

e) D. 30,7 (*Paul. II ad Sab.*)

2.2. POR EL ESCLAVO HEREDITARIO

2.2.1. "*Nam servo legati relictis ante aditam hereditatem dies non cedit*"

a) D. 36,2,7,6 (*Ulp. XX ad Sab.*)

b) D. 36,2,8 (*Ulp. XXIV ad Sab.*)

c) D. 36,2,17 (*Iul. XXXVI dig.*)

d) D. 33,5,11 (*Iul. XXXVI dig.*)

e) D. 30,69 *pr.* (*Gai II de leg. ad ed. praet.*)

f) *Inst. Iust. 2,20,20 pr.*

2.2.2. "*sed si servo post mortem domini relictum legatum est, ... ante enim cedit legati, quam aliquis heres domino existat...*"

a) D. 30,68,1 (*Gai XVIII ad ed. prov.*)

b) D. 31,38 (*Iav. II ex Cas.*)

c) D. 30,86,2 (*Iul. XXXIV dig.*)

3. DETERMINACION DE LA CAPACITAS EN EL SUPUESTO DEL LEGADO

CONCEDIDO AL *SERVUS HEREDITARIUS* AJENO

a) D. 31,55,1 (*Gai XII ad leg. Iul. et Pap.*)

4. ESPECIAL CONSIDERACION DEL LEGADO DE USUFRUCTO

CONCEDIDO AL *SERVUS HEREDITARIUS*

a) *Vat. Fr. 60 (Ulp. XVII ad Sab.)*

- b) D. 36,2,16,1 (*Iul. XXXV dig.*)
- c) D. 36,2,16,2 (*Iul. XXXV dig.*)
- d) D. 7,4,18 (*Pomp. III ad Sab.*)
- e) D. 7,3,1,2 (*Ulp. XVII ad Sab.*)
- f) D. 10,2,15 (*Paul. XXIII ad ed.*)
- g) D. 45,3,26 (*Paul. I man. = Vat. Fr. 55*)

5. GRAFOS ARBORESCENTES BINARIOS SOBRE LAS PROBLEMATICAS PLANTEADAS

DE LEGATIS

1. IDEAS GENERALES SOBRE LA CONCESION DE LEGADOS⁴¹²

1.1. AL ESCLAVO⁴¹³

De forma paralela y como contrapartida a la sucesión *mortis causa per universitatem*, el Derecho romano reconoce y regula la sucesión *mortis causa in singulas res*.

Sabido es que el testamento, junto con la institución de heredero, podía contener

⁴¹² Vid. principales fuentes sobre legados (y fideicomisos) en *Gai* II,192-245; *Ep. Gai* II,5-7; *Ep. Ulp.* XXIV y XXV; *Paul. Sent.* III,6; *Inst. Iust.* 2,20-24; D. 30-36; C. 6,37-45.

Cfr. en relación al legado, entre otros: FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il Diritto romano*, Roma, 1976, (reimpr. anastática de la ed. de Milano, 1889) ; MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., pp. 571-729; PEROZZI, *Istituzioni...*, vol. II, cit., pp. 656-704; BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., pp. 493-510; VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il Diritto romano*, Milano, 1936; JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., pp. 489-508; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 135-155 y 275-431; GROSSO, *I Legati*, vols. I-II, Torino, 1953-1955; VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., pp. 223-407; KASER, *RP* I, pp. 109-112 y 742-756; *RP* II, pp. 549-562.

⁴¹³ Advertimos desde el inicio del capítulo, que razones prácticas justifican que el orden de exposición de los fragmentos, no se corresponda con el cronológico.

otras disposiciones, entre las que destaca por su importancia el legado⁴¹⁴.

Legatum era cualquier atribución autónoma de un derecho patrimonial *mortis causa* a título particular⁴¹⁵.

Ya desde WINDSCHEID⁴¹⁶ se sostiene que el legado -en Derecho romano- se desarrolló en dos formas diferentes: la del "*legatum*", figura propia y exclusiva del *ius civile*, y la del "*fideicommissum*", que debió su origen, a la intervención de los poderes imperiales a partir de Augusto⁴¹⁷.

La apuntada calificación del *legatum* como acto del derecho civil es lo que justifica, como anticipamos al principio del trabajo y de conformidad a su título, que centremos nuestro estudio, en este capítulo, exclusivamente en dicha figura.

⁴¹⁴ La importancia práctica del instituto que ahora examinamos, es el factor alegado por parte de la doctrina, a la hora de acreditar los minuciosos estudios realizados por los juristas romanos sobre el mismo.

Los *iurisprudentes* fueron reconociendo la posibilidad de incluir en el testamento ciertas disposiciones a título particular, que sin tener en un primer momento elementos comunes, ni una denominación única, al difundirse y hacerse numerosas, se reagrupan en diferentes tipos.

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 275-276.

⁴¹⁵ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 316.

⁴¹⁶ Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. III, 1ª parte, cit., p. 302.

⁴¹⁷ "*Fideicommissum est, quod non ciuilibus uerbis, sed precatiue relinquitur nec ex rigore iuris ciuilis proficiscitur, sed ex uoluntate datur relinquentis.*" (*Ep. Ulp. XXV,1*)

Se distinguen en derecho clásico cuatro tipos de legados cuyo examen concreto y evolución, exceden de los objetivos del presente trabajo⁴¹⁸. Sin embargo, a pesar de la diversidad de *genera legatorum*, no faltan en las fuentes formulaciones acerca de lo que entienden los *iurisprudentes* por legado. Formulaciones que, siendo el resultado de un proceso de abstracción progresivo, suelen calificarse de divergentes y poco satisfactorias⁴¹⁹.

Transcribimos, a modo de ejemplo, la primera que aparece en el tiempo, recogida en D. 30,116, *pr.* (*Flor. XI. inst.*), y en la que se señala lo siguiente:

*"Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit."*⁴²⁰

⁴¹⁸ Sobre las circunstancias históricas que producen el nacimiento de los diferentes tipos, cfr. cuidada bibliografía recogida por JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 489 n. 2.

⁴¹⁹ Cfr. por todos, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 275 y 313-320.

⁴²⁰ Destacan también estas otras definiciones:

- "*Legatum est quod legis modo, id est imperatiue, testamento relinquitur*" (*Ep. Ulp. XXIV,1*)

- "*Legatum est donatio testamento relicta*" (D. 31,36 *Mod. III pand. = Inst. Iust. 2,20 pr.*)

Según MAYNZ, de la unión de los conceptos indicados por Florentino y posteriormente por Modestino, surgen dos de los elementos indispensables en el legado:

1º) una liberalidad a favor del legatario;

2º) una carga impuesta a la persona gravada con el legado.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., pp. 588-589.

En ella Florentino intenta destacar el carácter del legado como concreta detracción de la masa hereditaria y, según opinión mayoritaria en doctrina, parece referirse exclusivamente al legado "*per vindicationem*".

A partir de este momento, centraremos nuestro análisis en una serie de fragmentos de los cuales intentaremos entresacar las líneas generales que guiaban la concesión de legados a los esclavos, reiterando que un estudio general sobre la mencionada figura desbordaría los objetivos de este capítulo, monopolizados fundamentalmente en la figura del *servus hereditarius*⁴²¹.

Previamente recordemos que el *servus* aparece en muchos textos, no sólo como objeto del legado⁴²², sino como sujeto del mismo. Y en estos casos -los que concretamente acaparan nuestro interés en este momento-, unas veces como beneficiario -*honoratus*-, y otras como persona gravada con el legado -*oneratus*⁴²³-.

En relación al carácter esencial del elemento de la liberalidad, y a las críticas vertidas sobre las mencionadas definiciones, cfr., por todos, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 312-315 y 321-325; GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., pp. 34 y ss.

⁴²¹ Es de advertir, que los textos que recogeremos a partir de este momento, se refieren de forma general a los legados, sin hacer distinción -dado el carácter introductorio del apartado- entre legados con efectos reales, y legados con efectos obligatorios.

⁴²² Para una visión general de este tipo de legado, cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., pp. 300-302.

⁴²³ Así como en el derecho antiguo exclusivamente podía quedar gravado con un legado el esclavo que había sido nombrado heredero testamentario, a partir de la época justiniana, se amplía dicha normativa a todo esclavo que, además de obtener la libertad, directa o indirectamente hubiese recibido una liberalidad del patrimonio

1.1.1. "...*ET PROPRIO SERVO...RECTE...LEGATUR*";

"*CUM...VEL SERVO ALIENO...LEGATUM...DATUR...*"

El abanico de posibilidades vuelve a ser similar al que indicábamos al tratar este mismo punto en la institución de heredero⁴²⁴: se pueden conceder legados a los esclavos propios, a los ajenos y a los comunes⁴²⁵.

En el apartado referido *-heredis institutio-*, ya desde un primer momento⁴²⁶ reducíamos nuestro estudio a los casos en que el testador no era el dueño, principal supuesto que podía producir la existencia de un esclavo hereditario.

Sin embargo, en la concesión de legados, dicha limitación no tendrá lugar. El *servus hereditarius* sí que permite plantear las dos hipótesis:

* la del legado concedido por el antiguo dueño del esclavo -ya fallecido- y,

del causante.

Cfr. por todos, MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 612 n. 20.

⁴²⁴ En el plano meramente formal resalta el hecho -cuanto menos curioso- de que las fuentes no exponen dichas posibilidades de forma unitaria, como sucedía en la institución de heredero.

Vid. supra pp. 192 y ss.

⁴²⁵ Ulpiano señala lo siguiente en relación a la adquisición del legado por un esclavo común:

"*Si servus plurium sit, pro domini portione legatum ei relictum acquirat.*" (D. 30,50 pr. XXIV ad Sab.)

⁴²⁶ Vid. supra pp. 195 y ss.

* la del legado concedido por un tercero.

Así, en apartado 1.2.2, analizaremos la concesión de un legado a un esclavo hereditario por su propio dueño, sin que ello afecte en lo más mínimo el estado de yacencia de la herencia⁴²⁷.

De nuevo la falta de fuentes -en relación al *servus hereditarius*- es la que justifica que no nos detengamos en el supuesto de concesión de un legado a un esclavo común⁴²⁸.

En un fragmento del *Epitome Ulpiani* -XXIV,23- se afirma genéricamente la posibilidad de otorgar legados a los que se encuentran bajo la *potestas* del legante:

"Ei, qui in potestate manu mancipioui est scripti heredis, ... legari potest..."

A su vez en D. 28,5,90(89) (*Paul. II man.*), se recoge la problemática planteada en la concesión de un legado a un esclavo de un consocio, instituido éste, a su vez,

⁴²⁷ Se trata, en definitiva, de dos instituciones -la yacencia de una herencia y la concesión de un legado a un *servus* de esa herencia por su antiguo dueño- que pueden coexistir en el tiempo, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto de institución de heredero, en donde la calificación del esclavo propio, como heredero necesario, conllevaba la adquisición directa de la herencia por el mismo, sin posibilidad de adirla.

⁴²⁸ Vid. supra p. 196.

heredero⁴²⁹:

"...quoniam et proprio servo ab herede recte...legatur..."

Como veremos en el siguiente apartado, no es válido el legado puro concedido al esclavo propio o al esclavo del heredero⁴³⁰, si el mismo no se acompaña, o de la concesión de la libertad, o de la enajenación del *servus*.

También en D. 30,91,3 (*Iul. XXXVI dig.*) aparece recogida la posibilidad de conceder un legado a un esclavo propio a su vez legado:

*"Servo legato legatum datum est..."*⁴³¹

⁴²⁹ La validez de los legados concedidos a los esclavos del heredero planteó a la doctrina, en un primer momento, diferentes puntos de vista, alcanzándose posteriormente, cierta unanimidad al respecto.

Así, tanto Ulpiano como los compiladores son claros en sus términos: se pueden otorgar legados a esclavos de los herederos siempre y cuando se trate de legados hecho bajo condición, y dicho esclavo no se encuentre en poder del heredero al tiempo en que el legado empiece a surtir efectos.

Vid. en este sentido, *Gai* II,244; *Ep. Ulp.* XXIV,23 e *Inst. Iust.* 2,20,32.

⁴³⁰ Dicho principio, tal y como lo indica el mencionado autor, se repite en los supuestos de los hijos de familia.

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 136.

⁴³¹ Del aparente juego de palabras introducido por el jurista, se da una curiosa situación en la que, siendo legante una única persona -el dueño del esclavo-, el esclavo en cuestión es a la vez, sujeto beneficiado con el legado -legatario-, y objeto de otro legado.

Por último traemos a colación parte de D. 30,11 (*Pap. IX quaest.*)⁴³², en el que se anuncia la concesión de un legado a un esclavo, esta vez, ajeno:

"Cum filio familias vel servo alieno legatum vel hereditas datur,..."

En conclusión, son muchas las fuentes romanas que, directa o indirectamente, recogen la posibilidad de otorgar legados a los esclavos propios o ajenos, existiendo opinión unánime en la doctrina, en cuanto a su viabilidad.

⁴³² La misma idea vuelve a repetirse en un fragmento de Paulo recogiendo la opinión de Aburnio Valente al respecto:

"Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit:..." (D. 31,82,2 *Paul. X quaest.*)

FERRINI, en contra de PERNICE, insiste en creer en la influencia personal ejercida por Juliano, entendiendo que Aburnio Valente, aunque un poco más antiguo que Juliano, se ocupó de desarrollar las ideas de su contemporáneo.

La importancia del fragmento -para FERRINI- reside en el hecho de que se toma en consideración, tal y como vimos en la institución de heredero, a la persona del esclavo, salvo en lo relativo a los requisitos subjetivos. Si se hubiese tenido en cuenta exclusivamente la persona del dueño, el legado que se recoge en este fragmento, no hubiese sido válido.

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 138 y n. 2.

1.1.2. "SERVIS TESTAMENTI DOMINORUM [NON]⁴³³ DATA LIBERTATE,
LEGATUM...RELICTUM [NON] VALET..."⁴³⁴

La validez del legado concedido a un esclavo propio -no legado- quedaba sometida a un requisito objetivo: la manumisión del *servus*⁴³⁵.

El carácter necesario de dicha condición era consecuencia lógica de la concepción romana por la cual, el beneficiado por el legado, no podía ser al mismo tiempo gravado con él⁴³⁶, circunstancia ésta que se habría producido, de mantenerse el

⁴³³ Razones de práctica utilidad -obtener la opinión positiva del jurista- son las que nos han conducido a introducir los corchetes en la redacción original del fragmento.

⁴³⁴ La imposibilidad de conceder la libertad a un esclavo ajeno queda manifestada en D. 30,108,9 (*Afr. V quaest.*) y C. 7,2,9 (*Imppp. Carus, Carinus et Numerianus AAA. Mauro*).

Sin embargo, a la consecución de dicho resultado se llega en el *ius novum* a través de los fideicomisos.

⁴³⁵ Dicho requisito también era necesario para la validez de la institución de heredero de un esclavo propio.

Vid. al respecto, entre otros, *Gai* II,156 y 187; *Ep. Ulp.* XXII,7,8 y 11.

Con independencia de la configuración de la manumisión como requisito necesario para poder conceder un legado a un esclavo propio -insistimos, sólo si el mismo no había sido, a su vez, enajenado-, la moderna romanística se planteó la problemática relativa al concurso entre la manumisión y el legado de un mismo esclavo.

Cfr. cuidados estudios de ASTOLFI, *Studi sull'interpretazione della revoca in materia di legati e di manomissioni*, SDHI XXV (1959), pp. 130 y ss., y de TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, Milano, 1961.

⁴³⁶ La mencionada incompatibilidad queda reflejada en el siguiente fragmento:

"*Ex diuerso constat ab eo qui in potestate <tua> est herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, euanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis;...*" (*Gai* II,245)

Cfr. por todos, JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 490.

esclavo en la potestad del heredero.

Los formalismos propios del legado, eran, a su vez, los que justificaban el carácter insuficiente de dicha condición⁴³⁷.

Ni siquiera el legado se convalidaba en los supuestos en que dicho esclavo hubiese adquirido la libertad tras la concesión del legado; o en aquéllos en que hubiese pasado a la potestad de otra persona. Y ello básicamente, en aplicación de la regla Catoniana⁴³⁸.

Esta idea queda recogida en C. 6,37,4 (*Imp. Antoninus A. Sulpicio*):

"Servis testamento dominorum non data libertate legatum seu fideicommissum relictum non valet nec conualescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sunt." (PP. V. Kal. Iul. Antonino A. IV. et Balbino Cons. [213])⁴³⁹

⁴³⁷ Cfr. en relación a los formalismos del legado, por todos, KASER, *RP I*, pp. 746-748.

⁴³⁸ Vid. D. 37,4 *De regula Catoniana*.

⁴³⁹ La misma idea vuelve a señalarse en otros fragmentos de la compilación: C. 6,27,5,2 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P*) y C. 6,42,8 (*Imp. Alexander A. Masculo*).

Sin embargo, una realidad contraria parece desprenderse, a primera vista, del primero de ellos, en el que se señala lo siguiente:

"Illo videlicet observando, ut, si legatum vel fideicommissum eis sine libertate relinquantur, maneat in servitute. Non tamen ita impii heredes existant, ut liberalitatem testatoris servilis laboris debita remuneratione defraudare conentur"

El texto transcrito es claro al respecto: la adquisición de la libertad tras el fallecimiento del causante no convalida el legado -"*nec convalescere potest*"-, si en el testamento de su dueño no se le concedió la libertad al esclavo.

La única excepción -admitida con algunas dificultades⁴⁴⁰- se establece en relación a los legados sometidos a la condición de que el esclavo adquiriera la libertad, o de que pase a manos ajenas⁴⁴¹.

et non derelictum, licet adhuc servis constitutis, donent. "(Dat. II. Kal. Mai. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. [531])

Los términos empleados en un inicio son claros y evidentes: <<si se les dejara sin la libertad...permanezcan en la esclavitud>>.

La confusión puede provenir, sin embargo, del término utilizado, *in fine*, por los compiladores. Hay que interpretar que el legado en sí no es válido, aunque su contenido pueda pasar, por otros medios, a manos del esclavo.

Asimismo, Juliano, al regular un supuesto relativo a la concesión de un legado a un esclavo, por parte de su dueño menor de 20 años, aun concediéndole la libertad, estima que en ese caso el legado no es válido <<como si no se hubiese concedido la libertad>>:

"Si minor quam viginti annis dominus servum causa non probata manumiserit et postea legatum ei dederit isque alienatus ad libertatem perductus fuisset, legatum non capit: nam perinde nullius est momenti legatum, ac si sine libertate datum fuisset." (D. 30,102 Iul. LXXXI dig.)

⁴⁴⁰ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 134.

⁴⁴¹ Es de advertir que los casos que tratamos plantean las hipótesis de heredero único.

En el supuesto de concesión de un legado a un *servus* de un coheredero no se requiere, en principio, la concesión de la libertad.

Por último, es cuestión pacífica en doctrina⁴⁴², la consideración de que incluso en tiempos de Justiniano, la manumisión testamentaria se requiere de forma explícita, y no implícitamente como ocurría en la institución de heredero⁴⁴³.

Por lo tanto, en la concesión de legados a esclavos propios era condición necesaria -no suficiente- para su validez, que se acompañase al legado la manumisión del legatario.

1.1.3. "*CUM ENIM SERVO ALIENO ALIQUID IN TESTAMENTO*

*DAMUS, DOMINI PERSONA AD HOC TANTUM INSPICITUR, UT
SIT CUM EO TESTAMENTI FACTIO"*

La validez del legado concedido a un esclavo ajeno quedaba sometida a un requisito, en este caso, de tipo subjetivo: la *testamenti factio passiva* del *servus*.

Partimos de la siguiente afirmación extraída de *Inst. Iust.* 2,20,24:

"Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est."

⁴⁴² Cfr. *ad ex.*, FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 134; GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., p. 228 n. 2; VOICI, *Dir.er.rom.*, cit., vol. II, p. 246.

⁴⁴³ Vid. *Inst. Iust.* 2,14 *pr.* y C. 6,27,5 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.*).

Genéricamente sólo puede legarse a aquéllos con quienes hay testamentifacción⁴⁴⁴.

El siguiente fragmento, D. 30,12,2 (*Pomp. III ad Sab.*), concreta la norma anteriormente expuesta en relación a los esclavos:

"Regula iuris civilis est, quae efficit, ut quibus ipsis legare possumus, eorum quoque servis legare possimus."

Según el jurista, es una regla de derecho civil la que establece la posibilidad de hacer legados a los esclavos ajenos, siempre y cuando éstos se hubiesen podido conceder a los dueños de los mismos. Regla que en derecho justiniano sigue existiendo con el carácter de condición esencial para los legados, y que incluso, se extiende a los fideicomisos.

Por lo tanto, en la concesión de legados a esclavos ajenos, las fuentes no concretan la necesidad de manumisión testamentaria, pero sí vuelven a recoger el requisito -de nuevo necesario pero no suficiente- que ya expusimos en la institución de heredero del esclavo ajeno: la *testamenti factio passiva*⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ *A sensu contrario*, sólo puede legar aquél que tiene *testamenti factio activa*.

Sin embargo la rigurosidad de dicha norma decae en la época justiniana, admitiéndose una serie de excepciones.

⁴⁴⁵ La necesidad de incluir los legados en un testamento, o en un codicilo confirmado en el testamento, trajo como consecuencia -en palabras de JÖRS-KUNKEL- que fuese requisito necesario, para su validez -al igual que ocurría en la

Por un lado, es evidente que en este supuesto no se exige la adquisición de la libertad del esclavo. Por otro, ostentando el esclavo un carácter de *extranei* en la sucesión, es normal que a él se le apliquen las normas que regulan este tipo de sucesiones.

A través de D. 33,3,5 (*Pap. XVI quaest.*) podemos matizar algo más de la necesidad de *testamenti factio*:

*"Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen quae servis relinquuntur ita valent, si liberis relicta possent valere: sic ad fundum domini via servo frustra legatur."*⁴⁴⁶

Aunque en el fragmento se indica la persona de la cual el esclavo debe recoger la capacidad necesaria -el dueño-, no hemos hallado ningún texto en el que se precise en qué momentos se requiere la misma.

institución de heredero-, que el legante ostentase *testamenti factio activa* al tiempo en que hacía la disposición, y que la conservase hasta su fallecimiento.

Cfr. JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 490.

La idea de una posible analogía entre la *testamenti factio* y la manumisión, en los dos supuestos contemplados, se puso de relieve por GROSSO: <<Con questo regime si può dire, almeno sotto un certo aspetto, che la libertà entrava nelle condizioni della *testamenti factio*, in quanto appunto il servo proprio veniva istituito od onorato di legato precisamente colla libertà, e per il servo altrui, come in generale per le persone *alieni iuris*, la *testamenti factio* era commisurata all'avente la potestà, che era libero>>.

Cfr. GROSSO, *I legati*, vol. I, cit., p. 230.

⁴⁴⁶ Vid. en el mismo sentido, D. 31,82,2 (*Paul. X quaest.*), parte del cual nos ha servido de epígrafe.

De donde, partiendo de la concepción de la *testamenti factio passiva* recogida en páginas anteriores⁴⁴⁷, y siguiendo la opinión de la doctrina⁴⁴⁸, a nuestro juicio debe aplicarse de nuevo a este supuesto el contenido de D. 28,5,50(49),1 (*Flor. X inst.*).

Concluyendo, los juristas romanos, en el supuesto de la concesión de un legado a un esclavo ajeno hicieron depender, no sólo la eficacia, sino la propia validez del legado, de la tenencia o no de *testamenti factio passiva*⁴⁴⁹, en tres momentos concretos, a saber:

- el de la creación del legado⁴⁵⁰,

⁴⁴⁷ Vid. supra pp. 197 y ss.

⁴⁴⁸ Cfr. por todos, FERRINI, *Teoria generale...*, pp. 133 y ss.
En contra de MAYNZ, para quien la *testamenti factio* sólo se requiere al tiempo de hacer el legado y al tiempo de la delación.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., pp. 619 ss.

⁴⁴⁹ Como acertadamente indican JÖRS-KUNKEL, el punto de referencia para establecer tal nulidad fue, en base a lo establecido en la *regula Catoniana* a comienzos de la jurisprudencia republicana -probablemente por Catón el Joven-, el momento del otorgamiento del testamento.

Cfr. al respecto, JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 498. En el mismo sentido, GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., pp. 226-227 n. 2. Papiniano (D. 34,7,3 *Quaest. XV*) nos informa acerca de la inaplicación de la misma, a los supuestos en los que coincide el *dies cedens* con la delación; Ulpiano (D. 34,7,4 *X ad Sab.*) de su inaplicación en las instituciones condicionales.

⁴⁵⁰ Que no siempre coincidía con el tiempo de la confección del testamento, puesto que cabía la posibilidad de introducir los legados en codicilos confirmados en un testamento.

- el del fallecimiento del causante⁴⁵¹ y
- el de la adición de la herencia⁴⁵².

