

CAPÍTULO TERCERO RESPUESTAS

En este capítulo se recogen los textos del *Digesto* que contienen las respuestas de los juristas a los casos planteados, los cuales, se presentan en la versión castellana hecha por Alvaro d'Ors y otros.² Para facilitar la consulta, se coloca al principio un índice con las rúbricas de los títulos del *Digesto*, de los que proceden los fragmentos recogidos; de esta manera, los estudiantes podrán ver el índice e identificar los títulos donde están los fragmentos referentes al caso que se analiza. Los fragmentos se presentan indicando primero, el nombre del jurista y del libro del cual proceden; luego, la referencia numérica donde se encuentran en el *Digesto*; cuando se trata de fragmentos en los que el autor cita a otros juristas, se indican al principio los nombres de los juristas citados, seguido de la abreviatura *cit.*

Poner el nombre de los juristas al principio, sirve para que se perciba con mayor claridad que los fragmentos del *Digesto* son opiniones personales de estos y no fracciones o artículos de leyes. El nombre de los libros de donde proceden, se abreviaron como lo hizo el traductor de la versión castellana, de modo que, quien desee conocer el nombre completo de los mismos, podrá acudir al índice de juristas y libros de dicha versión (t. I, pp. 37 y ss.).

I. ÍNDICE DE LOS TÍTULOS DEL *DIGESTO* RECOGIDOS PARA EL PRESENTE TRABAJO

2,4: Sobre la citación a juicio.

2,7: Que nadie impida que el citado a juicio comparezca.

² d'Ors, Alvaro *et al.* *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, 1975.

- 2,8: Que los que deben dar garantía prometan con juramento, o se atengan a lo prometido.
- 2,15: Sobre las transacciones.
- 3,3: Sobre los procuradores y defensores.
- 4,2: Cuando se hubiese actuado por intimidación.
- 4,3: Sobre el dolo malo.
- 4,4: Sobre los menores de veinticinco años.
- 4,6: Por qué causas obtienen la restitución los mayores de veinticinco años.
- 4,8: Sobre los casos de responsabilidad asumida; que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia.
- 5,2: Del testamento inoficioso.
- 5,3: Sobre la petición de herencia.
- 6,1: De la reivindicatoria.
- 6,2: Sobre la acción real publiciana.
- 7,1: Del usufructo, y el modo de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos.
- 7,4: De qué modo se pierde el usufructo o el simple uso.
- 7,6: Si se pide el usufructo, o se niega que alguien lo tiene.
- 7,9: Sobre cómo dará caución el usufructuario.
- 8,1: De las servidumbres.
- 8,2: Sobre las servidumbres de los predios urbanos.
- 8,3: De las servidumbres de los predios rústicos.
- 8,4: Reglas comunes para las servidumbres tanto urbanas, como rústicas.
- 8,5: La vindicación de servidumbre y la acción negatoria.
- 8,6: Modos de extinción de las servidumbres.
- 9,2: La ley Aquilia.
- 9,3: Sobre los que hubieran vertido o arrojado cosas a la calle.
- 10,1: La acción de deslinde.
- 11,1: Sobre los interrogatorios ante el magistrado y las acciones interrogatorias.
- 11,7: Sobre los lugares religiosos, gastos y licitud del entierro.
- 12,1: Sobre las cosas prestadas, de cuando se pide una cosa determinada, y la condición.
- 12,2: Sobre el juramento, sea voluntario, necesario o judicial.

- 12,4: Sobre la condición de causa no correspondida.
12,5: Sobre la condición por causa inmoral o injusta.
12,6: Sobre la condición de lo indebidamente pagado.
13,1: Sobre la condición por hurto.
13,5: Sobre la cantidad constituida a plazo.
13,6: La acción de comodato, y la contraria.
13,7: Sobre la acción pignoratícia, y la contraria.
14,1: Sobre la acción ejercitoria.
14,3: Sobre la acción institutoria.
14,4: Sobre la acción tributaria.
14,6: Sobre el senadoconsulto macedoniano.
15,1: Sobre la acción de peculio.
15,3: Sobre la acción de provecho obtenido.
15,4: Sobre la acción de lo que se hizo con autorización.
16,3: La acción de depósito, y la contraria.
17,1: La acción de mandato, y la contraria.
17,2: La acción de socio.
18,1: Sobre la contratación de compra, los pactos concertados entre comprador y vendedor, y las cosas que no pueden ser vendidas.
18,5: Sobre la rescisión de la venta y sobre cuándo es lícito desistir de la compra.
18,6: Sobre los riesgos y ventajas de la cosa vendida.
19,2: Las acciones de locación y conducción.
19,5: Sobre las acciones de palabras prescritas y por el hecho.
21,2: Sobre la evicción y la estipulación del duplo.
22,3: Sobre las pruebas y presunciones.
23,3: Sobre el derecho de la dote.
23,4: Sobre los pactos dotales.
24,1: Sobre las donaciones entre cónyuges.
24,3: Como se pide (la restitución de) la dote al disolverse el matrimonio.
26,1: Sobre las tutelas.
26,2: Sobre la tutela testamentaria.
26,7: Sobre la administración y riesgo de los tutores o curadores, que hayan administrado o no; y sobre la demanda de uno o varios, o contra ellos.

26,9: ¿Cuándo pueden demandar o ser demandados los menores por un acto del tutor o curador?

26,10: Sobre los tutores y curadores sospechosos.

28,2: Sobre la institución o desheredación de los herederos descendientes, y los póstumos.

28,3: Sobre el testamento contra derecho, inválido o que resulta irrito.

29,2: De la adquisición y repudiación de la herencia.

30: Título (único), sobre los legados y fideicomisos I.

33,1: Sobre los legados (y fideicomisos) de pensión anual o mensual.

33,2: Sobre el legado o fideicomiso de uso, de usufructo, de rédito, de habitación y de servicios.

36,1: El senadoconsulto trebeliano y pegasiano.

36,2: Sobre cuándo cede el día (en que se adquiere el derecho) de los legados y fideicomisos.

37,4: De la posesión de los bienes (hereditarios) contra el testamento.

37,5: Sobre los legados que hay que cumplir cuando se ha pedido la posesión de los bienes (hereditarios), contra el testamento.

37,9: De la posesión que debe darse al que va a nacer, y su curador.

37,11: Sobre la posesión de bienes (hereditarios) conforme al testamento.

39,1: Sobre la denuncia de obra nueva.

39,5: Sobre las donaciones.

39,6: De las donaciones (y otras ventajas recibidas) a causa de muerte.

41,1: Sobre la adquisición de la propiedad de las cosas.

41,2: De la adquisición y pérdida de la posesión.

41,3: Sobre la usucapión y su interrupción.

41,4: “como comprador”.

41,5: “como heredero” y “como poseedor”.

41,6: “como donado”.

41,7: “como cosa abandonada”.

41,8: “como legado”.

41,9: “como dote”.

41,10: “como propio”.

- 42,1: De la cosa juzgada, sobre el efecto de las sentencias y sobre las interlocutorias.
42,2: Sobre los que confiesan en juicio.
42,3: Sobre la cesión de bienes (a los acreedores).
42,8: Sobre cómo debe restituirse lo hecho en fraude de acreedores.
43,16: De (los interdictos de) violencia y violencia con armas.
43,17: Del interdicto “tal como poseéis”.
43,21: Sobre el interdicto de reparación de acequias.
43,24: Del interdicto (de lo que se hace), con violencia o clandestinamente.
45,1: Sobre las obligaciones verbales.
45,2: De los estipulantes y promitentes solidarios.
46,1: Sobre los fiadores y mandantes de garantía.
46,2: De las novaciones y delegaciones.
46,4: Sobre la aceptilación.
46,7: De la caución de pagar la condena.
46,8: Sobre la caución de ratificación, y sobre la ratificación.
47,2: Sobre los hurtos.
47,10: De la acción de injurias y los libelos difamatorios.

II. FRAGMENTOS DEL *DIGESTO*

2,4: Sobre la citación a juicio

Ulpiano 5 ed., D 2, 4, 4, 1. *Dice el pretor: «Nadie cite a juicio sin mi permiso a un ascendiente, patrono, patrona, ni descendiente o ascendiente del patrono o patrona».*

Ulpiano 5 ed., D 2, 4, 10, 12. *Dice el pretor: «no sea citado a juicio ninguno sin mi permiso». Debe permitirlo si la acción por la que se demanda al patrono o a los ascendientes no es infamante ni resulta ultrajante, y todo ello, previa cognición de causa. Pedio admite, debe permitir que el patrono sea llamado a juicio por el liberto incluso en causa infamante, como cuando el patrono le infligió una grave injuria, como el haberle hecho azotar.*

Paulo 2 resp., D 2, 4, 16. *Se preguntó si un tutor en nombre de su pupilo, puede citar a juicio a su patrona sin permiso del pretor.*

Respondí que ese tutor de que se trata podía, sin permiso del pretor, citar a juicio a su patrona en nombre de su pupilo.

Gayo 1 *ad leg.* XII tab., D 2, 4, 18. *Es opinión general que no es lícito citar a nadie dentro de su propia casa, porque la casa es el más seguro refugio y asilo de cada uno, y el que entra en ella para citar a juicio parece violarla.*

Paulo 1 ed., D 2, 4, 19. *Bastante pena sufre ciertamente el que no se defiende y se oculta <dentro de su casa>, puesto que se pone a su adversario en posesión de sus bienes. Pero si deja entrar en su casa o se le encuentra en público, dice Juliano que se le puede citar a juicio.*

Ulpiano 5 ed., D 2, 4, 24. *Contra el que hubiese contravenido esto se dará una acción por cincuenta áureos; la cual no pasa al heredero, ni contra el heredero, ni se da después del año.*

2,7: Que nadie impida que el citado a juicio comparezca

Ulpiano 5 ed., D 2, 7, 5, 1. *Contra el que impidió por la fuerza la comparecencia se dará una acción por el hecho, por la cantidad, no del valor real, sino por cuanto el litigio a cuya comparecencia se impidió haya sido estimado por el demandante; y se añade esto para que se vea que aunque se tratase de alguien que litigaba por vejar al contrario, puede exigir esta pena <si se le impide comparecer al litigio>.*

Ulpiano 35 ed., D 2, 7, 6. *Aquel que impidió por la fuerza la comparecencia de un deudor, no libera al demandado aunque haya pagado, pues lo que paga es su pena.*

2,8: Que los que deben dar garantía prometan con juramento, o se atengan a lo prometido.

Ulpiano 5 ed., D 2, 8, 2, 5. *El pretor da acción en la cuantía del asunto contra el fiador que prometió que otro comparecería en juicio, lo cual ha de considerarse si se refiere al verdadero importe o a la cantidad <estimada por el demandante>; y es mejor que el fiador responda de la cantidad verdadera, salvo que hubiese aceptado ser fiador por determinada cantidad fija.*

Paulo 4 ed., D 2, 8, 4. *Si hubiese muerto el que había dado un fiador para comparecer en juicio, no deberá el pretor disponer*

que éste lo presente, y si lo hubiese dispuesto por ignorar la muerte o aquél hubiese muerto después del decreto del pretor y antes del término de comparecencia habrá de ser denegada la acción <contra el fiador>. Pero si hubiese muerto después del término de comparecencia o hubiese perdido la ciudadanía se puede demandar con éxito.

2,15: Sobre las transacciones

Escévola, 1 dig., D 2, 15, 3 pr. *Los emperadores Antonino <Pío> y Vero dispusieron por rescripto <lo siguiente>: «Es indudable que los pactos privados no pueden lesionar el derecho de los demás. Por lo cual, en la transacción que se hizo entre el heredero y la madre del difunto, no puede considerarse invalidado el testamento, ni extinguidas las acciones que tienen los manumitidos <en el testamento> o los legatarios. Por lo tanto, todo lo que reclamasen por la acción del testamento deben reclamarlo al heredero instituido, el cual al hacer la transacción sobre la herencia, o bien se hizo dar garantía respecto a las cargas de la herencia, o bien, si no lo hizo, no debe hacer recaer su negligencia en perjuicio de otros».*

Ulpiano 46 Sab., D 2, 15, 4. *La estipulación Aquiliana hace novación de todas las precedentes obligaciones y las extingue, y ella misma se extingue por acceptilación. Así se viene practicando. Por tanto también los legados dejados bajo condición pueden ser objeto de una estipulación Aquiliana.*

Papiniano 1 de fin., D 2, 15, 5. *Cuando se interpone una estipulación Aquiliana, la cual se hace por el consentimiento, los litigios acerca de los cuales no se hizo mención, continúan en su mismo estado, pues la interpretación de los jurisconsultos impidió una liberalidad capciosa.*

Ulpiano 7 disput., D 2, 15, 7, 1. *Si un fiador hubiese sido demandado y condenado, y luego el deudor transigiese con aquél a favor del cual el fiador había sido condenado, se pregunta si vale la transacción; y creo que sí vale, como si se hubiese extinguido toda la causa, tanto contra el deudor como contra el fiador. Pero si el mismo fiador, al ser condenado, transigió, aunque la transac-*

ción no extingue la cosa juzgada, sin embargo debe deducirse de la cosa juzgada lo que se dio.

Papiniano 2 quest., D 2, 15, 17. *El vendedor de una herencia, transferidas ya las acciones al comprador, hizo una transacción con un deudor hereditario que ignoraba que la herencia había sido vendida. Si el comprador de la herencia quiere reclamar de éste la deuda, ha de ser concedida al deudor, a causa de su ignorancia, la excepción de negocio transigido. Lo mismo se ha de responder en el caso del que recibió una herencia fideicomisaria, si el heredero hubiese hecho transacción con un deudor ignorante del fideicomiso.*

3,3: Sobre los procuradores y defensores

Ulpiano 7 ed., D 3, 3, 8, 3. *Dice el pretor: «Obligaré que acepte el juicio el procurador designado para defender un litigio y por el cual, contando con su conformidad, declaró el titular que pagaría la condena». Mas no deberá ser obligado si tiene algún motivo; por ejemplo, si medió enemistad mortal entre el procurador y el titular; escribe Juliano que debe denegarse la acción contra el procurador; o si éste debiera estar ausente por causa pública.*

Ulpiano 1 disput., D 3, 3, 28. *Si mi procurador hubiese recibido caución de que el demandado pagaría la condena, tengo yo una acción útil a causa de la estipulación, lo mismo que se me concede la acción ejecutiva, y aunque mi procurador haya demandado, a causa de aquella estipulación, contra mi voluntad, se me concederá no obstante la acción a causa de la estipulación; por lo cual, si mi procurador demanda con la acción de lo estipulado, debe ser rechazado mediante una excepción, lo mismo que cuando ejercita la acción ejecutiva, sin haber sido designado procurador en interés propio ni designado procurador para aquel asunto. Por el contrario, si mi procurador hubiese prestado caución de pagar la condena, no se da contra mí la acción a causa de lo estipulado, y si mi defensor hubiera dado la caución, no se da contra mí aquella acción, porque tampoco puede ejercitarse contra mí la acción ejecutiva.*

Ulpiano 9 ed., D 3, 3, 40, 2. *También el defensor del demandado por una acción real, además de la acostumbrada caución*

de cumplir la condena, debe dar caución de que se ratificará lo que hizo. ¿Qué se dirá si en este juicio se sentenciase que la cosa es mía y, al regresar el titular cuyo defensor había intervenido, quisiera reivindicar el fundo? ¿Acaso no parecerá que no ratifica la condena? Finalmente si hubiese intervenido un verdadero procurador <con mandato> o él mismo, estando presente, hubiese llevado su propio litigio y hubiera sido vencido, sería rechazado con la excepción de cosa juzgada si quisiera reivindicar de mi la cosa; así lo escribe Juliano 5<1> dig., porque cuando se falla que la cosa es mía se declara a la vez que no es suya.

Juliano 5 ex Min. D 3, 3, 76. Como defensor de un ausente, dio Ticio la garantía, y antes de aceptar el juicio, dejó de ser solvente el deudor; por cuya causa negaba el defensor que debiera darse el juicio contra él. Pregunto si acaso se le debe conceder esto, Juliano respondió: el defensor, una vez que dio la garantía debe ser considerado como si fuera el titular, y no le favorecería mucho el pretor al no obligarle a aceptar el juicio, puesto que el demandante podría dirigirse contra los fiadores del defensor y éstos a su vez, habrían de conseguir de aquél lo que por él hubiesen pagado.

4.2: Cuando se hubiese actuado por intimidación

Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 7, 1. Por ello, si sorprendido alguien en hurto, adulterio u otro delito, dio algo o se obligó, acertadamente escribe Pomponio 28 <ed.>, que está comprendido en este edicto, pues temía la muerte o la prisión. Aunque no sea lícito matar a todo adúltero, o al ladrón, a no ser que se defienda con armas, podían ser muertos, aunque fuera sin derecho, y por ello se considera justo su miedo. Y si alguien hubiese dado alguna cosa con la finalidad de que no le delatase el que lo hubiese sorprendido, parece que debe protegerse por este edicto, porque, si hubiese sido delatado, habría sufrido lo que hemos dicho.

Pomponio (cit) y Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 9, 1. Se debe advertir, sin embargo, que en este edicto el pretor habla en términos generales y objetivamente, sin añadir quién sea el autor de la coacción, y por ello se aplica este edicto tanto si es una persona particular la

que causa la intimidación, como el pueblo, la curia, una asociación o corporación. Pero aunque el pretor tenga en cuenta la violencia hecha por cualquiera, dice elegantemente Pomponio que, si yo hubiese recibido algo de ti o te obligase conmigo para que yo te defendiera o librara de la violencia de los enemigos o de unos atracadores o de una población, no debo quedar sujeto a este edicto, a no ser que yo hubiera movido esta fuerza contra ti; pero si yo soy ajeno a la violencia no debo quedar obligado, pues parece que no hice más que cobrar el pago de mi trabajo.

Pomponio (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 9, 3. *Pero veamos cómo debe entenderse lo que dice el pretor de que él no lo considerará «válido». Y ciertamente puede darse que el negocio no se haya llevado a efecto, aunque haya intervenido intimidación, por ejemplo, cuando la estipulación no fue seguida del pago efectivo; o que se llevase a efecto el negocio, por ejemplo, si después de la estipulación se paga efectivamente, o si por intimidación se canceló una deuda por aceptilación o aconteciese algo semejante que viniese a realizar el negocio. Y escribe Pomponio que en los negocios totalmente realizados compete tanto la excepción a veces como la acción, pero en los no realizados sólo la excepción. De hecho, sé que cuando los campanos arrancaron a uno por violencia el documento de una pública promesa, nuestro emperador <Caracala> dispuso por rescripto que podía solicitar del pretor la restitución total, y el pretor, siendo yo asesor suyo, decidió por providencia que si quería reclamar contra los Campanos tenía la acción propuesta <en el Edicto>, y si prefería oponer una excepción, no le faltaba la excepción contra los que le demandaron. De esta constitución se desprende que, haya sido o no realizado el negocio, se da no sólo la acción, sino también la excepción.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 9, 5 y 6. *Opina Juliano <4> dig, que quien recibió la posesión de una cosa coaccionando con intimidación, no solo debe devolverla sino también dar la caución de dolo. (6) Sin embargo, aunque estimemos que se debe dar la acción real porque la cosa sigue estando en el patrimonio del que sufrió la coacción, no sin razón se dirá que, si alguien hubiese ejercitado la acción <por la intimidación> al cuádruplo, se extingue la acción real y viceversa.*

Juliano y Marcelo (cit) y Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 9, 8. *Siendo ésta una acción referida a la cosa, que no persigue <sólo> a la persona que ejerce violencia, y que se da contra todos para conseguir la restitución de lo que se hizo a causa de intimidación, no sin razón critica Marcelo a Juliano cuando escribe que si un fiador ejerce violencia para que se le libere mediante aceptilación, no se ha de restituir la acción contra el deudor sino que el fiador debe ser condenado por el cuádruplo, a no ser que restituya la acción contra el deudor; pero es más cierto lo que observa Marcelo: que también procede esta acción contra el deudor principal, por tratarse de una acción referida a la cosa.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 12, 2. *Dice Juliano que el que coaccionó a su deudor para que le pagase no está obligado en virtud de este edicto, por la propia naturaleza de la acción a causa de la intimidación, que exige que se haya causado daño, aunque no puede negarse que el acreedor había incurrido en lo que dispone la ley Julia sobre la violencia, y que perdió su derecho de crédito.*

Calístrato 5 cogn. D 4, 2, 13. *Pues existe una sentencia del emperador Marco Aurelio, de consagrada memoria, en estos términos: «Es mejor, si estimas que tienen unas peticiones que hacer, que ejercites las <oportunas> acciones. Como alegase Marciano: no ejercí violencia, dijo el César ¿Crees tú que hay violencia solo si resultan hombres heridos? También hay violencia cuando uno exige sin acudir al juez lo que cree que se le debe. Así, pues, si me probase que alguno posee temerariamente o ha recibido alguna cosa de su deudor; incluso una cantidad debida, que no le fue espontáneamente dada por el mismo deudor, sin intervención del juez, y que se tomó la justicia por su propia mano, perderá su derecho de crédito».*

Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 14, 1 y 2. *Si alguien <obligado por este edicto> no restituyera, el pretor promete contra él una acción por el cuádruplo: se cuadruplicará, por tanto, todo lo que debió restituirse. Con bastante clemencia actuó el pretor para con el demandado dándole la facultad de restituir si quiere evitarse la pena. Pero, después de un año, el pretor promete la acción por lo debido, aunque no siempre, sino previa cognición de causa. (2) En la cognición de*

causa se trata de ver si no hay otra acción, para dar entonces ésta; ciertamente, si después de transcurrir el año, un año útil, hubiese quedado olvidado el daño causado por la intimidación debe existir causa bastante para que, después de un año, deba concederse esta acción. Pero puede existir otra acción en estos casos; si hubiese fallecido el que sufrió la violencia, su heredero tiene la acción de petición de herencia, ya que <la petición de herencia se puede dirigir contra> el que ejerció la violencia porque posee «como poseedor»; por ello no tendrá el heredero la acción por causa de intimidación, aunque si lo permite el plazo de un año, podrá también el heredero ejercitar la acción por el cuádruplo.

Pedio, Viviano (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 2, 14, 5. Sin embargo, ocurre a veces que, aunque se diga que [no] hubo intimidación, el juicio conduce a la absolución del demandado, porque ¿qué sucederá si Ticio, sin mi conocimiento, causó ciertamente la intimidación y la cosa llegó a mi poder pero ha perecido sin dolo por mi parte? ¿acaso no he de ser absuelto por ministerio del juez? Si un esclavo se dio a la fuga, igualmente deberé ser absuelto con tal de dar caución ante el juez de que lo restituiré si vuelve bajo mi potestad. Por ello estiman algunos que el comprador de buena fe que adquirió alguna causa del que ejerció la violencia no queda obligado <por este edicto>, ni tampoco el donatario ni el legatario. Pero muy acertadamente opina Viviano que también éstos quedan obligados para no salir yo perjudicado por la intimidación que padecí. También escribe Pedio 8 <ed.>, que la resolución del juez respecto a la restitución de la cosa debe ser en el sentido de que disponga que la restituya el que causó la violencia, aunque la cosa haya pasado a otro, y aquel a cuyo poder fue, aunque la intimidación haya sido causada por otro, porque la intimidación causada por uno no debe convertirse en premio para el otro.