Las modificaciones de la *testamenti factio*, acaecidas en el tiempo intermedio entre la confección del testamento y el fallecimiento del causante, no afectan a la validez del legado⁴⁵³.

1.2. AL ESCLAVO HEREDITARIO

Escasas son las fuentes que anuncian la posibilidad de conceder un legado a un *servus hereditarius*.

Parece que el tema que concretamente preocupó a los juristas fue, como fiel reflejo del régimen del legado en general, el de la problemática planteada en torno a la adquisición del legado.

Dicho esto, extraña el poco interés mostrado por la moderna romanística frente a esta institución⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ En este sentido vid. supra p. 202 n. 349.

⁴⁵² Sobre el carácter compilatorio de este momento vid. supra p. 202 n. 350.

⁴⁵³ Para FERRINI, la falta de *testamenti factio* al tiempo de la confección del testamento producía la nulidad del legado. En cambio, si dicha falta ocurría al tiempo del fallecimiento del causante, simplemente su anulabilidad.

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 128.

⁴⁵⁴ Sorprende, por ejemplo, el hecho de que BUCKLAND, siendo el único autor -que nos consta- que analiza directamente la figura del esclavo hereditario, con

Vuelve a reflejarse, en el supuesto del esclavo hereditario, una doble regulación, en base a la siguiente circunstancia:

- que el legado se hubiese concedido por el propio dueño,
- o por un tercero.

1.2.1. "*SERVO HEREDITARIO RECTE LEGATUR*"

De finales de la época clásica son los fragmentos recogidos por la comisión compiladora en el Digesto -D. 30,116,3 y D. 31,82,2- y que hacen referencia a la posibilidad de conceder un legado a un *servus hereditarius*.

El punto de partida nos lo da D. 30,116,3 (*Flor. XI inst.*):

"Servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur."

El *iurisprudens* afirma la validez -"recte"- del legado -"legatur"- concedido a un esclavo hereditario -"servo hereditario"-.

independencia de la herencia yacente, ni siquiera se detenga en el análisis de alguno de los fragmentos que hemos recogido aquí sobre el legado concedido al *servus hereditarius*.

Cfr. por todos, BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 257.

Seguidamente remarca el momento en el cual se concede el legado a dicho esclavo -"*licet ea adita non sit*"-; esto es, durante la yacencia de la herencia.

De donde, si el legado se concede durante la yacencia, es evidente que el jurista se está refiriendo a una hipótesis muy concreta: la del legado concedido por un tercero, y no por el dueño ya fallecido.

Y como consecuencia de éllo, sólo está reconociendo la validez de dicho supuesto -el legado concedido por un tercero-, y no la del legado concedido por el dueño del esclavo.

El texto finaliza justificando dicha validez -"*quia*"- a través de una de las teorías sobre la herencia yacente -"*hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur*"-: la herencia representa -hace las veces de...- la persona del difunto⁴⁵⁵.

LLegados a este punto podemos plantearnos las siguientes cuestiones:

⁴⁵⁵ ORESTANO, analizando la teoría que en dicho fragmento se introduce, señala lo siguiente: <<In apparenza assai simile a quella di Giuliano e spesso confusa con essa, è un'altra costruzione che troviamo per la prima volta espressa in un testo di Fiorentino, giurista di poco posteriore a Giuliano, e la quale troverà una più compiuta e generale formulazione con Ulpiano, tra la fine del II e il principio del III sec.d.C. Essa muove dall'idea di Giuliano, e cioè che si dovesse guardare al defunto piuttosto che all'erede, ma vi apporta una notevole modifica. Infatti, pur impiegando quasi le stesse parole di Giuliano, finisce per attribuire ad esse un significato profondamente diverso>>.

Cfr. ORESTANO, *Hereditas...*, cit., pp. 12-13, donde profundiza en el sentido de dicha teoría. En contra se había manifestado anteriormente, entre otros, BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., pp. 272-273.

¿era necesario que Florentino introdujese una de las teorías sobre la herencia yacente para dar validez a dicho acto?, esto es,

¿se cumple, en este caso, la aparente finalidad práctica con la que parece se crean y difunden, en las diferentes épocas romanas, las teorías sobre la herencia yacente?

Sugiere DUSI⁴⁵⁶ -poco felizmente a nuestro juicio- que la intención que se desprende del fragmento de Florentino es simplemente la de justificar la posibilidad de conceder un legado a un esclavo hereditario, durante la yacencia, a través de la teoría que señala que la herencia representa al difunto.

De opinión contraria -y a la que nos adherimos- se muestra FERRINI, para quien es la propia condición de esclavo, la que posibilita que el *servus hereditarius*, en abstracto, pueda ser legatario⁴⁵⁷. Lo que significa, en nuestra opinión, que estamos ante otro texto -D. 30,116,3- en el que los juristas romanos introducen alguna de las teorías sobre la herencia yacente, sin que de su aplicación se obtenga ningún efecto práctico.

⁴⁵⁶ Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., p. 465 n. 56.

Sigue el mencionado autor indicando la estrecha vinculación existente entre esta teoría, y la subjetividad jurídica atribuida a la herencia yacente.

⁴⁵⁷ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 138.

Dos cuestiones remarca SCADUTO⁴⁵⁸ -en contra de DI MARZO- en atención a la mentada teoría -"*hereditas personae defuncti vice fungitur*"-:

a) se trata de otra de las teorías a la que llega la jurisprudencia romana por necesidad de la situación, y

b) no es una teoría de alcance general.

Característica ésta última, que compartimos, matizando sin embargo, que dicha idea de necesidad de la situación, en el texto de Florentino -tal y como intentaremos demostrar-, no se cumple.

Finalmente para V. LÜBTOW, la introducción de dicha teoría responde a la necesidad de justificar para quién adquiere el legado el *servus hereditarius*, sin tener en cuenta, en nuestra opinión, que dicho texto simplemente anuncia la posibilidad de conceder un legado a un esclavo hereditario⁴⁵⁹.

Esto es, la posibilidad de conceder legados a los esclavos hereditarios deriva de su propia condición de esclavos.

⁴⁵⁸ Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 28.

Interesante es el estudio comparativo realizado por FERRINI y recogido posteriormente por BONFANTE, sobre el fragmento que aquí nos ocupa en relación a D. 46,1,22, del mismo Florentino; estudio que le conduce a concluir la mano de los compiladores en este último, en un intento de personificar a la herencia.

Cfr. BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., pp. 272-273.

⁴⁵⁹ Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 615.

El *iurisprudens* se decantó por esa teoría, como podría haberlo hecho por otra cualquiera, y el efecto hubiese sido el mismo; incluso si la misma se hubiese omitido.

Concluyendo, D. 30,116,3 es un texto meramente enunciativo en el que no se produce una relación entre la solución al supuesto planteado - "*servo hereditario recte legatur*"-, y la teoría aplicada - "*quia hereditas personae defuncti vice fungitur*"-.

Continuamos con D. 31,82,2 (*Paul. X quaest.*) cuyo contenido entendemos puede servir de apoyo a la conclusión anterior:

*"...ex illo igitur praecepto, quod dicimus servi inspici personam in testamentis, dictum est servo hereditario legari posse..."*⁴⁶⁰

El jurista afirma -"*dictum est*"- la posibilidad de conceder legados al esclavo

⁴⁶⁰ El fragmento se inicia y completa de la siguiente manera:

"Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit: item id quod domino eius pure debetur. cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio, ceterum ex persona servi constitit legatum. et ideo rectissime Iulianus definit id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. calumniosa est enim illa adnotatio posse legari servo et quamdiu serviat: nam et hoc legatum ex persona servi vires accipit: alioquin et illud adnotaremus esse quosdam servos, qui, licet libertatem consequi non possunt, attamen legatum et hereditatem possunt acquirere domino....ita non mirum, si res domini et quod ei debetur servo eius pure legari possit, quamvis domino eius non possent haec utiliter legari."

El texto aparece como interpolado para parte de la doctrina. Cfr. las diferentes opiniones doctrinales recogidas por VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 79 n. 27.

Interesante nos parece el examen que del mismo, y de su vinculación con la *regula Catoniana*, realiza dicho autor en pp. 79-81.

hereditario - "*servo hereditario legari posse*"-, en atención al precepto que indica que en los testamentos se mira a la persona del esclavo - "*servi inspici personam in testamentis*"-.

Llegados a este punto debemos plantearnos cual es la diferencia fundamental entre el fragmento de Florentino, y el de Paulo.

El examen comparativo de los mismos nos conduce a lo siguiente:

1º) Florentino (D. 30,116,3): "*Servo hereditario recte legatur... QUIA hereditas personae defuncti vicem sustinet*";

2º) Paulo (D. 31,82,2): "*EX ILLO PRAECEPTO...servi inspici personam in testamentis, DICTUM EST, servo hereditario legari posse*".

Tal y como apunta FERRINI, para posibilitar la concesión de un legado a un esclavo hereditario, Florentino aplica el principio de que la herencia hace las veces -representa- a la persona del difunto, mientras que Paulo tiende a considerar a la persona del esclavo por sí misma⁴⁶¹.

Ya que en el fragmento de Florentino -D. 30,116,3- la teoría aplicada no parece cumplir ninguna función práctica, nos decantamos por admitir la doctrina de Paulo: la posibilidad de conceder legados a un *servus hereditarius* encuentra su fundamento

⁴⁶¹ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 140.

en la propia persona del esclavo, y no a través de la aplicación de alguna de las teorías sobre la herencia yacente.

Como acertadamente apuntó MARCUSEN, nos encontramos ante otra adquisición del esclavo hereditario en favor de la herencia, que procede sin ninguna intervención por parte de dicho *servus*⁴⁶².

1.2.2. *"PRAESENTI QUIDEM DIE DATA LIBERTATE SERVO LEGARI VEL PURE VEL SUB CONDICIONE POTERIT: CUM VERO LIBERTAS SUB CONDICIONE DATA FUERIT, ALIAS UTILITER, ALIAS INUTILITER PURE LEGABITUR"*

Los juristas romanos exigían un requisito para la validez del legado concedido al *servus hereditarius* cuando el legante era su antiguo dueño: la manumisión testamentaria.

Si el mismo no se llevaba a cabo, se producía la invalidez del legado concedido al esclavo, aunque las circunstancias que lo acompañasen se hubiesen modificado, tal y como se recoge en D. 33,5,15 (*Iav. II ep.*):

"Servo sine libertate legavi, deinde optionem servorum Maevio dedi: is eundem servum optavit: quaero, an id quoque quod legatum est ei deberetur."

⁴⁶² Cfr. MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 63.

respondit: non puto legatum huius servi nomine ad dominum pertinere."⁴⁶³

El supuesto que se le plantea al jurista es la concesión de un legado a un esclavo por su propio dueño - "*Servo... legavi*"-, sin la necesaria manumisión - "*sine libertate*"-, concediendo más tarde un legado de opción de esclavos a Mevio - "*deinde optionem servorum Maevio dedi*"-, y optando éste por el esclavo legatario - "*is eundem servum optavit*"-.

Se pregunta si con el esclavo, se debe al legatario lo que a éste se le legó - "*quaero an id quoque quod legatum est, ei deberetur*"-; se responde - "*respondit*"- que lo legado a nombre del esclavo cree que no pertenece al señor - "*non puto legatum huius servi nomine ad dominum pertinere*"-.

La modificación de las circunstancias -se trata finalmente de un *servus legatus*-, no conlleva que el jurista declare la validez del legado concedido al esclavo. Parece una de las muestras de la aplicación de la *regula Catoniana*.

⁴⁶³ En un sentido similar aparece D. 33,5,13 pr. VIII ad Plaut. de Paulo:

"Si optio servi data mihi fuerit et Stichus aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum reciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum. nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit, quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui: quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est."

Las peculiaridades del legado de opción hacen que, si bien en muchos casos se abarcan supuestos de esclavos hereditarios, renunciemos a un estudio pormenorizado del mismo, el cual, en todo caso, desbordaría los objetivos del presente trabajo.

Cfr. bibliografía recogida sobre dicho legado por KASER, *RP I*, p. 745 n. 28.

A su vez, suele tomarse como ejemplo de la necesaria manumisión del esclavo propio, D. 30,91,1 (*Iul. XXXVI dig.*), entendiéndose -de acuerdo con FERRINI⁴⁶⁴-, que la primera parte del mismo, se refiere al supuesto de herederos voluntarios:

"Praesenti quidem die data libertate servo legari vel pure vel sub condicione poterit: cum vero libertas sub condicione data fuerit, alias utiliter, alias inutiliter pure legabitur. nam si ea condicio libertatis fuerit, ut patre familias statim mortuo possit ante aditam hereditatem existere condicio⁴⁶⁵, veluti: <<Stichus si decem Titio dederit>> (vel <<Capitolium ascenderit), <<liber esto>>, utile legatum est: huiusmodi autem condiciones: <<si heredi decem dederit>>; <<si post aditam hereditatem Capitolium ascenderit>>, inutile legatum efficient. necessario autem ex asse herede scripto etiam hae condiciones, quae ante aditam hereditatem impleri possunt, inutile legatum efficient."⁴⁶⁶

El jurista plantea las diferentes hipótesis que, desde el prisma de la manumisión testamentaria, pueden producirse en la concesión de un legado a un esclavo propio.

⁴⁶⁴ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 135 n. 3.

⁴⁶⁵ Para VOCI, la repetición de dicho término no parece haber surgido de la pluma de Juliano.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 69 n. 7.

⁴⁶⁶ Las interpolaciones indicadas por TUMEDEI -tal y como lo señala VOCI- no afectan a nuestro asunto.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 70 n. 3.

En una primera aproximación, dichas posibilidades pueden encuadrarse en los dos siguientes supuestos:

- en una sucesión con herederos voluntarios, o
- en una sucesión con herederos necesarios.

De ahí que hayamos dividido el texto en estudio en dos apartados:

- A) uno, desde "*Praesenti quidem...*" hasta "*inutile legatum efficient*";
- B) y el otro, desde "*necessario autem*" hasta el final.

Juliano parte de la concesión de un legado a un esclavo propio, en una sucesión con herederos voluntarios⁴⁶⁷.

La importancia del fragmento para nuestro estudio radica en que dicho esclavo, al tiempo del fallecimiento del causante, se convertirá en *servus hereditarius*.

⁴⁶⁷ Si bien dicha deducción podría haberse obtenido directamente de los términos empleados por el jurista en esa parte - "*ante aditam hereditatem*" -, la misma quedaría vacía de contenido, al observar que dicha terminología vuelve a emplearse en la segunda parte.

En nuestra opinión al hablar allí Juliano de adición, no está utilizando el término en el pleno sentido jurídico, sino simplemente en el vulgar, equivalente, por lo tanto, a adquisición.

Cfr. en relación a la adición de la herencia, interesante monografía de BEDUSCHI, *Hereditatis aditio I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano, 1976.

Las hipótesis planteadas son las siguientes:

a.1) si el dueño-legante concede la libertad al esclavo sin someterla a ninguna condición - "*Praesenti quidem die data libertate servo*"⁴⁶⁸, puede otorgarle legados - "*legari...poterit*" - puros - "*vel pure*" - o sometidos a condición - "*vel sub condicione*"⁴⁶⁹.

De donde lo verdaderamente importante para la validez del legado concedido al *servus hereditarius* por su antiguo dueño, es que éste sea libre al tiempo de la adición de la herencia, ya que así, podrá adquirir el legado.

a.2) Si en cambio la libertad queda sometida a condición - "*cum vero libertas*

⁴⁶⁸ Por un lado, el cotejo de los términos empleados en este fragmento y en D. 35,1,86 de Meciano -recogiendo la opinión de Juliano al respecto-, nos conduce a deducir que con la expresión "*praesenti die*", ambos juristas se están refiriendo a una institución pura, no sometida a condición o término.

Por otro, es útil tener en cuenta la interpretación -en nuestra opinión extensiva- que según MAYNZ es necesario hacer del legado puro y simple, considerando dentro de dichos supuestos los que siguen:

- * aquéllos en los cuales los legados se someten a término
- * aquéllos en que la condición se cumple antes del fallecimiento del causante
- * aquéllos en que la condición se reputa no escrita
- * los que contienen condiciones "*tacitae quae actui insunt*".

Continúa dicho autor señalando, que existen algunos casos cuya redacción puede parecer no implicar condición alguna y que, sin embargo, debe considerarse como disposición condicional, v.g., "*sive allud factum fuerit, sive non fuerit*".

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., pp. 627 y ss.

⁴⁶⁹ En relación a la posibilidad de someter un legado a condición, término o modo, cfr. por todos, MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., pp. 600 y ss.; VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., p. 371 n. 12.

sub condicione data fuerit"- (*statuliber*⁴⁷⁰), también queda en suspenso la validez ("*utilitas*") del legado concedido al esclavo hereditario, dependiendo la misma -al igual que ocurría en la hipótesis anterior- de que la condición de la libertad se cumpla antes o después de adida la herencia. Así:

* si la condición se cumple antes de la adición -"*si ea condicio libertatis fuerit, ut patre familias statim mortuo possit ante aditam hereditatem existere condicio*"-, o sea cuando el esclavo es un *servus hereditarius*, el legado es válido -"*utile legatum est*"-;

* si se cumple después -"*huiusmodi autem condiciones...si post aditam hereditatem*"-, o sea cuando es un simple esclavo, el legado es inválido -"*inutile legatum efficient*"-⁴⁷¹.

Concluyendo, en todos estos casos es necesario que la condición a que queda sometida la libertad, se cumpla siendo el esclavo un *servus hereditarius*.

En el segundo apartado Juliano plantea la concesión de legados a esclavos propios, esta vez en sucesiones con herederos necesarios, por lo tanto, fuera de lo que es propiamente nuestro estudio, centrado en la yacencia de la herencia.

⁴⁷⁰ Cfr. por todos, DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940.

⁴⁷¹ También cabía la posibilidad -aunque la misma no se desprenda directamente de la letra del fragmento- de que el legado, a su vez, quedase sometido a condición.

Sin embargo, útil nos parece un examen comparativo con el anterior, ya que el mismo nos conduce a confirmar estas dos ideas:

1) por un lado, y a *sensu contrario*, -"*necessario autem ex asse herede scripto*"-, que en la primera parte del fragmento -A-, Juliano regulaba los supuestos de yacencia de la herencia;

2) por otro, la necesidad de que, incluso en los supuestos de herederos necesarios, la manumisión del esclavo se realice al tiempo de la adquisición de la herencia.

Esto último lleva a Juliano a afirmar la invalidez de estos legados -"*inutile legatum efficient*"- cuando la libertad se somete a una condición, aunque la misma sea de las que pueden cumplirse antes de la adición de la herencia -"*...etiam hae condiciones, quae ante aditam hereditatem impleri possunt*"-.

Consiguientemente, en una sucesión con herederos necesarios, el sometimiento de la manumisión del esclavo a una condición conllevaba siempre la invalidez del legado, en virtud de la regla que establecía la imposibilidad de que fuese una única persona la gravada, y la beneficiada con el legado.

Finalizamos el análisis de D. 30,91,1 con el siguiente esquema que entendemos puede servir para aclarar las diversas hipótesis planteadas y resueltas por el jurista:

A)		B) <i>[AUTEM] NECESSARIO EX ASSE HEREDE SCRIPTO</i>	
1	2	2	
<i>PRAESENTI QUIDEM DIE DATA LIBERTATE SERVO LEGARI VEL PURE VEL CONDICIONE POTERIT</i>	<i>CUM VERO LIBERTAS SUB CONDICIONE DATA FUERIT ALIAS UTILITER ALIAS INUTILITER LEGABITUR</i>		
<i>SI EA CONDICIO LIBERTATIS FUERIT... POSSIT ANTE ADITAM HEREDITATEM EXISTERE CONDICIO, VELUTI...</i>	<i>HUIUSMODI AUTEM CONDICIONES SI... POST ADITAM HEREDITATEM...</i>	<i>[ETIAM] HAE CONDICIONES QUAE ANTE ADITAM HEREDITATEM IMPLERI POSSUNT</i>	
<i>UTILE LEGATUM EST</i>	<i>INUTILE LEGATUM EFFICIENT</i>		<i>INUTILE LEGATUM EFFICIENT</i>

Los signos empleados indican lo siguiente:

- * A: sucesión con herederos voluntarios.
- * A.1: manumisión testamentaria pura + concesión de legados a esclavos propios, puros o sometidos a condición = validez legados.
- * A.2: manumisión testamentaria sometida a condición + concesión de legados a esclavos propios = validez del legado siempre que la condición de la libertad se cumpla antes de la adición de la herencia.
- * B: sucesión con herederos necesarios. Invalidez de los legados concedidos a esclavos propios si la manumisión se somete a condición.

La doctrina de Juliano aparece de nuevo -tal y como indica VOCI⁴⁷²- en D. 35,1,86 (*Maec. III Fid.*). Ahora bien, a nuestro juicio, este fragmento puede completar la información recogida en el anterior:

"Iulianus noster eum, qui decem dare et ita liber esse iussus esset, si a vivente manumissus esset, non aliter legatum, quod ei cum libertate datum esset, habiturum, quam si conditioni libertatis paruisset: item in emptorem, si alienatus esset. sed id tunc locum habet, cum omnimodo simul cum libertate legatum adquiri potuit, licet legato imposito non sit, veluti cum in tempus libertatis legatum collatum esset. Cum vero libertas sub condicione, legatum autem praesenti die datum est, in hoc quaestio est, an constiterit legatum: etenim nec Catonianae sententiae locum in proposito esse, quia etsi statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset condicio libertatis ante aditam hereditatem impleri et legatum manumisso deberi, nisi forte necessarius heres exstisset: tunc enim omnimodo inutile erit legatum iure ipso, quia sub condicione acceperit libertatem."

Meciano transcribe la opinión de Juliano -"*Iulianus noster...*"- al referirse a la concesión de un legado a un esclavo propio.

El fragmento se caracteriza por presentar, de nuevo, una variedad de hipótesis. Algunas de ellas suponen simple repetición de las señaladas en D. 30,91,1, y las

⁴⁷² Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 70.

otras, novedosas, sirven para integrar -como anticipábamos- la doctrina de Juliano allí recogida.

En atención a dicha circunstancia hemos dividido el texto en dos partes:

A) una primera, que introduce nuevos supuestos: *desde "Iulianus noster" hasta "legatum collatum esset"*;

B) una segunda, que entendemos como una reproducción del contenido de D. 30,1,91 de Juliano: desde *"Cum vero libertas..."* hasta el final.

El punto de partida es la concesión de un legado a un esclavo propio, acompañada de la manumisión testamentaria -*"legatum, quod ei cum libertate datum esset"*- del mismo.

De la letra del fragmento -*"sed id tunc locum habet, cum omnimodo simul cum libertate legatum adquiri potuit, licet legato imposito non sit, veluti..."*- debe deducirse, según VOCI, que se repite para el legado la condición de la libertad -*"decem dare"*-, tratándose de una de las aplicaciones de la teoría de la condición tácita⁴⁷³.

⁴⁷³ Así, si bien la doctrina suele señalar como origen de la teoría de la condición tácita en Derecho romano, un rescripto de Antonino Pio (D. 35,1,77 *pr. Pap. VII resp.*), para VOCI, el origen de la misma se encuentra en la opinión de Juliano reflejada, en D. 35,1,86 de Meciano.

Continúa dicho autor indicando, que la aplicación de la teoría de la condición tácita al régimen de los legados, posibilitó -en algunos casos- la adquisición de los mismos, al someter también el legado a una condición.

Pasamos a analizar las diferentes variantes que plantea el jurista:

1º) Si la manumisión del esclavo tuviera lugar antes del fallecimiento del *dominus* -"*si a vivente manumissus esset*"- podemos deducir, a *sensu contrario*, que la adquisición del legado se producirá siempre y cuando se hubiera cumplido la condición establecida en la manumisión testamentaria -"*non aliter legatum, quod ei cum libertate datum esset, habiturum, quam si condicioni libertatis paruisset*"-.

2º) Si se enajenara al esclavo antes del fallecimiento del causante -"*si [a vivente] alienatus esset*"-, la adquisición del legado se produciría siempre y cuando la condición de la manumisión testamentaria, se cumpliera por el comprador del esclavo -"*item in emptorem*"-.

Seguimos con la segunda parte. En ella se plantea -"*in hoc quaestio est*"-, la validez de un legado puro -"*an constiterit legatum...autem praesenti die datum est*"-, concedido a un esclavo propio, cuando la libertad se somete a condición -"*libertas sub condicione*"-.

Sin embargo, una novedad destaca frente al fragmento anterior de Juliano (D. 30,91,1): se excluye expresamente la aplicación de la regla Catoniana -"*etenim nec Catoniana sententiae locum in proposito esse*"-, justificando de este modo que el

Lo cual, en resumidas cuentas, supuso simplemente un intento de mantener la voluntad testamentaria.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 70 n. 11 y pp. 72-73.

legado no sea desde un inicio inútil - "*quia etsi statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum*"-.

Como cierre de este apartado transcribimos D. 31,76,4 (*Pap. VII resp.*)⁴⁷⁴:

"Servus pure manumissus, cui libertas propter impedimentum iuris post aditam hereditatem non competit, quod status eius extrinsecus suspenditur (forte propter adulterii quaestionem), ex eodem testamento neque legata neque fideicommissa pure data sperare potest, quia dies inutiliter cedit."

La *species facti* contemplada por el jurista es la siguiente:

A) Se parte de una manumisión testamentaria pura, se entiende, de un esclavo propio - "*Servus pure manumissus...*"- en una sucesión con herederos voluntarios - "*...post aditam hereditatem...*"-.

Por lo tanto dicho esclavo, durante la yacencia de la herencia, es un *servus hereditarius*.

B) El problema planteado es el de la invalidez de la disposición testamentaria por la que se concede la libertad al esclavo hereditario - "*...cui libertas...post aditam*

⁴⁷⁴ La doctrina de Juliano, según VOCI, queda superada con Papiniano. En palabras de VOCI: <<Che Giuliano non sia giunto dove è arrivato Papiniano, non meraviglia: il creatore non sempre vede tutte le conseguenze detraibili dalle sue idee>>.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 70 n. 11.

hereditatem non competit"-, en atención a una causa extrínseca -"*...propter impedimentum iuris...quod status eius extrinsecus suspenditur (forte propter adulterii quaestionem)...*"-.

C) La consecuencia que dicha invalidez conlleva es, la imposibilidad de adquirir los legados puros concedidos por su antiguo dueño: "*ex eodem testamento neque legata...pure data sperare potest...*".

La razón, la siguiente: "*quia dies inutiliter cedit*"⁴⁷⁵.

Por lo tanto, el legado concedido a un *servus hereditarius* por su antiguo dueño, puede resultar inválido incluso existiendo manumisión testamentaria pura, cuando concurren causas extrañas al propio testamento, que puedan traer como consecuencia dicha invalidez.

La doctrina manifestada en los fragmentos estudiados⁴⁷⁶ -D. 30,91,1; D. 35,1,86 y D. 31,76,4- se resume en las siguientes líneas:

⁴⁷⁵ En un sentido contrario debería, pues, interpretarse, que el resultado variaría en aquellos casos en que, siguiendo las pautas establecidas por el jurista, el legado se hubiese sometido a alguna condición o término.

La alusión realizada por el jurista sobre el *dies* del legado, posibilita que conectemos las dos realidades que anteriormente habíamos señalado, como íntimamente relacionadas en los supuestos de concesión de legados a *servi hereditarii* por sus propios dueños: la manumisión testamentaria y el *dies* del legado. Es evidente que aunque haya llegado el *dies* del mencionado legado, si el esclavo en ese momento no es libre, tal y como dice el jurista, corre inútilmente el término del legado.

⁴⁷⁶ A excepción de D. 33,5,15 que regula un concreto tipo de legado en el que -como anticipamos- no pretendemos entrar.

A) Regla general: (D. 30,91,1; D. 35,1,86)

*PRAESENTI QUIDEM DATA LIBERTATE SERVO LEGARI VEL PURE VEL
CONDITIONE POTERIT*

Excepción: (D. 31,76,4)

*CUI LIBERTAS PROPTER IMPEDIMENTUM IURIS POST ADITAM HEREDITATEM
NON COMPETIT NEQUE LEGATA DATA SEPARARE POTEST*

B) Variantes: (D. 30,91,1; D. 31,76,4)

2.1/ *ALIAS UTILITER...PURE LEGABITUR... SI EA CONDITIO POSSIT ANTE
ADITAM HEREDITATEM EXISTERE*

2.2/ *ALIAS INUTILITER...SI POST ADITAM HEREDITATEM*

Justificación: (D. 35,1,86)

*ETENIM NEC CATONIANAE SENTENTIAS LOCUM IN PROPOSITO
ESSE*

1.2.3. AUSENCIA DE FUENTES. APLICACION ANALOGICA DE LA REGULACION INDICADA EN LA INSTITUCION DE HEREDERO

La escasez de fuentes indicada en el punto 1.2., tiene en este apartado su reflejo más fiel.

No hemos hallado ningún fragmento que directamente se refiera a la necesidad de *testamenti factio passiva*, en el supuesto de concesión de un legado a un *servus hereditarius* ajeno.

Sin embargo, que dicho requisito no aparezca indicado en ningún texto, no es óbice para seguir confirmando su necesidad.

Tal y como advierte GROSSO, la doctrina de la *testamenti factio* se centra en la institución de heredero, de donde en todo caso, cabe remitirse a la misma⁴⁷⁷.

Se trata de un nuevo vacío que entendemos debe quedar subsanado con la aplicación:

* por un lado, de las fuentes que regulan la *testamenti factio*, en la institución de heredero del *servus hereditarius*⁴⁷⁸,

* y por otro, y de forma subsidiaria, con la aplicación de las fuentes que regulan dicho requisito, en relación al legado, para los esclavos⁴⁷⁹.

Todo ello, sin que quepa la posibilidad de afirmar que, de la especialidad del *servus hereditarius*, deba deducirse la inaplicabilidad de dichas fuentes.

Por lo tanto, en los supuestos de concesión de legados a esclavos hereditarios ajenos, la *testamentifactio passiva* se requería:

- al tiempo de la constitución del legado⁴⁸⁰,
- al del fallecimiento del causante-legante,

⁴⁷⁷ Cfr. GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., p. 227.

⁴⁷⁸ Vid. supra pp. 201 y ss.

⁴⁷⁹ Vid. supra pp. 268 y ss.

⁴⁸⁰ Vid. supra pp. 271-272.

- y al de la adición de la herencia a la que pertenece el legado.

En principio, si el *servus* mantenía durante todo ese tiempo su condición de *hereditarius*, la *testamenti factio* se determinaba -según D. 28,5,52 e *Inst.Iust.* 2,14,2- en atención al dueño difunto.

Sin embargo, si en algún momento desde la creación del legado hasta su adquisición, el esclavo hereditario había pasado a ser simplemente un esclavo -se entiende, por la adición de la herencia a la que él pertenecía-, se regía por las normas de los esclavos y la *testamenti factio* -según D. 30,12,2 y D. 33,3,5- se determinaba en atención al dueño actual. Por lo tanto, en estos casos, cabía una duplicidad de regulaciones.

2. REGIMEN DE ADQUISICION DEL LEGADO⁴⁸¹

No entra dentro de nuestros objetivos realizar un análisis exhaustivo de la problemática planteada en torno a la adquisición del legado.

Ahora bien, sí consideramos necesario exponer las líneas generales que guiaron su regulación.

⁴⁸¹ Vid. *sedes materiae*: D. 36,2: *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*; C. 6,53: *quando dies legati vel fideicommissi cedit*.

Destacan los estudios realizados sobre la adquisición del legado por FERRINI, *Teoria generale...*, cit., pp. 377-403; VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 25-113 y GROSSO, *I Legati*, vol. II, pp. 5-82 y 110-200.

Partimos de una realidad apuntada en páginas anteriores: en principio -tal y como se deduce de la Paráfrasis de Teófilo a las Instituciones de Justiniano 2,20,20- la eficacia de los legados depende, no sólo de la validez, sino también de la eficacia de la institución de heredero⁴⁸².

Hasta que no se adquiriera la herencia, los legados no sólo no pueden adquirirse, sino que, aunque externamente parezcan válidos, en el fondo no son efectivos.

Dicha realidad no afectaba a los supuestos en los que los llamados a heredar eran calificados de *heredes necessarii* o *sui et necessarii*. En ellos, la adquisición de la herencia surgía como efecto inmediato tras el fallecimiento del *de cuius*: "...quia in unum concurrat, ut heres existat, et dies legati cedat..."⁴⁸³.

⁴⁸² La doctrina es unánime en este aspecto, advirtiendo cierta evolución en dicha normativa.

Para MAYNZ, la idea de que si falta el heredero el legado se desvanece, no tuvo una aplicación general, ni en lo relativo al ámbito material, ni en lo relativo al ámbito temporal.

Según dicho autor, en la época en que los testamentos se hacían ante los comicios, si la persona llamada a la herencia no llegaba a ser heredero, nada se oponía a que un legado *per vindicationem* produjese sus efectos. Posteriormente, a partir del *ius novum*, los legados impuestos a personas incapaces o indignas quedaban eficaces, así como los legados en aquellos supuestos en que hubiesen sustitutos, y finalmente, también cuando era el fisco el que se apoderaba de los *bona vacantia*.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 590.

BIONDI, por su parte, también se hace eco de dicha evolución, que deriva en la independencia del legado frente a la institución de heredero. Lo cual conduce en último término, y en palabras del autor, a la pérdida de la importancia de la teoría del *dies cedens*, creada al efecto.

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 348-349.

⁴⁸³ D. 38,68 (*Gai XVIII ad ed. prov.*).

Sí perjudicaba, sin embargo, los intereses de los legatarios, cuando los llamados a heredar eran *heredes extraneis o voluntarii*, los cuales podían renunciar a la herencia, lo que conllevaba -se llevase a cabo la misma o no-, un plazo de tiempo en el cual los mismos podían deliberar (*spatium deliberandi*).

De donde, fue el periodo de yacencia de la herencia, el que produjo que la doctrina romana configurase una serie de <<medidas>> -si pueden así calificarse-, para salvaguardar los futuros derechos de los legatarios, principalmente con la finalidad de hacer posible la transmisión a los herederos del legatario, antes de la aceptación del heredero: "*Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum*"⁴⁸⁴.

Dichas <<medidas>> cristalizaron en la consideración -a partir de la jurisprudencia republicana⁴⁸⁵- de que "...*dies cedit... ex mortis testatoris tempore...*" (*Ep. Ulp. XXIV,31*)⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ D. 36,2,5 pr. (*Ulp. XX ad Sab*).

MAYNZ señala como otros posibles efectos del *dies legati cedens* los siguientes:

* determinar la persona a la que debe ser entregado el legado, cuando se trata de legados concedidos a personas *alieni iuris*;

* o las cosas que configuran la liberalidad, si se trata de un legado de una universalidad de cosas.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 626; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 347.

⁴⁸⁵ En un tiempo anterior parece que el *dies* cedía al tiempo de la adición de la herencia, tal y como también se recoge por el maestro bizantino Teófilo, en la Paráfrasis a las Instituciones de Justiniano (2,20,20).

Cfr. al respecto, FERRINI, *Teoria generale...*, cit., pp. 378-379.

Para VOCI -en contra de la opinión de FERRINI- con el fallecimiento del legante surge una situación de potencialidad⁴⁸⁷, una especie de delación⁴⁸⁸, que da lugar a la posibilidad de transmitir el derecho al legado, si el legatario fallece antes de la adición de la herencia; dicha posibilidad de transmitir el legado es la que hace que los

⁴⁸⁶ Dicha normativa varía en derecho clásico respecto al *ius antiquum*, ya que en virtud de la *Lex Papia Poppaea* (a. 9 d. C.) o como precisa Justiniano de algún senadoconsulto posterior "*quae circa legem Papiam introducta sunt*", el *dies cedens* se establece no al tiempo del fallecimiento del causante, sino al de la apertura del testamento -"*ex apertis tabulis testamenti*"- (*Ep. Ulp. XXIV,31*; C. 6,51,1,1 *Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae*), aunque el legado se haya dispuesto en un codicilo.

Es evidente, tal y como sostiene VOCI, que en caso de testamento oral dicha reforma no pudo tener aplicación.

En la época justiniana se vuelve al *antiquus status*.

BIONDI plantea la problemática que supone el hecho de que la constitución (*const. de caducis tollendis* a. 534) por la que Justiniano vuelve al régimen anterior -*dies cedens* al tiempo del fallecimiento del causante-, es posterior a la publicación del Digesto, encontrándose en él ya eliminada la mención a la apertura del testamento; problemática que puede resolverse -continúa el autor-, aludiendo a la falta de eficacia, ya en derecho clásico del contenido de la *Lex Papia Poppaea*, o a la existencia de una ley anterior de Justiniano.

Sin embargo, según VOCI, en algunos fragmentos del Digesto se mantiene la mención de la apertura del testamento, v.g., D. 34,1,18,3 y D. 34,4,30,4 (*Scaev. XX dig.*).

Cfr. al respecto, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 349-350; VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., p. 369.

⁴⁸⁷ Es evidente la dificultad que ocasiona el tener que reproducir con frases modernas la señalada terminología romana.

Según VOCI, es errónea la consideración de que el *dies cedens* atribuye un derecho potencial al legatario, tal y como lo hace FERRINI, fundamentalmente en atención a lo siguiente: <<l'esistenza di un acquisto della cosa legata, retroattivo dal giorno della morte del testatore non può essere dimostrata>>.

Cfr. interesante resumen sobre las diferentes posiciones doctrinales en relación a los efectos del *dies cedens*, realizado por VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 26-28.

⁴⁸⁸ En contra de esta calificación se manifiesta BIONDI, según el cual, y debido a las características propias del legado, no es exacto el empleo de terminología propia de la institución de heredero.

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 346.

juristas apliquen de forma unitaria la teoría del *dies cedens*, independientemente del tipo de legado de que se trate⁴⁸⁹.

La mencionada situación de potencialidad se convierte en derecho, en principio⁴⁹⁰, al tiempo de la adición de la herencia (*dies veniens legati*)⁴⁹¹.

De donde parece que la adquisición del legado, en estos casos, se efectuaba en dos etapas⁴⁹², y la *aditio hereditatis* llega a calificarse por algún autor de *condicio iuris*⁴⁹³.

⁴⁸⁹ En base a esa aplicación unitaria, nuestro análisis se centrará en cómo se adquiere el legado cuando el legatario es un esclavo, y quién lo adquiere en los diferentes supuestos, sin entrar en el estudio de los tipos de legados, en cada caso.

⁴⁹⁰ Así, tal y como matiza MAYNZ, *dies legati venit* cuando el legatario puede exigir la ejecución del legado.

Si el legado se sometía a un término, el *dies cedens* era el del fallecimiento del causante (o apertura del testamento) y el *dies veniens* era el del término; si se sometía a una condición, el *dies cedens* y *veniens* coincidían en el de la llegada de la condición, si la adición de la herencia se realizaba antes.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 630; JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 495.

⁴⁹¹ Ya desde MAYNZ se recuerda la prolija utilización de estos dos términos -*dies cedit* y *dies venit*- por los juristas romanos.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 624 n. 1.
En relación al *dies veniens* destaca VOCI la particularidad de que se empleó dicho término sólo cuando se trataba de legados sometidos a término, o cuando los juristas referían al momento en que se cumplía la condición.

Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., p. 372 n. 16.

⁴⁹² Cfr. JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 494.

⁴⁹³ Cfr. GROSSO, *I Legati*, vol. II, cit., p. 7.

BIONDI -en la traducción efectuada por FAIREN- resume el *status quaestionis* de la siguiente forma: <<La situación jurídica que resulta de la superposición de esta distinción a los principios tradicionales, como toda otra que resulte del choque entre principios nuevos y antiguos que no se quieren abolir, no es tan neta que se pueda reducir en el plano dogmático a una precisa fórmula sintética>>⁴⁹⁴.

En conclusión, es la aceptación de ese régimen especial, lo que produce una pluralidad de regímenes y de situaciones a tener en cuenta, que se manifestarán en la regulación de la adquisición del legado concedido a un esclavo.

2.1. POR EL ESCLAVO

2.1.1. REMISION A LA REGULACION ESTABLECIDA PARA EL *SERVUS HEREDITARIUS*

Desde un inicio, y dada la especialidad del régimen de adquisición⁴⁹⁵, acotaremos nuestro análisis a las hipótesis que pueden producirse en la concesión de legados a esclavos, cuando los legados pertenecen a una herencia yacente.

Así, manteniendo el criterio metodológico adoptado al inicio de este capítulo,

⁴⁹⁴ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 346.

⁴⁹⁵ Aunque VOCI lo califique como régimen normal de adquisición, entendiéndolo que era el más común.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 25.

diferenciamos los siguientes supuestos:

1º) concesión de un legado a un esclavo ajeno: en estos casos, con la única finalidad de desligar la *aditio hereditatis* de la adquisición del legado, se aplica la teoría del *dies cedens* y *dies veniens*.

El derecho al legado se adquiere por la persona que tenía en su potestad al esclavo, en el momento del *dies cedens*.

2º) Concesión de un legado a un esclavo propio: partiendo del carácter beneficioso de la regulación establecida para los supuestos de yacencia de la herencia, la doctrina se manifiesta unánime al considerar que ésta no se aplicaba, cuando de ello derivaba un resultado contrario a la voluntad del testador.

Es por esta razón por la que los *iurisprudentes* establecieron para este supuesto -concesión de un legado a un esclavo propio-, y para otros casos concretos⁴⁹⁶, un

⁴⁹⁶ Parafraseando a VOICI, razones de índole práctica o dogmática, condujeron a los juristas romanos al establecimiento de regulaciones excepcionales. Así, los supuestos excepcionales, en los que se limita la doctrina del *dies cedens*, son básicamente los siguientes:

- * Legado de usufructo
 - * Legado condicional
 - * *Legatum optionis*
 - * Legado dispuesto en favor del propio esclavo manumitido
 - * Legado dispuesto en favor del esclavo legado a un tercero (*per vindicationem*)
- Cfr. VOICI, *Teoria dell'...*, cit., p. 59.

ius singulare respecto a la teoría del *dies cedens* y *dies veniens*⁴⁹⁷.

Al reducir nuestro análisis a los supuestos en que el legado pertenecía a una herencia yacente, y al ser el propio dueño del esclavo el que concede el legado, el esclavo-legatario, con el fallecimiento del causante, formará parte de los bienes hereditarios y se convertirá en un *servus hereditarius*.

Por lo tanto, este supuesto, su regulación y sus consecuencias, serán objeto de un estudio detallado en el siguiente apartado -2.2.-, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias.

2.1.2. "*SI, CUM DIES LEGATI CEDERE INCIPERET, ALIENI QUIS IURIS EST. DEBERI HIS LEGATUM, QUORUM IURI FUIT SUBIECTUS...*"

Nos centramos pues, en la adquisición de un legado concedido a un *servus* ajeno, cuando la herencia a la que pertenece el legado está yacente.

Comenzamos con D. 30,91,6 (*Iul. XXXVI dig.*) en el que se señala lo siguiente:

⁴⁹⁷ Se trata de otra muestra del carácter de las construcciones romanas, las cuales, según BIONDI, no tienen la pretensión de ser modelos de lógica absoluta, sino que se crean para alcanzar resultados oportunos.

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 347.

"Si mihi servus a te herede legatus fuerit et eidem servo aliquis legaverit et vivo eo qui mihi servum legaverat dies legati servo dati cesserit, confestim id legatum hereditati acquiritur: et ideo, quamvis postea moritur is qui servum mihi legaverat, ad me id quod servo legatum est non pertinebit."

El jurista plantea el supuesto de un esclavo que, habiendo sido legado por el *dominus*, en vida del mismo, recibe un legado por parte de un tercero.

El término del legado concedido al esclavo empieza a correr -siguiendo las normas generales de los legados en los supuestos de herederos voluntarios-, con el fallecimiento del causante-legante, hecho que a su vez se produce antes del fallecimiento del dueño del esclavo.

El jurista concluye que el legado se adquiere para la herencia, y no para el legatario del esclavo, cuando en realidad, el causante de la misma todavía no ha fallecido.

Compartimos la opinión de FUENTESECA⁴⁹⁸ quién, en la misma línea que FERRINI⁴⁹⁹, califica la solución adoptada por Juliano como <<aparentemente compleja>>; no, sin embargo, la idea de buscar el fundamento de esta solución, en la regulación de las adquisiciones de un *servus (hereditarius) legatus*.

⁴⁹⁸ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., pp. 251-252.

⁴⁹⁹ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 387.

A nuestro juicio, el sujeto que aparece en D. 30,91,6 puede calificarse como esclavo, o si se quiere, como <<futuro>> esclavo (hereditario) legado⁵⁰⁰.

En D. 36,2,5,7 (*Ulp. XX ad Sab.*), se confirma lo señalado hasta el momento:

*"Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis iuris est. deberi his legatum, quorum iuri fuit subiectus: et ideo si purum legatum fuerit et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet:..."*⁵⁰¹

El legado concedido a un esclavo ajeno se debe a aquella persona bajo cuya potestad estaba sometido el *servus* en el momento del *dies cedens*, aunque posteriormente haya adquirido la libertad.

D. 36,2,14,3 (*Ulp. XXIV ad Sab.*) plantea el supuesto inverso:

⁵⁰⁰ Ahora bien, entendemos que hubiese clarificado el sentido del fragmento de Juliano el siguiente calificativo: <<futura>> herencia = patrimonio actual del testador; o incluso, tal y como advierte FERRINI, la tesis de MOMMSEN al respecto: la supresión del término "*hereditate*".

Sin embargo, según indicación de BIONDI, la lectura del texto está confirmada por los griegos, por lo que hay que interpretar que el jurista al decir "*hereditati acquiritur*" está queriendo poner énfasis en la idea de que el objeto del legado, no lo adquiere el legatario del esclavo, sino el que adquirirá en un futuro la herencia a la que pertenecerá dicho esclavo.

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 385; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 351-352 n. 190.

⁵⁰¹ La misma idea vuelve a manifestarse en D. 30,92,3 y 5 (*Iul. XXXIX dig.*); *Gai* II,87; *Inst. Iust.* 2,9,3.

"Si dies legati cesserit, deinde legatarius in ius alienum pervenit, ipsi potius debetur legatum, in cuius ipse ius pervenit: transeunt enim cum eo, quae ei debebantur. sed si sub condicione fuerit legatum, non transit, sed expectabit condicionem eique acquiretur, cuius iuris erit condicionis existentis tempore: quod si sui iuris fuerit eo tempore, sibi potius acquiret."

Si el legatario, tras correr el término del legado, pasa a ser de ajeno derecho, el legado pertenece a aquél que tiene derecho sobre el mismo.

Por su parte, Ulpiano en D. 30,50 XXIV *ad Sab.*, regula el supuesto de adquisición de un legado concedido a un esclavo común, por parte de un tercero:

"Si servus plurium sit, pro dominii portione legatum ei relictum acquiret."

Si el esclavo-legatario pertenece a varios condóminos al tiempo del *dies cedens*, éstos adquieren el legado en proporción a la propiedad.

No queremos finalizar este apartado, sin antes traer a colación D. 30,7 (*Paul. II ad Sab.*), escueto fragmento en el que se afirma la posibilidad de que el dueño del esclavo-legatario, repudiase el legado:

"Legatum servo delatum dominus potest repudiare."

2.2. POR EL ESCLAVO HEREDITARIO

Iniciamos este apartado indicando la esquemática que, en base a lo que nos marcan las fuentes, vamos a seguir en él.

De una primera toma de contacto, resalta de nuevo la existencia de dos formas diferentes de adquisición de un legado, según éste se hubiese concedido al *servus hereditarius*:

- * por el antiguo dueño, o
- * por un tercero⁵⁰².

Consiguientemente, esa será la pauta que nos conducirá a examinar separadamente dichos supuestos.

El mayor número de fuentes que tratan esta institución nos aportará una prolija regulación, además de facilitarnos el análisis de la problemática planteada.

⁵⁰² De donde nos encontramos -como adelantamos en la parte introductoria- con una primera diferencia fundamental en relación al supuesto de la institución de heredero, donde se afirma la imposibilidad de que un esclavo hereditario fuese instituido por su antiguo dueño.

La división de estos dos apartados aunque pueda recordar a la efectuada por VOICI, difiere de ésta desde el momento en que dicho autor enfoca su clasificación, no desde el punto de vista de la persona que concede el legado, sino de la persona a quién el mismo se concede. Así establece la siguiente clasificación: <<Legato fatto al servo manomesso; Legato fatto al servo legato; Legati fatti al servo proprio *sine libertate*>>.

Cfr. VOICI, *Teoria dell'...*, cit., p. 69.

Señalada dicha circunstancia, extraña el hecho -al que nos referíamos con anterioridad- de que la doctrina moderna, no haga referencia a las diferentes hipótesis que los *iurisprudentes* se cuestionaron e intentaron resolver⁵⁰³.

Así, son muy pocos los que exponen la concreta problemática de la adquisición del legado concedido a un *servus hereditarius*, y podría incluso afirmarse, que ninguno realiza un estudio omnicomprendivo de todas las posibles hipótesis.