4,3: Sobre el dolo malo

Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 1, 7. Si teniendo alguien una acción civil u honoraria, la hubiese extinguido por aceptación, previa novación estipulatoria, o por cualquier modo, no podrá demandar por la ac-

ción de dolo malo, pues tenía otra acción, al menos que hubiese sido objeto de maquinación con dolo malo al perder la acción.

Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 5. *Por tanto, si algún pupilo hubiese sido engañado por Ticio, con la intervención y complicidad de su tutor, no debe tener el pupilo la acción de dolo contra Ticio, porque tiene la acción de la tutela para conseguir con ella lo que le interesa. Claro que si el deudor no fuera solvente, ciertamente se ha de decir que debe concedérsele la acción de dolo.*

Pomponio y Juliano (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 7 pr. *Elegantemente interpreta Pomponio las palabras «si no hay otra acción» en el sentido de que no pueda conservar de otro modo la cosa aquél a quien pertenece. Y no parece que contradice esta opinión lo que escribe Juliano, <4 dig.> de que si un menor de veinticinco años engañado por el consejo de su esclavo lo hubiese vendido con su peculio, y el comprador lo hubiese manumitido deberá darse contra el manumitido la acción de dolo (pues esto lo entendemos en el sentido de que el comprador no obró con dolo, de forma que no puede quedar obligado con la compra) o es nula la venta si fue engañado el menor precisamente para hacerle vender. Y que se trate de un menor no trae como consecuencia la restitución total, porque contra un manumitido no puede haber ninguna restitución total.*

Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 7, 4 y 5. *Si el dueño mató un esclavo cuyo uso pertenecía a otro, está sujeto a la acción de la ley Aquilia y a la acción exhibitoria, si lo mató el propietario que lo poseía y por ello cesa la acción de dolo. (5) Igualmente, si el heredero hubiese matado, antes de aceptar la herencia, a un esclavo legado a otro: puesto que fue muerto antes de que se hiciera del legatario, cesa la acción de la ley Aquilia, pero cualquiera que hubiese sido el tiempo en que lo hubiese matado cesa también la acción de dolo, pues procede la acción del testamento.*

Pomponio (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 7, 8. *Un esclavo consiguió que alguien se hiciera deudor frente al dueño del precio pactado por su libertad con la condición de que, después de la manumisión asumiría él la obligación; una vez manumitido no quiso asumir la obligación. Escribe Pomponio que tiene lugar la acción de dolo. Pero si dependió del patrono el que la obligación no se*

transfiriera, añade que debe decirse que el patrono ha de ser rechazado mediante excepción por el deudor demandado. Pero yo me pregunto ¿cómo se dará la acción de dolo habiendo otra acción? A no ser que se diga que como el patrono puede ser rechazado por la excepción si demanda al deudor, debe sostenerse que, siendo como nula la acción que puede rechazarse por una excepción, ha de concederse la acción de dolo; en efecto es rechazado el patrono si no quiso aceptar como obligado por novación el esclavo manumitido. Es claro que debe darse al que se hizo deudor por novación la acción de dolo contra el esclavo manumitido, y, si no es solvente el deudor por novación, debe concederse la acción al dueño.

Pomponio (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 7, 10. *Cuenta el mismo Pomponio que el pretor Cecidiano no había concedido la acción de dolo contra el que había afirmado que era solvente la persona a quien se iba a prestar dinero, y con razón, porque es cierto que la acción de dolo no debe concederse sino por un engaño pleno y evidente.*

Gayo 4 ed. prov., D 4, 3, 8. *Pero si tú sabías que el carecía de bienes y me afirmaste, con ánimo de lucro, que era solvente, con razón se me ha de conceder contra ti la acción de dolo porque me recomendaste en falso a otro con ánimo de defraudarme.*

Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 9, 1. *Pero si me hubieses persuadido para que repudiase la herencia, como si ésta fuere insolvente, o a que optase por un determinado esclavo, como si no existiese otro esclavo mejor entre los de la herencia, digo que se ha de dar la acción de dolo, si lo hubieses hecho con malicia.*

Labeón, Pomponio (citados) y Ulpiano 11 ed., D 4, 3, 9, 3. *Escribe Labeón, 37 post., que si Ticio reclamase como suyo aceite tuyo y tú lo hubieses depositado en poder de Seyo para que éste lo vendiese y guardase el precio hasta que se decidiese de quién de vosotros era el aceite, y Ticio no quisiese aceptar el litigio, has de ejercitar contra Ticio la acción de dolo, porque no pueden demandar a Seyo ni con la acción de mandato ni con la acción secuestraria, por no haberse cumplido todavía la condición del depósito. Pero dice Pomponio, 27 <ed.> que pude demandar al secuestrario con la acción de palabras prescritas o, si éste no fuese solvente, contra Ticio con la acción de dolo; distinción ésta que parece ser cierta.*

4.4: Sobre los menores de veinticinco años

Ulpiano 11 ed., D 4, 4, 3, 2. *Sé que también algunas veces ha ocurrido lo siguiente: Un menor de veinticinco años había intervenido en la herencia paterna y, al llegar a la mayoría de edad había reclamado algo de los deudores de su padre, y después pretendía la restitución total para poder abstenerse de la herencia paterna; se le objetaba el hecho de que siendo ya mayor parecía haber aprobado lo que aceptó siendo menor; decidimos, sin embargo, que debía concedérsele la restitución total, atendiendo al inicio de su actuación <como menor>.*

Ulpiano 11 ed., D 4, 4, 3, 5. *Por consiguiente, creo que se ha de conceder también la restitución a la hija de familia engañada en la dote, si consiente con su padre cuando éste estipula la dote en un momento posterior a la constitución de la misma o presenta a alguien que estipule la dote, porque la dote es un patrimonio propio de la hija.*

Marcelo (cit.) y Ulpiano 11 ed., D 4, 4, 3, 11. *El esclavo menor de veinticinco años de ninguna manera podrá obtener la restitución, porque se atiende a la persona del dueño, quien deberá sufrir las consecuencias por haber confiado el asunto a un menor. Por lo cual, si se hubiese contratado por medio de un impúber, habrá de decirse lo mismo, como escribe también Marcelo, 2 dig.*

Ulpiano 11 ed., D 4, 4, 7 pr-2. *Dice el pretor «el negocio que se alegue haberse hecho». Entendemos por «negocio hecho» de cualquier clase que sea, ya sea un contrato ya haya mediado otro acto. (1) Por tanto, si el menor compró alguna cosa, si la vendió, si formó una sociedad, si recibió una cantidad prestada y resultó engañado se le auxiliará. (2) También si le hubiese pagado una cantidad un deudor de su padre, o por uno propio, y perdió el dinero, debe decirse que se le ha de socorrer, como si se hubiese hecho un negocio con él. Por ello, si el menor demanda a su deudor, deberá presentar a sus curadores, para que se le pague la cantidad; de otro modo, no puede obligar al deudor a que pague. Pero hoy suele depositarse el dinero en un templo, como escribe Pomponio 28 <ed.>, a fin de que ni el deudor se vea cargado con el pago de más intereses <morato-*

rios> ni el acreedor menor de edad pierda el dinero, o también suele pagarse a los curadores, si los hay. Por una constitución imperial se permite también al deudor que exija del adolescente solicite le nombren unos curadores. Si el pretor decretase que se pague la cantidad al menor, sin intervención de curadores, y se la hubiesen pagado ¿puede el deudor considerarse seguro? Puede dudarse de esto, pero creo que si se le obliga a pagar a pesar d haber hecho constar que <el acreedor> era menor de edad, nada debe imputársele, a no ser si acaso alguien cree que el deudor debió apelar como si fuera contra una injusticia. Creo, en fin, que el pretor no deberá atender a este menor que solicitase la restitución total.

Ulpiano 11 ed., D 4, 4, 7, 8. En esto que se dice de que también se debe auxiliar a los menores para <que no pierdan> un lucro, se preguntó, en caso de que se hubiese vendido una cosa del menor y hubiera quien pujase más por ella, si habrá de obtener el menor la restitución total por el lucro <dejado de percibir>. Y todos los días les conceden los pretores la restitución para que se haga la subasta de nuevo. Lo mismo hacen los pretores respecto de aquellas cosas que se les deben conservar. Lo que se deberá hacer con moderación, pues si no nadie acudirá a comprar bienes de pupilos, ni aun cuando se vendan <por un contrato ordinario> de buena fe; y debe aprobarse prudentemente, para todo lo que está más expuesto a un riesgo fortuito, que no debe auxiliarse al menor contra el comprador, a menos que se demuestre la avaricia o evidente interés de los tutores o curadores <que autorizan el contrato>.

4,6: Por qué causas obtienen la restitución los mayores de veinticinco años

Neracio (cit.) y Ulpiano 12 ed., D 4, 6, 15, 3. Las palabras «con posterioridad», que puso sin más el pretor en su edicto deben entenderse de forma que si la tenencia del poseedor de buena fe se hubiese iniciado antes de la ausencia <del propietario>, y hubiese concluido <el plazo adquisitivo> después de su regreso, tendrá aplicación el auxilio de la restitución, pero no siempre, sino sólo si esto ocurre en un corto espacio de tiempo después que regresó,

es decir, mientras alquila una vivienda, arregla el equipaje y busca abogado; pues escribe Neracio que el que difiere la <solicitud de la> restitución no debe ser ya atendido.

Labeón, Juliano, Pomponio (cit.) y Ulpiano 12 ed., D 4, 6, 17, 1. *Escribe Labeón, y aprueban su opinión Juliano, 4 <dig.> y Pomponio 31 <ed.>, que aquel a quien se hubiese hecho un legado de esta forma: «o para cada año que estuviese en Italia» ha de obtener la restitución para poder adquirirlo, como si hubiese estado en Italia; porque no pasó el plazo de la acción, dentro del cual era necesario el auxilio del pretor, sino que la condición <de hallarse e Italia> se considera implícita en la misma causa <del derecho del legatario>.*

Ulpiano 12 ed., D 4, 6, 21pr. *«Asimismo» -dice el pretor- «si se hubiese adquirido algo por usucapión o se hubiese recuperado lo perdido por falta de uso, o se hubiese liberado alguien de alguna acción por haber prescrito, a consecuencia de que el ausente no se defendiese en juicio». El pretor introdujo esta cláusula edictal para que así como socorre a las personas indicadas a fin de que no sean perjudicadas, así también auxilia contra las mismas para que ellas no perjudiquen a nadie.*

Paulo 12 ed., D 4, 6, 22pr. *Ha de saberse, pues, que este edicto no tiene aplicación más que si hubiesen sido interrogados los amigos del ausente acerca de si querían defenderle en juicio, así como si no hubiese nadie a quien interrogar. Así, se considera que el ausente no se defiende cuando el demandante requiere la defensa de propia iniciativa, y nadie se ofrece para defender al ausente; lo que conviene hacer mediante testigos.*

4,8: Sobre los casos de responsabilidad asumida; que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia

Pomponio (cit.) y Ulpiano 13 ed., D 4, 8, 11, 2. *Lo que dice el pretor de «mediando una cantidad comprometida como pena», debemos interpretarlo, no en el sentido de que una y otra parte se hubiesen prometido recíprocamente una pena pecuniaria, sino también si se hubiesen prometido otra cosa a modo de pena, para*

el caso de que alguno no hubiese acatado la sentencia del árbitro; y así lo escribe Pomponio. ¿Qué se dirá pues cuando las cosas hubiesen sido depositadas en poder del árbitro, con el pacto de que las diera al que resultara vencedor, o de que diera aquella cosa, si no se cumpliese la sentencia? ¿Deberá ser obligado el árbitro a dictar sentencia? Y yo opino que sí, y lo mismo también si se deposita en su poder con ese fin una cantidad determinada. Por lo tanto, también si uno hubiese prometido al estipulante una cosa y otro dinero, el compromiso es válido y se obligará al árbitro a dictar sentencia.

Celso (cit.) y Ulpiano 13 ed., D 4, 8, 17, 7. *Escribe Celso, 2 dig., que si el compromiso hubiera sido para tres árbitros, basta ciertamente la conformidad de dos, siempre que también el tercero hubiese estado presente, pues, estando él ausente, aunque los otros dos estuviesen conformes, no es válido el arbitraje, porque el compromiso fue de que fueran árbitros más personas, y pudo la presencia del tercero atraerlos a su parecer.*

Celso, Próculo (cit.) y Ulpiano 13 ed., D 4, 8, 23, 1. *Añade el mismo Celso que, en caso de que el árbitro hubiera dispuesto que yo te dé una cosa, y tú, por enfermedad u otra justa causa, estuvieras impedido para recibirla, estima Próculo que no se incurre en pena, ni aunque después del primero de mes, y hallándote tu dispuesto a recibirla, yo no te la diera; pero con razón opina el mismo Celso que son dos los preceptos del árbitro, uno que se dé el dinero, otro, que se dé antes del primero de mes, y así aunque no incurras en la pena por el hecho de no haber dado antes del primero de mes, ya que por ti no quedó, sin embargo, infringes el último precepto, por no dar.*

Ulpiano 13 ed., D 4, 8, 29. *Se incumple la sentencia del árbitro cuando se reclama de quien el árbitro prohibió que se reclamara. ¿Pero diremos que se incurre en la pena si se reclama del fiador? Y creo que sí, y así lo escribe Sabino, porque de hecho (en Griego: te dinamei) reclama del deudor. Pero si contrajo el compromiso con el fiador, y se pidiera al deudor, no se incurrirá en la pena, salvo que afectara al fiador.*

5,2: Del testamento inoficioso

Papiniano (cit.) y Ulpiano 14 ed., D 5, 2, 8, 5. *Pero tampoco puede acusar la madre por inoficioso el testamento de su hijo impúber, porque el padre fue el que lo hizo (así responde Papiniano <2 resp.>); tampoco puede acusarle el hermano del padre, porque el testamento es del hijo; por lo tanto tampoco el hermano del impúber, si no acusó también el testamento del padre; y si venció en la querella contra el testamento del padre, tampoco valdrá el testamento del hijo impúber, a no ser que el del padre haya sido rescindido en parte, porque entonces vale el testamento del hijo.*

Ulpiano 14 ed., D 5, 2, 8, 10. *Si el testador mandó al heredero que cumpliera una condición en la persona del hijo o en la persona de otro, habrá de verse si quien podía ejercitar la misma querella y aceptó la herencia a sabiendas <de la condición impuesta>, no queda excluido de la querella, pues aceptó la voluntad del testador; y lo mismo si el legatario o el manumitido bajo condición le dio algo. Puede decirse que queda excluido, sobre todo si había dispuesto que el heredero le diera algo; pero si había de dárselo el legatario, ¿acaso una vez que ha lugar la querella por testamento inoficioso no podrá eliminarla el ofrecimiento por parte del legatario? ¿Por qué, pues, nos referimos exclusivamente al heredero? Porque antes de adida la herencia ni siquiera nace la querella. Yo creo que en esta materia hay que proceder con arreglo a la eventualidad que se presente, de suerte que, si se le hace el ofrecimiento de lo dejado antes de que ejercite la querella, se entiende haber cumplido conforme a la voluntad del testador.*

Ulpiano 14 ed., D 5, 2, 8, 11. *De aquí que si alguno fue instituido en la mitad de la herencia, teniendo derecho a la sexta parte de los bienes del testador, y se le hubiese rogado que después de cierto tiempo entregase a otro la herencia, con razón se ha de decir que no <debe> intentar la querella, porque puede retener la porción que le correspondía con sus frutos, ya que no se ignora que los frutos suelen imputarse a la cuarta Falcidia.*

Ulpiano 14 ed., D 5, 2, 8, 14. *Hay que tener presente que quien atacó injustamente un testamento como inoficioso y no triunfó en*

el litigio, pierde lo que recibió en virtud del testamento, y se atribuye al fisco como si se privara de ello a persona indigna. Pero solamente se le quita lo que se le dejó en el testamento aquel que hubiese perseverado en el litigio injusto hasta el momento de dictar sentencia, pues si desistió o murió antes de la sentencia, no se le quita lo que se le dejó; por lo cual si estando él ausente se falla a favor de la parte que se halla presente, puede decirse que conservará lo que recibió.

Paulo (cit.) Scaevola 3 resp., D 5, 2, 13. *Ticia instituyó heredera a su hija, concedió un legado a su hijo y en el mismo testamento dispuso lo siguiente: «todo lo que arriba dispuse que se dé y que se haga, quiero que se dé y que se haga por todo el que fuese mi heredero o poseedor de mis bienes, aunque lo fuere abintestato. También dispongo por fideicomiso que se den y se hagan las cosas que yo hubiese dispuesto que se diesen <o hiciesen>». Se preguntó si la hermana hubiese prevalecido ante el tribunal de los centunvirov ¿se deberán los fideicomisos en virtud de la cláusula antes transcrita? Respondí que, si lo que se pregunta es si se pueden dejar fideicomisos a cargo de aquéllos que alguien crea que le han de suceder abintestato como herederos o como poseedores de sus bienes, la contestación era que podían. Nota de Paulo: dice, sin embargo, que <en este caso> tampoco se deben los fideicomisos hechos por el que fallece sin testamento, como si se tratase de un demente.*

5,3: Sobre la petición de herencia

Paulo 16 ed., D 5, 3, 9. *Se ha de establecer como regla general que solo puede demandarse por la petición de herencia al que posee el derecho <hereditario> o un objeto de la herencia como tal heredero o como simple poseedor.*

Arriano, Próculo (cit.) y Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 11pr. *Posee como tal heredero el que cree que es heredero. Pero se pregunta si acaso posee como heredero el que sabe que no es heredero y escribe Arriano, 2 interdictis, que puede ser demandado; regla que seguimos, como escribe Próculo. También el poseedor de bienes hereditarios se entiende que posee como heredero.*

Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 11, 1. *En cambio, posee como simple poseedor y no como heredero el poseedor de mala fe.*

Ulpiano 67 ed., D 5, 3, 12. *El cual al ser interrogado por qué causa posee respondería «porque poseo»...*

Ulpiano 15 ed D 5, 3, 13pr. *Ni puede alegar causa alguna de posesión; por tanto, el que hurta y el que roba, pueden ser demandados por la petición de herencia.*

Cayo Casio (cit.) y Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 13, 4. *Qué ha de decirse en el caso de que uno hubiese comprado la herencia? ¿Acaso deberá concederse contra él una petición útil de herencia para que no se le moleste con acciones particulares? Porque es cierto que se puede demandar al vendedor; pero supón que no se encuentra el vendedor o que la hubiese vendido por un precio módico y hubiese sido poseedor de buena fe, ¿deberán echar mano del comprador? Cayo Casio opina que debe concederse una acción útil contra el comprador:*

Marcelo (cit.) y Ulpiano, 15 ed., D5, 3, 13, 10. *Dice Marcelo, 4 dig., que si una mujer dio en dote una herencia, el marido ciertamente posee la herencia como dote, pero que puede ser demandado por la petición útil de herencia; y escribe Marcelo que también la misma mujer puede ser demandada por la petición directa de la herencia, sobre todo después de quedar divorciada.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 16, 4: *Escribe Juliano, 6 dig. que si el que posee a título de heredero hubiese sido expulsado por la fuerza, puede pedirsele la herencia como a poseedor del derecho, porque tiene a su favor el interdicto «de donde por la violencia», que debe ceder al vencedor en el litigio, pero también puede ser demandado por la petición de herencia el que le expulsó, porque posee los bienes de la herencia como simple poseedor.*

Labeón, Octaviano (cit.) y Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 18pr. *Ha de verse también si puede ser demandado por la petición de herencia el poseedor de la misma que la vendió por mediación de un banquero y perdió por éste el importe del precio, ya que nada tiene y nada puede conseguir. Y opina Labeón que sí, porque el haberse fiado indebidamente del banquero fue a su riesgo; pero dice Octaviano que no tiene que entregar más que sus acciones, y que sólo por*

esas acciones se le puede demandar con la petición de herencia; yo admito la opinión de Labeón siempre que el poseedor sea de mala fe; en cambio, respecto del otro que es poseedor de buena fe, parece que debe seguirse la opinión de Octaviano.

Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 18, 2. *Véamos ahora qué cosas vienen comprendidas en la petición de herencia. Pareció procedente que se comprendieran en esta acción todas las cosas de la herencia ya fuesen derechos ya cosas corporales,*

Paulo 20 ed., D 5, 3, 19pr. *Y no solamente las cosas corporales que son de la herencia, sino también las que no son hereditarias, pero de las cuales responde el heredero, como las cosas dadas en prenda al difunto, o en comodato, o depositadas en poder de éste.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 15 ed, D 5, 3, 20, 1. *Pero no todas las cosas que se compraron con dinero de la herencia van comprendidas en la petición de herencia; en efecto, escribe Juliano, 6 dig., que si el poseedor hubiese comprado un esclavo con dinero de la herencia y le fuera reclamada la herencia, se comprende en la petición si fue necesario para la herencia que se comprase, mas si lo compró solo por su interés particular, se comprende en la petición el precio.*

Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 20, 3. *Asimismo se comprende en la petición de herencia, no solo las cosas que existían al momento de la muerte, sino los aumentos que posteriormente se agregaron a la herencia, porque la herencia fue susceptible tanto de aumento como de disminución. Pero aquellas cosas que se agregaron después de adida la herencia, creo que, si son causadas realmente por la misma herencia, corresponden a ésta, pero si se producen por causas extrínsecas no, porque acceden a la persona del poseedor. Los frutos, en cambio, aumentan siempre la herencia, ya se hubiesen producido antes o después de adida la misma: también los hijos de las esclavas <hereditarias> aumentan sin duda alguna la herencia.*

Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 20, 12. *Esto respecto a los poseedores de buena fe, porque el senado se expresó en estos términos: «los que se hubiesen creído herederos». Pero si alguno vendió a sabiendas de que la herencia no le pertenecía, sin duda entran en la petición de herencia las cosas mismas y sus frutos y no los precios de las mis-*

mas. Mas el emperador Septimio Severo, en su epístola a Celer, parece haber establecido lo mismo también para los poseedores de mala fe; con todo el senado habló de los que se creen herederos; a no ser que nos referimos a aquellos objetos que era oportuno se vendieran y que gravaban la herencia más que resultaban de provecho; en cuyo caso queda al arbitrio del demandante la estimación que haya de hacer contra el poseedor de mala fe: si debe referirse a la cosa y a sus frutos, o al precio y los intereses posteriores al inicio de la controversia.