De todos modos, evidente es que nos enfrentamos a una serie de construcciones a las que llega la jurisprudencia romana por necesidad de la situación, y para alcanzar determinados objetivos; parafraseando a BIONDI -al analizar el *dies cedens* y *veniens*- no siendo, en ningún caso, modelos de lógica absoluta⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Choca, por ejemplo, que VOCI, siendo el único que realiza un estudio bastante amplio sobre la adquisición de los legados por personas *alieni iuris* (*Teoria dell'...*, cit., pp. 67-81), no aplique las conclusiones a las que llega al análisis de la figura del *servus hereditarius* realizado en el apartado relativo a la Herencia Yacente en *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 533-534.

En él, se ocupa prioritariamente del examen de las actividades que pueden realizar los esclavos hereditarios, para llegar a la conclusión de que, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto de institución de heredero, en el cual era preciso el *iussum domini*, en los de concesión de legados a esclavos hereditarios dicho consentimiento no se requiere; y finalmente, afirma sin más, que los mismos puedan adquirirlos directamente, cuando de un examen detallado de las fuentes se deduce que dicha situación sólo se producía cuando el legado había sido concedido por un tercero, no por el antiguo dueño, e incluso en ese caso con excepciones.

⁵⁰⁴ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 347. Vid. supra p. 301 n. 497.

2.2.1. "NAM SERVO LEGATI RELICTI ANTE ADITAM HEREDITATEM DIES
NON CEDIT"

La adquisición de un legado por un *servus hereditarius* siendo legante su antiguo dueño, presupone una serie de cuestiones jurídicas, a tener en cuenta.

En dicha situación confluyen dos elementos:

- por un lado, el subjetivo: se trata de la concesión de un legado a un *servus hereditarius*,

- por otro, el temporal: el escenario donde se producen los hechos es una herencia yacente. A ella pertenece tanto el esclavo como el legado. Ambos tienen en común, en definitiva, el ser bienes hereditarios⁵⁰⁵.

Esta circunstancia, en principio, produciría en la adquisición del legado, la aplicación de las normas creadas a tales efectos: *dies cedens* y *dies veniens*⁵⁰⁶.

Sin embargo, y en atención a las características personales del esclavo-legatario -es un *servus hereditarius*-, la doctrina romana introdujo una excepción a la mencionada regulación; con la única finalidad, apuntada ya por VOCI⁵⁰⁷, de

⁵⁰⁵ Vid. en este sentido, D. 12,1,41 (*Afric. VIII Quaest.*).

⁵⁰⁶ Vid. supra pp. 294 y ss.

⁵⁰⁷ Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 75.

posibilitar la voluntad testamentaria.

Centraremos nuestros esfuerzos, por tanto, en el análisis de este *ius singulare*, y su aplicación a la adquisición del legado concedido a un *servus hereditarius* por su antiguo dueño.

Para empezar traemos a colación dos fragmentos de Ulpiano -D. 36,2,7,6 (*Ulp. XX ad Sab.*) y D. 36,2,8 (*Ulp. XXIV ad Sab.*)- en los cuales se plantea y soluciona la cuestión que aquí abordamos:

"Interdum aditio heredis legatis moram facit, ut puta si forte servo manumisso vel ei cui servus⁵⁰⁸ legatus est et ideo servo⁵⁰⁹ aliquid legatum sit: nam servo legati relictis ante aditam hereditatem dies non cedit."

"Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset, antequam libertas competeret..."⁵¹⁰

⁵⁰⁸ La seguridad, al pensar que se encuentra ante un legado de propiedad, hace que VOICI incluya en esta parte del texto los términos "*per vindicationem*".
Cfr. VOICI, *Teoria dell'...*, cit., p. 75.

⁵⁰⁹ CUIACIO, citado por VOICI, leía de forma más correcta "*vel, si cui servus legatus sit, eidem servo...*".
Cfr. VOICI, *Teoria dell'...*, cit., p. 75 n. 21.

⁵¹⁰ El pensamiento reflejado en estos dos fragmentos vuelve a repetirse en un texto de Meciano recogido en páginas anteriores. Vid. *supra* p. 287.
Interesante nos parece cotejar el contenido de este fragmento y del anterior con el

La *species facti* puede quedar dividida en las siguientes partes:

1^a) se inicia el primero de los textos -D. 36,2,7,6- con una premisa que va a guiar toda la regulación posterior: a veces -"*Interdum...*"- es posible que la adición de los herederos -"*aditio heredis*"- sufra retrasos temporales, que afecten y a su vez retrasen la adquisición de los legados -"*legatis moram facit*"-.

Más tarde, Ulpiano, limita con sus palabras el supuesto por él contemplado: si hay adición -"*aditio heredis*"-; nos hallamos, pues, ante una hipótesis de yacencia de una herencia. Lo que nos invita a pensar que los esclavos que aparezcan en el texto, aunque no se les califique directamente de hereditarios, jurídicamente lo son durante ese periodo.

siguiente de Paulo relativo a los Fideicomisos:

"Si quis servo suo fideicommissam libertatem reliquit et aliud quid adscripsit, quidam dicunt, quia placebat ab herede eum manumitti debere, futurum esse, ut non admittatur ad fideicommissum: sed hoc iniquum est. in huiusmodi enim persona utriusque quodammodo dies cessit et libertatis et pecuniae petendae, adeo ut putem, si mora fiat praestandae libertati, etiam fideicommisso moram videri factam et usurarum onus accedere: nam et cetera quae medio tempore adquisiit domino, dum moratur praestare libertatem, eidem restitui oportere rectissime responsum est." (D. 31,84 Paul. XXI quaest.)

Entendemos que los términos empleados por el jurista deben ser objeto de interpretación, en el sentido de que cuando el mismo habla de "*dies cessit*", siguiendo la pauta establecida por Juliano en los fragmentos recogidos anteriormente, se está refiriendo de nuevo al *ius singulare* previsto para el caso del legado concedido por el dueño al esclavo hereditario; de donde dicho *dies* empieza a correr, en el momento de la adición de la herencia por parte del heredero, no antes.

Ello creemos queda corroborado con la regulación que establece posteriormente cuando habla de "*mora*" en la concesión de la libertad al propio esclavo, ya que entendemos que el momento a que se refiere Paulo en todo el texto es el de después de la adición de la herencia.

2ª) El *iurisprudens* continúa aplicando dicha premisa -"*Interdum aditio heredis legatis moram facit*"- a unos supuestos concretos -"*Utputa...*"-; supuestos que, a su vez, son reflejo de dos hipótesis que pueden plantearse en relación al legado concedido al *servus hereditarius* por su antiguo dueño:

* legado concedido -"*aliquid legatum sit*"- a un esclavo a su vez manumitido -"*forte servo manumisso*"- o,

* legado concedido a un esclavo a su vez legado⁵¹¹-"*servo aliquid legatum sit*"-, y por lo tanto, en el fondo, al legatario del esclavo -"*vel ei, cui servus legatus est*"-.

3ª) Finalmente Ulpiano, tras haber señalado la premisa con la que inicia el texto -parte 1ª-, y las hipótesis que pueden plantearse -parte 2ª-, establece cómo se adquiere el legado en estos supuestos -"*nam servo legati relictis*"-: el término del legado -"*dies*"- no corre -"*non cedit*"- hasta el momento de la adición de la herencia -"*ante aditam hereditatem*"-⁵¹².

4ª) Con el segundo de los textos -D. 36,2,8- el jurista completa el fragmento anterior, señalando la siguiente justificación -"*aequissimum visum est*"-: como el

⁵¹¹ Según la opinión de VOCI -en contra de FERRINI-, debe entenderse, legado el esclavo *per vindicationem*.

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 394; VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 69.

⁵¹² Ello condujo a la coincidencia en el tiempo del *dies cedens* y el *veniens*, e hizo que parte de la doctrina se planteara si en estos casos existía únicamente *dies veniens*.

esclavo no puede ser libre antes de la adición - "*Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate*"-, no corre el término del legado hasta ese momento - "*nec legati diem ante cedere*"-.

Lo contrario - "*si dies eius cessisset, antequam libertas competeret*"- supondría admitir la invalidez de esos legados - "*inutile fieret legatum*"-.

Sin embargo la mencionada justificación sólo debe aplicarse a la primera de las hipótesis planteadas - "*si forte servo manumisso...aliquid legatum sit*"-, ya que el jurista se basa en la necesaria libertad del esclavo; libertad que sólo se requiere en ese caso, y no en el del *servus legatus*.

De donde Ulpiano establece una excepción a la normativa -ya especial- establecida en la adquisición de legados, cuando la herencia a la que pertenecen está yacente.

Llegados a este punto cuestionamos lo siguiente:

¿cuál es la razón que conduce a Ulpiano a establecer esa regulación especial?

A nuestro juicio, dicha excepción se fundamenta en lo siguiente: los legatarios eran esclavos del legante. Con su fallecimiento, al formar parte de una herencia yacente, adquieren el carácter de *servi hereditarii*.

Hay una circunstancia que creemos no debe perderse de vista: mientras el esclavo siga manteniendo su *status*, todas las adquisiciones que realice tienen como destinatario al dueño.

En el caso del *servus hereditarius*, el destino real de dichas adquisiciones es la propia herencia, entendida ésta como patrimonio del difunto, y en último término, del futuro heredero.

Lo que significa que si la adquisición del legado concedido al esclavo hereditario por su antiguo dueño, se hubiese regulado por las normas propias de la herencia yacente, el *dies cedens* se hubiese computado al tiempo del fallecimiento del causante.

En ese momento, el *servus hereditarius* habría adquirido una <<expectativa⁵¹³>>; adquisición, cuyo destinatario final, al adirse la herencia, habría sido el heredero.

Y todo ello conduciría a concluir la ineficacia del legado -"*inutile fieret legatum*"-, dada la imposibilidad jurídica -anteriormente referida- de coincidencia en una misma persona del sujeto gravado, y del beneficiado con un legado. O sea, para que un esclavo pueda adquirir un legado concedido por su antiguo dueño, es necesario que en el momento de la adquisición, no se encuentre bajo la potestad del heredero.

Con el mencionado *ius singulare* -retraso del *dies cedens* hasta la adición- se logra

⁵¹³ Vid. supra p. 297.

evitar el efecto, en este caso claramente nocivo, de la normativa sobre adquisición de legados en supuestos de yacencia de una herencia.

Esto es, en principio, al tiempo de la adición de la herencia *-dies veniens-*:

* si el legatario era un esclavo manumitido, ya es libre, por lo que puede adquirir para sí el legado;

* si el legatario era un esclavo a su vez legado, ya está bajo la potestad de otra persona, diferente al heredero, por lo que puede adquirir para él el legado.

Se podría llegar a la conclusión de que al menos en teoría, la adquisición del legado en estos supuestos se regula siguiendo las normas establecidas para los casos de herederos *"sui et necessarii"* o *"necessarii"*, en los que no se distingue entre *dies cedens* y *dies veniens*.

No obstante, en la práctica, los dos supuestos difieren, dado que:

* si los herederos son necesarios, éstos adquieren la herencia con el fallecimiento del causante; de donde la efectividad de los legados está bastante garantizada;

* si son voluntarios, la adquisición de los legados queda sometida a la adición, y por lo tanto el retraso del *dies cedens* hasta ese momento puede invalidar el legado,

cuando el *servus* legatario fallezca antes de la adición de la herencia⁵¹⁴.

Concluyendo, la regulación establecida por Ulpiano en D. 36,2,7,6 y D. 36,2,8, supone la exclusión de la aplicación de la normativa sobre adquisición de legados creada para supuestos de yacencia de una herencia, y la configuración, de lo que ha venido a denominarse por parte de la doctrina de *ius singulare*⁵¹⁵.

Ius singulare que sacrifica la transmisión de los legados en caso de fallecimiento del legatario, -ocurrido antes de la adición de la herencia- por la validez de los mismos.

Ello nos conduce a anticipar una conclusión: la mencionada regulación especial -admitida de forma unánime por los juristas romanos- se creó y aplicó de forma exclusiva para los supuestos de concesión de legados a esclavos hereditarios del legante.

Nunca para los esclavos en general.

Sin embargo, según GROSSO, existió un movimiento de interpretación que entendió la condición a la que se sometía la libertad, en algunos casos, inherente al

⁵¹⁴ Dicha cuestión queda planteada por VOCI, al inicio de su estudio sobre estas hipótesis excepcionales, señalando -en contra de la opinión de KARLOWA-, que en los supuestos de legados concedidos a personas *alieni iuris*, la distinción entre *dies cedens* y *veniens* tiene su razón de ser.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 109-110.

⁵¹⁵ Cfr. por todos, VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 67.

legado. Con ello, el *dies cedens* del legado se habría retrasado al tiempo de la existencia de la condición, y el legado hubiese sido válido⁵¹⁶.

Continuamos con D. 36,2,17 (*Iul. XXXVI dig.*) que de nuevo plantea el régimen de la adquisición de un legado concedido a un *servus hereditarius* por su antiguo dueño:

*"Cum legato servo aliquid legatur, dies eius legati quod servo datur non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit: et ideo impedimento non est regula iuris, quo minus manumisso legatum debeatur, quia etsi confestim pater familias moreretur, non in eiusdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret..."*⁵¹⁷

En el fragmento transcrito se aprecian dos partes:

1º) cuando se otorga un legado a un esclavo legado -"*Cum legato servo aliquid legatur*"-, el término del legado concedido al esclavo -"*dies eius legati quod servo datur*"-, no corre desde el fallecimiento del causante -"*non mortis tempore (cedit)*"-

⁵¹⁶ Cfr. GROSSO, *I Legati*, vol. II, cit., p. 25.

⁵¹⁷ VOCI considera el término "*manumisso*" como una glosa. Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 74 n. 19.

FERRINI, *en Teoria generale...*, cit., p. 136 recoge otros fragmentos en los cuales se hace referencia a la posibilidad de concesión de legados a esclavos a su vez legados.

sino desde el momento en que se ade la herencia -"*sed aditae hereditatis cedit*"-⁵¹⁸.

¿Se trata de un nuevo *ius singulare* en el régimen de adquisición del legado? o, por contra, ¿se aplica al supuesto del *servus legatus*, la normativa que regula la adquisición de legados por esclavos hereditarios?

En definitiva nos planteamos si es el elemento subjetivo -*servus legatus*- el que produce, de nuevo, esta regulación especial.

Para dar solución a las cuestiones señaladas partimos de una idea básica: el legatario que aparece en D. 36,2,17, desde el momento en que pertenece a una herencia yacente, debe calificarse de esclavo HEREDITARIO legado -*servus hereditarius legatus*-.

De donde consideramos -en contra de la opinión de VOCI⁵¹⁹- que la calificación de dicho esclavo como hereditario, constituye el fundamento para la aplicación de ese

⁵¹⁸ A nuestro juicio -y de una interpretación literal del fragmento- es poco acertada la afirmación de FERRINI, cuando señala lo siguiente: <<Veramente la regola che il legato fatto al servo legato ceda all'adizione dell'eredità non si trova in alcun luogo delle Fonti nostre; ivi si dice invece più volte che il legato fatto al servo legato "*non cedit ante aditam hereditatem*">>.

Justamente Juliano, en D. 36,2,17, afirma que el término concedido al esclavo legado cede cuando se ade la herencia: "*dies eius legati, quod servo datur, non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit*".

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit, p. 394.

⁵¹⁹ Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 75.

*ius singulare*⁵²⁰.

Todo ello supone una mera confirmación de lo indicado en el texto anterior de Ulpiano (D. 36,2,7,6): la adquisición de un legado por un *servus legatus*, cuando éste a su vez es un esclavo hereditario -*servus hereditarius legatus*-, se rige por las normas especiales creadas para los *servi hereditarii*.

2º) Cuando se concede un legado a un esclavo manumitido -"*servo...manumisso legatum*"-, no es impedimento para que el mismo se deba -"*impedimento non est...quo minus...debeatur*"- la regla de derecho -"*regula iuris*"- que establece que no pueden concurrir en una misma persona, el emolumento del legado y la obligación del derecho, -"*non in eiusdem personam et emolumentum legati et obligatio iuris concurreret*"-, aunque inmediatamente fallezca el padre de familia -"*etsi confestim pater familias moreretur*"-.

La conexión entre ambas partes es evidente. En la segunda Juliano afirma la validez del legado concedido a un esclavo manumitido -aunque de la letra del fragmento no se desprenda-, por las siguientes circunstancias:

⁵²⁰ Aunque resulta evidente que el factor externo, o sea, la idea de que el legado tenga como destino último el patrimonio del futuro legatario del esclavo, influya a la hora de configurar dicha normativa especial.

Sin embargo, a nuestro entender, es el elemento interno el que propicia una regulación unitaria, para los supuestos de adquisición de legados por parte de esclavos hereditarios, cuando los mismos se han concedido por sus antiguos dueños.

* en primer lugar, por la no aplicación al supuesto de la *regula Catoniana*;

* en segundo, por la aplicación del *ius singulare* indicado al principio del fragmento: "*dies...legati...aditae hereditatis cedit*".

Por lo tanto, el esclavo adquiere el legado cuando ya es libre (liberto).

En el siguiente fragmento -D. 33,5,11 (*Iul. XXXVI dig.*)- se resuelve -en atención a las normas de adquisición de legados- la problemática planteada al concurrir dos legatarios sobre un único objeto, un *servus*:

"Si Eros Seio legatus sit, et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit, isque Erotem optaverit, fundus ad solum Seium pertinebit, quoniam aditae hereditatis tempore is solus erat, ad quem posset legatum pertinere..."

La *species facti* contemplada por el jurista es la siguiente: el causante concede un legado de un esclavo -Eros-, a Seyo -"*Si Eros Seio legatus sit*"-; a la vez, al esclavo Eros, le concede un legado de un fundo -"*et Eroti fundus*"-; posteriormente concede a Mevio, un legado de opción de un esclavo -"*deinde optio servi Maevio data fuerit*"-.

El problema jurídico se plantea desde el momento en que, fallecido el *de cuius*, Mevio opta por el esclavo Eros -"*isque Erotem optaverit*"-.

Y Juliano lo soluciona afirmando que el fundo (y se sobreentiende, el esclavo Eros) pertenece a Seyo -"*fundus ad solum Seium pertinebit*"-, dado que al tiempo de

la adición de la herencia, sólo a Seyo podía pertenecer el legado -"*quoniam aditae hereditatis tempore is solus erat, ad quem posset legatum pertinere*"-.

Es evidente que en el caso expuesto la adquisición de cada uno de los legados se regula por reglas particulares que son las que, a nuestro juicio, conducen a la solución adoptada por el jurista. Así:

* el legado del esclavo Eros: al ser un legado concedido a un tercero, para determinar su adquisición, se aplica el régimen normal de actuación del *dies cedens* y *veniens*. De donde el legatario -Seyo- adquiere, desde el momento del fallecimiento del causante, una expectativa sobre el mismo;

* el legado del fundo concedido a Eros (*servus legatus*): al tratarse de un legado concedido por el antiguo dueño al que será *servus hereditarius*, para determinar su adquisición, se aplica el régimen establecido en estos supuestos. El *dies cedens* del mismo se retrasa hasta la adición de la herencia. El esclavo hereditario no puede adquirir ninguna expectativa sobre el legado;

* y por último, el legado de un esclavo concedido a Mevio: al configurarse como un *legatum optionis*, para determinar su adquisición se aplica el régimen establecido para este tipo de legados. Parece pues que, el *dies cedens* del mismo, queda retrasado al tiempo de la adición de la herencia.

De todo ello deducimos que, para el único legatario que surge una expectativa al tiempo del fallecimiento del causante, es para Seyo. Por lo tanto, esta circunstancia podría fundamentar que Juliano considerase preferente a Seyo, frente a Mevio.

Continuamos el análisis de la adquisición de un legado por un *servus hereditarius* -cuando el legante es su antiguo dueño- con D. 30,69 *pr.* (*Gai II de leg. ad ed. praet.*)⁵²¹:

"Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus acquiritur legatario, deinde sequetur legatum."

El jurista recuerda la admisión -"*receptum est*"- de la posibilidad de legar a esclavos a su vez legados -"*Servo legato legari*"-.

Seguidamente establece -eso sí, de forma ambigua- el orden en la adquisición de los dos legados: aquél del que el esclavo es objeto, y aquél del que es legatario. Esto es:

* tras la adición de la herencia, -"*adita hereditate statim*"-, se adquiere el legado del esclavo -"*servus acquiritur legatario*"- ;

* luego -"*deinde*"-, se adquiere por el esclavo, el legado -"*sequetur legatum*"-.

⁵²¹ Sin duda por error, FERRINI cita de forma equivocada este texto. Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 393.

Consiguientemente, la concesión de un legado a un *servus legatus* por su antiguo dueño, supone de nuevo, la aplicación de una duplicidad de regulaciones:

1º/ para la adquisición del legado que tiene por objeto al esclavo se aplican -al tratarse de una sucesión con herederos voluntarios ("*adita hereditate...*"), las normas especiales de los supuestos de yacencia de una herencia (*dies cedens-veniens*).

Por ello, con el fallecimiento del causante (antiguo dueño del esclavo), el legatario (tercero) adquiere una <<expectativa>> (*dies cedens*), convertible en derecho al tiempo de la adición de la herencia (*dies veniens*).

2º/ Para la adquisición del legado concedido al *servus legatus*, se aplican -al tratarse de un esclavo hereditario-, las normas especiales de los *servi hereditarii*⁵²².

De donde el *servus hereditarius* no adquiere ninguna expectativa sobre el legado, ya que se retrasa el *dies* del mismo hasta la adición de la herencia a la que él pertenece.

Ello se confirma en el fragmento de Ulpiano -D. 36,2,7,6- transcrito anteriormente: "*nam servo legati relictis ante aditam hereditatem dies non cedit*".

⁵²² Por lo tanto, no compartimos la opinión de MAYNZ cuando afirma que el legado concedido por el dueño a un esclavo a su vez legado, se regula como si se tratase de un legado concedido a un esclavo ajeno.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 620 n. 72.

El *servus hereditarius legatus* adquiere, al tiempo de la adición de la herencia, el legado concedido por su antiguo dueño.

De admitirse la aplicación de la normativa señalada para el supuesto de yacencia de una herencia (*dies cedens-veniens*), se produciría la invalidez del legado, al coincidir en una única persona el gravado y el beneficiado: el futuro heredero.

A nuestro juicio, la finalidad que se pretende es que sea directamente el *servus*, e indirectamente el legatario beneficiado con el legado del esclavo, el que adquiera el objeto del legado.

Para su consecución, Gayo afirma que primero se adquiere el *servus legatus* por el legatario, y posteriormente, cuando el esclavo se encuentra fuera de la *potestas* del heredero, éste adquiere su legado.

Llegados a este punto nos cuestionamos lo siguiente: si va a ser el legatario del *servus hereditarius legatus* el que, finalmente, adquiera el legado concedido a dicho esclavo, ¿por qué el legante no concede directamente dicho legado al legatario, en vez de hacerlo a través del esclavo legado?

Se trata de una cuestión de difícil respuesta, pero que puede quedar vinculada a la que ya exponíamos en el supuesto de la institución de heredero de un *servus*

*hereditarius*⁵²³.

Para finalizar este apartado transcribimos un fragmento de las Instituciones de Justiniano -2,20,20 *pr.*- en el que, recogiendo la opinión de Juliano, se afirma la posibilidad de conceder un legado de peculio a un *servus hereditarius* por su antiguo dueño, a la vez que se determina el contenido del mismo, en atención a las variaciones que éste pueda sufrir durante la yacencia:

"Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quodsi post mortem testatoris ante aditam hereditatem servus adquisierit, Iulianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia huius legati dies ab adita hereditate cedit..."

2.2.2. *"SED SI SERVO POST MORTEM DOMINI RELICTUM LEGATUM EST,...ANTE ENIM CEDIT LEGATI, QUAM ALIQUIS HERES DOMINO EXSISTAT..."*

La concesión de un legado a un *servus hereditarius* por parte de un tercero enlaza, a diferencia del supuesto anterior, dos sucesiones diferentes:

⁵²³ Vid supra (mirar).

- * la que tiene por objeto al esclavo hereditario y,
- * la que tiene por objeto el legado concedido a dicho esclavo.

En atención a dicha circunstancia, y para facilitar el estudio que vamos a realizar sobre este supuesto, a partir de este momento hablaremos genéricamente de H^aY A, para referirnos a la herencia yacente a la que pertenece el *servus hereditarius* - legatario, y de H^aY B, para aludir a la herencia, también yacente⁵²⁴, a la que pertenece el legado concedido al mismo.

Esto es, en las hipótesis que analizaremos se planteará la vinculación entre dos herencias yacentes:

- * aquélla a la que pertenece el *servus hereditarius* - legatario y,
- * aquélla a la que pertenece el legado.