Juliano (cit.) y Ulpiano 15 ed., D 5, 3, 20, 18. *Pero si <el poseedor de buena fe> vendió una cosa y, al ser ésta objeto de evicción restituyó el precio cobrado, no se considerará haber conseguido tal precio, por más que también puede decirse que ni desde el principio estaba comprendido el precio, porque la cosa vendida no pertenecía a la herencia. Aunque el senado habla de cosas vendidas procedentes de la herencia y no de cosas de la herencia, sin embargo no debe restituirse <en ese caso>, porque nada queda en su poder. Pues también escribe Juliano, 6 dig., que el poseedor no debe restituir lo que cobró indebidamente, como tampoco ha de imputar lo que pagó sin ser debido.*

Paulo 20 ed., D 5, 3, 22. *Si el poseedor de buena fe tuviera tanto la cosa como el precio, por ejemplo porque hubiera vuelto a comprar la cosa que vendió, ¿deberá ser oído si quisiera dar la cosa y no el precio? Tratándose de un poseedor de mala fe, decimos que la elección debe corresponder al demandante. Ha de verse si en este caso el poseedor debe ser favorablemente oído, cuando quiere entregar la cosa aunque se haya deteriorado, en vez de atender al demandante que reclama el precio, como si fuera una reclamación atrevida, o si acaso debe restituir aquello que ganó en el precio, por haberse enriquecido con ello. En la propuesta al senado del emperador Adriano, de consagrada memoria, se dice así: «Examinad, señores senadores, si es más justo que el poseedor no se enriquezca, y deba restituir el precio que por la venta de una cosa ajena hubiese cobrado, ya que puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia se subrogó su precio y en cierto modo esta cantidad se incorporó a la herencia». Conviene por tanto, que el poseedor res-*

tituya al demandante no sólo la cosa sino también el lucro obtenido por la venta de aquella cosa.

Juliano (cit.) y Paulo 20 ed., D 5, 3, 30. *Escribe Juliano, <6 dig.> que el demandante debe elegir entre el capital <prestado por el poseedor> solamente o también los intereses, pero entonces con el riesgo de la posible insolvencia de los mutuarios. Ahora bien, de ser así, no observamos lo que dice el senado: que el poseedor de buena fe quede obligado en la medida de su enriquecimiento; porque ¿qué se dirá si el demandante elige la cantidad que no puede recuperarse? Así, se ha de decir respecto del poseedor de buena fe que él debe entregar solamente esto: el capital más los intereses, si también los cobró, o ceder los créditos no cobrados, a riesgo, por supuesto, del demandante.*

Atilicino, Lelio (cit.) y Paulo 2 Plaut., D 5, 3, 43. *Después de haber aceptado de ti la entrega de un legado, reclamo la herencia. Dice Atilicino que pareció procedente a algunos que no se me conceda contra ti la petición de herencia más que si yo devolviese el legado. Pero veamos si acaso el que reclama la herencia no debe restituir el legado más que dándose caución de devolverle el legado si se hubiese fallado en contra suya la petición de herencia, ya que es injusto que en este caso el poseedor de la herencia retenga el legado que ya había pagado, sobre todo si el adversario hubiese reclamado la herencia no por vejar sino por error, y así lo aprueba también Lelio. Mas el emperador Antonino Caracala declaró por rescripto que al que hubiese conseguido el legado que se le dejó en un testamento se le ha de denegar, con conocimiento de causa, la petición de herencia, por supuesto si la vejación es manifiesta.*

Celso 4 dig., D 5, 3, 45. *El que aceptó la demanda no poseyendo la cosa es condenado, a no ser que pueda demostrar con pruebas muy evidentes que el demandante sabía desde el comienzo del litigio que él no poseía, porque, siendo así aquél no fue engañado, y el que aceptó la petición de herencia queda obligado por la cláusula de dolo y por supuesto habrá que estimar el interés del demandante en no ser engañado.*

6,1: De la reivindicatoria

Pomponio (cit.) y Ulpiano 16 ed., D 6, 1, 5, 2. *También escribe Pomponio que, si tu caballo hubiese empreñado mi yegua, la cría no es tuya sino mía.*

Ulpiano 16 ed., D 6, 1, 13. *El juez debe tener en cuenta no solo el hecho de la restitución de la cosa, sino también si ésta ha sido deteriorada; supón que el esclavo fue restituido enfermo, azotado o lesionado; en estos casos deberá tener en cuenta el juez en cuanto disminuyó el valor, aunque el poseedor pueda ser demandado también por la acción de la ley Aquilia. Por lo cual se pregunta si acaso el juez debe estimar el daño tan solo en el caso de que se renuncie a la acción de la ley Aquilia. Y opina Labeón que el demandante debe dar caución de que no ejercitará esta acción, opinión ésta que es cierta.*

Ulpiano 16 ed., D 6, 1, 15, 3. *Si el esclavo que se pidió o un animal cualquiera, hubiera muerto sin dolo ni culpa del poseedor, entiende la mayoría que no es reclamable el precio; sin embargo, es más cierto que si el demandante, en caso de haberlo recibido había de venderlo, se debe indemnizar al que ha sufrido la mora, pues si se lo hubiese restituido, lo habría vendido y se habría beneficiado con el precio.*

Paulo 21 ed., D 6, 1, 16. *Incluso cuando ha muerto el esclavo se requiere una sentencia para los frutos y las crías, y a efectos de la estipulación por evicción; puesto que, una vez celebrada la litiscontestación, el poseedor no debe responder también por caso fortuito.*

Juliano (cit.) y Ulpiano, D 6, 1, 17pr. *Escribe Juliano <7> dig., que si yo hubiese comprado a Ticio un esclavo que era de Mevio, y luego, al ejercitar éste contra mi la acción reivindicatoria, lo hubiese vendido y el comprador lo hubiera matado, es justo que yo restituya el precio a Mevio.*

Paulo 21 ed., D 6, 1, 23, 3. *Del mismo modo, lo escrito en mi papiro o lo pintado en mi tabla, se hace mío al instante, aunque respecto a la pintura hayan algunos entendido lo contrario por razón del valor de la misma; pero es preciso que ceda a favor de aquello sin lo que no puede existir.*

Paulo 21 ed., D 6, 1, 23, 4-6. *En todos estos casos en que una cosa mía por ser principal, atrae hacia sí la ajena, y la hace de mi propiedad, si yo reivindico esta cosa, vengo forzado por la excepción de dolo malo a dar el precio de aquello que hubiese accedido. (5) Igualmente las cosas que, juntas o añadidas a otras, ceden a las mismas por accesión, mientras permanecen adheridas no puede vindicarlas su propietario, pero sí puede reclamar por la acción exhibitoria para que se separen y entonces puedan ser reivindicadas, con la excepción que cita Casio respecto a las soldaduras; pues dice que si a una estatua suya se le hubiera unido un brazo por soldadura, desaparece éste por su unión a una parte mayor, y lo que se ha hecho ajeno, aunque llegue a ser arrancado de ahí, no puede volver al anterior propietario. No ocurre otro tanto respecto a lo que es unido mediante soldadura de plomo, puesto que la soldadura con la misma materia produce la confusión, pero no así con la de plomo. Y por ello en todos estos casos en los que no tiene lugar la acción exhibitoria ni la acción real, es necesaria una acción por el hecho. (6) El madero ajeno unido a una casa, ni es reivindicable según la ley de las Doce Tablas, ni reclamable con la acción exhibitoria, salvo contra el que sabiendo que era ajeno lo colocó en su casa; pero existe la antigua acción de viga incorporada, que es por el duplo y tiene su origen en la ley de las Doce Tablas.»*

Paulo 21 ed., D 6, 1, 23, 7. *Igualmente aquél que edifica en su propio suelo con materiales ajenos, puede sí reivindicar lo edificado, pero en cuanto separe los materiales los reivindicará el anterior propietario, aunque el edificio se haya demolido una vez transcurrido el tiempo de la usucapión y después de poseído por un comprador de buena fe, pues no se adquieren por usucapión cada uno de los materiales, cuando la casa se convierta en nuestra por el transcurso del tiempo.*

Marcelo (cit.) y Ulpiano 70 ed., D 6,1,25. *El que se presentó para defender una cosa sin causa, no poseyéndola, ni habiendo dejado de poseer por dolo, si lo ignora el demandante, no ha de quedar absuelto, como dice Marcelo; opinión esta que es cierta. Esto sólo después de la litiscontestación, pues antes de aceptado el juicio no engaña al demandante el que niega que posee, cuando es verdad*

que no posee; y tampoco se considera que se ha presentado <sin causa> a defender una cosa quien desistió del litigio.

Paulo 2 Plaut., D 6, 1, 26. *Si el demandante lo sabe, no le engaña nadie, sino se engaña a sí mismo, y en consecuencia queda absuelto el demandado.*

Paulo 21 ed., D 6, 1, 27pr. *Si queriendo yo reclamar de Ticio, dijese alguien que poseía la cosa y por ello se presentó a defenderla, y yo probase esto en el juicio, habrá de ser condenado ciertamente.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 17 ed., D 6, 1, 37. *Juliano <7> dig. Escribe: si yo edifico en un solar ajeno, que compré de buena fe, pero lo edificué cuando ya sabía que era ajeno, veamos si puede valerme la excepción, a no ser que se diga que me vale la de daño esperado. Y pienso que no, ya que no debió levantar el edificio sabiendo que el solar era ajeno. Pero se le ha de permitir que derribe lo edificado sin gasto para el dueño del solar.*

Celso 3 dig., D 6, 1, 38. *Si edificaste o sembraste en un fundo que habías comprado inadvertido de que era ajeno, y después es objeto de evicción, un buen juez resolverá según las personas y los casos. Supongamos que el propietario hubiera de hacer lo mismo: entonces, para recobrar el fundo debe rembolsar los gastos, únicamente en lo que aumentó el valor, y si el aumento del precio es mayor que el gasto, solamente lo que se gastó. Supongamos que el propietario es pobre y que, si ha de reintegrar el gasto, va a quedar privado del hogar y los sepulcros de sus antepasados; en ese caso es suficiente que se te permita sacar lo que puedas de aquellas cosas, sin más deterioro para el fundo que si no hubieses edificado en él. Mas decidimos que, si está dispuesto, pueda el propietario dar tanto cuanto el poseedor iba a conseguir quitando aquellas cosas; y no se ha de tolerar la mala fe, por ejemplo, de arrancar el estuco que pusiste y las pinturas, sin otra finalidad que molestar. Supongamos que el dueño es una persona que va a vender el fundo tan pronto lo haya recobrado; a no ser que reintegre cuanto en la primera parte hemos dicho que debe, tú <poseedor> deberás ser condenado con deducción de ello.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 17 ed., D 6, 1, 39, 1. *Con razón escribe Juliano, 12 dig., que la mujer que saliendo garante, dio en prenda*

un fundo, puede reclamarlo por medio de la acción real aunque lo haya vendido ya el acreedor.

Gayo 7 ed., D 6, 1, 40. *Porque se entiende que no era prenda lo que vendió el acreedor.*

Papiniano 2 resp., D 6, 1, 48. *Los gastos hechos por un poseedor de buena fe en un predio que después resultó ser ajeno, no pueden reclamarse ni al que había donado el predio, ni al propietario, sino que, mediante la excepción de dolo, por ministerio judicial, se indemnizan conforme a la equidad, siempre que excedan del importe de los frutos percibidos antes de la litiscontestación; porque, en virtud de la compensación, el propietario debe restituir, por lo que el predio ha mejorado, la diferencia entre el importe de los frutos y el gasto realizado.*

Minicio (cit.) y Juliano 6 ex Minicio, D 6, 1, 59. *El que habitaba en una casa ajena instaló en ella ventanas y puertas, y pasado un año las quitó el propietario de la casa: pregunta si no podía reivindicarlas el que las había puesto. Respondió <Minicio> que sí, puesto que las cosas incorporadas a edificios ajenos, en tanto permanezcan unidas son de los mismos edificios, pero una vez que han sido quitadas de ellos retornan inmediatamente a su primera condición.*

Juliano, 6 ex Min., D 6, 1, 61. *Se preguntó a Minicio si cuando uno había reconstruido su nave con materiales ajenos seguía siendo suyo la nave, y respondió que sí, pero no si lo hubiera hecho al construirla. Juliano pone esta nota: porque la propiedad de la nave entera, sigue la condición de la quilla.*

Papiniano 2 resp., D 6, 1, 65pr. *El comprador de un predio, que lo compró de quien no era propietario, interponiendo la excepción de dolo, solo tendrá que restituir el predio al propietario cuando hubiese recuperado la cantidad que pagó a un acreedor del propietario que tenía el predio en prenda más el excedente de los intereses del tiempo intermedio, suponiendo que superen el valor de los frutos anteriormente percibidos, pues es justo que éstos se compensen tan solo con los intereses posteriores a la venta, como se hace con los gastos hechos en el predio.*

6,2: Sobre la acción real publiciana

Ulpiano 16 ed. D 6, 2, 7, 12. *En esta acción <publiciana> no es obstáculo que yo sea sucesor y haya obrado con dolo, con tal de que hubiese comprado de buena fe aquél a quien sucedí; y no me valdrá el carecer de dolo, si el comprador al que sucedí hubiera obrado con el.*

Ulpiano 16 ed. D 6, 2, 7, 16. *Así pues, para que proceda la acción Publiciana, debe concurrir que alguien haya comprado de buena fe y que le haya sido entregada por tal causa la cosa comprada; por lo demás, antes de la entrega, aunque alguien sea comprador de buena fe, no puede ejercitar la acción Publiciana.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 16 ed., D 6, 2, 9, 4 y 5. *Si alguien hubiese vendido por separado una misma cosa a dos compradores de buena fe, hay que determinar quién puede ejercitar con preferencia la Publiciana, si aquél al que primero fue entregada la cosa o el que tan sólo la compró <primero>. Escribe Juliano, 7 dig., que si hubieran comprado a un mismo no propietario, será preferido aquél a quien primero se entregó la cosa; pero si a distintos no propietarios, es mejor la condición del que posee que la del que pide; opinión ésta que es cierta. (5) Esta acción no procede respecto de las cosas no usucapibles, como son las hurtada o el esclavo fugitivo.*

Ulpiano 16 ed., D 6, 2, 11, 2-4. *El hijo de una esclava hurtada, que concibió en poder de un comprador de buena fe, ha de reclamarse por esta acción, aunque no llegó a poseerlo el que la compró; pero el heredero del ladrón no tiene esta acción, porque sucede al difunto en los vicios de la posesión. (3) Algunas veces, aunque la madre esclava hurtada no me haya sido vendida, sino donada, sin saber yo que era hurtada y hubiera concebido y parido en mi casa, me corresponde respecto al hijo la acción Publiciana, como dice Juliano, siempre que en el momento <del parto> ignore yo que la madre era hurtada. (4) También dice Juliano que, en términos generales, por la misma causa por la que podría usucapir a la madre esclava, de no ser hurtada, por esa misma causa puedo usucapir al hijo, si ignoraba que la madre era hurtada. Así pues, me corresponde la acción Publiciana por todas esas causas.*

7,1: Del usufructo, y el modo de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos

Celso, Marcelo (cit.) y Ulpiano 17 Sab., D 7, 1, 7, 2. *Celso, 18 dig., escribe que como todo fruto de la cosa pertenece al usufructuario, también se le obliga a reparar la casa de conformidad con un árbitro, pero solo con la reparación ordinaria, pues si la casa se vino abajo de vieja, ninguno está obligado a reconstruirla, aun cuando si el heredero la hubiese reconstruido, tendría que permitir que la usase el usufructuario. Ante esto Celso plantea la cuestión de hasta dónde llega la reparación ordinaria, dado que no tiene que reconstruir la casa que se viene abajo de vieja. Al usufructuario corresponde en definitiva una reparación módica, por lo mismo que tiene que asumir otros gastos relacionado con el legado de usufructo que recibió, por ejemplo, el pago del estipendio o del tributo o del salario o los alimentos dejados con cargo a la cosa usufructuada, y en este sentido se pronuncia Marcelo.*

Trebacio (cit.) Ulpiano 17 Sab., D 7, 1, 9, 7. *El usufructuario puede aprovecharse de los accesorios, pero no tiene facultad para venderlos. Por lo que si se ha legado el usufructo de un fundo y existe un campo de donde el cabeza de familia solía obtener estacas, sauces o cañas para el cultivo del fundo cuyo usufructo después legó, opino que el usufructuario puede hacer lo mismo siempre que no venda ninguno de estos materiales, a no ser que le haya sido legado el usufructo del sauzal, del bosque maderero o del cañaveral, pues en este caso puede vender, ya que, como escribe Trebacio, el usufructuario puede cortar del bosque tallar y del cañaveral lo mismo que hacía el cabeza de familia, e incluso vender los materiales así obtenidos, aun en el supuesto de que el cabeza de familia no acostumbrara venderlos, sino a utilizarlos por sí mismo, pues si bien es preciso tener en cuenta dentro de qué medida se puede usar, no hay que sujetarse a un determinado tipo de uso.*

Ulpiano 18 Sab., D 7, 1, 13, 5. *De aquí surge una cuestión ¿podrá el usufructuario iniciar la explotación de canteras, gredales o arenales? Y pienso que puede iniciarla siempre que para ello no haya de ocupar una parte del campo que necesariamente debe quedar intacta. Por tanto podrá también buscar venas y filones de pie-*

dras y minerales de esta clase y por consiguiente explotar las minas de oro, de plata, de azufre, de cobre, de hierro y de los demás metales cuya explotación ya fue iniciada por el dueño, o bien iniciar él mismo la explotación de otras si con ella no va a perjudicar la explotación agrícola. Y si la explotación que inicia el usufructuario fuese más rentable que el cultivo de las viñas, de los arbustos o de los olivares que ya existían, quizá también pueda arrancarlos puesto que se le permite mejorar la propiedad.

7.4: De qué modo se pierde el usufructo o el simple uso

Juliano (cit.) y Ulpiano 17 Sab., D 7, 4, 5, 2. *Se estima procedente que la alteración de la cosa extinga el usufructo sobre la misma. Por ejemplo, si me legó el usufructo de una casa, y la casa se hundió o se incendió, no hay duda que se extingue el usufructo. ¿Acaso también el del solar? Es muy cierto que una vez incendiada la casa, no se debe el usufructo ni del solar ni de los cimientos; así opina también Juliano.*

Ulpiano 17 Sab., D 7, 4, 5, 3. *Si se hubiera legado el usufructo de un solar y en él se hubiese levantado un edificio, es sabido que hay mutación de objeto y que se extingue el usufructo. Claro que si esto lo hizo el nudo propietario, responderá éste por la acción de cumplimiento de legado o por la acción de dolo.*

Pomponio 5 Sab., D 7, 4, 6. *(Pero también compete al usufructuario el interdicto «por lo que con violencia o clandestinamente»).*

Ulpiano 17 Sab., D 7, 4, 8. *Legado el usufructo de todo el fundo, si se derriba la casa de campo, no se extinguirá el usufructo, porque la casa es accesión del fundo, lo mismo que si se hubiesen caído los árboles.*

Labeón, Juliano (cit.) y Paulo 3 Sab., D 7, 4, 13. *Si el usufructuario hizo la siega y murió, dice Labeón que la mies que yace segada es de su heredero, más las espigas que están unidas a la tierra son del propietario del fundo y que se percibe el fruto una vez que la mies o el heno se ha segado, o se ha recogido la uva, o la aceituna ha sido sacudida, aunque todavía no se haya trillado el trigo, hecho el aceite o pisado la uva. Pero así como es verdad lo que*

escribió acerca de la aceituna sacudida, tratándose de la aceituna que se hubiese caída por sí misma, ha de observarse lo contrario. Dice Juliano que en este caso los frutos se hacen del usufructuario cuando los hubiese percibido, pero del poseedor de buena fe inmediatamente que han quedado separados de la planta.

7,6: Si se pide el usufructo, o se niega que alguien lo tiene

Labeón, Nerva, Marcelo (cit.) y Ulpiano 18 Sab., D 7, 6, 1pr. *Si existe una servidumbre a favor de un fundo en usufructo, aprueba Marcelo, 8 notae ad Julianum, la opinión de Labeón y Nerva que estiman no puede el usufructuario vindicar la servidumbre, sino que deberá vindicar el usufructo, y por esto si un vecino no permitiera que el usufructuario pase él y el ganado, responde ante él lo mismo que si no respetara el usufructo.*

Pomponio 5 Sab., D 7, 6, 2. *Si se hubiera pedido el usufructo de un fundo al heredero por medio de la acción de cumplimiento de legado, y el heredero hubiese arrancado los árboles, o demolido el edificio, o de otro cualquier modo hubiese perjudicado el fundo, ya imponiendo servidumbres, ya librando de ellas a los predios vecinos, es misión del juez averiguar cómo estaba el fundo antes de la aceptación del juicio para que por él se conserve al usufructuario aquello que le interesa.*

Pomponio (cit.) y Ulpiano 17 ed., D 7, 6, 5, 4. *Si después de celebrada la litiscontestación sobre un usufructo, se hubiera extinguido el usufructo ¿dejarán acaso de deberse los frutos ulteriores? Yo opino que dejan de deberse porque también si hubiese muerto el usufructuario, escribe Pomponio 40 <ed.> que se ha de dar a su heredero acción tan solo por los frutos anteriores. Al usufructuario que vence se ha de restituir con todas las consecuencias, y por esto, si se hubiera legado el usufructo de un esclavo, el poseedor deberá restituir lo que adquirió en virtud del uso que de las cosas del usufructuario hizo el esclavo y lo que ganó gracias a los trabajos de éste.*

7,9: Sobre cómo dará caución el usufructuario

Ulpiano 79 ed., D 7, 9, 1, 6 y 7. *Mas esta estipulación tiene dos partes: una, sobre si se usa de la cosa de modo distinto a lo que sería el arbitrio de un hombre recto, otra sobre la restitución del usufructo. Se incurre en la primera parte tan pronto como se hubiera usado de la cosa de distinto modo a lo que sería arbitrio de un hombre recto, y se aplica muy frecuentemente; se aplica la segunda una vez terminado el usufructo. (7) En relación con lo dicho de que debe restituirse lo que quede: el propietario no estipula <que se le dé> la cosa (pues una estipulación de cosa propia resultaría nula), sino que estipula que se le haga la restitución de lo que quede después del usufructo. Pero a veces estará incluida la estimación de la propiedad, como en el caso de que pudiendo interrumpir el usufructuario la usucapición, descuidó hacerlo; en efecto tomó sobre sí todo el cuidado de la cosa.*

Ulpiano 79 ed., D 7, 9, 3, 4. *Si el heredero hubiese enajenado la propiedad y después se perdiese el usufructo, veamos si se podrá demandar en virtud de lo estipulado. Puede decirse más bien que no se incurre en la estipulación, por el mismo derecho <sin necesidad de excepción>, porque ni se puede restituir a su heredero o sucesores, ni afecta la estipulación a aquél a quien se puede restituir; esto es, a aquél a cuyo poder fue la propiedad. Pero aquél a cuyo poder pasó la propiedad, debe asegurarse con otra caución al tiempo de adquirir el dominio, y, si no hubiese hecho esto, puede, no obstante, usar <como propietario> de la acción real.*

8,1: De las servidumbres

Sabino (cit.) y Celso 5 dig., D 8, 1, 9. *Si a alguno se cede o deja, sin más determinación, la servidumbre de camino por el fundo de alguien, le será lícito pasar y conducir ganados, sin limitación, es decir por cualquier parte del fundo, siempre dentro de lo establecido por el derecho civil, pues se entienden tácitamente excluidas algunas cosas, ya que no se le ha de permitir pasar ni conducir ganado a través de la misma casa de campo ni por medio de las*

viñas, pudiendo hacerlo con la misma comodidad por otra parte con menor detrimento del fundo sirviente. Pero se mantiene que solamente deberá pasar y conducir el ganado por aquel camino por el que primeramente se hubiese dirigido, no teniendo facultad para cambiarlo después, lo que era también la opinión de Sabino, quien presentaba como argumento el caso de la corriente de agua: a quien en algún principio le había sido lícito conducirla por cualquier parte, una vez que la hubiera conducido <por un determinado lugar> no le sería lícito cambiarla <de dirección>. Es verdad que esto ha de observarse también tratándose de un camino.

Pomponio 33 Sab., D 8, 1, 15pr. Cuando las servidumbres <no sirven> ni para las personas ni para los predios, porque los vecinos no tiene ningún interés en ellas, carece<n> de valor; por ejemplo, el que no pases por tu fundo o el que no te detengas en él. Por tanto si me concedieras el derecho <a impedirte> el uso y disfrute de tu fundo, tal concesión es nula, pero otra cosa sería si me concedieras el derecho a impedirte buscar agua en tu fundo a fin de que no disminuya la mía.

Juliano 14 dig., D 8, 1, 16. No es injusto que el que recibió un fundo en prenda se le de una petición útil de servidumbre, como también se le dará una acción útil para reclamar el mismo fundo. Lo mismo conviene observar respecto de aquél a quien pertenece un fundo en censo.

Paulo not. 31 quaest. Pap., D 8,1,18. En todos aquellos casos de servidumbres que se han extinguido por confusión a consecuencia de la adición de la herencia, se admite que será eficaz contra el legatario la excepción de dolo, si no tolerase que fuesen constituidas de nuevo.

8,2: Sobre las servidumbres de los predios urbanos

Javoleno 10 ex Cass. D 8, 2, 12. Los edificios gravados con la servidumbre de no elevar la altura, pueden tener jardines que sobrepasen la altura señalada. Pero no si se trata de la servidumbre de vistas y los jardines han de obstaculizarla.

Ulpiano 29 Sab., D 8, 2, 15. Entre la servidumbre de no privar de luces y la de no estorbar las vistas hay esta diferencia: que la

de vistas da derecho también a que no se estorbe el panorama más hermoso y libre, y en la de no privar de luces solo a impedir que se tapen y disminuyan las luces de la casa. Así pues, puede prohibirse cualquier cosa que se haga para impedir las luces, si existe la servidumbre y puede serle denunciada la obra nueva al que la hace de modo que perjudique las luces.

Paulo 2 epit. Alf. dig., D 8, 2, 16. *La servidumbre de luces consiste en que se vea el cielo. Hay diferencia entre la de luces y la de vistas, ya que la de vistas es posible sobre lugares inferiores, y la de luces no.*

Ulpiano 29 Sab. D 8, 2, 17pr. *Si alguien plantase un árbol de modo que tape la luz al vecino, se habrá de decir igualmente que lo hace en contra de la servidumbre establecida, porque también el árbol hace que pueda verse menos el cielo. Mas si lo que se pone realmente no quitara la luz, pero prive de sol, puede decirse que nada se hace en contra de la servidumbre, si es que se puso en un lugar en que era grato que no hubiese sol. Pero si se puso en un invernadero o solarío se habrá de decir que lo hace en contra de la servidumbre establecida, pues ensombreció un lugar en el que se necesitaba sol.*

Sabino (cit.) y Pomponio 33 Sab., D 8, 2, 25, 1. *Si de tres casas colocadas sobre terreno desigual, la intermedia está gravada con una servidumbre a favor de la superior, pero la inferior a nadie debe servidumbre, y por el propietario de la casa inferior se hubiera levantado más alta la pared común que hubiera entre la casa inferior y la intermedia, dice Sabino que tendrá derecho a levantarla.*

Paulo 15 Sab., D 8, 2, 26. *En una cosa común ninguno de los copropietarios puede, sin consentimiento del otro, hacer algo en razón de servidumbre o prohibir que otro lo haga, pues nadie puede tener servidumbre sobre cosa propia. Así, por las contiendas sin fin que se originan, suele llegarse a la división de la cosa común; pero por la acción de división de cosa puede conseguir el socio que no se haga la obra o que se retire la obra que se hizo, si es que a toda la sociedad le conviene que se retire la obra.*

8,3: De las servidumbres de los predios rústicos

Neracio (cit.) y Ulpiano 17 ed., D 8, 3, 3, 1 y 2. *El mismo Neracio escribe que también puede constituirse la servidumbre de recoger los frutos y tenerlos recogidos en la casa de campo del vecino, y la de tomar del predio del vecino rodrigones para la viña. (2) En el mismo libro dice Neracio que puedes conceder al vecino que tuviera canteras que se introducen en tu fundo, el derecho de echar en éste la tierra, escombros y piedras y que queden allí, y también el derecho de que las piedras sean echadas rodando a tu fundo, se tengan allí depositadas y de allí se exporten.*

8,4: Reglas comunes para las servidumbres tanto urbanas, como rústicas

Marcelo (cit.) y Ulpiano 28 Sab., D 8, 4, 6, 3a. *Si un vendedor, al realizar el acto de venta, hubiera declarado solemnemente que la casa que vendía quedaría gravada con servidumbre, no tiene necesidad de entregarla libre; por lo que puede gravarla con una servidumbre a favor de otra casa suya, o conceder una servidumbre a otro vecino, siempre que lo haga antes de la venta. Claro que si declara que la casa debería servidumbre a Ticio y realmente hubiera concedido a Ticio la servidumbre, todo quedó cumplido; pero si hubiese concedido la servidumbre a otro, el vendedor quedaría obligado pudiéndose ejercitar contra él la acción de compra. A lo cual no se opondrá lo que escribe Marcelo, 6 dig., de si alguno que hubiese declarado solemnemente al realizar el acto de la entrega que el fundo debía servidumbre a Ticio no existiendo en realidad tal servidumbre, y quedase, sin embargo, obligado a dar la servidumbre a Ticio, podría acaso demandar por la acción de venta y exigir del comprador que permita sea gravado con servidumbre el predio que compró. Y Marcelo cree mejor que se le permita demandar; y dice asimismo que incluso en el caso de que el vendedor pueda vender la servidumbre a Ticio, se le deberá permitir que demande al comprador. Esto solamente es así si aquello se expresó en el acto de entrega con el fin de crear una servidumbre, pero si alguno,*

dice Marcelo, hizo tal reserva temeroso de que se debiera servidumbre a Ticio, no procederá la acción de venta, si ninguna servidumbre se prometió.

Paulo 5 Sab., D 8, 4, 7, 1. *También pueden constituirse servidumbres cuando se interponen casas ajenas, por ejemplo, la servidumbre de elevar o no la altura de un edificio, o también, si se debe servidumbre de paso, siempre que se convalide cuando se graven con servidumbre las casas intermedias, de la misma manera que también puede imponerse sucesivamente servidumbre en los predios de varios propietarios. Aunque puede decirse que, si yo tengo tres predios uno a continuación de otro y te entrego el más lejano, puede adquirirse una servidumbre o para tu predio o para mis predios, sin embargo si se adquiere una servidumbre para el más lejano de los dos que retengo, la servidumbre subsiste porque el predio del medio sigue siendo mío, mas si hiciere un nueva enajenación y enajenase aquél a favor del cual se estableció la servidumbre, o el del medio, entonces, hasta que se imponga la servidumbre al predio intermedio queda ésta interrumpida.*

Pomponio 33 Sab., D 8, 4, 11, 1. *Si tengo derecho a conducir agua por un cauce que está situado junto a tu fundo tengo el derecho tácito de poder reparar la conducción y que mis obreros y yo podamos ir repararla, pasando por la parte que quede más cerca del cauce, así como el de que el propietario del fundo deje libre un espacio a la derecha y a la izquierda de la conducción para que yo tenga acceso a la misma, y en el que pueda echar la tierra, el barro, la piedra y la cal.*

8,5: La vindicación de servidumbre y la acción negatoria

Neracio, Pomponio, Juliano, Labeón (cit.) y Ulpiano 17 ed., D 8, 5, 2, 2 y 3. *Con razón escribe Neracio que si se lega el usufructo de un lugar intermedio, se incluye el derecho al paso (es decir por aquellos sitios por los que se supone establecería el paso el que cedió el usufructo) en cuanto es necesario para el disfrute. Mas ha de saberse que el paso que se debe al usufructuario para que usufructúe no es servidumbre, pues no puede deberse una servidumbre a*

la persona del usufructuario; y si la servidumbre se debe al fundo, también el usufructuario de éste usará de ella. (3) Dice Pomponio que el usufructuario puede usar el interdicto de senda si usó del paso dentro del año, pues en la acción confesoria se discute acerca de un derecho en tanto en el interdicto se discute sobre un hecho; y así lo escribe también Juliano, 48 dig. Favorable a la opinión de Juliano es lo que escribe Labeón de que aunque haya usado el testador que legó el usufructo <y no el usufructuario> debe concederse a éste un interdicto útil, como competen estos interdictos al heredero, o al comprador <del fundo dominante>.

Labeón y Pomponio citados por Ulpiano 17 ed. D 8, 5, 4, 2. *En la acción confesoria, que se promueve para la servidumbre, también se comprenden los frutos; pero veamos cuáles pueden ser los frutos de una servidumbre, y la verdad es que solamente se contará como fruto el interés del demandante en que no se le prohíba usar de la servidumbre. También en la acción negatoria, como dice Labeón, se estimará como fruto el interés del demandante en que el adversario no use del paso por su fundo; y este parecer lo aprueba también Pomponio.*

Pomponio (cit.) y Ulpiano, D 8, 5, 4, 3. *Si el fundo dominante fuese de varios, a cada uno de ellos compete la acción por el todo, y así lo escribe también Pomponio <41 ed.>. Pero en la estimación se tomará en cuenta el interés tan solo del demandante. Así cada uno podrá ejercitar la acción por el mismo derecho, y su victoria aprovechará también a los otros, pero la estimación se contraerá a su interés, a pesar de que uno solo no pueda adquirir la servidumbre.*

Aristón, Alfeno (cit.) y Ulpiano 71 ed., D 8, 5, 8, 5. *Respondió Aristón a Cerelio Vital que él no creía que hubiera derecho a echar el humo de una fábrica de quesos a los edificios superiores, a no ser que ya existiese servidumbre. Y dice él mismo que tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de un fundo superior a los inferiores, porque solamente le es lícito a uno hacer alguna cosa en su propiedad en tanto no se entrometa en lo ajeno, y la del humo como la del agua, es una intromisión; por consiguiente, que puede demandar el dueño <del fundo> superior al inferior, alegando que éste no tiene derecho para hacer tal cosa. Finalmen-*

te, según refiere Aristón, escribe Alfeno que igualmente se puede demandar alegando que el otro no tiene derecho a extraer piedra en su propiedad de tal forma que los fragmentos caigan en mi fundo. Dice, pues, Aristón que al que tomó en arrendamiento de la ciudad de Miturno una fábrica de quesos se le puede prohibir por el dueño del fundo superior que le eche el humo, pero que el arrendatario puede dirigirse contra los Minturneses mediante la acción de conducción, y dice que podrá demandarse al que mete el humo, alegando que no tiene derecho para meterlo; por el contrario, podrá demandarse también, en su caso, alegando que hay derecho a echar el humo. Lo que parece aprobar el mismo Aristón. También podrá tener lugar el interdicto “como posesís” si se le prohibiera a alguno usar de lo suyo del modo que quiera.

Alfeno 2 dig. <epit.>, D 8, 5, 17, 2. *Un vecino había hecho un estercolero junto a la pared con el vecino, a causa de lo cual ésta se humedecía. Se consultaba de qué modo podía obligar al vecino a que quitase el estercolero. Respondí que si hubiese hecho esto en un lugar público, podía haber sido obligado a quitarlo por medio de un interdicto, pero que habiéndolo hecho en privado debía reclamar con una acción <negatoria> de servidumbre, y que, si se hubiese estipulado sobre el daño temido, podía resarcirse en virtud de esta estipulación si aquello le causó algún daño.*

Juliano 6 ex Min., D 8, 5, 18. *Aquel cuyos esclavos impedían que el vecino hiciese uso de su derecho de acueducto, no comparecía a fin de que no se le pudiese demandar. El demandante pregunta qué debía hacer. Respondí que el pretor debía autorizar, previo conocimiento de causa, que se posean los bienes del adversario y no se le dejen antes de haber reconocido formalmente el derecho de acueducto del demandante, y el daño que, al prohibirle el uso del acueducto, a consecuencia de las sequías pudo causarle, por ejemplo si se hubiesen secado los prados o los árboles.*

Celso, Sabino (cit.) y Marciano 5 reg., D 8, 5, 19. *Si rectamente pretende alguno que se debe algo por una servidumbre común, pero de algún modo perdió el pleito por su culpa, no es justo que esto perjudique a los demás; pero en colusión con el adversario se allanó en el pleito, escribe Celso <2 dig.>, que se ha de dar a los demás la acción de dolo, y que esto había parecido bien a Sabino.*

8,6: Modos de extinción de las servidumbres

Marcelo 4 dig., D 8,6,11,1. *Un heredero gravó con servidumbre un fundo de la herencia que se había legado bajo condición: las servidumbres se extinguirán si se cumple la condición. Veamos si pasarán al legatario las servidumbres que se hubiesen constituido en favor del fundo legado: es mejor decir que sí.*

9,2: La Ley Aquilia

Juliano (cit.) y Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 5, 3. *Si un maestro hubiese herido o matado durante la docencia ¿quedará obligado por la ley Aquilia lo mismo que si hubiera causado un daño injusto? Y Juliano escribe que es responsable por la Aquilia aquél que había sacado un ojo a un aprendiz durante la docencia. Luego con mucha más razón se habrá de decir lo mismo respecto al caso de muerte. En Juliano se propone este supuesto: un zapatero, dice, a un niño aprendiz, libre de nacimiento e hijo de familia, que no hacía bien lo que le había enseñado, golpeó en la cerviz con una horma, de tal modo que sacó el ojo al niño. Y dice Juliano que no compete la acción de injurias, porque no le había golpeado para dañarlo, sino para advertirle y enseñarle. Duda si podrá ser demandado por la acción de locación, porque al docente solo es permitido un leve castigo. Pero yo no dudo que pueda demandarse por la ley Aquilia.*

Paulo 22 ed., D 9, 2, 6. *Porque la excesiva crueldad de un preceptor se considera como culpa.*

Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 7. *Dice que con tal acción, el padre habrá de conseguir lo que deje de conseguir de los trabajos del hijo a causa del ojo mutilado y los gastos que hubiese hecho para su curación.*

Pegaso (cit.) y Ulpiano 18 ad ed., D 9, 2, 7, 2. *Pero si alguien, cargado más de la cuenta tirase la carga y hubiera matado un esclavo, se aplica la ley Aquilia, ya que dependió de su discreción el no cargarse así. Pues también si alguien resbalando hubiera aplastado con la carga a un esclavo ajeno, dice Pegaso que es responsable por la ley Aquilia si se hubiese cargado más de la cuenta, o hubiese pasado negligentemente por un terreno resbaladizo.*

Próculo (cit.) y Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 7, 3. *De ahí que si alguien causa daño empujado por otro, escribe Próculo que no queda obligado ni el que empujó porque no mató, ni el empujado porque no causó daño con injusticia. Según esto ha de darse una acción por el hecho contra el que empujó.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 9 pr. *A su vez, si una comadrona hubiese dado una medicina y a consecuencia de ella hubiese perecido la mujer, Labeón distingue de modo que si la administró por sus manos se considera que mató, pero si la dio a la mujer para que ésta se la tomara debe darse una acción por el hecho. Y esta opinión es correcta, ya que, más que matar, proporcionó una causa de muerte.*

Mela y Próculo (cit.) y Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 11pr. *Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garganta con la navaja queda obligado por la ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero, y ciertamente si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, solo él tiene la culpa.*

Neracio (cit.) y Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 27, 9. *Si el esclavo hornero de un colono se hubiera dormido junto al horno, y se hubiera quemado la casa de campo, escribe Neracio que el demandado debe indemnizar por la acción de locación si fue negligente al elegir los obreros; ahora bien, si uno hubiese encendido el horno y el otro lo hubiese cuidado negligentemente ¿quedara obligado el que lo hubiese encendido? Porque el que vigiló nada hizo, y el que encendió no incurrió en falta. ¿Qué ocurre, pues? Yo creo que compete una acción útil tanto contra el que se durmió junto al horno como contra el que vigiló negligentemente. Y nadie diga que el hombre que se durmió sufrió un debilidad natural, pues era su deber extinguir el fuego o cuidar que no se extendiera.*

Próculo (cit.) y Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 27, 11. *Dice Próculo que cuando los esclavos de un colono hubieran quemado la casa de campo, el colono queda obligado por locación o por la ley Aquilia, de tal modo que el colono pueda dar los esclavos por el daño y, si el asunto se hubiese juzgado en un juicio, no hay que demandar ya por el otro. Pero esto si el colono careciera de culpa, ya que si tuvo esclavos peligrosos responderá de daño injusto por haberlos tenido. Lo mismo debe observarse escribe respecto los inquilinos del piso, opinión que tiene razón.*

Ulpiano 18 ed., D 9, 2, 27, 25. *Si uno hubiese recolectado la oliva inmadura o segado la mies sin granar o uva crudas, se obligará por la ley Aquilia. Pero si están maduras cesa la Aquilia, porque no hay injusticia al donarte los gastos que se invierten en la recolección de tales frutos. Pero si una vez recolectados se los lleva, responde de hurto. Respecto a las uvas añade Octaviano: si no las arrojó al suelo para que se echaran a perder.*

Alfeno 2 dig., D 9, 2, 52, 3. *Uno vendió unos bueyes con la cláusula de compra a prueba, y luego los dio en prueba. Al probarlos, un esclavo del comprador fue herido de una cornada por uno de los bueyes. Preguntábase si el vendedor debería responder del daño al comprador. Respondí que, si el comprador había comprado los bueyes no debía responder el vendedor, pero que si no los había comprado todavía, entonces, si por culpa del esclavo ocurrió el ser herido por el buey, no debía quedar responsable el vendedor, pero si ocurrió por vicio del buey, sí debía serlo.*

9,3: Sobre los que hubieran vertido o arrojado cosas a la calle

Ulpiano 23 ed., D 9, 3, 5, 6; 11-13. *Dice el pretor: «Que nadie en el cobertizo o alero del tejado o sobre el lugar de tránsito o estacionamiento ordinarios, tengo colocado algo cuya caída pueda dañar a nadie». Daré una acción por el hecho por diez sueldos, contra quien hiciere lo contrario... (11) Dice el pretor «cuya caída pueda dañar». Con estas palabras se pone de manifiesto que el pretor, para evitar el daño, se refiere, no todo lo que está colocado, sino a lo que está colocado de tal modo que pueda dañar. No es-*

peramos a que dañe, sino que este edicto tiene lugar en todos los casos en que pudiera dañar, pues se reprime al que tuvo colocada la cosa, tanto si lo que estaba colocado dañó como si no. (12) Si lo que estaba colocado hubiera caído y dañado, compete acción contra quien lo colocó, no contra quien habita, por considerarse insuficiente la acción contra el que habita, ya que en ella no se entiende que «tenía colocado» el que no era propietario o habitante de la casa. Pues también, si un pintor hubiera tenido expuestos en tenderete una tabla ovalada o rectangular y hubiera caído y dañado a un transeúnte, respondió Servio que había que dar una acción a semejanza de ésta, porque es evidente que ésta no compete ya que la tabla no había sido colocada ni en cobertizo ni en un alero. Respondió que se ha de observar lo mismo si se hubiese caído un ánfora colgada de una redcilla y hubiese causado daño, porque falta otra acción legal u honoraria. (13) Esta acción es popular y compete al heredero y semejantes, pero, como es penal, no compete contra los herederos.

10,1: La acción de deslinde

Paulo 23 ed., D 10, 1, 1. *La acción de deslinde es personal, aunque hace las veces de la reivindicatoria.*

Ulpiano 19 ed., D 10, 1, 2, 1. *Se permite al juez del deslinde que cuando no pueda determinar los linderos dirima la controversia mediante adjudicación; y si tal vez, con el fin de remover la imprecisión del antiguo lindero, quiere el juez llevar los linderos por otra parte, puede hacerlo mediante adjudicación y condenación.*

Paulo 23 ed., D 10, 1, 4, 1. *En el juicio de deslinde se toma también en estimación el interés de las partes. Porque ¿qué ocurre si alguien percibía alguna utilidad de aquel terreno que parece pertenecer al vecino? No es injusto que la condena se funde en tal interés.*

Juliano 51 dig., D 10, 1, 10. *El juicio de división de cosa común, el de partición de herencia y el de deslinde son de tal manera que en ellos cada persona tiene doble derecho: el de demandante y el de demandado.*

11,1: Sobre los interrogatorios ante el magistrado y las acciones interrogatorias

Paulo 22 ed., D 11, 1, 8. *Si interrogado alguno acerca del esclavo que causó un daño, respondió que el esclavo era suyo, quedará obligado por la ley Aquilia como si fuese dueño; y si se hubiese demandado al que respondió, el dueño queda liberado de esta acción.*

Paulo 68 ed., D 11, 1, 10. *No es extraño que preguntemos ante el magistrado a aquel con quien queremos estipular por daño temido acerca de si es suya la cosa o el lugar del que se teme el daño y en qué parte lo es, para que si negara ser suyo el predio y no diera caución por el daño temido sea obligado a hacer cesión, o, si opusiera resistencia, a hacer entrega <del predio> como por haber incurrido en dolo.*

11,7: Sobre los lugares religiosos, gastos y licitud del entierro

Ulpiano 25 ed., D 11, 7, 4. *El heredero instituido, antes de que se haga adición de la herencia, hace religioso el suelo enterrando en él al cabeza de familia fallecido. Y no se estime que con esto él acepta con gestión como heredero, porque supón que está todavía deliberando sobre aceptar la herencia. Yo estimo que aunque no lo hubiese enterrado el heredero sino otro cualquier, porque no lo hizo el heredero o porque estaba ausente o por evitar que se considerase que obraba como heredero, hace de todos modos religioso el suelo. En la mayor parte de los casos, son enterrados los testadores antes que el heredero haya aceptado. Se hace religioso el suelo cuando fue propiedad del difunto, porque naturalmente parece que pertenece al difunto el suelo en que es enterrado, sobre todo si fue enterrado en el suelo que él mismo señaló. Y esto <se admite> incluso en el supuesto de que haya sido enterrado por el heredero en un suelo que ha sido legado, el cual se considera religioso por la inhumación del testador, si no pudo enterrarse en otro lugar más apropiado.*

Ulpiano 25 ed., D 11, 7, 8, 5. *Al que se le prohibió enterrar en suelo en el que tuviese derecho de inhumar, le competen la acción*

por el hecho, aunque no se le haya prohibido a él personalmente, sino a su procurador, porque en cierto sentido parece que se le prohibió a él mismo.