Comenzamos con la transcripción de D. 30,68,1 (*Gai XVIII ad ed. prov.*), parte del cual nos ha servido de epígrafe:

"sed si servo post mortem domini relictum legatum est si quidem in ea causa durabit, ad heredem domini pertineat: usque adeo, ut idem iuris est et si

⁵²⁴ La especialidad del régimen de adquisición del legado, cuando éste forma parte de una herencia yacente, hace que de nuevo centremos nuestro análisis en la concesión de legados a esclavos hereditarios, o a esclavos hereditarios a su vez legados, cuando la herencia a la que pertenece el legado -B-, está yacente.

testamento domini liber esse iussus fuerit: ante enim cedit dies legati, quam aliquis heres domino existat, quo fit, ut hereditati acquisitum legatum postea herede aliquo existente ad eum pertineat: praeterquam si suus heres aliquis aut necessarius domino ex eo testamento factus erit: tunc enim quia in unum concurrat, ut heres existat et dies legati cedat, probabilius dicitur ad ipsum potius cui relictum est pertinere legatum quam ad heredem eius, a quo libertatem consequitur."

El punto de partida es la concesión de un legado -"*relictum legatum est*"- a un esclavo -"*servo*"-, tras el fallecimiento de su dueño -"*post mortem domini*"-.

La problemática que subyace a lo largo de todo el fragmento, es la siguiente:

¿quién adquiere el mencionado legado? y, por consiguiente, ¿cuándo empieza a correr el *dies* del mismo?

Desde el momento en que en el texto se cuestiona el *dies* del legado, parece evidente que nos encontramos ante un legado que forma parte de una herencia yacente -B-.

El establecimiento por Gayo de una doble regulación, según el esclavo-legatario fuese o no un *servus hereditarius*, nos obliga a fraccionar el texto en dos apartados.

Así:

1) Desde "*si quidem...*" hasta "*...ad eum pertineat*": en esta parte se regula la adquisición del legado, cuando el legatario es un esclavo hereditario -de la H^aY A-.

El término del legado -de la H^aY B-, corre -"*cedit dies legati*"- antes de que exista un heredero de H^aY A -"*...ante enim...quam aliquis heres domino existat...*"-, futuro dueño del *servus hereditarius*.

O sea que el término del legado concedido al *servus hereditarius* corre desde el fallecimiento del causante de la H^aY B, ocurrido antes de la adición de la herencia -H^aY A- a la que pertenece el esclavo.

Lo que supone admitir que -tal y como indica VOCI- la regulación de la adquisición del legado por el esclavo hereditario, cuando éste se concede por un tercero, se subsume en lo que era regla general para el caso de herederos voluntarios⁵²⁵.

El *servus hereditarius* puede, en este caso, adquirir una <<expectativa>> sobre dicho legado; <<expectativa>> que a su vez, conlleva que sea el heredero -de la H^aY A- el que adquiriera finalmente el legado -"*ad heredem domini pertineat*"-, tanto:

⁵²⁵ Y es justamente esa idea la que le lleva a descartar la interpretación que de dicho fragmento realizaron los bizantinos.

Cfr. al respecto VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 73-74.

* si el esclavo permanece en esa condición -"*si quidem in ea causa durabit*"-⁵²⁶,

* como si hubiese sido manumitido en el testamento -"*si testamento domini liber esse iussus fuerit*"-.

La razón es la siguiente: corre el término del legado a partir del fallecimiento del causante -de H^aY B-, lo que provoca que el legado engrose la H^aY A -a la que pertenece el *servus hereditarius*- legatario: "*quo fit, ut hereditati adquisitum legatum postea herede aliquo existente ad eum pertineat*".

Lo que conduce, sin embargo, a V. LÜBTOW -eso sí de forma aislada y en atención al contenido de D. 30,7- a admitir la posibilidad de que el heredero que adiese la herencia a la que pertenece el esclavo, pudiese llegar a rechazar el legado⁵²⁷.

2) Desde "*praeterquam si suus heres...*" hasta el final: se regula la adquisición de un legado, cuando el legatario es un simple esclavo, por lo tanto, en una sucesión con herederos necesarios.

En este caso, concurren en el tiempo, -"*qui in unum concurrunt*"- dos

⁵²⁶ De opinión contraria parece ser VOCI, para el cual, el supuesto planteado es únicamente el del legado concedido por un tercero a un esclavo manumitido en un testamento.

Cfr., VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 73.

⁵²⁷ Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 608.

circunstancias:

a/ existe un heredero de la herencia a la que pertenece el esclavo (H^a A)

- "...*heres existat*"- y,

b/ empieza a correr el término del legado (de la H^aY B) concedido al esclavo

- "*dies legati cedat*"-.

De donde el legado concedido al esclavo se adquiere:

* o por el esclavo, convertido en liberto tras la manumisión testamentaria - "*cui relictum est, pertinere legatum*"-;

* o por el que hereda al esclavo, en principio, por el heredero del esclavo - "*ad heredem eius*"-, si el mismo no adquirió la libertad con el testamento - "*a quo libertatem non consequitur*"-⁵²⁸.

En conclusión, cuando se concede un legado a un *servus hereditarius* por un tercero, si a su vez el legado pertenece a una herencia yacente -H^aY B-, se aplica para la adquisición del mismo la normativa sobre *dies cedens-veniens*.

⁵²⁸ La bipartición de este fragmento de Gayo, en supuestos de herederos voluntarios y necesarios, recuerda, cuanto menos, la recogida en los fragmentos anteriores de Juliano.

Es evidente, que en aplicación de la citada normativa general sobre la adquisición de legados, en los casos en que B fuese una herencia yacente, se tendría que hablar en puridad de adquisición de un <<expectativa>>, y en el casos en los que se tratase de una simple herencia, de adquisición del legado.

Así -a diferencia de lo que ocurría en la institución de heredero- un *servus hereditarius* puede adquirir el legado concedido por un tercero, siempre que la adición de la herencia a la que pertenece el legado -H^aY B-, se produzca antes que la de la herencia a la que pertenece el *servus hereditarius* -H^aY A-⁵²⁹.

Cerramos este apartado con el análisis de una serie de fragmentos, que en palabras de FUENTESECA⁵³⁰, preocuparon especialmente a los juristas.

En ellos se regula la adquisición de un legado concedido por un tercero a un esclavo hereditario a su vez legado, *servus hereditarius legatus*.

Comenzamos con D. 31,38 (*Iav. II ex Cas.*):

*"Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati acquirit."*⁵³¹

⁵²⁹ De producirse de otro modo, o sea si el legante (de H^aY B), falleciese tras la adición de la H^aY A, el legado pasaría a engrosar el patrimonio de su heredero, pero se adquiriría por un esclavo, y no por un esclavo hereditario; o en su caso, a engrosar el patrimonio del esclavo convertido, tras la adición, en liberto.

⁵³⁰ Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 252.

⁵³¹ Este fragmento sirve a D'AMIA para fundamentar, junto con D. 1,6,1,1, la idea de la incapacidad patrimonial del esclavo, que en el caso del esclavo hereditario, hace que la que adquiera sea la herencia, llegando a la concepción de la misma como dueña, y por lo tanto, como sujeto de derechos.

Cfr. D'AMIA, *L'Eredità giacente...*, cit., p. 45.

El jurista se expresa con absoluta claridad: lo que el esclavo legado adquiriera -"*quod servus legatus adquisiit*"-, antes de la adición de la herencia -"*ante aditam hereditatem*"- lo adquiere para la herencia -"*hereditati acquirit*"-⁵³².

La doctrina de Javoleno se completa con D. 30,86,2 (*Iul. XXXIV dig.*):

"Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est. nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intelletur. secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata

⁵³² FUENTESECA manifiesta una particular opinión sobre este fragmento: el jurista no se estaba refiriendo a las adquisiciones del esclavo hereditario realizadas durante la yacencia, sino a las realizadas tras la adición, pero antes de la adquisición por parte del legatario.

Opinión que recuerda a la propuesta por JHERING en relación al contenido de D. 30,86,2 -que analizaremos seguidamente- y que a nuestro juicio, supone una interpretación -cuanto menos- extensiva de la letra del texto en estudio.

Dicho autor remarca la mencionada claridad terminológica a la vez que critica -crítica a la que nos adherimos- la postura de BIONDI al respecto, el cual corrige "*legatus*" por "*legatarius*", concediendo un sentido totalmente diferente al fragmento.

La mencionada modificación hace que se interprete que el esclavo, más que objeto de un legado ("*servus legatus*"), se considere sujeto beneficiado por un legado ("*servus legatarius*").

Sin embargo el resultado final es el mismo: tanto si se trata de un esclavo hereditario legado -*servus hereditarius legatus*-, como si se trata de un esclavo hereditario -*servus hereditarius*- legatario, las adquisiciones que se verifiquen durante la yacencia, engrosarán el patrimonio hereditario, con una única excepción: los legados, concedidos por el *dominus* del *servus hereditarius* cuyo *dies cedens* se retrasa al tiempo de la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo.

Consiguientemente, la modificación de BIONDI, lejos de clarificar el sentido del fragmento, limita el contenido del mismo a un tipo de adquisición -la de un legado- del esclavo hereditario.

Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., p. 252.

*fuert, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.*⁵³³

El jurista ofrece el apéndice a la regulación, hasta el momento recogida, sobre el *servus hereditarius legatus*.

A nuestro juicio, partiendo de D. 31,38 de Javoleno, y siguiendo con D. 30,86,2 de Juliano, el resultado es el siguiente:

A (D. 31,38 <i>Iav.</i>)		
<i>QUOD SERVUS LEGATUS ANTE ADITAM HEREDITATEM ADQUISIT, HEREDITATI ADQUIRIT</i>		
B (D. 30,86,2 <i>Iul.</i>)		
<i>CUM SERVUS LEGATUR, ET IPSIUS SERVI STATUS ET OMNIUM, QUAE PERSONAM EIUS ATTINGUNT IN SUSPENSO EST</i>		
C (D. 30,86,2 <i>Iul.</i>)		
<i>NAM SI LEGATARIUS</i>		
<i>REPPULERIT A SE LEGATUM NUMQUAM EIUS FUISSE VIDEBITUR</i>	#	<i>NON REPPULERIT EX DIE ADITAE HEREDITATIS EIUS INTELLEGETUR</i>
D (D. 30,86,2 <i>Iul.</i>)		
<i>SECUNDUM HANC REGULAM... STATUETUR, UT VEL</i>		
<i>HEREDIS</i>		<i>LEGATARI</i>
<i>SERVUS SINGULA GESSISSE EXISTIMETUR</i>		

⁵³³ Las modificaciones -que son muchas- apuntadas por la doctrina sobre el fragmento en estudio, fueron recogidas por VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 75-76 n. 23 y posteriormente por AMIRANTE, *In tema d'aquisto del legato "per vindicationem"*, *IURA* 3 (1952), p. 249 n. 2.

Hemos dividido el esquema en cuatro apartados diferentes que interpretamos como posibilidades que se van sucediendo por orden cronológico.

Pasamos a ocuparnos de su particular consideración:

A) Javoleno regula el destino de las adquisiciones -"*quod ...adquisit*"- realizadas por un esclavo hereditario legado -"*servus legatus*"- antes de la adición de la herencia -"*ante aditam hereditatem*"-: adquiere para la propia herencia -"*hereditate adquirit*"-.

B) Juliano, sin embargo, analiza el mismo supuesto desde otro prisma: todo lo relativo al estado -"*ipsius servi status*"- y a la persona del esclavo legado -"*et omnium, quae personam eius attingunt*"-, está en suspenso -"*in suspenso est*"-.

Por lo tanto, aquí no se está refiriendo a las adquisiciones realizadas por dicho esclavo, sino a cuestiones de tipo personal.

Tal y como matiza VOCI, el suspenso del estado del esclavo legado debe entenderse como suspenso de una situación, no como suspenso de la condición jurídica del *servus*, el cual, en todo caso, seguirá siendo esclavo⁵³⁴.

⁵³⁴ Cfr. VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., p. 385.

C) Continúa el fragmento de Juliano -D. 30,86,2- con la aceptación o no del legado del esclavo; hecho cronológicamente posterior.

Hemos dividido esta parte en dos columnas, indicadoras de las dos posibilidades apuntadas por el jurista -según se adquiera o no el legado- y las consecuencias que para ellas determina:

* si el legatario renuncia al legado -"*si legatarius reppulerit a se legatum*"- se considera como si el esclavo legado nunca hubiese sido suyo -"*numquam eius fuisse videbitur*"-,

* por contra, si no renuncia a él -"*si legatarius...non reppulerit*"- se entenderá que fue de él -"*eius intelletur*"- desde el día en que fue adida la herencia -"*ex die aditae hereditatis*"⁵³⁵-.

Los términos empleados en el texto creemos deben ser interpretados de esta forma: por un lado, que desde el momento del fallecimiento del causante -*dies cedens*-, el legatario tiene una <<expectativa>> sobre el *servus legatus*, convertible en derecho al tiempo de la adición de la herencia -*dies veniens*-, siempre y cuando no se renuncie

⁵³⁵ Tal y como matiza FERRINI, no sólo por la época del jurista, sino también por el contenido del fragmento anterior -D. 30,86,1, relativo a un supuesto de apertura de un testamento antes que los codicilos-, es evidente que el texto original de Juliano se refería, no al momento de la adición de la herencia, sino al tiempo de la apertura del testamento: "*ex die apertarum tabularum*".

Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, cit., p. 393.

al legado⁵³⁶; por otro, que aún existiendo la mencionada <<expectativa>> desde el fallecimiento del causante, la misma no conlleva ningún efecto cuando el legado no se adquiere por el legatario.

D) Para finalizar el fragmento, Juliano eleva a la categoría de regla -"*secundum hanc regulam*"-, lo que había afirmado en los apartados anteriores -B y C-.

Así, establece una serie de ejemplos sobre diferentes adquisiciones del *servus legatus*, realizadas, tal y como matiza JHERING, tras la adición de la herencia⁵³⁷, -"*quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt*"⁵³⁸-; señala que en atención a dicha regla se determinará sobre el derecho de las cosas -"*et de iure eorum*"-; y concluye que se considerará que el esclavo gestionó -"*servus singula gessisse existimetur*"- cada una de esas cosas, o del

⁵³⁶ Las diferencias doctrinales en relación a la necesidad o no de acto voluntario de aceptación del legado por parte del legatario, en los supuestos de legados "*per vindicationem*", se recogen en *Gai* II, 195, afirmando que mientras para los sabinianos no era necesario, sí lo era para los proculeyanos.

Cfr. al respecto, entre otros, WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, ZSS 31 (1910), pp. 236 y ss; JÖRS-KUNKEL, *Der.priv.rom.*, cit., p. 495 n. 4; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 354; VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., p. 372; AMIRANTE, *In tema di acquisto...*, cit., pp. 249 y ss.

⁵³⁷ Pero antes de que haya sido aceptado el legado del esclavo, por lo tanto, cuando ya no puede calificarse al mismo de *servus hereditarius*.

Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., pp. 170-171. Dicho autor realiza una interesante apreciación crítica sobre la postura de SAVIGNY en relación a las teorías de la herencia yacente, al comprobar -de forma acertada- la imposibilidad de aplicarla a la actividad del esclavo del cautivo.

⁵³⁸ La mención de dichas actuaciones confirma, tal y como advierte VOCI, que se trata de adquisiciones realizadas con terceros, y no con el *de cuius*.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 76.

heredero - "*vel heredis*"-, o del legatario - "*vel legatarii*"-.

D. 30,86,2 ha constituido punto de mira para parte de la doctrina, en relación a su vinculación con la adquisición del legado *per vindicationem*.

En este sentido, WLASSAK⁵³⁹ -seguido por AMIRANTE⁵⁴⁰ y BIONDI⁵⁴¹- afirma la creación por dicho jurista de la <<teoría della pendenza>>, por la cual la propiedad de la cosa legada, antes de la aceptación por el legatario, está en suspenso. Si el legatario acepta, se considera que el objeto del legado es suyo con efecto retroactivo desde el momento de la adición de la herencia -o apertura del testamento-; si por contra rechaza el legado, se considera que es del heredero con efecto retroactivo desde el mismo momento. La aceptación del legado puede realizarse de forma tácita o expresa.

Por lo tanto, del análisis de los dos fragmentos transcritos -D. 31,38 y D. 30,86,2- creemos puede deducirse el régimen del esclavo hereditario legado, tanto durante la yacencia, como tras la adición de la herencia a la que él pertenece.

⁵³⁹ Cfr. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, ZSS 31 (1910), pp. 169-321.

Abiertamente en contra se manifiesta VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. II, cit., pp. 383-386.

⁵⁴⁰ Cfr. AMIRANTE, *In tema di acquisto...*, cit., pp. 249-253.

Dicho autor realiza un interesante análisis sobre las opiniones vertidas por la moderna romanística al respecto.

⁵⁴¹ BIONDI muestra cierto apoyo a la independencia de la doctrina de Juliano frente a la de Sabino y Próculo, indicando que la misma es seguida por la jurisprudencia posterior e incluso la llega a calificar de "*regula iuris*".

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 358-359.

3. DETERMINACION DE LA CAPACITAS EN EL SUPUESTO DEL LEGADO CONCEDIDO AL *SERVUS HEREDITARIUS* AJENO

Al lado del requisito -al que nos hemos referido con anterioridad- de la *testamenti factio passiva*, la doctrina romana configura el de la *capacitas*⁵⁴².

La *capacitas*, sin perjudicar a la delación, es necesaria para poder adquirir los bienes hereditarios⁵⁴³.

Parafraseando a GROSSO, el *ius capiendi* consiste en el derecho a adquirir los bienes hereditarios, la capacidad de adquirir los mismos⁵⁴⁴; la legitimación -como matiza VOICI- para adquirir *mortis causa*⁵⁴⁵.

⁵⁴² Cfr. por todos KASER, *RP I*, pp. 723-725; *RP II*, pp. 532-534.

⁵⁴³ BIONDI resume claramente, y en pocas líneas, las diferencias fundamentales entre los dos institutos.
Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 150.

Tal y como indica GROSSO, la *capacitas*, que se individualizó de forma negativa -ausencia de una situación de la persona para la cual existían determinados límites e impedimentos para la adquisición-, aparece en las fuentes a través de los siguientes términos: "*capere non posse*", "*capere prohiberi*", "*capere vetari*".

Cfr. GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., p. 248.

⁵⁴⁴ Cfr. GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., pp. 248 y ss.

Sobre el concreto contenido de las leyes caducarias, cfr. por todos, GROSSO, *I Legati*, vol. I, cit., pp. 250 y ss.

⁵⁴⁵ Cfr. VOICI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., p. 433.

Tal y como advierte dicho autor, la *testamenti factio* y la *capacitas* son los dos, requisitos del *ius civile*, de donde las consecuencias de ambos, son también civiles.

En lo que respecta a la *capacitas*, la falta de la misma suponía en relación al legado, la imposibilidad de adquirir efectivamente el objeto del mismo.

Dicho requisito se circunscribe a una determinada época, la de Augusto, y decae⁵⁴⁶ al finalizar ésta⁵⁴⁷.

Sin embargo, la importancia que se le atribuye durante la misma, por un lado, y por otro, la existencia de un fragmento del Digesto -D. 31,55,1-, que lo regula en el supuesto del *servus hereditarius*, son los motivos que nos han llevado a incluirlo en nuestro trabajo.

Es interesante advertir que parte de la doctrina, enlazando el origen de la *capacitas* con las leyes caducarias de Augusto, señala la existencia de un claro precedente del mismo, en las leyes que limitan cuantitativamente la facultad de *capere ex legato*: las leyes Furia, Voconia y Falcidia.

Como anticipábamos, sólo hemos hallado un texto que se refiera a la *capacitas* de un *servus hereditarius*, y en un supuesto concreto: el de la concesión de un legado, a un esclavo hereditario, por parte de un tercero.

Dicho fragmento -D. 31,55,1 (*Gai XII ad leg. Iul. et Pap.*)- señala lo siguiente:

⁵⁴⁶ Sólo se mantiene en relación a las *feminae probosae*.

Cfr. por todos NARDI, *La incapacitas delle <<feminae probosae>>*, *Studi Saresi* 17 (1939), pp. 152 ss.; vid. C. 6,51,1 (*Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae*).

⁵⁴⁷ Ahora bien, como advierte BIONDI, en las fuentes justinianas sobreviven los términos *capacitas* y *capax*, que luego pasarían a los lenguajes jurídicos modernos con un significado diferente.

Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 135.

"Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat: et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest: reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit".⁵⁴⁸

El supuesto de hecho contemplado por Gayo puede quedar dividido en dos partes, tomando "*spectari debeat*" como cesura:

A) en la primera, el jurista expone la sucesión en el tiempo de una serie de acontecimientos, a saber: la institución de heredero de una persona -"*si eo herede instituto*"- que no puede adquirir, ni parte ni la totalidad de la herencia -"*qui vel nihil*

⁵⁴⁸ La mano de los compiladores se advierte por la mayoría de la doctrina moderna. Así WLASSAK considera interpolado el fragmento desde "*et post*" hasta el final; opinión que posteriormente fue matizada por SCADUTO, en el sentido de entender limitada la misma hasta "*legatum hereditate*", ya que lo que quedaba del fragmento se adaptaba perfectamente a la opinión de Gayo; BONFANTE, para el cual los términos empleados son los típicos que conducen a la determinación de las interpolaciones, lo cual llevaría a la afirmación de que se trata de una solución justiniana.

Cfr. SCADUTO, *Contributo esegetico...*, cit., p. 29 n. 1; BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 264.

vel non totum capere potest"⁵⁴⁹; la concesión de un legado a un esclavo hereditario -"*servo hereditario legatum fuerit*"-, se entiende del contexto, por parte de un tercero; la problemática planteada -"*videndum est*"-: en base a qué persona deberá determinarse la *capacitas* del esclavo.

Esto último puede resolverse en atención a tres distintas posibilidades: a la persona del heredero, -"*utrum heredis*"-; a la del difunto, -"*an defuncti persona*"-; o a ninguna de las dos -"*an neutrius spectari debeat*"⁵⁵⁰.

B) En la segunda parte, el jurista indica la solución a dicha problemática, señalando que a la misma se llega después de muchas divergencias -"*et post multas varietates placet, ut*"-.

La realidad de la que parte es la falta de un dueño actual del esclavo -"*quia nullus est dominus*"-, del que se pueda detraer la mencionada *capacitas* -"*in cuius persona de capacitate quaeri possit*"-.

⁵⁴⁹ Parafraseando a V. LÜBTOW, nos encontramos ante el supuesto de institución de heredero de una persona que, al ser *caelebs* u *orbus*, no puede adquirir a tenor de lo expuesto en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (a. 18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (a. 9 d.C.).

Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 608.

⁵⁵⁰ JHERING, siguiendo en la línea que caracteriza su trabajo, analiza -de forma escueta- las consecuencias que se podían derivar de la aplicación de cada una de las teorías mencionadas, al supuesto de hecho planteado.

Cfr. JHERING, *Abhandlungen aus...*, cit., pp. 204-205.

La solución a la que llega, es la siguiente: se adquiere sin impedimento el legado para la herencia - "*sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati*"-; se entiende, durante el periodo en que la misma está yacente⁵⁵¹.

Y más tarde se adquiere el legado por el que llegue a ser heredero - "*atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit*"-; sin embargo, matizando que, en este caso, conforme a lo que el heredero pueda adquirir - "*secundum quod accipere potest*"- correspondiendo, lo que quede, a los que son llamados por derecho - "*reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit*"-⁵⁵².

De donde, si bien la *capacitas* de un *servus hereditarius* ajeno no puede determinarse hasta la adición de la herencia a la que él pertenece, y como consecuencia de ello, cuando ya no puede calificarse de hereditario, se admite la posibilidad de que el esclavo adquiriera el legado durante la yacencia.

⁵⁵¹ Una interpretación literal del fragmento hace que nos separemos de la opinión de V. LÜBTOW, quien afirma que tras profundos debates, se optó por la capacidad de adquisición del dueño fallecido, en consonancia con lo establecido en D. 28,5,31,1; a la vez que parece indicar que fue, en el periodo postclásico, cuando la redacción del texto adquirió la forma que nos ha llegado a nosotros, básicamente en atención al carácter obsoleto del concepto de *capacitas*.

Cfr. al respecto, V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 609.
En el mismo sentido, posteriormente ROBBE, *La <<Hereditas iacet>>...*, cit., p. 561.

⁵⁵² Como acertadamente apunta V. LÜBTOW, el resto se reparte, en primer lugar entre los herederos, si no hay entre los legatarios, y a falta de todos ellos, los bienes recaen en el *aerarium populi Romani*.

Cfr. V. LÜBTOW, *Betrachtungen...*, cit., p. 609.

A nuestro juicio, la admisión de dicha solución supone -en el fondo- la inaplicabilidad, al supuesto del *servus hereditarius*, del requisito de la *capacitas*.

Lejos de ser una verdadera solución, se trata de una evasiva, ante la cual nos planteamos lo siguiente:

¿por qué no hemos hallado textos que regulen la *capacitas* en los supuestos de institución de heredero de un esclavo hereditario, o de concesión de un legado por parte del *dominus* del *servus hereditarius*?