12,1: Sobre las cosas prestadas, de cuando se pide una cosa determinada, y la condición

Juliano (cit.) y Pomponio 6 Plaut., D 12, 1, 8. *En consecuencia la dación en mutuo depende a veces de que resulte confirmada por un hecho posterior; por ejemplo, si te doy unas monedas en mutuo para que, si se hubiese cumplido una condición, se haga tuyo y quedes obligado a mi favor. Asimismo, si un heredero hubiese prestado una cantidad legada y luego el legatario la repudió, porque se entiende que las monedas fueron del heredero desde el día de la adición de la herencia, para que la cantidad prestada pueda pedirse. También dice Juliano que las entregas hechas por el heredero se retrotraen al momento en que la herencia fue adida, ya sea repudiado o aceptado el legado.*

Ulpiano 26 ed. D 12, 1, 9, 4 y 5. *Te entregué diez mil sestercios y estipulé esta cantidad a favor de un tercero. La estipulación es nula. ¿Podré acaso demandarla por esta condición, como si existieran dos contratos, uno real por la entrega y otro verbal, esto es, inútil, pues no pude estipular a favor de tercero? Y opino que puedo. (5) Lo mismo ocurrirá si hubiera estipulado, sin la autoridad del tutor, de aquel pupilo a quien presté con ella, porque también entonces me queda la condición en virtud de la entrega de la cantidad.*

Aristón, Juliano (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 1, 9, 8. *Si yo hubiese dado unas monedas en tu nombre, estado tú ausente o sin saberlo tú, escribe Aristón que adquieres la condición. También Juliano, 10 dig., interrogado acerca de esto, escribe que es verdadera la opinión de Aristón, y que no hay duda de que si hubiera dado una cantidad mía, con tu consentimiento y a tu nombre, adquieres para ti la obligación, ya que diariamente pedimos cantidades prestadas a otro para que las entregue en nuestro nombre a un tercero que se hace nuestro deudor.*

Nerva (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 1, 11pr. *Me rogaste que te prestara una cantidad. No disponiendo de ella, te di un plato de plata o un lingote de oro, a fin de que lo vendas y uses el dinero. Si lo hubieses vendido, opino que queda prestada la cantidad. Pero si hubieses perdido el plato o el lingote, sin tu culpa, antes de venderlos, se pregunta para quién se pierde, para mí o para ti. Me parece muy verdadera la distinción de Nerva cuando piensa que importa mucho distinguir si yo tenía o no aquel plato o lingote a la venta, de modo que si lo tuve a la venta, habría perecido para mí, de la misma manera que si lo hubiese dado a alguien para venderlo. Mas si no tenía propósito de vender sino que la causa de la venta fue el que tú pudieras hacer uso del precio, habría perecido para ti y con más motivo si presté sin interés.*

Próculo (cit) y Ulpiano 26 ed., D 12, 1, 11, 1. *Si te hubiera dado diez mil sestercios para que me debas nueve mil, dice Próculo, y con razón, que de derecho no debes más que nueve mil. Mas si te los hubiese dado para que debas once mil, opina Próculo que no se pueden demandar por la condición más que diez mil.*

Ulpiano 26 ed., D 12, 1, 11, 2. *Si un esclavo fugitivo te hubiese prestado dinero, se pregunta si acaso el dueño podrá demandar por la condición. En efecto, si un esclavo mío al que se ha concedido la administración del peculio te hubiese prestado, la cantidad queda prestada; pero el fugitivo u otro esclavo que presta contra la voluntad del dueño no transmite la propiedad al que recibe. ¿Qué solución hay pues? Las monedas, si subsisten, se pueden reivindicar; si por dolo malo dejan de ser poseídas podrá demandarse para exhibición; pero si las consumiste sin dolo malo, podré demandarte con la condición.*

Juliano (cit.) y Pomponio 12 Plaut., D 12, 1, 12. *Dice Juliano que si hubiese recibido una cantidad como prestada de un loco al que juzgaban sano de juicio, el loco tendría la condición; porque por las mismas causas por las que, ignorándolas tenemos acción, tiene acción también el loco. Asimismo, si el que había prestado a un esclavo se hubiese vuelto loco, y el esclavo hiciera revertir aquella cantidad en el patrimonio del dueño, puede demandarse por condición a nombre del loco. Y si alguno hubiese dado una canti-*

dad a causa de préstamo y luego se hubiese vuelto loco, y aquella cantidad hubiese sido consumida, el loco tiene la condición.

Ulpiano 26 ed., D 12, 1, 13 pr. *Pues también si un ladrón te dio unas monedas con intención de prestar, no transmite la propiedad al que recibe, pero una vez consumidas nace la condición.*

Juliano 18 dig. D 12, 1, 20. *Si yo te donara una cantidad y tú me la prestaras ¿resultará prestada? Dije: en esto supuestos no usamos de palabras ajustadas pues tal contrato no es donación ni cantidad prestada. No hay donación porque no se da la cantidad con el pensamiento de que quede de todos modos en propiedad del que recibe; no es cantidad prestada porque se da más para pagar que para obligar a otro. Consiguientemente si quien recibió la cantidad bajo la condición de dármela en préstamo la diera por recibida, no queda prestada, porque parece debe entenderse que ha recibido lo que es mío. Pero estas cosas deben entenderse así por rigor de las palabras; es, sin embargo, de mayor benignidad que ambos negocios valgan.*

Sabino (cit.) y Juliano 4 ex Minic., D 12, 1, 22. *Una cantidad de vino que se había dado mutuada fue judicialmente pedida. Se pregunta a qué momento debe referirse la estimación: cuando fue dada o cuando se hizo la litiscontestación o cuando el asunto fuera juzgado. Respondió Sabino que, si se hubiese dicho expresamente en qué tiempo se restituiría, se estimará en cuanto hubiese valido en aquel tiempo; si no, en cuanto hubiese valido cuando se pidió judicialmente. Interrogué a qué lugar hay que referir la estimación. Respondió: si se hubiese convenido que se restituyese en determinado lugar, se estimará en cuanto valiera en aquel lugar; si no, en cuanto valga allí donde se pidió judicialmente*

12,2: Sobre el juramento, sea voluntario, necesario o judicial

Ulpiano 22 ed., D 12, 2, 11pr. *Si hubiese sido ofrecido el juramento al poseedor y hubiera jurado que la cosa no era de la propiedad del demandante, se servirá de la excepción de juramento, contra el que habiéndoselo ofrecido reclamara, por todo el tiempo que continúe poseyendo; pero si hubiera perdido la posesión, no*

tendrá acción, ni aunque posea el que le ofreció el juramento, pues no juró que la cosa era de su propiedad sino que no era de la propiedad del otro.

Ulpiano 22 ed., D 12, 2, 11, 1. *Consecuentemente, si, cuando poseía, ofreciéndoselo el demandante en estos términos, juró que la cosa era de su propiedad, y el que ofreció el juramento hubiera conseguido la posesión, habrá que dar al que juró una acción por el hecho, y los frutos percibidos, de la cosa que juré ser de mi propiedad, se estimó procedente que se me han de restituir; incluso consta que se deben restituir después del juramento ofrecido el hijo de la esclava y la cría de los animales.*

Paulo 28 ed., D 12, 2, 28, 6. *Si al ser demandado por arriendo a causa de tala de árboles, el colono hubiera jurado que no los taló, y después se le demandó por la acción de tala de árboles de las Doce Tablas, o por la de la ley Aquilia de daño injusto, o por el interdicto «de lo que con violencia o clandestinamente», podrá defenderse mediante la excepción de juramento.*

Paulo 18 ed., D 12, 2, 30, 1. *Si yo hubiera jurado que tú estabas obligado a darme la propiedad de Estico, el cual ha muerto, el demandado no debe pagarme la estimación del mismo, a no ser que se trate de acción a causa de hurto o haya mora del deudor, pues en esos casos se paga la estimación del esclavo incluso después de su muerte.*

12,4: Sobre la condición de causa no correspondida

Ulpiano 26 ed., D 12, 4, 3pr. *Te di una cantidad para que no se recurriese al juez, como si el asunto quedara decidido. Si no se me da la caución de que no se recurrirá al juez ¿podré demandar por condición? Y la verdad es que hay mucha diferencia entre que diera tan solo para que no se recurriera y también para que se me prometiera con estipulación que no se recurriría: si fue para que también se me prometiera, podrá demandarse por codicción si no se hace la promesa; si para que no se recurriera, cesa la condición en tanto no se recurre.*

Próculo (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 4, 3, 2 y 3. *Y si te hubiera dado para que manumitas al esclavo Estico, si no lo haces, puedo*

demandar por condición, o puedo demandar por condición si me arrepiento de haber dado. (3) ¿Y que si di para que manumitas en cierto plazo? En tanto no trascurra el plazo, debe rechazarse la repetición, a no ser por arrepentimiento; y si transcurrió, podrá demandarse por la condición. Pero si Estico hubiera muerto ¿podrá repetirse lo que se dio? Dice Próculo que si hubiera muerto después del plazo en que pudo ser manumitado, hay repetición, si antes, cesa.

Celso (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 4, 3, 7. *Pero si un esclavo manumitado por testamento bajo condición de dar diez mil sestercios al heredero, recibió la libertad pura y simplemente en un codicilio, pero sin saber esto hubiera dado diez mil sestercios al heredero ¿podrá repetirlos? Y dice Celso que su padre era de la opinión de que no podía repetirlos; pero el mismo Celso, movido por la natural equidad, cree que puede repetirlos. Esta opinión es más verdadera, aunque es claro, como él mismo dice, que el que dio con la esperanza de que podía ser gratificado por el que había recibido de él, o de que podría hacerse más amigo de él, no puede reclamar aunque haya sido engañado por una falsa esperanza.*

Ulpiano 2 disput., D 12, 4, 5pr. *Si hubieras cobrado una cantidad, conviniendo que irías a Capua, y luego, estando dispuesto a ir, las condiciones del tiempo o de la salud te hubieran impedido salir, hay que ver si puede demandarse por condición. Si no hubiera dependido de ti, puede decirse que cesa la repetición; pero como se permite que el que dio se arrepienta, no hay duda de que repetirá lo que se dio; a no ser que tengas un interés en no haber recibido la cantidad de este modo: en efecto, si las cosas están de tal forma que, aunque no hayas salido, tengas todo dispuesto para hacerlo necesariamente, o ya has hecho los gastos necesarios para la marcha, hasta resultar evidente que has gastado más de lo que cobraste, cesará la condición; pero si has gastado menos, tendrá lugar la condición con tal de que se te indemnice del gasto que has hecho.*

Juliano 16 dig., D 12, 4, 7, 1. *Un fundo entregado como dote si el matrimonio no tiene lugar puede repetirse por la condición y también los frutos. Lo mismo vale para la esclava y su hijo.*

Juliano 10 dig., D 12, 4, 11. *Si habiéndose dispuesto en un testamento que el heredero hiciera una sepultura con una cierta*

cantidad a determinar por un liberto, hubiera dado la cantidad al liberto y éste, después de haber recibido la cantidad, no hace la sepultura, queda obligado por la condición.

Labeón, próculo (cit.) y Pomponio 22 Sab., D 12, 4, 15. *Como Atio hubiera tenido sospechas de hurto respecto de un esclavo tuyo, se lo diste para que lo interrogara por tormento acerca de aquella causa y, si no se le hallaba culpable, te fuera devuelto. Atio lo pasó al jefe de policía como si hubiera sido atrapado en un grave crimen, y el jefe de policía lo mandó ejecutar. Demandarás a Atio que «está obligado a darte el esclavo Estico», porque antes de la muerte estaba obligado a ello. Dice Labeón que también puede demandarse por la acción exhibitoria, pues «dependió de él el que no se exhibiera». Pero dice Próculo que está obligado a dar si tú le hubieras dado la propiedad del esclavo, en cuyo caso no puedes demandar por la acción exhibitoria; mas si permaneció siendo de tu propiedad, que puedes demandarle incluso por la acción de hurto, pues se sirvió de cosa ajena, sabiendo que lo hacía contra la voluntad del dueño o que si lo supiera el dueño se lo impediría hacer.*

Celso 3 dig., D 12, 4, 16. *Te di una cantidad para que me dieras el esclavo Estico ¿Es este contrato en parte una especie de compraventa o no hay aquí más obligación que la que surge de la dación para conseguir otra cosa que no se ha cumplido? Me inclino a esto último. En consecuencia, si Estico murió, puedo repetir, porque yo te di para que me dieras el esclavo Estico. Supongamos que el esclavo es de otro pero que tú no obstante lo hubieras entregado: podré repetir la cantidad porque no hiciste propietario de él al que lo recibió; o también: si Estico es tuyo y no quieres garantizar de su evicción, no quedarás liberado de que pueda yo repetir de ti la cantidad dada.*

12,5: Sobre la condición por causa inmoral o injusta

Paulo 20 Sab., D 12, 5, 1, 1 y 2. *Lo que se da para conseguir cosa honesta, se puede repetir si la cosa para conseguir la cual se dio no ha seguido. (2) Si la inmoralidad hubiera sido del que recibe, puede repetirse aunque se haya conseguido aquello por lo que se dio.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 5, 2pr y 1. *Por ejemplo, si te di para que no cometas un sacrilegio o hurto, o para que no mates a un esclavo. A propósito de lo cual escribe Juliano que, si yo te hubiera dado para que no mates un esclavo, puede demandarse por la condición. (1) También si te hubiera dado para que me devuelvas una cosa que te entregué en depósito, o para que me devolvieras un documento.*

Paulo 10 Sab. D 12, 5, 3. *Cuando la inmoralidad atañe juntamente al que da y al que recibe, decimos que no se puede repetir; por ejemplo, si se da una cantidad para que se juzgue injustamente.*

Sabino y Pegaso (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 5, 4pr. *Lo mismo si se da algo para conseguir un estupro o si el sorprendido en adulterio se hubiera librado por dinero cesa la repetición, según respondieron Sabino y Pegaso.*

12,6: Sobre la condición de lo indebidamente pagado

Pomponio 22 Sab., D 12, 6, 19, 1. *Aunque el que cobra cobre lo que se le debe, si el que paga, paga lo que no debe, compete la repetición; por ejemplo, si uno hubiere pagado a un acreedor de la herencia creyéndose erróneamente heredero o poseedor de los bienes heredados, en este caso, no se liberó el verdadero heredero y el que dio podrá repetir: aunque el que cobra, cobre lo que se le debe, si el que paga, paga lo que no debe compete la repetición.*

Marcelo (cit.) y Ulpiano 26 ed., D 12, 6, 26, 4. *Si debiendo cien mil sestercios pensando que debía doscientos mil, pagué con un fundo que vale doscientos mil, escribe Marcelo, 20 dig., que compete la repetición, y que perdura la estipulación de cien mil. Aunque se estimó procedente que el pago de una cosa en lugar de una cantidad produjera la liberación del deudor, sin embargo, si se paga, por error en la cuantía de la deuda, una cosa que vale más no se produce una confusión de parte de la cosa con la cantidad debida (porque nadie puede ser forzado a la copropiedad), sino que perdura la condición por la cosa íntegra y la obligación entera; pero el terreno se retendrá hasta que se pague la cantidad debida.*

13,1: Sobre la condición por hurto

Juliano (cit.) y Ulpiano 38 ed., D 13, 1, 10pr. *Podrá reclamarse contra el ladrón ya sea manifiesto, ya no manifiesto, pero el manifiesto solo quedará obligado por la condición si el propietario no hubiera recuperado la posesión de la cosa; por lo demás ningún ladrón quedará obligado por la condición desde el momento que el propietario toma la posesión; consecuentemente dice Juliano que en el caso de un ladrón manifiesto, para hablar de condición, el ladrón sorprendido en su delito ha de haber matado, destruido o vertido lo que había sustraído.*

13,5: Sobre la cantidad constituida a plazo

Ulpiano 27 ed., D 13, 5, 1, 5. *Se discute si se puede constituir plazo para un objeto distinto del de la deuda, pero como ya se admite que se pague una cosa en vez de otra, nada impide que se pueda constituir plazo para pagar cosa distinta de la debida. En fin, si el deudor de cien medidas de trigo constituye un plazo para el pago del precio de aquel trigo, creo que vale.*

Ulpiano 27 ed., D 13, 5, 5, 5. *Quedarás obligado si me constituyes plazo para pagarme, pero no si me constituyes plazo para pagar tú a Sempronio lo que me debes.*

Juliano, Pomponio (cit.) y Ulpiano 27 ed., D 13, 5, 5, 6. Juliano, 11 dig., *escribe que puede hacerse la constitución al procurador del acreedor; y Pomponio lo interpreta en el sentido de que vas a pagar al mismo procurador y no al acreedor.*

Paulo 29 ed. D 13, 5, 8. *Y si hubieras constituido plazo para pagarme a mí o a Ticio, me compete a mí la acción, y si, habiéndolo hecho para pagarme sólo a mí, hubieras hecho el pago a Ticio, me seguirás obligado como deudor.*

Papiniano 8 quaest. D 13, 5, 9. *Pero Ticio quedará obligado por la condición de lo indebidamente pagado, a fin de que restituya al que hizo el pago mal hecho.*

Paulo 29 ed. D 13, 5, 17. *Pero si el deudor ofrece cumplir en otro día y el demandante no quiso aceptarlo, sin existir justa causa para no aceptarlo, es justo que se acuda en favor del deman-*

dado, ya con una excepción o con una interpretación que le sea justamente favorable, a fin de que el acto del demandante, hasta el momento del juicio, perjudique al mismo demandante y que las palabras «y no cumplió» se entiendan en el sentido de que no lo hubiera hecho dentro del plazo constituido ni después.

Pomponio (cit) y Paulo 29 ed., D 13, 5, 19pr y 1. *Lo que se debe bajo condición queda en suspenso en virtud de la misma condición, sea que se constituya el pago sin más o con cierto plazo, de modo que si se cumple la condición quede obligado <el deudor>, y si se frustra ambas acciones se extinguen. (1) Si constituye bajo condición el que debe pura y simplemente, dice Pomponio que se puede dar contra él esta acción.*

Papiniano 8 quaest., D 13, 5, 25pr. *Uno que debía alternativamente esto o aquello constituyó plazo para pagar una de ambas cosas: se pregunta si podrá pagar también el objeto que no constituyó. Dije que no se le debe escuchar si quiere romper hoy la lealtad a lo constituido.*

13,6: La acción de comodato, y la contraria

Ulpiano 28 ed., D 13, 6, 1, 2. *Los impúberes no quedan obligados por la acción de comodato, porque no vale el comodato de un impúber sin la autoridad del tutor; hasta el punto de que incluso si hubiese incurrido en dolo o culpa después de hacerse púber no queda obligado por esta acción, pues el acto desde un principio era inválido.*

Ulpiano 28 ed. D 13, 6, 5, 3 y 4. *El comodato no tiene utilidad generalmente más que para el comodatario, y así es más exacta la opinión de Quinto Mucio cuando cree que debe responder por la culpa y de su diligencia, y si la cosa se dio acaso con estimación, que debe responder de todo riesgo aquél que aceptó pagar la estimación. (4) Pero debemos decir que no debe imputarse al comodatario los accidentes que provienen de la vejez o enfermedad, o lo que ha sido robado por los atracadores, o casos similares, a no ser que intervenga alguna culpa. Por tanto, si algo ocurre por incendio, ruina u otro daño fatal, no queda obligado, a no ser que*

pudiendo salvar las cosas comodadas, prefirió acaso salvar las propias.

Namusa Mela (cit.) y Ulpiano 28 ed., D 13, 6, 5, 7. *A veces incluso pertenece al comodatario el riesgo de muerte, como, por ejemplo, si te hubiese comodado un caballo para que lo llevaras a la finca y tú lo hubieras llevado a la guerra, quedarás obligado por la acción de comodato; y lo mismo con un esclavo; claro que si fue para que lo llevaras a la guerra, el riesgo es mío. Porque si yo te hubiese comodado un esclavo albañil y hubiera caído del andamio, dice Namusa que el riesgo es mío; mas yo creo que esto es exacto si te lo comodé para que trabajara en el andamio, pues si fue para trabajar en tierra, y tu le mandaste subir al andamio, o también si ocurrió el daño por culpa del andamio que otra persona había amarrado sin la debida diligencia, o por estar gastados los tablones y cuerdas, entonces digo que el daño ocurrido por culpa del comodatario, debe indemnizarlo él. También escribió Mela que si hubiera perecido bajo el andamio un esclavo comodado a un cantero, queda obligado por la acción de comodato el obrero que amarró el andamio sin la debida diligencia.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 28 ed., D 13, 6, 5, 8. *Es más: el comodatario que usa de la cosa comodada de manera distinta a la convenida, queda obligado no sólo por la acción de comodato, sino también por la de hurto, como escribe Juliano, 11 dig. Y si yo te hubiera comodado un libro de tablillas enceradas, y tú hubieras hecho escribir ahí a tu deudor un documento quirografario, y luego yo lo hubiera borrado, si te lo hubiese comodado precisamente para que te hicieran allí un documento, dice Juliano que yo quedaré obligado por la acción contraria; si no fue con ese fin, y tampoco me advertiste tú que había allí un documento escrito, dice que me responderás tú por la acción de comodato, e incluso por la de hurto, ya que usaste de la cosa comodada de manera distinta que la convenida, por la misma razón que se obliga de hurto el que usa distintamente del caballo o del vestido comodados.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 28 ed. D 13, 6, 5, 12. (Por ejemplo): *te di una cosa para que la pignoraras a tu acreedor, y la has pignorado, pero no la rescatas para devolvérmela. Dice Labeón que*

tiene lugar la acción de comodato, y así opino yo, siempre que no haya intervenido alquiler, pues en ese caso habrá que reclamar con la acción por el hecho o con la del arrendamiento. Claro que si yo la hubiera pignorado por ti con tu consentimiento, se dará la acción de mandato. Dice también Labeón, acertadamente, que si no tuve culpa en no haber rescatado la prenda, sino que el acreedor se negó a devolvérmela, tienes la acción de comodato tan solo con el fin de que yo te ceda las acciones contra el acreedor. Y creo que falta mi culpa cuando ya pagué la cantidad o estoy dispuesto a pagarla. Claro que los gastos judiciales y demás es justo que los pague el comodatario.

13,7: Sobre la acción pignoraticia, y la contraria

Ulpiano 40 Sab., D 13, 7, 1pr 1 y 2. *Se contrae la prenda, no sólo con la entrega, sino también con la mera convención, aunque no se haya hecho entrega. (1) Así, pues, como se puede contraer la prenda por la mera convención, veamos, cuando uno hubiera mostrado un objeto de oro como para pignorar y luego hubiera dado uno de bronce, si quedará pignorado el oro: y es consecuente que sí, y no el bronce, pues se habían puesto de acuerdo en el oro. (2) En cambio, si al pignorar un objeto de bronce declaró que era de oro y como tal lo hubiera pignorado, hay que ver si quedó obligado en prenda el objeto de bronce y si se considera pignorado porque hubo consentimiento respecto al objeto, que es lo más probable. Pero el pignorante quedará obligado por la acción pignoraticia contraria, aparte del estelionato que cometió.*

Labeón (cit.) y Pomponio 18 Sab., D 13, 7, 3. *Al ir a cobrar una cantidad de tu deudor, le devolviste la prenda sin más, y él echó la prenda por la ventana para que escapara con ella otro que había colocado allí adrede. Dice Labeón que puedes demandar al deudor con la acción de hurto y con la exhibitoria, y si al reclamar con la <acción> pignoraticia contraria opone el deudor la excepción de haberle sido devuelta la prenda, procederá la réplica de dolo y fraude, por la cual se entiende que la prenda no fue devuelta sino engañosamente quitada.*

Ulpiano 41 Sab., D 13, 7, 4. *Si se conviene que el acreedor puede vender la prenda, sea que se convenga desde el primer momento sea después, no sólo vale la venta, sino que el comprador adquiere la propiedad; pero aunque no se convenga que el acreedor puede vender la prenda, se observa en derecho que sea lícito, el vender, siempre que no se haya convenido que no lo sea. Pero cuando se conviene que no se puede vender, si el vendedor hubiese vendido, queda obligado por la acción de hurto, a no ser que se hubiera notificado tres veces al deudor para que pagase y no lo hubiera hecho.*

Atilicino (cit.) y Pomponio 35 Sab., D 13, 7, 6, pr. *Aunque se hubiese convenido que te fuese lícito vender el fundo pignorado, no por ello puedes ser forzado a hacerlo, aunque el deudor que te hubiera dado la prenda fuera insolvente, pues ese convenio se hace a causa de tu interés. Pero Atilicino dice que hay causa a veces para forzar al acreedor para que venda la prenda. Pues ¿qué hay que hacer si no cuando la deuda vale mucho menos que la prenda o cuando puede ésta venderse por mejor precio hoy que más tarde? Pero es mejor decir que el deudor que hubiera dado la prenda puede él vender y pagar su deuda con el precio cobrado, con tal de que el acreedor sea forzado a exhibir la cosa pignorada si es cosa mueble, después de recibir la caución del deudor para el daño que pudiera sufrir por ello. Porque es bastante inhumano forzar al acreedor para que venda contra su voluntad.*

Pomponio 35 Sab., D 13, 7, 8pr. *Si yo hubiese hecho impensas necesarias en el esclavo o en el fundo que había recibido a causa de prenda, tendré no solo la retención, sino también la acción pignoratícia contraria. Supongamos que por enfermedad del esclavo había dado una cantidad a los médicos, y que el esclavo había muerto, o también que apuntalé o reparé la casa, y luego se incendió, y no tenía nada que retener.*

Ulpiano 28 ed., D 13, 7, 11, 1. *La novación de la deuda extingue la prenda, a no ser que se convenga su reconstitución.*

Ulpiano 30 ed., D 13, 7, 22, 3. *Si el acreedor vendió la prenda que el deudor retenía en precario o en arriendo, y el deudor no restituye la posesión, queda obligado por la acción contraria.*

Ulpiano 30 ed., D 13, 7, 22, 4. *Si el acreedor, al vender la prenda, prometió saneamiento por el doble, según se acostumbre <en otras ventas>, y fue demandado y condenado por evicción ¿tendrá acaso la pignoratícia contraria como acción de regreso? Y puede decirse que sí, con tal de que vendiera sin dolo ni culpa y obrara como un diligente padre de familia; en cambio, si esa venta con responsabilidad por evicción no reportó ninguna ventaja, sino que vendió al mismo precio por el que habría podido vender sin responder por evicción, no tiene acción de regreso.*

14,1: Sobre la acción ejercitoria

Ulpiano 28 ed., D 14, 1, 1, 22 y 23. *Si con el consentimiento de un hijo de familia, un esclavo que estaba en su peculio, o con el consentimiento de un esclavo un vicario de éste, explotó como naviero una nave, el padre o el dueño que no prestó su consentimiento se obligará solamente respecto al peculio, pero el hijo mismo se obligará por el todo. Pero si con el consentimiento del dueño o del padre ejercieran como navieros, se obligarán por el todo, y también el hijo se obligará por el todo si prestó su consentimiento.*

Ulpiano 28 ed., D 14, 1, 1, 25. *Si fueran varios los navieros que explotan una nave, puede demandarse por el todo a cualquiera de ellos.*

Gayo 9 ed. prov., D 14, 1, 2. *Para que no se vea obligado a litigar con muchos el que contrató con uno sólo.*

Paulo 29 ed., D 14, 1, 3. *Y no hace al caso la parte que cada uno tenga en la nave, y el que hubiese pagado habrá de obtener de los demás el reintegro por la acción de sociedad.*

Paulo 29 ed., D 14, 1, 5pr. *Si tienes como patrón de tu nave a uno que está bajo mi potestad también yo puedo demandarte si con él hubiese yo contratado alguna cosa. La solución es la misma si el esclavo fuese mío y tuyo. Si hubiese tomado en arriendo los servicio de mi esclavo <como patrón>, ejercitarás contra mi la acción por el arriendo, porque también si él hubiese contratado con otro, me demandarías para que yo te cediese las acciones que tenía por este concepto, de la misma manera que demandarías a un hombre*

libre si hubieses contratado sus servicio <como patrón>; pero si los servicios fueron gratuitos, ejercitarías la acción de mandato.

14,3: Sobre la acción institutoria

Paulo 30 ed., D 14, 3, 17, 2. *Si un impúber hubiese heredado de su padre, que tenía factores, y después alguien hubiese contratado con los factores, se ha de decir que hay acción contra el pupilo por favorecer el comercio, del mismo modo que cuando, después de la muerte del tutor con cuya autoridad se nombró el factor, se contrata con éste.*

Próculo (cit.) y Paulo 30 ed., D 14, 3, 17, 4. *Dice Próculo que si yo te hubiese notificado que no prestases al esclavo que yo había nombrado factor, se ha de dar esta excepción «si él no le hubiese notificado que no prestase a aquel esclavo»; pero si a consecuencia de aquel contrato el esclavo tuviera un peculio, o me hubiese reportado a mi alguna utilidad, y yo no quisiera pagar aquello en lo que me había enriquecido debe introducirse la réplica de dolo, porque se entiende que cometo dolo al querer lucrarme con la pérdida de otro.*

Papiniano 3 resp., D 14, 3, 19, 2. *Un hijo puesto por el padre al frente de una tienda recibió dinero prestado para comprar mercancías, y el padre salió fiador por él; también se le podrá demandar por la acción institoria, toda vez que con la fianza incorporó el préstamo al negocio de la tienda.*

14,4: Sobre la acción tributoria

Ulpiano 29 ed., D 14, 4, 5, 19. *El reparto deberá hacerse teniendo en cuenta la proporción de lo que se debe a cada acreedor; por ello, si se presenta un solo acreedor pretendiendo que se le pague, conseguirá todo, pero como puede suceder que existan otro o varios acreedores más de la mercancía del peculio, aquel acreedor debe dar caución de que, si acaso apareciesen otros acreedores, él les reembolsará en proporción a sus créditos.*

Ulpiano 29 ed., D 14, 4, 9, 1. *El acreedor debe elegir la acción que prefiera: de peculio o la tributoria, sabiendo que no podrá*

ejercitarlas sucesivamente. Claro que si quisiera demandar por una causa con la acción tributaria y por otra con la de peculio, deberá ser oído.

Juliano 12 dig., D 14, 4, 12. *Un acreedor demanda al dueño por la deuda del esclavo con la acción tan sólo de peculio, y otro con la acción tributaria; se preguntó si el dueño deberá deducir del peculio lo que haya de dar al que demanda con la acción tributaria. Respondió que solamente puede ejercitarse la acción tributaria cuando el dueño, al hacer el reparto del valor de la mercancía, no cumplió con el edicto del pretor; es decir, cuando dedujo por su deuda una parte mayor que la que repartió a los restantes acreedores; por ejemplo, si el valor de la mercancía existente era de treinta mil sestercios, habiendo él aportado realmente quince mil para la negociación y otros dos acreedores extraños treinta mil, hubiese luego deducido íntegros los quince mil y hubiese dado a los restantes acreedores otros quince cuando debió deducir solo diez y dar otros diez a cada uno de los dos acreedores extraños. Y cuando así lo hizo, tampoco debe entenderse que liberó al esclavo respecto a lo que le debía por el hecho de que todavía debía reintegrar cinco mil <que se había cobrado de más> si se le demandaba con la acción tributaria, porque si se le hubiera querido demandar con la acción de peculio, siempre que existiese algún peculio además de la mercancía, todavía debería deducir como acreedor del esclavo <aquellos> cinco mil <que había reintegrado>.*

14.6: Sobre el senadoconsulto macedoniano

Juliano (cit.) y Ulpiano 29 dig., D 14, 6, 3, 2. *También dice Juliano, 12 <dig.>, que deja de aplicarse el senadoconsulto si el que prestaba no podía saber si lo hacía a un hijo de familia, por ejemplo, un pupilo o un menor de veinte y cinco años. Con respecto al menor, debe prestarle auxilio el pretor, previa cognición de causa; respecto al pupilo, también por otra razón debía decir que cesaba la aplicación del senadoconsulto: porque no queda prestada la cantidad que da un pupilo sin la autoridad de su tutor; como dice el mismo Juliano, 12 <dig.>, si el hijo de familia hubiese prestado, cesa la aplicación del senadoconsulto, porque la cantidad*

no queda prestada, aunque el hijo tuviese la libre administración del peculio, ya que el padre, cuando le permite la administración del peculio, no le permite disminuirlo, y por ello dice que el padre puede reivindicar el dinero.

Ulpiano 29 ed, D 14, 6, 3, 4. *Si yo hubiese estipulado de un hijo de familia, y le hubiese prestado <efectivamente> cuando ya era cabeza de familia, bien por haber tenido capitidisminución, bien, sin ella, porque se hubiese hecho independiente por muerte del padre o por otras causas, debe decirse que cesa la aplicación del senadoconsulto, porque la cantidad se prestó al que ya era cabeza de familia.*

Escévola, 2 quaest., D 14, 6, 4. *Porque lo que se dice corrientemente de que no es lícito prestar a un hijo de familia, no se ha de referir a la promesa de devolver, sino a la efectiva entrega de dinero.*

15,1: Sobre la acción de peculio

Tuberón, Celso (cit.) y Ulpiano 29 ed., D 15, 1, 5, 4. *Tuberón define así el peculio, según nos dice Celso, 6 dig.: lo que tiene el esclavo con permiso del dueño y en cuenta aparte, una vez deducido lo que el esclavo debe al dueño.*

Servio (cit.) y Ulpiano 29 ed., D 15, 1, 9, 2 y 3. *Se determina la cuantía del peculio una vez deducido lo que debe al dueño, porque se considera como si el dueño se hubiese anticipado en demandar a su esclavo. (3) A este principio, añadió Servio <que hay que deducir también> lo que se deba a los que están bajo su potestad, porque nadie duda que esto se debe también al dueño.*

Juliano (cit.) y Paulo 4 Plaut., D 15, 1, 47, 4. *No solo puede cualquier acreedor demandar al vendedor a causa de los negocios hechos por el esclavo antes de la venta, sino que también puede demandar el propio comprador, como admite Juliano, aunque él mismo también puede hacer deducción de lo que se le debe al ser demandado por otra persona <con la acción de peculio>, con tal que compute el peculio que tiene en su poder.*

Papiniano 9 quaest., D 15, 1, 50, 2. *Aun después de haber sido demandado el dueño con la acción de peculio es posible aceptar*

un fiador del esclavo; <en efecto> por la misma razón que, si el esclavo hubiera pagado la cantidad que debía, no puede repetirla <como indebidamente pagada> tanto si ya había sido presentada la demanda <contra su dueño> como si no había sido presentada, así también parecerá valdrá la fianza aceptada, porque la obligación natural que el esclavo es capaz de contraer; no queda convertida en objeto del litigio.

Paulo 11 quaest., D 15, 1, 53. *Si no se quitó a Estico su peculio al ser manumitido, se entiende que se le concedió; pero el manumitido no puede demandar a los deudores, a menos que le hubiesen cedido las acciones.*

15,3: Sobre la acción de provecho obtenido.

Labeón (cit.) y Ulpiano 29 ed., D 15, 3, 3, 3. *Por consiguiente, si el esclavo gastó un cantidad para alimentarse y vestirse según lo acostumbrado por el dueño, esto es e la medida en que el dueño solía darle, escribe Labeón que se entiende haber revertido en provecho del dueño. Por lo tanto, lo mismo vale respecto del hijo.*

Labeón, Pomponio (cit.) y Ulpiano 29 ed., D 15, 3, 3, 5. *El propio Labeón dice que si un esclavo hubiera prestado a otros las monedas que yo le presté, puede su dueño ser demandado por la acción de provecho obtenido, porque fue él quien adquirió el crédito; cuya opinión aprueba Pomponio, siempre que el esclavo no adquiera el crédito como propio del peculio, sino como de la administración del dueño. Por lo cual el dueño queda obligado solamente a ceder las acciones y hacerle procurador, si es que no estima le convenga tener el crédito contra tal deudor.*

15,4: Sobre la acción de lo que se hizo con autorización

Marcelo (cit.) y Ulpiano 29 ed., D 15, 4, 1, 5. *¿Qué ocurrirá si hubiese dado fianza por un esclavo? Dice Marcelo que no puede ser demandado por la acción de lo que se hizo con autorización, pues afianzó como si fuera un extraño; y no dice esto porque ya queda obligado a causa de la fianza, sino porque una cosa es autorizar y otra distinta afianzar, y escribe el propio Marcelo que aun-*

que la fianza sea nula, sin embargo, no se obliga como si hubiere autorizado, la cual opinión es más cierta.

Ulpiano 2 resp., D 15, 4, 3. *El dueño que autorizó para que se prestara dinero a un esclavo suyo con el interés del seis por ciento, responde hasta cuanto autorizó; y no tiene lugar la prenda respecta de los predios que el esclavo pignoró sin su consentimiento.*

16,3: La acción de depósito, y la contraria

Ulpiano 30 ed., D 16, 3, 1, 5. *No se consideran depositados los accesorios de las cosas depositadas; por ejemplo, si se depositara un esclavo vestido, el traje no se considera depositado; ni tampoco <si se depositara> un caballo con cabestro, pues solo se entiende depositado el caballo.*

Ulpiano 30 ed., D 16, 3, 1, 7. *Pero si se hubiere acordado que no se ha de responder por dolo, no lo aprobarás, porque este acuerdo es contrario a la buena fe y a las buenas costumbres y, por consiguiente, no ha de ser observado.*

Ulpiano 30 ed., D 16, 3, 1, 15. *Se pregunta si se dará la acción de depósito contra el pupilo en el que se depositó sin la autoridad del tutor. Debe aprobarse que si hubieras depositado en uno capaz de dolo malo, se puede demandar si cometió dolo; pues también se da acción contra él por el enriquecimiento aunque no hubiera dolo.*

Ulpiano 30 ed., D 16, 3, 1, 47. *Dado que en esta acción se comprende solamente el dolo, se preguntó si se obligará el heredero que vendió una cosa depositada o dada en comodato al testador, ignorando que estaba depositada o comodada. Como no cometió dolo, no se obligará respecto de la cosa. ¿Acaso se obligará, sin embargo, por el precio que consiguió? Es más cierto que sí, pues comete dolo por el mismo hecho de no devolver lo que consiguió.*

Paulo 31 ed., D 16, 3, 2. *¿Qué sucede si todavía no exigió el precio o si vendió en menos de lo que debió? Únicamente cederá sus acciones.*

Ulpiano 30 ed., D 16, 3, 7, 1. *La acción de depósito por el dolo del difunto, se da por el todo contra el heredero, porque aunque en otras acciones no solemos quedar obligados por el dolo del difunto salvo en la parte que vino a nuestras manos, aquí, sin embargo,*

el dolo depende del contrato y de la persecución de la cosa y, en consecuencia, el heredero único se obliga por el todo, pero si son varios, solo por aquella parte en que cada uno es heredero.

Ulpiano 30 ed., D 16, 3, 7, 2 y 3. *Siempre que los banqueros se declaran en quiebra, se suele tener en cuenta, ante todo, a los depositantes, es decir, a los que tuvieron cantidades entregadas en depósito, y no prestadas con interés a los banqueros, juntamente con ellos o por mediación de ellos; por consiguiente si se hubieran vendido los bienes, se da preferencia a los depósitos sobre los créditos privilegiados, pero de modo que no se tengan en cuenta los que devengaron intereses, aunque sea <por convenio posterior>, pues es como si se hubiera renunciado al depósito. (3) Se pregunta asimismo si se atenderá a la prioridad de los depositantes o si se consideran todos los depósitos a la vez, y consta que han de ser admitidos simultáneamente pues así se expresa en un rescripto imperial.*

Paulo 17 ed., D 16, 3, 9. *En la acción de depósito, si se demanda, por el acto del difunto, contra uno de muchos herederos, debo reclamar proporcionalmente la parte hereditaria; pero si es a consecuencia de un delito propio del heredero, no demando proporcionalmente a su parte, y con razón, puesto que la estimación se refiere al dolo que el mismo heredero perpetró por el todo.*

Juliano 2 ex Min., D 16, 3, 10. *Y la acción de depósito no compete contra sus coherederos que carecen de dolo.*

Africano 7 quaest. D 16, 3, 16. *Si aquél en quien hubieres depositado una cosa la depositara en otro, y éste hubiera hecho algo con dolo, por el dolo del segundo depositario, el primero tan solo queda obligado a cederte sus acciones.*

17,1: La acción de mandato, y la contraria

Paulo 32 ed., D 17, 1, 1pr y 2. *La obligación del mandato se establece por el consentimiento de los contratantes. (1) por ello puede ser aceptado el mandato por mensajero o por carta. (2) Asimismo se da acción de mandato tanto si hubiera escrito «ruego» como «quiero», «mando» o cualquier otra expresión.*

Gayo res cott., D 17, 1, 2pr, 1 y 2. *Se contrae mandato entre nosotros, tanto si te mando solamente por mi utilidad, como solamente por utilidad ajena, o mía y ajena a la vez, o bien mía y tuya y ajena; pero si te mando solamente por utilidad tuya, el mandato es superfluo y, por tanto, no nace de él ninguna obligación. (1) El mandato se realiza únicamente por mi utilidad si te mando, por ejemplo, que gestiones mis negocios, o que me compres un fundo, o que salgas fiador por mí. (2) Solamente por utilidad ajena, por ejemplo, si te mando que gestiones los negocios de Ticio, o le compres un fundo, o que te haga fiador de él.*

Paulo 22 ed., D 17, 1, 3pr, 1 y 2. *Además, entra en la razón del mandato el hecho de que durante el mismo puede mejorarse <a veces> la causa del mandante, pero nunca empeorarse. (1) Y ciertamente si te mandé que me comprases alguna cosa, sin establecer nada acerca del precio, y tú la compraste, nace acción de ambas partes. (2) Pero si establecí un precio y tú compraste en más, negaron algunos que tengas acción de mandato, aunque estuvieses dispuesto a renunciar a la cantidad en que excede dicho precio, pues sería injusto que no tenga yo acción contra uno, si él no quiere, pero él, si quiere, sí contra mi.*

Próculo (cit.) y Gayo 2 res cott. D 17, 1, 4. *Pero estima rectamente Próculo que podrá demandar hasta el precio establecido, cuya opinión es ciertamente menos estricta.*

Paulo 32 ed., D 17, 1, 5pr y 1. *Han de ser observados, pues, los límites del mandato, (1) pues el que se excede parece haber hecho algo distinto, y responde si no cumple el encargo aceptado.*

Celso (cit.) y Ulpiano 31 ed., D 17, 1, 6, 4. *Si te hubiese mandado una cosa sin interés para mí, por ejemplo que intervinieses a favor de Seyo o que prestases una cantidad a Ticio, tendré contra ti la acción de mandato, como afirma Celso, 7 dig., y quedo obligado contigo.*

Ulpiano 31 ed. D 17, 1, 8, 1. *Pero si el adversario fue absuelto por colusión del procurador, responde por la acción de mandato, y si no fuese solvente, dice que entonces se dará la acción de dolo contra el demandado que fue absuelto por colusión.*

Ulpiano 31 ed. D 17, 1, 10, 3. *Si mi procurador tiene una cantidad mía, me debe intereses por la mora; pero si la prestó con*

interés y lo cobró, hay que decir en consecuencia, que debe dar los emolumentos percibidos, tanto si yo se lo mandé como si no, porque se acomoda a la buena fe el no lucrarse con cosa ajena; pero si no negoció con el dinero, sino que lo empleó en provecho propio se demandará por los intereses que, según la tasa legal son frecuentes en cada región. Por último, dice Papiniano que, incluso si el procurador hubiese cobrado intereses y los empleó en su provecho, debe responder de esos intereses.

Celso (cit.) y Ulpiano 31 ed., D 17, 1, 16. *Si alguno me hubiese mandado hacer algo en mis cosas y lo hubiese hecho, se pregunta si hay acción de mandato. En el caso de Aurelio Quieto, que se dice haber mandado a su médico la construcción a su costa, de un juego de pelota, un baño caliente y otras cosas convenientes para su propia salud, en una finca que su médico tenía en Rávena y la ofrecía para pasar temporadas, como él solía hacer todos los años, dice Celso, 7 dig., haber dado la respuesta de que se debía deducir todo lo que había aumentado el valor de la construcción, pero que podía reclamarse por la acción de mandato lo que hubiese gastado de más.*

Papiniano (cit.) y Ulpiano 14 ed., D 17, 1, 28. *Papiniano, 3 quaest., dice que cuando paga <el préstamo> el que mandó prestar al deudor, no libera a éste de propio derecho, (pues paga a causa de su mandato y en su propio nombre), y por lo mismo cree que deben ser cedidas al mandante las acciones contra el deudor.*

Celso 38 dig., D 17, 1, 50pr. *Si uno que gestionaba los negocios de un fiador pagó al estipulante de modo que liberó al deudor y al fiador, y lo hizo útilmente, obliga al fiador mediante la acción de gestión de negocios y no importa que el fiador haya ratificado o no. Pero el fiador incluso antes de pagar la cantidad al procurador, tendrá la acción de mandato tan pronto hubiese ratificado.*

17.2: La acción de socio

Pomponio (cit.) y Ulpiano 30 Sab., D 17, 2, 14. *Si se hubiese convenido entre los socios que no se divida la cosa común durante un cierto tiempo, no parece haberse convenido no abandonar la so-*

ciudad. Pero qué ocurriría si se convino que no se disolviese: ¿valdrá acaso? Elegantemente escribió Pomponio que este convenio sería nulo, pues aunque no se conviniese, si se renuncia intempesivamente a la sociedad, se da la acción de socio, y si se convino no abandonar la sociedad en cierto tiempo, y se renuncia antes, puede haber una razón para la renuncia, y no está obligado por la acción de socio el que renuncia por el hecho de que no se cumple una cierta condición bajo la cual se había contraído la sociedad. Pues ¿qué hacer cuando un socio resulta tan molesto y perjudicial que no sea fácil tolerar?