La respuesta puede fundamentarse en el siguiente hecho: la imposibilidad de que un *servus hereditarius* adiese una herencia, o de que adquiriese un legado concedido por su dueño.

La *capacitas* precisa, en primer lugar, de la aptitud del heredero de adir la herencia, o del legatario de adquirir el legado; de lo contrario resulta absurdo cuestionar la existencia de dicho requisito.

De ahí que los juristas romanos no se plantearan la posibilidad o no, de adquirir los bienes por un esclavo hereditario, en esos dos supuestos.

Veámos en apartados anteriores, que en aquellos casos en los que se buscaba un apoyo o base para la actuación del esclavo hereditario, los juristas recurrían a alguna

de las teorías sobre la herencia yacente.

Consecuentemente ¿por qué en este caso no vuelven a hacer lo mismo?, ¿por qué no resuelven la problemática planteada en relación a la *capacitas* del *servus hereditarius* apoyándose, por ejemplo, en la teoría de Casio -retroactividad de la aceptación- o en la de Juliano -continuación de la personalidad del difunto-, o incluso, en atención a la que considera a la propia herencia persona, o dueña de los bienes hereditarios?

La importancia práctica del tema requiere que analicemos las posibilidades de forma separada. Así:

1) La determinación de la *capacitas* del *servus hereditarius* a través de la del dueño difunto, hubiese conllevado la falta de eficacia de la normativa relativa a la *capacitas*: se debe atender a la posibilidad actual -no a la anterior- que tiene una persona de adquirir los bienes hereditarios.

Por otro lado, si se determinase la *capacitas* en atención a la del dueño difunto, ¿qué lectura obtendría el retraso de la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo hereditario, hasta la adquisición del mencionado legado por el esclavo?

¿podría interpretarse como un supuesto en el que se intentaba burlar el contenido de la norma que aquí nos ocupa, o sea la determinación de la *capacitas*, en este caso,

por el heredero, dueño del esclavo tras la adición?

La falta de fuentes que recojan dicha situación, nos obligan a plantearnos la misma, dejando la solución en el campo de la mera hipótesis.

2) La determinación de la *capacitas* del *servus hereditarius* a través de la del futuro heredero, produciría un efecto similar al indicado en el supuesto anterior.

No se estaría analizando la aptitud real de una persona de adquirir dichos bienes, sino que se estaría recurriendo a la *capacitas* de una persona que no es dueña de los bienes hereditarios, que no lo ha sido todavía, y lo que es más grave, que puede que nunca lo sea.

3) La falta de aplicación al supuesto, de la teoría que considera a la herencia persona o dueña de los bienes hereditarios, atestigua -cuanto menos- los siguientes hechos: la no aceptación de la misma, durante la época justiniano, como única teoría; y la poca importancia práctica de dicho requisito en esa época.

La incertidumbre, que ya se manifiesta, tal y como lo indica BIONDI, en la propia regulación de la *capacitas* -regulación que según dicho autor no es orgánica ni unitaria⁵⁵³-, se acentúa, por tanto, en el caso del esclavo hereditario.

⁵⁵³ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 135.

A nuestro juicio ésta es la principal circunstancia, que hace que los juristas romanos, retrasen -no omitan-, la determinación de la *capacitas*, al momento en el que se haya adido la herencia a la que pertenece el esclavo hereditario; momento en que sí se sabe con absoluta certeza, quién es la persona que finalmente adquiere los mencionados bienes.

Por ello, el resultado de dicho retraso no supone, a nuestro juicio, y siguiendo la línea de interpretación de DUSI, que la *capacitas* se determine en todos y cada uno de los supuestos en atención al heredero⁵⁵⁴.

Lo que sí es evidente, tal y como ha querido verlo la doctrina, es el hecho de que nos hallamos ante la regulación de un instituto diferente de la *testamenti factio*, y que se regula de forma distinta, esto es, sin atender a la capacidad del antiguo dueño.

⁵⁵⁴ Cfr. entre otros, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., p. 151.; BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 263.

Para DUSI Gayo no se refiere ni a la *capacitas* del difunto ni a la del futuro heredero; de los términos empleados por el jurista se demuestra según el mismo, la variedad de opiniones al respecto.

Cfr. DUSI, *La eredità giacente...*, cit., p. 463 n. 53.

Es de advertir, v.g., que en aquellos supuestos en los cuales el destino final del legado hubiese sido el propio esclavo, hubiese sido absolutamente absurdo el determinar la *capacitas* en atención al heredero.

4. ESPECIAL CONSIDERACION DEL LEGADO DE USUFRUCTO⁵⁵⁵

CONCEDIDO AL *SERVUS HEREDITARIUS*

Como cierre de este capítulo, pasamos a examinar la concreta regulación que, de la adquisición del legado de usufructo realizaron los juristas romanos, cuando el beneficiado era un *servus hereditarius*.

No sin antes constatar la sorpresa que nos produjo el comprobar la pluralidad de fuentes existentes al respecto, máxime si se tiene en cuenta, la falta de atención manifestada por la moderna romanística.

Tomamos como punto de partida *Vat. Fr. 60 (Ulp. lib. XVII ad Sab.)*, en el que se afirma lo siguiente⁵⁵⁶:

"Dies autem usus fructus item usus non prius cedit quam adita hereditate. Et Labeo quidem putabat etiam ante aditam eam diem eius cedere ut reliquorum legatorum; sed est uerior Iuliani sententia, secundum quam tunc constituitur

⁵⁵⁵ La importancia práctica del tema queda constatada en el título VII del libro III del Digesto, cuyo epígrafe es el siguiente: *"quando dies usufructus legati cedat"*.

Sobre el legado de usufructo cfr. bibliografía recogida por IGLESIAS, *Derecho romano...*, cit., p. 597 n. 35.

⁵⁵⁶ El carácter personalísimo del derecho de usufructo queda reflejado en este otro texto de los Fragmentos Vaticanos, perteneciente al mismo libro y obra de Ulpiano:

"Verum est usu fructu legato diem semel tantum cedere. Quamquam enim usus fructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius, qui fruitur et utitur, tamen ei semel cedit dies."

usus fructus, cum quis iam frui potest. ⁵⁵⁷

Según Ulpiano -en contra de la opinión de Labeón- el *dies* del legado de usufructo no corre hasta la adición de la herencia, entendiéndose en principio, la de la herencia a la que el legado pertenece.

Parece que la mayoría de la doctrina retrasó el *dies* del legado de usufructo, desde el fallecimiento del causante, hasta la adición de la herencia⁵⁵⁸.

Dicho *ius singulare* -que se mantuvo desde el derecho clásico hasta la época justiniana⁵⁵⁹- tuvo su fundamento, según VOCI⁵⁶⁰, en un nuevo concepto de usufructo que se basa en la siguiente máxima: "*ususfructus sine persona esse non potest*"⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ La misma idea vuelve a reflejarse en D. 7,3,1,2 (*Ulp. XVII ad Sab.*), sobre el que volveremos más tarde, y en D. 36,2,9 (*Ulp. XXI ad Sab.*), esta vez en relación a un legado de habitación en favor de un esclavo.

⁵⁵⁸ VOCI, que parte de la evolución del concepto de usufructo, y afirma la influencia de la teoría de Labeón, realiza un detallado examen sobre las opiniones de la moderna romanística y los fragmentos relativos al término del legado de usufructo. Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 81-95.

⁵⁵⁹ Es evidente el hecho de que si la forma típica de constitución del usufructo fue el legado, los juristas se plantearan las cuestiones relativas a la adquisición de los mismos, y con ello también, el concreto funcionamiento del *dies*.

⁵⁶⁰ Continúa dicho autor señalando la inaplicabilidad de este retraso del *dies cedens*, a los supuestos de legado *per damnationem*.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 92 n. 63.

⁵⁶¹ En palabras de VOCI: <<è privo di scopo distinguere in tema d'usufrutto tra *dies cedens* e *dies veniens*, non tanto perchè conseguenza principale del primo è di

Por lo tanto, fueron las características del objeto del legado -el derecho de usufructo- las que produjeron en este caso, el retraso del *dies cedens*.

Sin embargo, la especialidad de los supuestos que ahora nos disponemos a examinar -concesión de un legado de usufructo a un esclavo hereditario- radica en que confluyen dos concretas circunstancias, que deben quedar individualizadas desde un primer momento:

1^a) por un lado, una de carácter subjetivo: el legatario es un *servus hereditarius*. Consiguientemente se debe tener en cuenta la regulación recogida en páginas anteriores, relativa a la adquisición del legado, diferenciando según el legante fuese el antiguo dueño -retraso del *dies cedens*-, o un tercero -régimen normal de *dies cedens*-;

2^a) por otro lado, otra de carácter objetivo: el contenido del legado es un derecho de usufructo. De donde, se debe tener también en cuenta, el *ius singulare* establecido para la adquisición de estos legados: el *dies* del legado empieza a correr tras la adición de la herencia, no antes.

fissare, agli effetti della transmissibilità, il lascito in capo all'onorato, quanto perchè l'usufrutto è condizionato, per la sua nascita, e all'efficacia della disposizione costitutiva e all'uso effettivo dell'onorato: si dà col *dies cedens* la speranza d'un diritto, ma non si può dare la speranza d'una speranza.>>

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., pp. 92-93.

Anteriormente MAYNZ se había manifestado contrario en la calificación del argumento señalado por Ulpiano ("*tunc enim constituitur usufructus, cum quis iam frui potest*"), como razón concluyente para dicha excepcionalidad.

Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 628 n. 26.

La encrucijada -reflejada en estas hipótesis y puesta de manifiesto por VOCI⁵⁶²- de dos regulaciones independientes y a la vez especiales, parece atraer la atención de parte de los juristas romanos, dada la prolija regulación al respecto.

Y ante ello, la cuestión que inmediatamente nos planteamos es la siguiente: ¿cuál de las dos regulaciones especiales se debe aplicar, la relativa al *servus hereditarius*, o la específica del legado de usufructo?

Del análisis de los fragmentos que hemos hallado, parece que los *iurisprudentes* optaron por la configuración de un régimen específico, distinto de los indicados hasta el momento.

Comenzamos con D. 36,2,16,1 (*Iul. XXXV dig.*) en el que se regula la adquisición del legado de usufructo concedido a un *servus hereditarius*, a su vez legado:

"Cum servo legato, antequam hereditas eius qui legaverat adiretur, usus fructus ab alio legatus fuerit et prior hereditas eius, qui usum fructum legaverit, adita fuerit: nulla ratio est, cur diem legati cedere existimemus, antequam ea quoque hereditas, ex qua servus legatus erat, adeatur, cum neque in praesentia ullum emolumentum hereditati acquiratur et, si interim servus mortuus fuerit, legatum extinguatur. quare adita hereditate existimandum est

⁵⁶² Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 94.

usum fructum ad eum, cuius⁵⁶³ servus legatus esset, pertinere. "

La hipótesis planteada por el jurista es la siguiente: concesión de un legado de usufructo - "*usus fructus...legatus fuerit*"- por un tercero - "*ab alio*"- a un esclavo hereditario a su vez legado - "*servo legato*"- antes de la adición de la herencia a la que el esclavo pertenece - "*antequam hereditas eius qui legaverat adietur*"-.

Consiguientemente, desde el primer momento se ponen en relación dos sucesiones diferentes:

- la del *servus (hereditarius) legatus*-legatario y
- la del legado de usufructo.

La problemática que inmediatamente se plantea es la de la adición de la herencia a la que pertenece el legado de usufructo - "*et...hereditas eius, qui usum fructum legaverit*"- con anterioridad a aquélla a la que pertenece el esclavo hereditario - "*prior....adita fuerit*"-⁵⁶⁴.

La respuesta de Juliano es clara y contundente: no hay razón - "*nulla ratio est*"- para estimar que corre el término del legado - "*cur diem legati cedere existimemus*"-

⁵⁶³ VOCI, en *Teoria dell'...*, cit., p. 76, corrige *cuius* por *cui*.

⁵⁶⁴ Este es justamente el supuesto que a nosotros nos interesa, ya que mientras no se adita la herencia a la que el esclavo pertenece, podemos seguir hablando de *servus hereditarius*.

antes de que también aquella herencia -"*antequam ea quoque hereditas*"- a la que pertenece el *servus (hereditarius) legatus* -"*ex qua servus legatus erat*"-, sea adida -"*adeatur*"-.

La justificación que indica el jurista es la siguiente: de presente no se adquiere ningún emolumento para la herencia -"*cum neque in praesentia ullum emolumentum hereditati adquiratur*"-.

Por lo tanto, en los supuestos de concesión de un legado de usufructo a un *servus (hereditarius) legatus* por parte de un tercero, si al tiempo de la adición de la herencia a la que el legado pertenece -*dies cedens*- no se ha producido todavía la adición de la herencia de la que forma parte el esclavo, se retrasa el término del legado de usufructo, hasta que se produzca la adición de la herencia a la que pertenece el *servus hereditarius*⁵⁶⁵.

Tal y como señala VOCI, el problema se encontraba en la propia validez del legado, que es lo que en el fondo justifica la solución adoptada por el jurista⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ En este sentido entendemos deben interpretarse las palabras de MARCUSEN, *Die Lehre...*, cit., p. 66, cuando señala lo siguiente: <<Wenn daher ein usufructus einem Erbschaftsklaven vermacht wird, so tritt der dies cedens nicht bereits mit dem Momente des Todes, sondern erst mit dem Momente des Erbschaftsantrittes ein.>>

⁵⁶⁶ Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 76.

A la hipótesis contraria -adición de la herencia a la que pertenece el *servus* antes de la de la herencia a la que pertenece el legado- se debían aplicar las normas típicas de adquisición del legado de usufructo, al ser el legatario ya, un simple esclavo.

Ello conlleva como efecto principal que si durante ese periodo de tiempo -"*si interim*"- (entre la adición de la herencia a la que pertenece el legado de usufructo, y la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo), el *servus (hereditarius) legatus* fallece -"*servus mortuus fuerit*"-, se extingue el legado -"*legatum extinguatur*"-.

Es evidente que si ni siquiera ha nacido una <<expectativa>> sobre el mencionado legado, antes de la adición de alguna de las dos herencias, el resultado, al fallecer el legatario, sea la extinción del legado.

De donde, el régimen de adquisición del legado de usufructo concedido por un tercero a un esclavo (hereditario) legado, supone una excepción dentro del régimen ya excepcional recogido en páginas anteriores. Es el único caso que hemos hallado, en el cual, el legado concedido por un tercero a un *servus hereditarius legatus*, se adquiere siempre para el legatario del esclavo, y nunca por el propio esclavo, para la herencia⁵⁶⁷.

El texto finaliza señalando quién adquiere el legado cuando se adita la herencia a la que pertenece el esclavo: el legatario del esclavo -"*quare adita hereditate*

⁵⁶⁷ De nuevo nos encontramos ante el peligro o riesgo que supone admitir el retraso del término del legado; sin embargo es evidente, tal y como lo reflejan los textos, que se da prioridad a la existencia misma del legado, frente a la posibilidad de que, falleciendo el legatario, no llegue, en esos casos, a nacer el legado.

existimandum est usum fructum ad eum, cuius servus legatus esset, pertinere"-⁵⁶⁸.

Juliano continúa dicho fragmento -D. 36,2,16,2 XXXV dig.- planteándose de nuevo la adquisición de un legado de usufructo, esta vez siendo legatario un *servus hereditarius* no legado:

"Quod si servus, cui usus fructus legatus fuerit, ipse legatus non fuerit, dicendum est usum fructum ad hereditatem pertinere, eo quod dies eius ante aditam hereditatem non cesserit."

Cuando el legado de usufructo se concede a un esclavo hereditario no legado -"*Quod si servus, cui usus fructus legatus fuerit, ipse legatus non fuerit*"-, el usufructo pertenece a la herencia -"*usum fructum ad hereditatem pertinere*"-.

La razón estriba en que el término del legado -"*eo quod dies eius*"- no corre antes

⁵⁶⁸ BUCKLAND ya puso en evidencia el carácter dudoso del fragmento, manifestando sin embargo, que la solución debía ser la de la adquisición por parte del heredero del esclavo.

Cfr. BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 259 n. 5.

Interesante nos parece el análisis comparativo que realiza VOCI entre este fragmento y D. 45,3,26 de Paulo, sobre el que volveremos más tarde, señalando lo siguiente:

* Juliano -D. 36,2,16,1- regula el supuesto de un legado de usufructo concedido a un esclavo a su vez legado *per vindicationem*: el legado se adquiere por el legatario del esclavo;

* Paulo -D. 45,3,26- regula el supuesto de un legado de usufructo concedido a un esclavo hereditario: el legado se adquiere por el heredero del esclavo.

Según dicho jurista, el *dies* de ambos legados cede al mismo tiempo, la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo hereditario, lo cual confirma la regulación unitaria de los supuestos de concesión de legados de usufructo a esclavos hereditarios.

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 93 n. 64.

de que haya sido adida la herencia -"*ante aditam hereditatem non cesserit*"-⁵⁶⁹.

El jurista retoma el problema del término del legado de usufructo, resolviendolo con la aplicación de la regulación indicada en el párrafo anterior -D. 36,2,16,1-: el término del mencionado legado se retrasa⁵⁷⁰, hasta el momento de la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo-legatario⁵⁷¹.

VOCI indica un doble fundamento a la regla establecida:

1) por un lado "*ususfructus sine persona esse non potest*"; lo que no quiere decir que los romanos, tal y como indicamos en páginas anteriores, no consideraran al esclavo como persona, sino simplemente que no existe todavía la persona que pueda

⁵⁶⁹ Es evidente que aunque el jurista se esté refiriendo a la herencia en sí, lo que en fondo subyace es la adquisición por parte del heredero, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior en el cual el que adquiere al final es el legatario del esclavo, se entiende siempre y cuando éste llegue a adquirir el legado del esclavo.

⁵⁷⁰ Cfr. al respecto, BONFANTE, *Corso*, vol. VI, cit., p. 265.

Sin embargo dicho autor no especifica las diversas hipótesis que pueden plantearse en la concesión de un legado de usufructo a un esclavo hereditario.

⁵⁷¹ Cfr. en este sentido, VOCI, *Dir.er.rom.*, vol. I, cit., pp. 532 y ss.; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, cit., pp. 352-353.

Como indicábamos en líneas anteriores, parece evidente que el jurista se está refiriendo al supuesto de concesión de un legado por parte de un tercero. Ello a nuestro entender no sólo se patentiza en el concreto resultado al que llega Ulpiano, resultado que hubiese sido el mismo de tratarse de un esclavo propio, sino del empleo por el mismo de los siguientes términos: "*usumfructum ad hereditatem pertinere*"; del carácter eminentemente personal del usufructo, se deduce que en este caso no se trate de un legado concedido al esclavo del legante.

usar y disfrutar del objeto del legado: el dueño del esclavo⁵⁷²;

2) por otro, la intransmisibilidad del usufructo hace que no pueda ser titular de dicho derecho alguien, y después otra persona.

Esta última idea queda confirmada en D. 7,4,18 (*Pomp. III ad Sab.*):

"Si servo hereditario ante aditam hereditatem legatus usus fructus fuisset, magis placet adita hereditate eum usum fructum ad te transire nec interire quasi mutato dominio, quia nec dies ante cesserit, quam tu heres extiteris,⁵⁷³"

La *species facti* planteada por el jurista se desarrolla en dos etapas que se suceden en el tiempo, a saber:

1ª) Antes de la adición de la herencia, desde "*Si servo hereditario*" hasta "*fuisse*": el jurista plantea la concesión de un legado de usufructo -"*legatus usus fructus*"

⁵⁷² En palabras de VOCI: <<La ragione sta pur sempre in una qualità negativa dello schiavo: se questi può essere onorato di legato, non può tuttavia avere quella volontà che i Romani richiedevano come elemento spirituale governante un'attività di fatto. In una parola, come lo schiavo non può aver l'*animus possidendi* e non può, quindi, da solo acquistare il possesso, così non gli può essere riconosciuta quell'attività spirituale richiesta a governare l'elemento di fatto dell'*usufrutto*.>>

Cfr. VOCI, *Teoria dell'...*, cit., p. 94.

⁵⁷³ El fragmento continúa en el Digesto con el siguiente de Gayo:

"neque usufructus, neque iter actusve domini mutatione amittitur" (D. 7,4,19 *Gai VII ad ed. prov.*).

fuisset"- a un esclavo hereditario - "*servo hereditario*"- antes de la adición de la herencia - "*ante aditam hereditatem*"-⁵⁷⁴.

Por lo tanto, concesión de un legado por parte de un tercero.

2ª) Tras la adición, desde "*magis placet*" hasta el final: según Pomponio, está establecido - "*magis placet*"- que pase al heredero del esclavo dicho legado - "*eum usum fructum ad te transire*"-, y no se entienda extinguido el derecho como si se hubiese mudado el dominio - "*nec interire quasi mutato dominio*"-.

El fundamento de dicha solución se encuentra en que el término de dicho legado no corre - "*quia nec dies ante cesserit*"- hasta que existe heredero - "*quam tu heres extiteris*"-.

De donde se vuelve a confirmar lo anticipado en el fragmento anterior: el término del legado de usufructo concedido al esclavo hereditario cede, no en el momento en que se ade la herencia a la que pertenece el legado -que se produciría de aplicar la normativa específica del legado de usufructo-, sino en aquel en que se produce la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo.

Se trata de una normativa, a nuestro juicio <<extraña>>, pero que sirve a los efectos prácticos anhelados por los juristas romanos, en la mayoría de sus

⁵⁷⁴ Del sentido jurídico que en un inicio concedimos al término esclavo hereditario, a nuestro juicio, el que el jurista aluda al momento en el cual se concede el legado, constituye una mera repetición.

regulaciones.

Si diéramos al fragmento otra interpretación, o sea si entenderamos que se aplica a este supuesto la normativa ya especial del legado de usufructo -retraso del *dies cedens* hasta la adición de la herencia a la que pertenece el legado- en algunos casos -cuando ésto ocurriera con anterioridad a la adición de la herencia a la que pertenece el *servus*-, ello conllevaría la inutilidad de dicho legado: el término del mismo correría antes de que hubiese persona apta para usufructuar⁵⁷⁵.

Continuamos con un texto de Ulpiano -D. 7,3,1,2 *XVII ad Sab.*- que, recogiendo la opinión de Juliano, establece no sólo la posibilidad de conceder un legado de usufructo a un esclavo hereditario, sino también cual es, para él, la razón por la que se retrasa el término del mencionado legado:

*"Dies autem usus fructus, item usus non prius cedet quam hereditas adeatur: tunc enim constituitur usus fructus, cum quis iam frui potest. hac ratione et si servo hereditario usus fructus legetur, Iulianus scribit, quamvis cetera legata hereditati acquirantur, in usu fructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit."*⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Lo cual, en el fondo, evidentemente sin existir igualdad de los supuestos planteados, supone regular la hipótesis tal y como se hacía en los casos en que a un esclavo hereditario su propio dueño le había concedido un legado.

⁵⁷⁶ El contenido de este párrafo se complementa, a nuestro juicio, con el siguiente, también de Ulpiano, relativo al nacimiento de la acción de usufructo:

El fragmento puede quedar escindido en las dos siguientes partes:

1ª) Desde "*Dies autem usus fructus*" hasta "*cum quis iam frui potest*": parte introductoria que puede quedar a su vez subdividida de la siguiente manera:

* Ulpiano comienza afirmando que el término del legado de usufructo -"*Dies autem usus fructus*"- no cede antes de la adición de la herencia -"*non prius cedet quam hereditas adeatur*"-;

* y continúa señalando la razón -"*tunc*"- por la cual se produce dicho retraso: el usufructo se constituye -"*constituitur usus fructus*"-, cuando alguien puede usufructuar -"*cum quis iam frui potest*"-.

2ª) Desde "*hac ratione etsi*" hasta el final: parte fundamental del fragmento en la cual el jurista, partiendo de lo señalado en la primera parte -"*hac ratione*"-, y transcribiendo la opinión de Juliano al respecto -"*Iulianus scribit*"-, se centra en el supuesto del legado de usufructo concedido a un esclavo hereditario -"*et si servo hereditario usus fructus legetur*"-, afirmando lo siguiente:

"Non solum autem usufructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu; idemque, et si ex die fuerit legatus usufructus. Denique Scaevola ait, agentem ante diem usufructus nihil facere, quamvis alias, qui ante diem agit, male agit." (D. 7,3,1,4 XVII ad Sab.)

Como consecuencia del retraso en la adquisición del legado de usufructo, se produce también un retraso en la protección del mismo. Evidente es, que no puede existir una acción sin un derecho al cual proteger.

* a pesar de que los demás legados -"*quamvis cetera legata*"-, se entiende concedidos por terceros, se adquieran para la herencia -"*hereditati adquirantur*"-,

* en el usufructo -"*in usu fructu*"- se espera a que la persona del dueño -"*personam domini exspectari*"- pueda usar y usufructuar -"*qui uti et frui possit*"⁵⁷⁷.