Ulpiano 30 Sab. D 17, 2, 19. *El que es admitido como socio, lo es únicamente respecto al que lo admitió y ello con razón: puesto que la sociedad se contrae por el consentimiento, no puede ser socio mío el que yo no quise que lo fuera. ¿Qué ocurre si mi socio lo admitió? Es socio respecto a él solamente.*

Ulpiano 31 ed. D 17, 2, 20. *(Pues el socio de mi socio no es socio mío).*

Ulpiano 30 Sab. D 17, 2, 21. *Y todo lo que consiga en virtud de nuestra sociedad lo hará común con él, el que le aceptó como socio, pero nosotros nada tendremos en común con él. De su actuación responderá ante la sociedad, esto es, le demandará quien sea su socio y éste entregará a la sociedad lo que hubiese conseguido <como indemnización>.*

Marcelo (cit) y Ulpiano 31 ed., D 17, 2, 26. *En consecuencia, si un socio hubiese obrado en algo con negligencia, pero en otras cosas hubiese incrementado el patrimonio social, no se compensa el aumento con la negligencia, como escribe Marcelo.*

Casio, Sabino, Aristón (cit.) y Ulpiano 30 Sab., D 17, 2, 29, 1. *Así opina Casio que puede contraerse una sociedad de modo que uno no sufra ningún perjuicio y que, en cambio, el lucro sea común, lo cual valdrá únicamente, como también escribe Sabino, si su trabajo equivale a los perjuicios, pues muchas veces tanto valen los cuidados de un socio, que reportan a la sociedad más que el capital; o si un socio navega o viaje él solo o se expone él solo a los peligros. Refiere Aristón que Casio respondió que no puede contraerse una sociedad en la que uno obtenga el lucro y otro el perjuicio, y que esta sociedad suele llamarse leonina; también no-*

sotros estamos de acuerdo en que es nula la sociedad en que uno obtiene una ganancia y otro ningún lucro, sino el perjuicio; pues es del género más injusto aquella sociedad en la que corresponde a algún socio el perjuicio y no la ganancia.

Ulpiano 2 ed. D 17, 2, 32. *Pues cuando se constituyó una sociedad previo convenio, existe la acción de socio; cuando se produce sin acuerdo se considera que hay gestión en común, por razón de la copropiedad o del mismo negocio.*

Ulpiano 31 ed., D 17, 2, 33. *Como ocurre en los arrendamientos públicos y en las compras; porque los que no quieren controversias entre sí suelen comprar una cosa en común mediante un mensajero, lo cual es muy diferente de la sociedad. Por lo mismo, una sociedad contraída sin la autoridad del tutor no obliga al pupilo, pero sí obliga por la gestión común.*

Ulpiano 30 Sab., D 17, 2, 35. *Nadie puede disponer una sociedad con su heredero, de modo que el mismo heredero sea socio, pero se propone la acción de socio contra el heredero para que responda de la buena fe.*

Paulo 6 Sab., D 17, 2, 36. *Y también por la culpa de la actuación por la que debería responder aquél en cuyo lugar sucedió, aunque él no sea socio.*

Pomponio 13 Sab., D 17, 2, 37. *Claro que si aquellos que quedaron como herederos de los socios hubieran tenido intención de sociedad respecto a la herencia, con el nuevo consentimiento se logra que lo que se hubiera gestionado después se comprenda en la acción de socio.*

Pomponio 17 Sab., D 17, 2, 40. *El heredero de un socio, aunque no es socio, debe continuar sin embargo, aquellas gestiones que fueron iniciadas por el difunto, en las cuales puede incurrir en dolo el heredero.*

Juliano (cit) y Ulpiano 31 ed., D17, 2, 52, 4. *Dos personas contrajeron un negocio de confección de vestidos y uno de ellos, marchando a la compra de mercancías, fue asaltado por los atracadores, perdió su dinero, sus esclavos resultaron heridos y perdió objetos de su propiedad. Dice Juliano que el daño es común y que por tanto debe sufrir mediante la acción de socio, la mitad del daño, tanto del dinero como de las demás cosas que el socio no*

hubiese llevado consigo si no hubiera ido a comprar mercancías para la sociedad. Pero también si algo gastó en médicos, Juliano aprueba que debe abonarlo en parte el otro socio. Por lo mismo, también, si algo pereció en un naufragio, siempre que las mercancías fueran ordinariamente transportadas por mar, el daño afectará a ambos, pues, lo mismo que el lucro, también debe ser común el daño que no acontece por culpa del socio.

18,1: Sobre la contratación de compra, sobre los pactos concertados entre comprador y vendedor, y sobre las cosas que no pueden ser vendidas

Ulpiano 28 Sab., D 18, 1, 3. *Si la cosa hubiese ido vendida de tal modo que, en caso de no agradar, se tuviese por no comprada, no se considera que ha sido vendida bajo condición sino que la compra se resuelve bajo condición.*

Pomponio 9 Sab. D 18, 1, 4. *Se entiende que hay compra incluso de un hombre libre o de un lugar sagrado y religioso, que no pueden adquirirse, si compra el que lo ignora.*

Pomponio 9 Sab., D 18, 1, 6, 1. *Si se vendiese un fundo con un término anual, bienal o trienal, bajo la cláusula de que se tuviese por no comprado si el dinero no hubiese sido pagado en el término establecido y que si entre tanto el comprador hubiese cultivado el fundo y obtenido de él los frutos, fuesen éstos restituidos al darse aquél por no comprado y, asimismo, que el importe de la diferencia en que hubiese sido vendido a un tercero lo daría el comprador al vendedor; no pagado el dinero en el término fijado, se estima procedente que se dé la acción de venta al vendedor por este motivo. Y no debe inducirnos a duda el que se diga que hay acción de venta después de quedar como no comprado el fundo, pues en las compraventas hay que atenderse más a lo que realmente se quiso hacer que a lo que se declaró y, habiéndose declarado esa cláusula, lo que en realidad se quiso hacer fue simplemente que el vendedor no quedase obligado frente al comprador si éste no pagaba el dinero en el término fijado, no que se disolviese toda obligación de compraventa entre uno y otro.*

Marcelo (cit.) y Ulpiano 28 Sab., D 18, 1, 9. *Es manifiesto que en las compras y en las ventas debe interceder consentimiento. Por lo demás, si se disiente en la compra misma, ya en el precio ya en otra cosa, la compra es imperfecta. Así pues, si yo creo que compro el fundo Corneliano y tú crees que me has vendido el Semproniano, como disintimos en el objeto, la compra es nula. Lo mismo ocurre si yo creía venderte el esclavo Estico, y tú que me vendías el esclavo Pánfilo, que estaba ausente, pues cuando se disiente en el objeto, es evidente que la compra es nula. (1) Claro que, si disintiésemos en el nombre, pero constase el objeto, no hay duda que vale la compraventa; nada influye el error en la denominación cuando hay acuerdo en el objeto. (2) De ahí que se pregunte si hay compraventa cuando no se yerra en el objeto mismo, sino en la substancia; por ejemplo, si se vendiese vinagre en lugar de vino, bronce por oro, o plomo por plata u otro objeto que parezca de plata. Marcelo, 6 dig., escribió que hay compraventa porque se consintió en el objeto, aunque se haya errado en la materia. Estoy de acuerdo en el caso del vino, pues la substancia (en Griego oysía) es la misma, si el vino se agrió; por lo demás, si el vino no se agrió, sino que fue vinagre desde un principio, a modo de salsa de aderezo, parece que se ha vendido una cosa por otra; en los demás casos, toda vez que hay error en la materia, creo que no hay venta.*

Paulo 5 Sab., D 18, 1, 10. *De otro modo, si efectivamente hubiera sido oro pero peor de lo que el comprador estimaba, pues entonces valdrá la compra.*

Paulo 5 Sab., D 18, 1, 15pr. *Aunque se hubiese consentido en el objeto, si éste dejase de existir antes de la venta, la compra es nula.*

Gayo 10 ed. prov., D 18, 1, 35, 4. *Si una cosa vendida hubiese perecido por hurto, ha de observarse, en primer lugar, qué se había convenido entre las partes acerca de la custodia de la cosa; si nada resulta haberse convenido, ha de esperarse del vendedor una custodia tal como la que un buen padre de familia pone en sus propias cosas. Si ésta se hubiese observado y no obstante perdió la cosa, el vendedor estará seguro, con tal que ofrezca al comprador la acción reivindicatoria y la condición; de aquí se deduce lo*

que ocurre con el que vende una cosa ajena; como éste no puede disponer de la reivindicatoria ni de la condición, habrá de ser condenado por este mismo hecho: porque si hubiese vendido su propia cosa, podría transferir al comprador aquellas acciones.

Nerva, Sabino, Casio. Neracio (cit.) y Paulo 5 Plaut., D 18, 1, 57. *Compré una casa ignorando, tanto yo como el vendedor, que había ardido. Nerva Sabino y Casio dicen que nada se ha vendido, aunque permanezca el solar, y que el dinero pagado puede ser reclamado por la condición. Pero si subsiste una parte de la casa, dice Neracio que en esta cuestión, es muy conveniente distinguir qué parte de la casa <fue> quemada <o> permanece, porque, si es mayor la parte quemada, no estará obligado el comprador a perfeccionar la compra, sino que, incluso podrá repetir lo pagado como indebido. Pero si únicamente la mitad o menos hubiese ardido, entonces ha de forzarse al comprador cumplir la venta, mediante estimación a arbitrio de un hombre recto, de tal modo que se libere de la prestación del precio en la medida en que éste hubiese decrecido a consecuencia del incendio. (1) Mas si el vendedor sabía que la casa había ardido, y el comprador lo ignoraba, no hay venta si toda la casa se había quemado antes de la misma; pero si permanece una parte del edificio, la venta vale y el vendedor debe resarcir todo el interés. (2) De modo análogo debe ser tratado el caso inverso: cuando el comprador lo sabía y el vendedor lo ignoraba. También aquí se debe mantener la venta y todo el precio por el comprador al vendedor debe ser pagado, si no se ha hecho, y no puede ser repetido como indebido si se ha pagado.*

Licinio Rufino 8 reg., D 18, 1, 70. *Han estimado muchos que puede realizarse la compra de un hombre libre, si se hace entre personas que lo ignoran. Lo cual se ha admitido aunque el vendedor lo sepa, con tal que el comprador lo ignore, porque si éste comprase sabiendo que se trata de hombre libre la compra es nula.*

Tuberón, Labeón (cit.) y Javoleno 4 post. Lab., D 18, 1, 77. *Se determinó en una cláusula de la venta de un fundo que las canteras que existiesen en cualquier parte de aquel fundo quedasen exceptuadas y después de mucho tiempo fueron descubiertas unas canteras en dicho fundo. Respondió Tuberón que también ellas pertenecían al vendedor. Labeón se refiere a qué se ha querido hacer,*

porque si no resulta claro, no habrá de considerarse que aquellas canteras han sido exceptuadas, porque nadie vende ni exceptúa lo que no existe y no existían más canteras que las ya descubiertas y explotadas. Si se interpreta de otro modo, todo el contenido del fundo sería canteras si acaso en todo él existiese piedra bajo la tierra. Apruebo esta opinión.

18,5: Sobre la rescisión de la venta y sobre cuándo es lícito desistir de la compra

Sabino (cit.) y Paulo 2 ed., D 18, 5, 6. *Cuando se pactó que la cosa que se vende fuese devuelta si dentro de un cierto plazo no hubiese gustado, se da la acción de compra, como cree Sabino, o una acción por el hecho similar a la de compra.*

18,6: Sobre los riesgos y ventajas de la cosa vendida

Trebacio, Labeón (cit.) Ulpiano 28 Sab., D 18, 6, 1pr, 1 y 2. *Si el vino vendido se hubiese agriado o hubiese adquirido algún otro defecto, el daño será para el comprador; del mismo modo que si el vino se derramase por ruptura de las vasijas o por otra causa. Pero si el vendedor asumió el riesgo, lo sostendrá por el tiempo para el cual lo asumió. Si no señaló tiempo, debe soportar el riesgo hasta que el vino sea degustado, esto es, como si se vendiese de verdad en el momento de haber sido degustado. Pues, o bien se convino hasta cuándo soportará el riesgo del vino, y lo soportará hasta ese momento; o bien no se convino, y lo soportará entonces hasta la degustación. Pero si no habiendo sido degustado todavía, se marcaron por el comprador las vasijas o las tinajas, diremos en consecuencia, que todavía el riesgo es del vendedor; salvo que otra cosa se hubiere convenido. (1) Pero el vendedor responde de la custodia hasta el momento en que se cuentan las medidas del vino, pues antes de que se mida el vino es como si todavía no se vendiese, y después de la medida el riesgo deja de ser del vendedor. Y se libera del riesgo antes de la medida, si no vendió el vino por medida sino por ánfora o tinajas determinadas. (2) Si la tinaja ha sido marcada por el comprador, dice Trebacio que aquello se considera entregado;*

pero Labeón opina lo contrario, lo cual también es verdad, porque suelen señalarse más bien para que no se cambien que para que se consideren entregadas.

19,2: Las acciones de locación y conducción

Paulo 32 ed., D 19, 2, 7. *Si te hubiese arrendado una casa ajena en cincuenta mil sestercios y tú la <sub>arrendases a Ticio en sesenta mil, y el propietario hubiese impedido que Ticio la habitara, al demandar tú por la acción de conducción se estima procedente que debes conseguir los sesenta mil, porque tú mismo estás obligado con Ticio por sesenta mil.*

Trifonino 9 disput. D 19, 2, 8. *Veamos nosotros si se han de dar, no sesenta mil ni cincuenta mil, sino la cuantía del interés en gozar del arriendo, y si el subarrendador conseguirá tanto como deba darle al que se la tomó en arriendo, porque la ganancia del arriendo que se hace para conseguir una renta más elevada aumenta la condena. No obstante, al primer arrendador corresponden cincuenta mil que hubiese percibido del segundo, si el dueño de la casa no hubiese prohibido habitar al nuevo arrendatario. De este derecho usamos.*

Marcelo (cit.) y Ulpiano 32 ed., D 19, 2, 9, 1. *Se puede añadir aquí lo que escribe Marcelo, 6 dig.: si el usufructuario hubiese arrendado el fundo por un quinquenio, y hubiera muerto, no queda obligado su heredero a dejar disfrutar el fundo, del mismo modo que, habiéndose incendiado la casa, no quedaría obligado el arrendador con el arrendatario. Pero se pregunta Marcelo si el arrendatario queda obligado por la acción de locación a pagar la renta en proporción al tiempo en que ha disfrutado, del mismo modo que pagaría si hubiese arrendado los servicios de un esclavo usufructuario o una vivienda. Prefiere admitir que queda obligado, y es muy justo que sea así. Pregunta el mismo Marcelo: si hizo gastos en el fundo como si hubiera de disfrutarlo un quinquenio ¿los recobrará? Y dice que no los recobrará, porque ya debió prever que podía ocurrir. ¿Y si no lo arrendó como usufructuario, sino como dueño del fundo? Entonces quedará obligado, pues engañó*

al arrendatario, y así lo dispuso en un rescripto el emperador Antonino con <su padre> Severo, de consagrada memoria. Respecto de una casa incendiada dispusieron los mismos que había de pagarse el alquiler del tiempo en que la casa estaba en pié.

Celso (cit.) y Ulpiano 32 ed., D 19, 2, 9, 5. *Celso, 8 dig., escribió que la impericia ha de ser tomad por culpa: si alguno tomó en arriendo el apacentar terneros o el remendar o limpiar alguna cosa, debe responder de culpa y aquello e que erró por impericia es culpa, porque, dice, él tomó en arriendo como quien conoce su oficio.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 32 ed., D 19, 2, 13, 1. *Si un naviero hubiese tomado en arriendo una carga para transportarla a Miturna y al no poder remontar su nave el río Miturno, hubiera trasladado a otra nave la mercancía, y esta última hubiera naufragado en la boca del río ¿estará obligado el primer naviero? Labeón dice que no está obligado si está exento de culpa, pero si lo hizo contra la voluntad del dueño o en momento indebido o en nave menos idónea, entonces podrá demandarse por la acción de locación.*

Ulpiano 32 ed., D 19, 2, 13, 5. *Si se dio una piedra preciosa para ser engastada o esculpida y ésta se rompiese, no se dará la acción de locación si ello aconteció por defecto de la materia, pero sí se dará si ocurriese por impericia del operario. Hay que añadir a esta opinión que es así salvo el caso de que el artífice hubiera asumido el riesgo, porque entonces, aunque el accidente ocurriese por defecto de la materia, se dará la acción de locación.*

Sabino, Labeón, Mela (cit.) y Ulpiano 32 ed., D 19, 2, 13, 8. *Si alguno tomó en arriendo unas medidas y el magistrado hubiera dispuesto su destrucción, si eran verdaderamente medidas falsas, distingue Sabino entre que el arrendatario lo supiese o no; si lo sabía, se da la acción de locación, y si no lo sabía, no; pero si son buenas, sólo se obliga si por su culpa la destruyó el edil; y así lo escriben Labeón y Mela.*

Papiniano (cit.) y Ulpiano 32 ed., D 19, 2, 15, 4. *Papiniano, 4 resp., dice que si alguno hubiera concedido por un año el perdón de la renta por razón de esterilidad y luego en los años sucesivos se produjese abundancia, en nada le perjudicará al dueño el perdón,*

sino que podrá exigir íntegra la renta de aquel año en que la perdonó. Esto mismo respondió respecto al daño de un campo a censo. Y si el propietario hubiese hecho el perdón de un año, a causa de esterilidad, empleando la palabra donación, habrá de decirse lo mismo, como si no fuera donación sino transacción. Pero ¿qué se dirá si el año estéril, en que se hizo el perdón era el último <del arriendo>? Se dirá con mayor verdad que aunque los anteriores fueran más abundantes, y el arrendador lo sepa, no debe hacerse compensación.

Paulo 34 ed. D 19, 2, 24. *Si en una cláusula del arriendo se manifestó que la obra se aprobase a arbitrio del dueño, se ha de considerar como si se hubiese remitido al arbitrio de un hombre recto; y lo mismo se observa si se remitiese al arbitrio de otro cualquiera, pues exige la buena fe que ese arbitrio sea el que corresponde a un hombre recto, y atañe a la calidad de la obra, no a la prórroga del plazo que se haya determinado en la cláusula, a no ser que así se haya convenido en ella; por consiguiente será nula la aprobación hecha con dolo del arrendatario, y se puede demandarle por la acción de locación.*

Alfeno 5 dig., D 19, 2, 31. *Como varias personas hubiesen cargado trigo en la nave de Saufeyo sin separar, Saufeyo había devuelto a una de ellas el trigo de la masa común, y la nave después había perecido. Se preguntó si los demás podrían reclamar su parte de trigo contra el naviero por la acción de mercancía entregada a quien no se debe. Respondió que hay dos clases de cosas arrendadas, una en que se devuelve lo mismo (como cuando se dan ropas a un batanero para que las limpie), otra en que se devuelve el mismo género (como cuando se da a un joyero plata purificada para que haga vasos u oro para que haga anillos). En el primer caso, la cosa permanece para su dueño; en el segundo queda prestada. Lo mismo vale en el depósito, pues si uno deposita un cantidad no entregándola cerrada ni marcada con señal, sino que simplemente la contase, ninguna otra cosa debería el que la recibió en depósito sino el pago de una cantidad igual. Por lo cual, parece que el trigo se hizo de Saufeyo y fue debidamente devuelto. Pero si hubiese sido recogido el trigo de cada uno separado por*

tablones, en cestos o en algún tonel, de modo que pudiera reconocerse cuál era el de cada uno, no habríamos podido confundirlo sino que entonces aquel de quien fuese el trigo que el naviero había entregado puede reivindicarlo. Y por eso desaprueba él las acciones de mercancía entregada a quien no se debe, porque en el caso de que las mercancías que se entregan al naviero sean de aquellas que inmediatamente se hacen suyas y el mercader que las entrega se hace acreedor de ellas por préstamo, no parecería que se entregó la mercancía a quien no se debía, puesto que lo había hecho el naviero con lo que era suyo; y en el caso de que se debiese devolver la misma cosa entregada, el arrendador tiene la acción de hurto y por ello sería inútil la acción de la mercancía entregada a quien no se debe. Pero si de tal modo se diese que pudiera pagarse en cosa semejante, el arrendatario responde solamente de culpa (pues en el negocio que se contrae por causa recíproca de los dos contratantes se responde de culpa) y no hay culpa alguna en que hubiese devuelto a uno el trigo, porque necesariamente había de ser devuelto a alguno en primer lugar, si bien mejorase su posición respecto de los demás.

Javoleno 8 es Cass., D 19, 2, 37. *Si antes de que la obra estuviese aprobada para el arrendador fue destruida por alguna fuerza, corresponde el perjuicio al arrendador si la obra era tal que debiese ser aprobada.*

19,5: Sobre las acciones de palabras prescritas y por el hecho

Papiniano 2 quaest., D 19, 5, 7. *Si te hubiese dado diez mil sestercios para que manumitas a Estico, y no lo hubieras hecho, demandaré inmediatamente con la acción de palabras prescritas para que pagues en la medida de mi interés; y si no hay interés, te demandaré por la condición para que me devuelvas la cantidad.*

21,2: Sobre la evicción y la estipulación del duplo

Juliano 57 dig., D 21, 2, 39, 3. *Un padre vendió a sabiendas un hijo que tenía bajo su potestad a un comprador que nada sabía. Se preguntó si quedará obligado a causa de evicción. Respondió:*

el que vende como esclavo un hombre libre, tanto si lo sabe como no, queda obligado en razón de evicción. Por lo cual un padre, si vende un hijo suyo como esclavo, también se obliga por evicción.