Por lo tanto, el *dies* del legado de usufructo concedido a un esclavo hereditario corre tras la adición de la herencia⁵⁷⁸.

Sin embargo, de nuevo aparece la disyuntiva manifestada anteriormente: ¿a qué herencia se refiere el jurista, a aquélla a la que el legado pertenece, o aquélla a la que pertenece el *servus hereditarius*?

A nuestro juicio, y tal y como parece manifestar BUCKLAND⁵⁷⁹, debe entenderse la herencia a la que pertenece el esclavo, ya que lo que se intenta evitar -que no haya persona que pueda usufructuar-, no se consigue retrasando el término del legado hasta la adición de la herencia a la que éste pertenece.

⁵⁷⁷ Cuestión esta que ya había sido puesta de manifiesto por Juliano al principio del texto:

"*Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est factio aliquo eius, qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies*" (D. 7,3,1 pr. Ulp. XVII ad Sab.)

⁵⁷⁸ Extraña el hecho de que por ejemplo FUENTESECA, en su estudio sobre la herencia yacente, no se preocupe por aclarar el diferente régimen que se produjo en relación a la adquisición del legado de usufructo, y se limite simplemente a indicar que el *dies* de los mismos no se produce antes de la adición de la herencia.

Cfr. FUENTESECA, *Puntos de vista...*, cit., pp. 252-253.

⁵⁷⁹ Cfr. BUCKLAND, *The roman Law...*, cit., p. 259.

Ello supone añadir otro elemento más de incertidumbre y de condicionamiento al supuesto planteado, haciendo depender la eficacia del legado -cuestión ésta cuanto menos curiosa-, no sólo de la adición de la herencia a la cual pertenece el legado, sino además, y en primer lugar, de la adición de una persona extraña a dicha sucesión: el futuro heredero del esclavo hereditario⁵⁸⁰.

¿Qué sucedía en aquéllos casos en que la herencia a la cual pertenecía el legado, tuviese herederos necesarios?, ¿se seguía aplicando esta normativa especial con la finalidad de que naciera el derecho de usufructo?

La falta de fuentes al respecto imposibilitan el que realicemos un análisis particularizado de dicha situación, remarcando simplemente que el problema de fondo se vuelve a repetir en ella, entendiendo que la solución podría ser la misma.

En D. 10,2,15 (*Paul. XXIII ad ed.*) también anuncia la posibilidad de conceder un legado a un *servus hereditarius*:

"vel si servo hereditario usus fructus legatus sit: nec enim a personis discedere sine interitu sui potest."

Del entorno en que se encuadra el fragmento que ahora examinamos *-familiae*

⁵⁸⁰ Es el mantenimiento de la idea de un uso y disfrute real por parte del usufructuario, enlazado a nuestro juicio con la finalidad alimenticia propia del usufructo en sus orígenes, y en definitiva los caracteres propios del derecho de usufructo, lo que conduce al jurista a imposibilitar en este caso, el ejercicio del derecho, hasta que exista un dueño real del mencionado esclavo.

erciscundae-, deducimos que el jurista se plantea un supuesto de concesión de un legado de usufructo por su propio dueño.

Parece que Paulo, al tratar el juicio de división de una herencia -D. 10,2 *familiae erciscundae*-, afirma dos de los caracteres típicos del usufructo:

- 1º) La forma habitual, no única, de constitución del mismo a través de legados;
- 2º) el carácter personalísimo del derecho de usufructo, que hace que si se separa del usufructuario, el mismo se extinga.

Seguimos con otro fragmento de Paulo -D. 45,3,26 I *man.* = *Vat. Fr.* 55-, recogido en páginas anteriores, y en el que se afirma simplemente el retraso del *dies* del mencionado legado, siguiendo dicho jurista -tal y como lo indica VOICI-, la opinión de Juliano al respecto:

"Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius...legari autem ei posse usum fructum dicitur, quia dies eius non cedit statim..."

Partiendo del siguiente principio, "*usus fructus sine persona esse non potest*", el *iurisprudens* concluye la posibilidad de conceder un legado de usufructo -"*legari...posse usum fructum dicitur*,"- a un esclavo hereditario -"*servus hereditarius*"- dado que el término del mismo -"*quia dies eius*"- no corre desde ese

momento - "*non cedit statim*"⁵⁸¹.

Sin embargo Paulo, aunque anuncia el retraso del *dies* del mencionado legado, no señala hasta qué momento se retrasa.

Parafraseando a VOICI, en los supuestos de concesión de un legado de usufructo a esclavos hereditarios, aunque se partía de la admisión de dicha posibilidad, en atención a que se había establecido que un esclavo hereditario podía ser legatario, sin embargo faltaba en el mismo la actividad espiritual requerida para gobernar el elemento de hecho del usufructo. Lo que anteriormente había sido indicado, de forma más radical por MAYNZ, apuntando la falta de voluntad en el esclavo, que conllevaba el que el mismo no pudiese disfrutar⁵⁸².

Surgía en estas hipótesis, continúa VOICI, una curiosa circunstancia en la que el esclavo era el beneficiado, teniendo desde este punto de vista una importancia decisiva, y siendo por contra el futuro *dominus*, sujeto necesario para adquirir el legado⁵⁸³.

No quisiéramos dar por finalizado este apartado sin hacer referencia a la vinculación de este tipo de actuación del *servus hereditarius*, con las teorías sobre la

⁵⁸¹ De la letra del fragmento y del contexto no nos es fácil deducir si el mismo se refiere a la concesión por parte de un tercero, o del antiguo dueño.

⁵⁸² Cfr. MAYNZ, *Curso...*, tomo III, cit., p. 550 n. 6.

⁵⁸³ Cfr. VOICI, *Teoria dell'...*, cit., p. 94 n. 71.

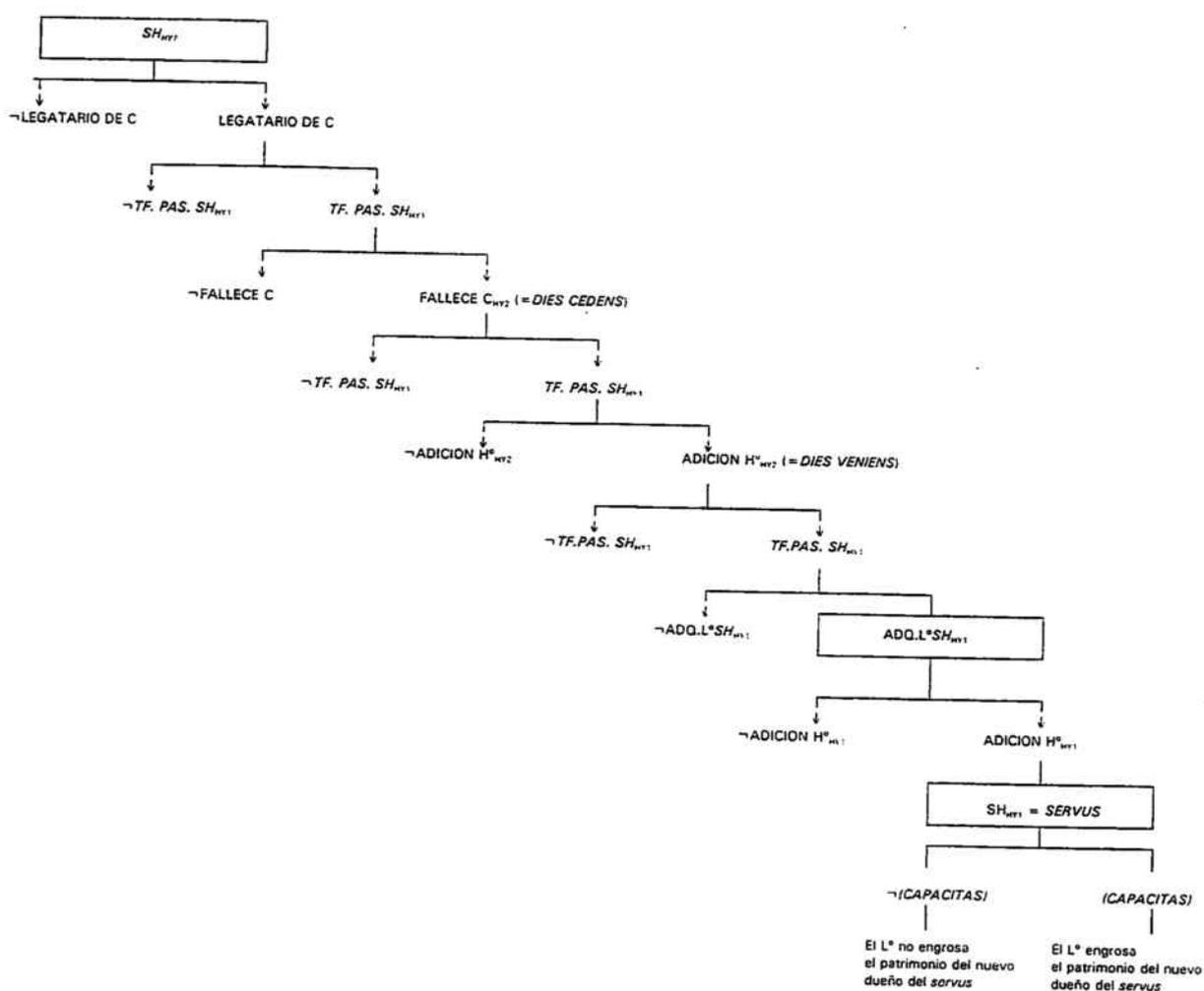
herencia yacente. De donde nos cuestionamos lo siguiente:

¿por qué en este caso los juristas romanos prescindieron de la aplicación de alguna de las teorías con la finalidad de posibilitar dicha adquisición?, ¿por qué no aplicaron, por ejemplo, la teoría de la retroactividad, considerando dueño de los bienes legados al futuro heredero del esclavo desde el fallecimiento del causante?

La razón, a nuestro juicio, se resume en las siguientes líneas: en este caso tuvieron preferencia los caracteres propios del derecho de usufructo, frente a la actitud eminentemente práctica en el actuar de los *iurisprudentes*. Lo contrario hubiese significado modificar la regulación general establecida para el usufructo.

5. GRAFOS ARBORESCENTES BINARIOS SOBRE LAS PROBLEMATICAS PLANTEADAS

CONCESION DE UN LEGADO A UN *SERVUS HEREDITARIUS* AJENO⁵⁸⁴



⁵⁸⁴ La sistemática empleada es similar a la que señalábamos en el supuesto de institución de heredero de un *servus hereditarius* ajeno. Vid. supra p. 243.

Las siglas empleadas son las siguientes:

- *SH* = *servus hereditarius*
- *HY* = herencia yacente
- *TF. PAS.* = *testamenti factio passiva*
- *ADQ. L^o* = adquisición del legado
- *H^o* = heredero
- \neg = negación de lo que sigue

Partimos de un *servus hereditarius* (*SH*), que como tal pertenece a una herencia yacente (*HY1*), y al que se le concede un legado por parte de un tercero (*C*). El primer requisito necesario para la validez de dicho legado es la *testamenti factio passiva* del esclavo hereditario (*TF. PAS. SHHY1*). El fallecimiento del causante (*C*), supone la apertura de la sucesión testamentaria, pone en conexión dos herencias yacentes -aquella a la que pertenece el *servus hereditarius* legatario (*HY1*), y aquella a la que pertenece el legado (*HY2*)-, y también trae como consecuencia, el nacimiento de una <<expectativa>> sobre dicho legado (= *DIES CEDENS*). De nuevo se requiere la *testamenti factio passiva* del esclavo hereditario (*TF. PAS. SHHY1*).

La posterior adición de la herencia a la que pertenece el legado (*ADICION H^oHY2*), convierte la <<expectativa>> sobre el mismo en derecho (= *DIES VENIENS*), lo que supone que si el *servus hereditarius* ostenta la necesaria *testamenti factio passiva* (*TF. PAS. SHHY1*), en ese momento ya puede adquirir el legado (*ADQ. L^o. SHHY1*).

Por último, la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo hereditario (ADICION $H^{\circ}HY1$), convierte al *servus hereditarius* en simple esclavo ($SHHY1 = SERVUS$) al tiempo que, produjo en una determinada época, la revisión de la *capacitas* del mismo.

Es evidente, como advertíamos al tratar la institución de heredero del esclavo hereditario ajeno que, la falta -manifestada a través del signo negativo \neg - de alguno de los requisitos o de los acontecimientos que se van sucediendo, podía conllevar la no adquisición del legado por parte del *servus hereditarius*.

Las siglas empleadas son las siguientes:

- *SHL* = *servus hereditarius legatus*
- *HY* = herencia yacente
- *TF. PAS.* = *testamenti factio passiva*
- *ADQ. L^o* = adquisición del legado
- *H^o* = heredero
- *SL* = *servus legatus*
- \neg = negación de lo que sigue

Partimos de un *servus hereditarius* que ha sido legado (*SHL*), que como tal pertenece a una herencia yacente (*HY1*), y al que se le concede un legado por parte de un tercero (*C*). El primer requisito necesario para la validez de dicho legado es la *testamenti factio passiva* del esclavo hereditario (*TF. PAS. SHHY1*). El fallecimiento del causante (*C*) supone, la apertura de la sucesión testamentaria, pone en conexión dos herencias yacentes -aquella a la que pertenece el *servus hereditarius legatus* (*HY1*) y aquella a la que pertenece el legado (*HY2*)- y también trae como consecuencia el que no se adquiriera una <<expectativa>> sobre el mismo (\neg *DIES CEDENS*). De nuevo se requiere la *testamenti factio passiva* del esclavo hereditario (*TF. PAS. SHHY1*).

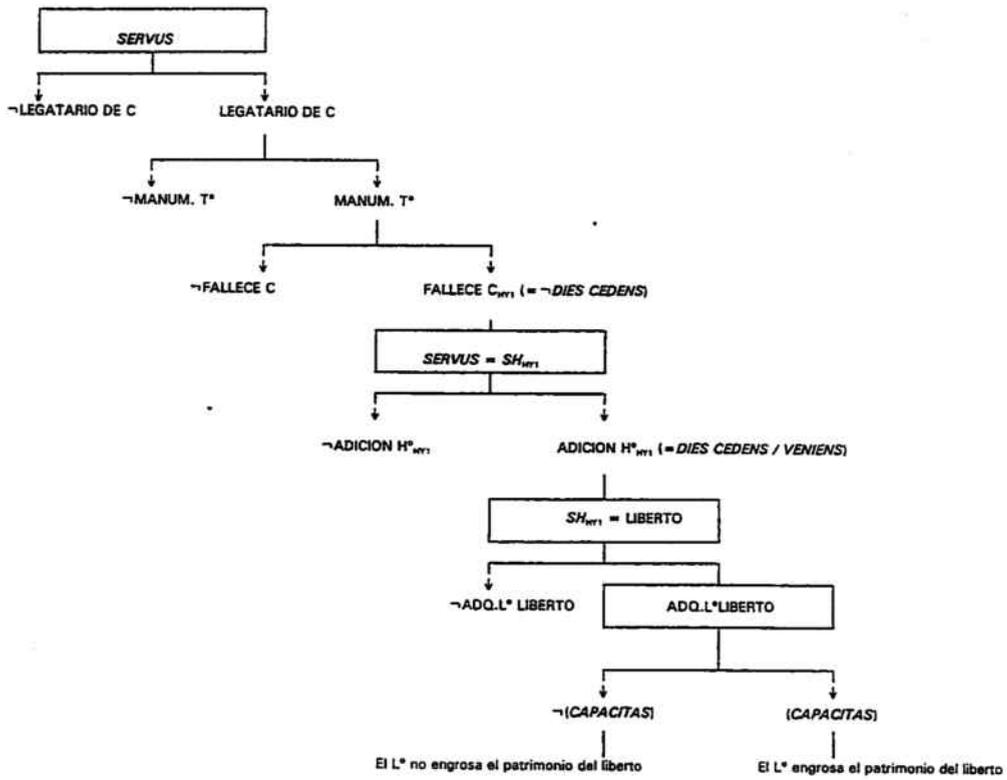
La posterior adición de la herencia a la que pertenece el legado (*ADICION H^oHY2*), hace nacer un derecho sobre él (= *DIES CEDENS/DIES VENIENS*), a la vez que posibilita, si el *servus hereditarius legatus* tiene la necesaria *testamenti factio*

passiva (TF. PAS. SHLHY1), la adquisición del legado por parte del mismo (ADQ. Lº. SHLHY1).

Por último, la adición de la herencia a la que pertenece el esclavo hereditario (ADICIÓN HºHY1), convierte al *servus hereditarius legatus* en *servus legatus* (SHLHY1=SL), al tiempo que produjo, en una determinada época, la revisión de la *capacitas* del esclavo. Eso sí, determina siempre, la adquisición del contenido del legado por el heredero de HY1, no por el legatario del esclavo.

La falta de alguno de los requisitos o de los acontecimientos señalados -manifestada a través del signo \neg - podía producir la no adquisición del legado por parte del *servus hereditarius legatus*.

CONCESION DE UN LEGADO A UN *SERVUS HEREDITARIUS* POR SU ANTIGUO DUEÑO FALLECIDO



Las siglas empleadas son las siguientes:

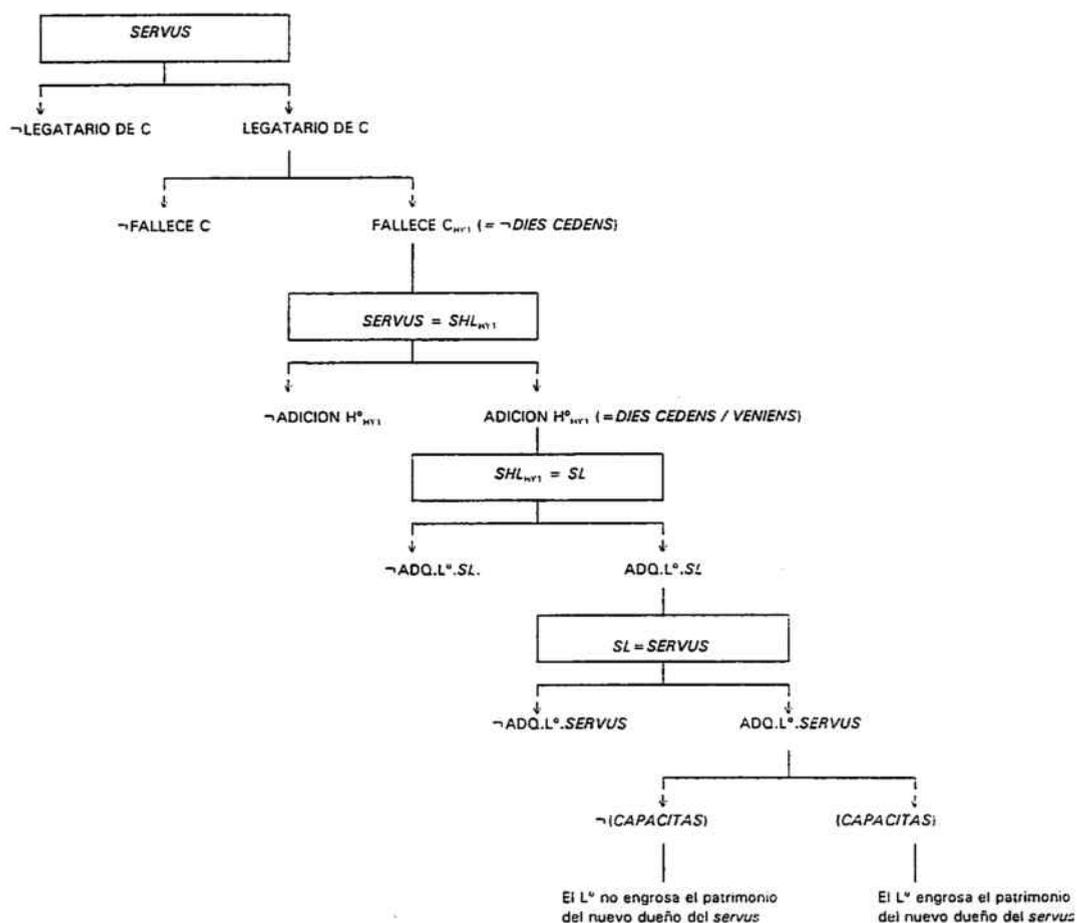
- *SH* = *servus hereditarius*
- *MANUM. T^a* = manumisión testamentaria
- *HY* = herencia yacente
- *H^o* = heredero
- *ADQ. L^o* = adquisición del legado
- \neg = negación de lo que sigue

Partimos de un *servus* al que su dueño, al realizar testamento, concede un legado. El primer requisito necesario para la validez de dicho legado es la manumisión testamentaria (*MANUM. T^a*). El fallecimiento del dueño (C) supone, la apertura de la sucesión testamentaria (*HY1*), sin que nazca una <<expectativa>> sobre el mencionado legado (\neg *DIES CEDENS*), convirtiendo, eso sí, al esclavo, en *servus hereditarius* (*SERVUS=SHHY1*).

La posterior adición de la herencia a la que pertenece el esclavo hereditario legatario -y también el legado- (*ADICION H^oHY1*), convierte al mismo en liberto (*SHHY1 = LIBERTO*), supone el nacimiento de un derecho sobre el legado (= *DIES CEDENS/VENIENS*), y conlleva finalmente la adquisición del mismo por el liberto (*ADQ. L^o. LIBERTO*); adquisición que produjo, en una determinada época, la revisión de la *capacitas* del adquirente.

La falta de alguno de los requisitos o de los acontecimientos señalados -manifestada a través del signo \neg - podía producir la no adquisición del legado.

**CONCESION DE UN LEGADO A UN *SERVUS HEREDITARIUS LEGATUS*
POR SU ANTIGUO DUEÑO FALLECIDO**



Las siglas empleadas son las siguientes:

- *SHL* = *servus hereditarius legatus*
- *HY* = herencia yacente
- *H*^o = heredero
- *SL* = *servus legatus*
- ADQ. L^o. *SL* = adquisición del legado del esclavo
- \neg = negación de lo que sigue

Partimos de un *servus* al que su dueño, al otorgar testamento, concede un legado a la vez que lo lega a otra persona. El fallecimiento del dueño supone la apertura de la sucesión testamentaria (*HY*1), sin que nazca una <<expectativa>> sobre el legado concedido al esclavo, convirtiendo, eso sí, al mismo, en *servus hereditarius legatus* (*SERVUS*=*SHLHY*1).

La posterior adición de la herencia a la que pertenece el esclavo -y también el legado- convierte al *servus hereditarius legatus* en *servus legatus* (*SHLHY*1=*SL*), supone el nacimiento de un derecho sobre el mismo (= *DIES CEDENS/VENIENS*) y conlleva, en primer lugar, la adquisición del legado de esclavo por parte del legatario (ADQ. L^o *SL*.), en segundo, y como consecuencia de ello, a la conversión del *servus legatus* en simple esclavo (*SL*=*SERVUS*), y en tercer lugar, a la adquisición del legado por el *servus* (ADQ. L^o. *SERVUS*); adquisición que produjo, en una determinada época, la revisión del requisito de la *capacitas*.

Como consecuencia de todo lo anterior, el legado engrosa el patrimonio del legatario del esclavo. La falta de algún requisito o acontecimiento -manifestada a través del signo \neg - podía producir la no adquisición del legado por el esclavo.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

SERVUS HEREDITARIUS: ius quod ad personas pertinet

PRIMERA.- En las fuentes jurídicas romanas no aparece una única expresión para denominar al esclavo que forma parte de una herencia yacente. No obstante esto, los términos *servus hereditarius* -declinados diversamente- aludían de forma prácticamente exclusiva a una única realidad: la del esclavo que pertenecía a una herencia en el periodo de tiempo que media entre el fallecimiento del causante, y su adición.

SEGUNDA.- El *servus hereditarius* puede definirse como el esclavo que, perteneciendo a una masa hereditaria, no tiene todavía dueño, aunque espera tenerlo. Dichas circunstancias propiciaron la configuración de un régimen de actuación del mismo, en el que se refleja una concreta finalidad: la de mantener, en lo posible, la capacidad reconocida a dicho sujeto como esclavo.

TERCERA.- El mantenimiento de la capacidad del *servus hereditarius* se alcanzó, allí donde se produjeron dificultades, a través de la aplicación de alguna de las teorías sobre la herencia yacente. En estos supuestos es posible afirmar la existencia de una relación de causalidad, entre la capacidad -de obrar, utilizando

terminología moderna- del esclavo hereditario y la teoría aplicada (causa o antecedente, en puridad, serie causal compleja), y la posibilidad de realizar un concreto acto (efecto o consecuencia). Esto es, la aplicación a esos casos, de alguna de las teorías sobre la herencia yacente, debe configurarse como *conditio sine qua non*, para alcanzar dicho resultado.

CUARTA.- En los fragmentos meramente enunciativos, dicha relación de causalidad nunca se produce, así como tampoco, en aquellos supuestos que hubiesen significado una ampliación de la capacidad reconocida al *servus hereditarius* como esclavo.

SERVUS HEREDITARIUS: ius quod ad res pertinet

DE STIPULATIONE SERVORUM

QUINTA.- La facultad de estipular reconocida al *servus hereditarius* es simple reflejo de su condición servil. Ello se patentiza, en las fuentes que simplemente anuncian dicha posibilidad, por el hecho de que en ninguna de ellas aparece referencia a las teorías sobre la herencia yacente.

SEXTA.- La *stipulatio* del esclavo hereditario es válida -y como consecuencia de ello, puede producir sus efectos normales durante la yacencia- gracias a la aplicación de la teoría sobre la herencia yacente, que supone continuada la

personalidad del difunto, hasta la adición de la herencia.

SEPTIMA.- El ejercicio de las acciones que derivan de dichas estipulaciones queda retrasado -como reflejo de la incapacidad procesal de los esclavos- hasta la adición de la herencia, momento en que ya existe una persona capaz de ejercer las acciones procedentes: el heredero. Ello supone admitir, frente al régimen general del esclavo, la ineficacia -eso sí, temporal y de carácter meramente procesal- de la estipulación del *servus hereditarius*, a la vez evidencia lo establecido en la conclusión nº 4.

OCTAVA.- La aplicación -explícita o implícita- de la teoría de la retroactividad de la adición es la que justifica la admisión de una concreta forma de estipular: la realizada genéricamente en favor del futuro heredero. La inadmisión de dicha forma cuando era nominal, encuentra su razón de ser, en que la adición es un acto personal, que puede no llegar a producirse, por lo que aunque se aplicara la mentada teoría, el supuesto heredero, podría no llegar a adir nunca.

DE USUCAPIONIBUS

NOVENA.- La ausencia de fuentes que recojan la hipótesis de adquisición de la posesión *corpus proprio et animo alieno*, por parte de un *servus hereditarius*, parece evidenciar su imposibilidad; imposibilidad que queda justificada por la falta de un dueño actual que aporte el *animus* requerido para la posesión, y que supone, en

definitiva, la incapacidad -en este aspecto- del esclavo de la herencia yacente, frente al esclavo en general.

DECIMA.- La admisión de la adquisición de la posesión por parte de un *servus hereditarius corpus et animo proprio* -como reflejo de su condición de esclavo- presupone admitir el mantenimiento del peculio durante la yacencia; conlleva la falta de utilización de las teorías sobre la herencia yacente, por parte de los juristas para resolver la problemática planteada; convierte lo que había sido configurado como *ius singulare* -en el régimen de los *servi*-, en *ius commune*, para los esclavos hereditarios; y en definitiva, es la que posibilita no sólo la posesión, sino también la usucapión del *servus hereditarius*.

UNDECIMA.- La admisión del ejercicio de la acción Publiciana, por parte del heredero, para recuperar la posesión adquirida y a su vez perdida por un *servus hereditarius* confirma, por un lado, la posibilidad de que dicho esclavo poseyese durante la yacencia, y por otro, la incapacidad procesal del mismo.

APENDICE: MUTUO, USUFRUCTO, MANCIPIATIO

DUODECIMA.- La capacidad concedida al *servus hereditarius* para realizar contratos de mutuo deriva de su condición de esclavo; ello queda acreditado ante la ausencia de referencia alguna a las teorías sobre la herencia yacente, en las fuentes que recogen dicha posibilidad.

DECIMOTERCERA.- De las fuentes romanas se puede deducir que los caracteres propios del derecho de usufructo, se imponen ante el recurso a las mentadas teorías, y con ello imposibilitan la adquisición de dicho derecho durante la yacencia, por parte del esclavo hereditario; todo ello conlleva, de nuevo, una merma de la capacidad -de obrar, utilizando terminología moderna- del *servus hereditarius*, frente al esclavo.

DECIMOCUARTA.- La validez de la *mancipatio* realizada por un *servus hereditarius* deriva de la aplicación de la teoría sobre la herencia yacente, que supone continuada la personalidad del difunto.

DE SERVIS HEREDIBUS INSTITUENDIS

DECIMOQUINTA- La calificación de *necessarius* que acompaña a la institución de heredero de un esclavo propio, impide la posibilidad de instituir heredero a un *servus hereditarius* del causante. Esto es, un esclavo que con el fallecimiento de su dueño iba a pasar a calificarse de hereditario, no podía ser instituido heredero por su propio *dominus*, sí por un tercero. La única excepción que recogen las fuentes es la de institución como sustituto de un esclavo, siempre y cuando, se produzcan los acontecimientos necesarios para que dicho esclavo se convierta en heredero.

DECIMOSEXTA.- La institución de heredero de un *servus hereditarius* por

parte de un tercero es válida gracias a la aplicación de la teoría sobre la herencia yacente, que supone continuada la personalidad del difunto, excluyéndose -directamente en las fuentes- la aplicación de la teoría de la retroactividad.

DECIMOSEPTIMA.- La *aditio hereditatis* por parte de un *servus hereditarius* queda sometida a una condición suspensiva, necesaria pero no suficiente, que no se da en otros supuestos de adiciones de herencias por parte de esclavos: la *aditio* de la herencia a la que él mismo pertenece. Ello supone, la imposibilidad -se entiende en sentido jurídico- de que un esclavo hereditario adquiera una herencia; la invalidez de la eventual adición por su parte; y en definitiva, la incapacidad, en materia de adición, del *servus hereditarius* frente al esclavo. La no aplicación de alguna de las teorías sobre la herencia yacente para posibilitar dicho acto es demostrativa -de nuevo- de la función de las mentadas teorías.

DECIMOCTAVA.- El sometimiento a dicha condición conlleva a su vez, una situación poco habitual, en la que la adición de una herencia yacente -aquella de la que ha sido instituido heredero un *servus hereditarius*- depende de la adición de otra herencia yacente -aquella a la que pertenece dicho esclavo hereditario-.

DE LEGATIS

DECIMONOVENA.- A diferencia de lo que ocurría en la institución de heredero, las fuentes recogen la posibilidad de que el *dominus* concediese legados a

sus esclavos, que en determinadas ocasiones y tras su fallecimiento, recibirían la calificación de hereditarios. La mencionada *species facti* produce un conflicto de intereses entre, la propia validez del legado y, el nacimiento de una <<expectativa>> sobre el mismo, antes de la adición de la herencia, que se resuelve en favor de la validez del legado, con la constitución de un *ius singulare*.

VIGESIMA.- El *ius singulare* -que consiste en el retraso del *dies cedens* hasta la adición de la herencia- se crea y aplica exclusivamente para posibilitar la adquisición por *servi hereditarii* -en su caso, también para los que han sido, a su vez, legados-, de legados concedidos por sus antiguos dueños, no por terceros. Nunca se aplica para la adquisición de legados por esclavos en general.

VIGESIMOPRIMERA.- En la concesión de un legado a un *servus hereditarius* por parte de un tercero se produce, de nuevo, una vinculación entre dos sucesiones, con las siguientes diferencias, frente a la hipótesis de institución de heredero:

- a) que no es necesario que la herencia a la que pertenece el legado sea yacente;
- b) que no es condición necesaria para la adquisición del legado por el esclavo hereditario, que se adicione la herencia a la que él mismo pertenece; sí, por el contrario, la herencia de la que el legado forma parte.

Su adquisición, a diferencia del legado concedido por el antiguo dueño, se regula siguiendo las normas generales de adquisición de legados.

VIGESIMOSEGUNDA.- Las distintas hipótesis que podían plantearse, según la persona que hubiese concedido el legado al *servus hereditarius*, dieron lugar a una regulación heterogénea de la adquisición del mismo; regulación heterogénea, que conlleva el establecimiento de un régimen comparativamente peyorativo, si el legado se concedió por el propio dueño del esclavo.

Así:

a) Un *servus hereditarius* -en su caso, también el *legatus*- no puede adquirir el legado concedido por su antiguo dueño; y ni siquiera, una expectativa sobre el mismo. Dicho legado será adquirido por el esclavo convertido en liberto tras la adición de la herencia, o por el legatario del mismo, en el caso de ser un esclavo a su vez legado.

b) Un esclavo hereditario podía adquirir una <<expectativa>> sobre el legado concedido por un tercero durante la yacencia, o incluso el propio legado, siempre y cuando, el fallecimiento del legante, o la adición de la herencia, según el caso, se produjese antes de la adición de la herencia a la que él pertenecía.

VIGESIMOTERCERA.- La <<aparente>> solución adoptada por Gayo en D. 31,55,1 -retraso de la determinación de la *capacitas* del *servus hereditarius* al tiempo de la adición de la herencia a la que pertenece-, debe aplicarse exclusivamente a los supuestos de concesión de legados por parte de terceros a esclavos hereditarios. La inexistencia de fuentes que regulen la determinación de la *capacitas* en la concesión de legados a *servi hereditarii* por sus antiguos dueños, se justifica por el

hecho de que para cuando la misma se requiere, el esclavo hereditario se ha convertido en liberto, o ha pasado a la potestad de otra persona que no es el heredero.

Hecho que también se produce en el supuesto de la institución de heredero del *servus hereditarius* por parte de un tercero.

VIGESIMOCUARTA.- D. 31,55,1, en definitiva, viene a confirmar la imposibilidad de determinar la *capacitas* de un *servus hereditarius*; supone la manifestación de un claro vacío jurisprudencial en la materia, demostrando que los juristas romanos no dieron una solución efectiva y real, y provocando un tiempo intermedio no regulado.

VIGESIMOQUINTA.- Un *servus hereditarius* (lo mismo si a su vez ha sido legado), no puede adquirir en ningún caso un legado de usufructo, ni siquiera una expectativa sobre el mismo. Lo que pone de manifiesto el diferente régimen en relación al esclavo.

VIGESIMOSEXTA.- El retraso del *dies cedens* hasta la adición de la herencia a la que pertenece el *servus hereditarius*, en el supuesto del legado de usufructo concedido por un tercero a un esclavo hereditario (=legado), conlleva que la adquisición del mismo, y en primer lugar, quede sometida a un hecho -aceptación del heredero del esclavo hereditario-, ajeno a la sucesión a la que pertenece el propio legado.

V.- BIBLIOGRAFIA

V.- BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ-SUAREZ, Ursicino. *Instituciones de Derecho romano. - I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*, Madrid, 1973.

ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1946 (reimpr. de la ed. de 1942-1943).

AMIRANTE, Luigi. *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950.

AMIRANTE, Luigi. *In tema di acquisto del legato "per vindicationem"*, *IURA* 3 (1952), pp. 249-253.

ANKUM, Hans. *Un cas de traditio dotis dans un texte de Julien (D.23.3.46.pr.)?*, *RIDA* XXIII (3^a serie, 1976), pp. 77-107.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. <<*Sponsio*>> e <<*Stipulatio*>> nella terminologia romana, *BIDR* LXV (1962), pp. 193-222.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli, 1983 (reimpr. anastática de la 14^a ed. de 1960).

ARANGIO RUIZ/ GUARINO, *Breviarium Iuris Romani*, 5^a ed., Milano, 1974.

ARCHI, Gian Gualberto. *Contributo alla critica del "Corpus Iuris". CI.6.23.24 e I.2.20.34 in tema di heredis institutio*, *IURA* 5 (1954), pp. 171-181.

ARNO, Carlo. *La dottrina dell'"hereditas iacens" nella Scuola Serviana*, AG XCI (1924), pp. 92-97.

ARNO, Carlo. *Corso di Diritto romano. Il possesso*, Torino, 1936.

ARNO, Carlo. *Corso di Diritto romano. Diritto ereditario*, Torino, 1937-1938.

ASTOLFI, Riccardo. *Studi sull'interpretazione della revoca in materia di legati e di manomissioni*, SDHI XXV (1959), pp. 130 y ss.

BEDUSCHI, *Hereditatis aditio I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano, 1976.

BIONDI, Biondo. *Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, BIDR LXV (1962), pp. 105-129.

BIONDI, Biondo. *Contratto e Stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953.

BIONDI, Biondo. *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, (trad. por Manuel FAIREN de la 2ª ed. italiana *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955).

BIONDI, Biondo. *Voz Legato. (Diritto romano)*, NNDI IX (1965), pp. 597-605.

BONFANTE, Pietro. *Sulla transmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell'antico diritto romano*, AG XCIX (1928), pp. 129-142.

BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto romano*, vol. III, (*Diritti reali*), Milano, 1972, vol. VI, (*Le Successioni*), Milano, 1974 (reimpr. revisadas por Giuliano BONFANTE y Giuliano CRIFO).

BORTOLUCCI, Giovanni. *La eredità come universitas. Risposta ad un critico*, BIDR XLIII (1935), pp. 128-138.

BRETONE, Mario. *Gai 2.187-89*, *LABEO IV* (1958), pp. 301-306.

BUCKLAND, W.W. *The roman Law of slavery*, Cambridge, 1970, (reimpr. de la ed. de 1908).

BURDESE, Alberto. *Sull'acquisto del possesso per intermediario*, *LABEO VIII* (1962), pp. 407-415.

BURDESE, Alberto. *Voz Possesso (in generale), a) Diritto romano*, *ED XXXIV* (1985), pp. 452-467.

BUTI, Ignazio. *Studi sulla capacità patrimoniale dei <<servi>>*, Camerino, 1976.

CANNATA, Carlo Augusto. *L'Animo possidere' nel Diritto romano classico*, *SDHI XXVI* (1960), pp. 71-105.

CANNATA, Carlo Augusto. *Voz Possesso (Diritto romano)*, *NNDI XIII* (1966), pp. 323-330.

CARUSI, Evaristo. *L'Azione Publiciana in Diritto romano*, Roma, 1967 (reimpr. anastática de la ed. de Roma, 1889).

CASTRESANA, Amelia. *Derecho Romano de obligaciones*, Homenaje al profesor José Luis MURGA, Madrid, 1994, pp. 439-462.

CENDERELLI, Aldo. *Le garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti della eredità giacente (Contributi esegetici)*, *SDHI XXX* (1964), pp. 114-178.

CENDERELLI, Aldo. *'Factum personae operaeve substantia'* (*D. 41,1,61*), *SDHI XXXV* (1969), p. 411-417.

D'AMIA, Amerigo. *L'Eredità giacente. Note di Diritto romano, comune e odierno*, Milano, 1937.

DERNBURG, A. *Pandette*, vol. III, Torino, 1905, (trad. por Francesco Bernardino CICALA, de la 6ª ed. alemana *Pandekten*, Berlin, 1884).

DI LELLA, Luigi. *Sull'acquisto del possesso <<domino ignoranti>>*, *MNEMEION* (Siro Solazzi), Napoli, 1963, pp. 432-462.

D'ORS, Alvaro. *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991.

DUSI, Bartolomeo. *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, *Scritti giuridici*, vol. II, Torino, 1956 [publicado anteriormente en las memorias del Istituto Giuridico de la Universidad de Torino, 1891].

FADDA, Carlo. *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vols. I y II, Milano, 1949, (reimpr. de la ed. de Napoli, 1900-1902).

FERRINI, Contardo. *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il Diritto romano*, Roma, 1976 (reimpr. anastática de la ed. de Milano, 1889).

FUENTESECA, Pablo. *Possessio domino ignoranti*, *AHDE* 24 (1954), pp. 559-585.

FUENTESECA, Pablo. *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto a la <<hereditas iacens>>*, *AHDE* 26 (1956), pp. 243-267.

FUENTESECA, Pablo. *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

GARCIA GARRIDO, J. Manuel. *Derecho Privado Romano, Acciones Casos Instituciones*, 1ª ed. abreviada, Madrid, 1993.

GIOFFREDI, Carlo. *Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente*, *Studi in memoria di Guido ZANOBINI*, vol. V, Milano, 1965, pp. 287-301.

GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, vol. II, Liechtenstein-Paris, 1978.

GLÜCK, Friedrich. *Commentario alle Pandette*, libro XXVIII, 3ª parte, Milano, 1903 (trad. por Alfredo ASCOLI de la versión original *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*).

GROSSO, Giuseppe. *I Legati*, vols. I-II, Torino, 1953-1955.

GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*, 9ª ed., Napoli, 1992.

GUARINO, Antonio. *L'esegesi delle fonti del Diritto romano*, tomo I, Napoli, 1968.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano, Historia e instituciones*, 11ª ed. revisada con colaboración de Juan IGLESIAS-REDONDO, Barcelona, 1993.

IMPALLOMENI, Giambattista. *Voz Successioni. Diritto romano, NNDI XVIII* (1971), pp. 704-727.

JHERING, Rudolf. *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Aalen, 1981, (reimpr. de la ed. de Leipzig, 1844).

JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965, (trad. por PRIETO CASTRO de la 2ª ed. alemana *Römisches Privatrecht*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1935; reimpr. de la trad. de 1937).

KASER, Max. *Das römische Privatrecht*, vol. I, 2ª ed., München, 1971; vol. II, 2ª ed., München, 1975.

LENEL, Otto. *Palingenesia iuris civilis*, vol. I y II, 1ª ed., Leipzig, 1889.

LENEL, Otto. *Zur Geschichte der <<heredis institutio>>*, *LABEO XII* (1966), pp. 358-374.

V. LÜBTOW, Ulrich. *Betrachtungen zur hereditas iacens, Studi in onore di Giuseppe GROSSO*, vol. II, Torino, 1968, pp. 581-636.

MACQUERON, Jean. *Histoire des Obligations. Le droit romain*, 2ª ed., Aix-en-Provence, 1975.

MARCUSEN, Woldemar. *Die Lehre von der Hereditas Jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten Usucapio pro Herede*, Bern, 1970, (reimpr. de la ed. de 1883).

MASCHI, Carlo Alberto. *Ancora sulla solennità della "heredis institutio" nel Diritto romano*, *Scritti in memoria di Antonino GIUFFRÈ*, vol. I, Milano, 1967, pp. 643-677.

MAYNZ, Charles. *Curso de Derecho romano*, tomo III, 2ª ed., Barcelona, 1892, (trad. por Antonio José POU y ORDINAS de la 4ª ed. francesa *Cours de Droit romain*, Bruxelles, 1876).

MIQUEL, Juan. <<*Iusta causa traditionis*>> y <<*iusta causa usucapiendi*>> en las *Instituciones de Gayo*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino ALVAREZ SUAREZ, Madrid, 1978.

MIQUEL, Juan. *Quaestiones, Docencia del Derecho romano a través del casuismo romano*, 3ª ed., Barcelona, 1989.

MIQUEL, Juan. *Derecho privado romano*, Madrid, 1992.

MIQUEL, Juan. *Patris iussu aut voluntate donatio (Pomp.33 Sab. D.39,5,9,2)*, Estudios jurídicos, tomo II, Facultad de Derecho - Universidad de La Laguna, 1993, pp. 559-563.

MIQUEL, Juan. *Compraventa y transmisión de la propiedad*, Seminarios Complutenses de Derecho romano, vol. 5, Madrid, 1993.

MOMMSEN, Friedrich. *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, Braunschweig, 1876.

MONIER, Raymond. *Les obligations en Droit romain et dans l'ancien Droit français*, Paris, 1954.

NICOSIA, Giovanni. *L'Acquisto del possesso mediante i <<potestati subiecti>>*, Milano, 1960.

ORESTANO, Riccardo. *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto (Linee di una vicenda concettuale)*, *JUS* (1960), pp. 149-196 [= parte de la obra *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, I, Torino, 1959].

ORESTANO, Riccardo. *Hereditas nondum adita*, *IURA* 33 (1982), pp. 1-24.

PALMIERI, Elio. *Voz Istituzione di erede. Diritto romano*, *NNDI IX* (1965), pp. 269-271.

PANERO, Ricardo. *DEPONERE Y REDDERE en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989.

PERNICE, Alfred. *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Aalen, 1963, (reimpr. de la ed. de Halle, 1873).

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, 2^a ed., Roma, 1949 (reimpr. de la ed. de 1928).

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di Diritto romano*, 3^a ed. con la colaboración de Francesco SITZIA y Letizia VACCA, Torino, 1991.

RATTI, Umberto. *Studi sulla captivitas*, *Annali Macerata*, vol. I, 1926, pp. 86-90.

RICCOBONO, Salvatore. *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. [Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta.]*, *ZSS* 31 (1910), pp. 321-371.

RICCOBONO, Salvatore. *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, *ZSS* 35 (1914), pp. 214-305.

RICCOBONO, Salvatore. *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, cont.

en ZSS 43 (1922), pp. 262-385.

RICCOBONO, Salvatore. *Corso di Diritto romano. Stipulationes Contractus Pacta*, Milano, 1935.

RICCOBONO, Salvatore. *Voz Stipulatio*, *NNDI XVIII* (1971), pp. 445-448.

ROBBE, Ubaldo. *La <<hereditas iacet>> e il significato della <<hereditas>> in Diritto romano, I*, Milano, 1975. [caps. 1º, 2º, 3º, y 5º, anteriormente publicados en *Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti di Messina* (CCXLIV-CCXLV, 1972, vols. I-II); cap. 4º = *Studi in memoria di Guido DONATUTI*, III (Cisalpino-Goliardica Milano, 1973)].

ROTONDI, Giovanni. *Note esegetiche sulla stipulazione del servo ereditario*, *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1922, pp. 583-585.

SANFILIPPO, Cesare. *Studi sull'hereditas I*, *AUPA 17* (1937), pp. 142-187.

SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del Derecho romano actual*, 2ª ed., tomo V, Madrid, (trad. por Jacinto MESIA y Manuel POLEY de la versión alemana *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840).

SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del Diritto romano attuale*, vol. II, Torino, 1888, (trad. por Vittorio SCIALOJA de la versión alemana, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. II, Berlin, 1840).

SCACCHETTI, Maria Grazia. *Manumissione testamentaria e doloso depauperamento dell'eredità giacente. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, Milano, 1993.

SCADUTO, Gioachino. *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, *AUPA 8* (1922), pp. 1-74.

SCHERILLO, Gaetano. *Sulla stipulazione del servus e del filiusfamilias*, *Studi in onore di Pietro BONFANTE*, vol. IV, Milano, 1930, pp. 205-241.

SCHLOSSMANN, Siegmund. *L'acquisto del possesso per mezzo dei terzi secondo il Diritto romano e l'attuale*, Studi giuridici Vittorio SCIALOJA, vol. I (Diritto romano), 1ª parte, Roma, 1933, pp. 97-103. [= *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig, 1881].

SCHULZ, Fritz. *Die Lehre von den drei Momenten*, ZSS 35 (1914), pp. 112-128.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, (trad. por José SANTA CRUZ TEIGEIRO de la ed. inglesa *Classical Roman Law*, Oxford, 1951).

SOLAZZI, Siro. *Glosse a Gaio. Terza puntata. (II.147-190)*, SDHI VI (1940), pp. 320-356.

SOLAZZI, Siro. *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, Scritti di Diritto romano, vol. I, Napoli, 1955 [= pubblicato in *Memorie della R. Accademia delle Scienze*, vol. XI (serie III), Modena, 1911].

TALAMANCA, Mario. *Sul concorso fra legato e manomissione*, Milano, 1961.

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990.

VACCA, Letizia. *Ancora sul problema del procurator e della rappresentanza nell'acquisto del possesso*, RISG C (1973), pp. 261-281.

VAN WETTER, P. *Les Obligations en Droit romain*, 2º tomo, Gand-Paris, 1884.

VISMARA, Giulio. *Appunti intorno alla 'Heredis institutio' (I)*, Studi di storia e diritto in onore di Enrico BESTA, vol. III, Milano, 1937-1939, pp. 303-363.

VOCI, Pasquale. *Teoria dell'acquisto del legato secondo il Diritto romano*, Milano, 1936.

VOCI, Pasquale. *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946.

VOCI, Pasquale. *Voz Erede e eredità.I.- Diritto romano*, ED XV (1966), pp. 174-183.

VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1967.

VOCI, Pasquale. *Voz Legato a) Diritto romano*, ED XXIII (1973), pp. 707-719.

VOLTERRA, Edoardo. *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, (trad. por Jesús DAZA MARTINEZ del original *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma, 1961).

WATSON, Alan. *Acquisition of possession and usucapion per servos et filios*, LQR 78 (1962), pp. 205-227.

WIEACKER, Franz. Recensión crítica a la obra de NICOSIA, *L'Acquisto del possesso mediante i <<potestate subiecti>>*, IURA 12 (1961), parte 1ª, pp. 371-386.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*, vol. III, 1ª parte, Torino, 1904, (trad. por Carlo FADDA y Paolo Emilio BENZA de la ed. alemana, *Lehrbuch des Pandektenrechts*).

WLASSAK, Moriz. *Vindikation und Vindikationslegat*, ZSS 31 (1910), pp. 196-321.

ZAMORANI, Pierpaolo. *Possessio e animus I*, Milano, 1977.