22,3: Sobre las pruebas y presunciones

Celso 17 dig., D 22, 3, 12. *Te han sido legados cincuenta mil sestercios en el testamento, y lo mismo aparece escrito en un codicilo posteriormente redactado: importa ver si quiso <el testador> duplicar el legado o reiterarlo, y lo hizo olvidándose de que ya había él legado en el testamento. ¿De quién hay que exigir, pues, la prueba del hecho? A primera vista parece más justo que el demandante pruebe lo que pretende, pero también hay pruebas que se exigen del demandado; porque si reclamó un préstamo, y el demandado responde que ya pagó la cantidad, se le ha de obligar a que lo pruebe. También en este caso, pues, cuando el demandante exhibe dos escrituras y el heredero dice que la posterior es ineficaz, es el mismo heredero quien debe probarlo al juez.*

Ulpiano 1 resp., D 22, 3, 22. *El que afirma que <el testador> cambió la voluntad, debe probarlo.*

Paulo 3 quaest., D 22, 3, 25. *Cuando se trata de pago indebido ¿quién debe probar que no se debía? La cosa debe regularse de forma que si el que se dice haber cobrado una cosa o cantidad lo hubiera negado y el que pagó hubiera probado el pago con las pruebas legales, el que negó haber cobrado la cantidad, si quiere ser atendido por el juez, debe ser obligado sin distinción alguna a suministrar la prueba de que la cantidad cobrada se le debía, porque sería del todo absurdo que el que empezó por negar haber cobrado la cantidad y luego fue convicto de haberla cobrado, pueda exigir de su adversario la prueba de que no se debía. Pero si empieza por confesar que cobró, pero afirma que lo pagado no era indebido, nadie duda de que la presunción está a favor del cobrador; pues el que paga nunca es tan tonto de tirar el dinero en pagos que no debe, ... Por ello, el que afirma haber pagado lo indebido debe probar que pagó lo indebido por dolo del cobrador o por alguna justa causa de error, y si no lo probara, no recuperará lo pagado.*

23,3: Sobre el derecho de la dote

Juliano (cit.) y Ulpiano 31 Sab., D 23, 3, 5, 5. *Dice Juliano que no hay dote profecticia cuando el padre, a causa de un convenio de constituir dote, hubiera repudiado una herencia (por ejemplo si el marido era el heredero sustituto o pudiera reclamarla abintestato). Y si el padre hubiese repudiado un legado, a causa de un convenio de constituir dote, para que quede en poder de su yerno, que era el heredero, dice Juliano que eso no procede de los bienes del padre, porque el padre no gastó nada de lo suyo sino que dejó de adquirirlo.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 31 Sab., D 23, 3, 5, 9. *Escribió Juliano, 17 dig., que si alguno hubiese donado al padre una cierta cuantía para que la diese en nombre de su hija, no es dote profecticia, porque está obligado a darla y, si no la diera, puede ser demandado por la condición; y dice que lo mismo vale respecto a la madre, en caso de que la mujer la dé al marido con la condición de que se la dé al yerno a nombre de su hija, y dice así muy justamente que no parece que la mujer haya hecho donación a su marido, de modo que no quede prohibido por el derecho civil, pues no la dio para que su marido se quede con ella, sino para que la dé al yerno, como dote de su hija, y además, si el marido no la diese podrá ser demandado por la condición; según Juliano, esta dote es adventicia, y así se admite.*

Celso (cit.) y Ulpiano 31 Sab. D 23, 3, 7, 2. *Veamos si se deberán restituir los frutos o no cuando se haya dado en dote un usufructo. Dice Celso, 10 dig., que importa saber lo que fue convenido, y que, si no resulta convenida otra cosa, juzga que se tiene como dote el derecho mismo <de percibirlos>, pero no los frutos que se perciben.*

Ulpiano 34 Sab. D 23, 3, 10pr. *Suele convenir al marido que la dote no sea estimada para no responder de la pérdida, sobre todo si hubiera recibido en dote animales o los vestidos que usa la mujer; porque si es con estimación y la mujer desgasta la cosas, el marido será responsable de su estimación; en cambio, cuando se dan las cosas en dote sin estimación, las mejoras o los deterioros se atribuyen a la mujer.*

Marcelo, Escévola (cit.) y Ulpiano 34 Sab., D 23, 3, 12, 1. *Si la mujer alega que fue engañada para estimar una cosa en menos de su valor; por ejemplo, un esclavo, si el engaño fue realmente para que diera el esclavo, y no para estimarlo en menos, pedirá que se le restituya; pero si fue engañada en la medida de la estimación, queda al arbitrio del marido el pagar la estimación justa o el esclavo; esto si vive éste, porque si hubiese muerto, dice Marcelo que debe pagar mejor la estimación y no la que resulte justa sino la que se hizo; porque la mujer debe contentarse con que se hubiera estimado, ya que si lo hubiese dado sin estimación sin duda alguna sería ella quien lo perdiese, y no el marido. Lo mismo aprueba Marcelo respecto a la menor que fue engañada. Claro que si la mujer tenía un comprador por su justo precio, entonces se dirá que debe pagar la estimación justa; pero escribe Marcelo que esto solo se debe conceder a la mujer menor de edad. Observa Escévola respecto al marido que si hubo dolo de su parte, se ha de pagar la justa estimación; y me parece más cierto lo que dice Escévola.*

Paulo 7 Sab., D 23, 3, 17, 1. *Si después de darse una dote estimada no se celebra el matrimonio veamos qué es lo que debe repetirse, si la cosa o su estimación. Y parece que lo convenido es que sea válida la estimación si se efectúa el matrimonio, porque no había otra causa para contratar, y así que debe repetirse la cosa y no el precio.*

23,4: Sobre los pactos dotales

Paulo 7 Sab., D 23, 4, 5pr. Escévola 2 resp., D 23, 4, 29pr. *Si un marido que había recibido en dote unos predios estimados, pacta durante el matrimonio, en detrimento de su mujer, que los predios no se consideran estimados para poderlos dañar sin riesgo, se preguntó si quedarían estimados conforme a la primera escritura de dote y el menoscabo respondería al marido. Respondí que el pacto en cuestión no está prohibido por hacerse durante el matrimonio, si no resultase perjudicada la dote; <pero que>, no obstante la validez del mismo, si perjudicase a los predios, responde por ello el marido con la acción de dote.*

24,1: Sobre las donaciones entre cónyuges.

Ulpiano 32 Sab., D 24, 1, 1. *Se encuentra recibido en nuestras costumbres que no valgan las donaciones entre cónyuges. Esto se introdujo para que no se espoliaran recíprocamente con donaciones sin medida, movidos por el mutuo amor conyugal, y por la facilidad para hacerse tales donaciones.*

Africano (cit.) y Paulo 7 Sab., D 24, 1, 2. *Y para que no cese en los cónyuges la dedicación preferente de educar a los hijos. Sexto Cecilio <Africano> agregaba todavía otra causa: que a menudo discutirían los cónyuges si el que de ellos podía ser generoso no lo era en sus regalos, y de esa manera llegarían a mercantilizarse los matrimonios.*

Ulpiano 32 Sab., D 24, 1, 3, 4. *Conforme a esto, si una madre dona algo a un hijo que está bajo la potestad de su padre, la donación es nula, pues la adquiere su padre <marido de la donante>; pero si lo dio a un hijo que se incorporaba a la milicia, parece ser válida la donación, pues la adquiere el hijo para su peculio castrense.*

Ulpiano 32 Sab., D 24, 1, 3, 10. *Ha de saberse que la donación entre cónyuges está prohibida con el efecto de que el acto sea inválido de propio derecho; por lo cual, si se dona un objeto, la entrega del mismo nada vale, y si se prometió en estipulación o se canceló <la obligación que tenía de darlo> por aceptilación, no vale, pues es nulo de propio derecho todo lo que los cónyuges hagan entre sí a causa de donación.*

Celso (cit.) y Ulpiano 32 Sab., D 24, 1, 3, 12. *Mas si el marido hubiese autorizado a un deudor suyo para que le pagara <dando las monedas> a su mujer, cabe preguntarse si éstas se hacen de la mujer y se libera aquel deudor y escribe Celso, 15 dig., si no es mejor decir que si se libera el deudor, y que las monedas se hacen del marido, no de la mujer, pues si no estuviera prohibida la donación por derecho civil, el efecto de ese negocio sería el de que la cantidad pasaría de tu deudor a ti y luego de ti a tu mujer, pues los actos se abrevian en ese negocio de forma que no aparece uno de ellos: <el tránsito a través del acreedor>, pero la verdad es que el deudor*

da a su acreedor y éste a su mujer; y no es cosa insólita ni extraña que tú recibas algo a través de tercera persona, ya que si el que se presentaba falsamente como procurador de tu acreedor hubiera cobrado con tu autorización una cantidad de tu deudor, consta que tienes la acción de hurto contra él y que la cantidad se hizo tuya.

Juliano 17 dig., D 24, 1, 4. *Es lo mismo que si hubiera autorizado a quien me iba a entregar algo a causa de muerte para que se lo entregara a mi mujer, y lo mismo da que el donante hubiera salido de la enfermedad o que se muriera. Y no hay que pensar suponiendo que valiera la donación, que yo no me empobrecería; <si me empobrecería> ya que si el donante hubiera salido de la enfermedad, quedaría obligado por la condición <a restituir lo recibido>, y, si hubiera muerto, dejaría de tener en mi patrimonio, a causa de la donación <que hice>, lo que había de ser mío.*

Ulpiano 32 Sab., D 24, 1, 5pr. *Si un novio, queriendo donar algo a su novia, se lo hubiera entregado a Ticio para que éste se lo diera a la novia, y Ticio se lo hubiera entregado después de estar ellos casados, si Ticio fue interpuesto por el marido, no vale la donación que se perfecciona después de contraído el matrimonio, pero si fue interpuesto por la mujer, la donación quedó perfecta desde el primer momento, esto es antes del matrimonio y por esto aunque Ticio le hubiera hecho la entrega después de contraído el matrimonio, la donación es válida.*

24,3: Como se pide (la restitución de) la dote al disolverse el matrimonio

Pomponio 15 Sab., D 24, 3, 1. *El derecho a la dote es preferente siempre y en todo lugar, pues es de interés público que las mujeres conserven sus dotes, toda vez que es muy necesario que haya mujeres con dote para procrear una prole y aumentar con su descendencia la población ciudadana.*

Sabino (cit.) y Ulpiano 35 Sab., D 24, 3, 2pr y 1. *Al disolverse el matrimonio, la dote debe restituirse a la mujer, y no se obliga al marido a que desde el primer momento prometa su restitución a otra persona que la estipule más que si esto no le perjudica, pues si el marido sospechare que puede tener algún inconveniente para*

él, hay que decir que no se le obliga a prometer la restitución más que a su mujer; se entiende: siempre que la mujer sea independiente. (1) Si está bajo la potestad de su padre y la dote procedió de éste, la dote pertenece al padre y a la hija a la vez, aunque el padre no pueda reclamar la dote sin el consentimiento de su hija, ni él directamente ni por medio de su procurador, y así debe hacerse también la promesa, como dice Sabino. La promesa debe hacerse al que, de los dos, la hubiere pedido, y si solo la pidió el padre, la hija no perderá la acción de dote, que tendrá cuando se haya hecho independiente. Asimismo si se promete a petición de la hija sola, el padre conserva íntegra la acción de dote, pero ¿la conserva de modo que pueda ejercitarla el sólo o debe hacerlo en unión con su hija? Creo que conserva también la acción que puede ejercitar en unión con su hija, pero, si la hija se hubiere hecho independiente, esta estipulación sí que será en perjuicio de su padre <pues quedará sin acción para reclamar la dote>

Escévola (cit.) y Ulpiano 31 Sab., D 24, 3, 7pr. *Consta que son frutos los que exceden de la compensación con los gastos, lo que Escévola refiere tanto a los gastos del marido como de la mujer, pues si la mujer hubiese dado en dote <el fundo> la víspera de la vendimia, y una vez terminada ésta por el marido, se hubiese divorciado, no cree que debe restituir tan solo los frutos de once meses, sino que también deben deducirse los gastos antes de repartir los frutos; así, si también el marido hubiera gastado algo en aquel año, se compensarán los gastos de uno y otro; y al hacer la cuenta de los gastos hechos por la mujer, después de haber durado el matrimonio varios años, debe computarse también el tiempo del primer año anterior a la dación del predio <en dote>.*

Papiniano (cit.) y Ulpiano 31 Sab., D 24, 3, 7, 1. *Papiniano, II quaest., dice que al producirse el divorcio, los frutos no se dividen desde el día del arrendamiento, sino habida cuenta del tiempo precedente en que la mujer estuvo casada; porque dice Papiniano que, si el fundo fue dado en dote en el momento de la vendimia <en septiembre>, el marido lo hubiera dado en arrendamiento en las calendas de noviembre y el divorcio se produjera en el último día de enero, no es justo que el marido retenga los frutos de la vendimia más la cuarta parte de la renta de aquel año en que se produjo*

el divorcio; si no, en caso de sobrevenir el divorcio al día siguiente de terminarse la vendimia, retendría los frutos íntegros. Así pues, si el divorcio es a finales del mes de enero, habiendo durado el matrimonio cuatro meses, deben sumarse los frutos y la cuarta parte de la renta del año que comienza para que se deje al marido la tercera parte de la cantidad total.

26,1: Sobre las tutelas

Casio (cit.) y Ulpiano 37 Sab., D 26, 1, 3, 2. *Si el pupilo o la pupila quiere demandar al tutor nombrado conforme a derecho, o el tutor a uno de ellos, y se solicita curador para este asunto ¿se nombra cuando ellos mismos lo pidan o también el adversario? Y hay que saber que tanto si demandan como si son demandados, puede nombrarse este curador, pero no de otro modo que si lo pide el mismo al que debe dársele. Finalmente, Casio 6 <iur. Civ.>, escribió que nadie puede ser nombrado como tal curador a menos que esté presente y lo solicite quien también esté presente, por lo que no puede ser nombrado para un infante. Casio mismo dice: si el pupilo no quiere solicitar curador para que no se le pueda demandar, debe ser obligado por el pretor.*

26,2: Sobre la tutela testamentaria

Ulpiano 36 Sab., D 26, 2, 10, 4. *El esclavo ajeno puede ser nombrado tutor en esta forma: «si fuera libre sea tutor». Es más: si hubiera sido nombrado pura y simplemente, se considera inherente la condición de «cuando sea libre». Cualquiera puede defender por esta causa, incluso para el esclavo ajeno, la libertad fideicomisaria. Porque ¿qué importa que haya nombrado tutor a su esclavo o al ajeno, cuando en favor del pupilo y de la utilidad pública resulta adquirida la libertad para la persona que fue nombrada tutor en el testamento? Por lo tanto, también en favor de éste puede defenderse la libertad fideicomisaria, salvo que sea evidentemente contraria a la voluntad del testador.*

Ulpiano 37 Sab., D 26, 2, 11pr. *Si se hubiese nombrado tutor bajo condición o a partir de una fecha determinada, hay que nom-*

brar otro tutor para el tiempo intermedio, aunque el pupilo tenga un tutor legítimo, porque hay que saber que mientras se espera la tutela testamentaria, cesa la legítima.

26,7: Sobre la administración y riesgo de los tutores o curadores, que hayan administrado o no; y sobre la demanda de uno o varios, o contra ellos.

Juliano (cit.) y Ulpiano 35 ed., D 26, 7, 5, 7. *Juliano, 21 dig., propone este caso: uno, al morir, había nombrado tutores para sus hijos, y había añadido «y quiero que <los tutores> estén exentos de rendir cuentas». Dice Juliano que, si los tutores no hubiesen observado buena fe en la administración, deben ser condenados, aunque en el testamento se haya dicho que estuviesen exentos de rendir cuentas; por esta razón, perderán el derecho al fideicomiso que se les pudo dejar, como dice Juliano; es cierta esta opinión, porque nadie puede alterar el derecho público con cauciones de este tipo, ni cambiar la regla establecida desde antiguo; no obstante, cualquier daño que algún tutor hubiere sufrido a consecuencia de la tutela, se le puede legar o dejar por fideicomiso.*

Ulpiano 35 ed., D 26, 7, 7, 1. *Si el tutor hubiera descuidado la venta de aquellas cosas que perecen con el tiempo, el riesgo corre a su cargo, porque debió desempeñar rápidamente su función. ¿Cuál es la solución si esperaba a los cotutores que lo diferían o incluso querían excusarse? No se le perdonará fácilmente, porque debió desempeñar sus funciones, no, ciertamente, con precipitada premura, pero tampoco con morosa tardanza.*

Ulpiano 36 ed., D 26, 7, 9, 6. *Si el tutor fuera demandado <por un acreedor del pupilo>, no tiene necesidad de esperar la orden del juez para pagar; por lo mismo, si no hay razón para litigar, <no debe esperar que el verdadero acreedor le demande>. El emperador Antonino <Caracala>, con su padre, les prohibió cargar al pupilo los honorarios de los abogados si hubiesen sostenido un litigio inútil contra un acreedor verdadero, porque no se prohíbe que los tutores reconozcan de buena fe las deudas.*

Paulo 38 ed., D 26, 7, 12, 3. *Como quiera que el tutor está al cuidado, no solo del patrimonio, sino también de la vida del pupi-*

lo, fijará en primer lugar las retribuciones para los preceptores, no las mínimas posibles, sino según la posibilidad del patrimonio y la dignidad del abolengo; proporcionará alimentos a los esclavos y a los libertos, y en ocasiones también a los extraños, si convinieren al pupilo; enviará los regalos acostumbrados a los ascendientes y parientes. Pero no dará dote a la hermana nacida de otro padre, aunque ésta no consiguiera casarse de otro modo, porque aunque se haga honradamente, sin embargo, es por liberalidad, y ésta se ha de reservar al arbitrio del pupilo.

26,9: ¿Cuándo pueden demandar o ser demandados los menores por un acto del tutor o curador?

Aristón (cit.) y Pomponio, D 26, 9, 1. *Dice Aristón que el pupilo poseedor debe ser condenado por dolo malo o culpa del tutor; aunque creo que no en la estimación del litigio jurada por el demandante. Sin embargo, esta responsabilidad tiene lugar tan solo cuando el pupilo pudiera recuperar lo que había perdido.*

26,10: Sobre los tutores y curadores sospechosos

Ulpiano 35 ed., D 26, 10, 3, 17 y 18. *El tutor que imprudente o dolosamente abstuvo de la herencia al pupilo puede ser acusado como sospechoso. (18) El que hubiere sido removido por su pereza, rusticidad, inercia, simpleza o ineptitud, puede dejar la tutela o la curatela sin menoscabo de su reputación. Y si alguien no fuera removido por fraude, sino que <el pretor> le diera un adjunto, no será infame, puesto que no se le ordenó dejar la tutela.*

28,2: Sobre la institución o desheredación de los herederos descendientes, y los póstumos

Ulpiano 6 reg., D 28, 2, 2. *Se considera desheredado expresamente un hijo de este modo «sea desheredado mi hijo», aunque no se diga el nombre, cuando el hijo es único, pues si son varios, la mayoría de los autores responden, con benigna interpretación, que no se deshereda a ninguno.*

Ulpiano 3 Sab., D 28, 2, 4. *Se admite que puede instituir al póstumo cualquier varón, casado o todavía soltero; ya que el marido puede repudiar a la mujer y el que no estaba casado, casarse; pues cuando el marido instituye heredero al póstumo, no se considera que instituye al que nace de la que tenía por esposa, o al que a la sazón estaba en el claustro materno, sino al que naciese de cualquier esposa.*

Javoleno ex Cas. D 28, 2, 5. *Por esto, si el que instituyó heredero al póstumo se casó con otra después de haber hecho testamento, se considera heredero el que nació del matrimonio posterior.*

Paulo 1 Sab., D 28, 2, 7. *Si el hijo que está bajo la patria potestad fuese preterido y muriese en vida del padre, el testamento no vale y no puede revocar otro anterior. Este es el derecho que observamos en la práctica.*

Paulo 1 Sab., D 28, 2, 9, 1. *Si se instituyese al hijo póstumo <esperado> de la que está casada con otro, la institución es inválida de propio derecho porque es inmoral.*

Paulo 2 Sab., D 28, 2, 11. *Tratándose de herederos por derecho propio, parece evidente que se da una continuación del dominio de los bienes hasta el punto de que parece que no ha habido una herencia, puesto que ya en vida del padre se consideraban en cierto modo dueños. Por eso se le llama hijo de familia como se dice padre de familia, sin más distinción que para diferenciar el que engendra del engendrado, y así, al morir el padre, no se considera que adquieren la herencia sino más bien que consiguen la libre administración de sus bienes. De aquí que sean dueños de los bienes aunque no hayan sido instituidos herederos. No se opone a esto el que se les pueda desheredar, ya que también se les podía quitar la vida.*

Celso (cit.) y Juliano 29 dig., D 28, 2, 13pr. *Si se hizo la institución de heredero diciendo “En caso de que me nazca un hijo, sea heredero en ocho onzas, y en las cuatro restantes mi mujer; pero si me naciese una hija, sea heredera en cuatro onzas y en las ocho restantes mi mujer”, y nacieron un hijo y una hija, debe decirse que la totalidad de la herencia ha de distribuirse en siete partes, para que, de éstas, el hijo tenga cuatro partes, la mujer dos y la hija una, y así, según la voluntad del testador, el hijo tendrá el do-*

ble que la esposa y la esposa el doble que la hija; pues aunque en estricto derecho tenía que invalidarse el testamento, como tanto en un caso como en otro quería el testador que la esposa percibiese algo, se acudió a una solución de esta clase, inspirada por la equidad; lo que mereció la aprobación sin reservas de Juvencio Celso.

28,3: Sobre el testamento contra derecho, inválido o que resulta irrito

Ulpiano 10 Sab., D 28, 3, 6, 7. *El testamento del que es deportado no se hará irrito inmediatamente, sino cuando el príncipe hubiese confirmado la deportación, ya que entonces sufre la capitidiminución. Más si el gobernador sentenció que la fijación de la pena contra un decurión, su hijo o nieto se defiera al príncipe, creo que no se hace al punto esclavo de la pena, aunque se acostumbre meterlos en la cárcel para custodiarlos mejor. Por tanto, su testamento no se hará irrito antes de que el príncipe haya contestado por rescripto acerca del castigo que deba dársele y, en consecuencia, si muriese antes de ello, ciertamente que valdrá su testamento, a no ser que se suicidase, pues las constituciones hacen irritos los testamentos de quienes conscientes de su delito, prefirieron darse muerte a ser castigados, y los hacen írritos aunque mueran ciudadanos; pero si alguno, por cansancio de la vida, por enfermedad, por falta de resignación o <a impuso de la> jactancia se suicidase, como hicieron algunos filósofos, valdrán sus testamentos.*

Ulpiano 11 Sab., D 28, 3, 8. *Es cierto que por la adopción o adrogación de un hijo o una hija se invalida el testamento, ya que se invalida normalmente por la aparición de un heredero de propio derecho.*

Ulpiano 4 disput. D 28, 3, 12pr. *Murió un póstumo preterido por el testador y nacido en vida de aquél. Aunque en estricto derecho y con gran sutileza se considerase que es inválido el testamento, sin embargo, si hubiese sido sellado el testamento, el heredero instituido puede recibir la posesión de los bienes hereditarios conforme al testamento, y podrá quedarse con el patrimonio, según contestaron por rescripto el emperador Adriano, de consagrada memoria,*

y nuestro emperador <Caracala>. Por esto los legatarios y los fideicomisarios tendrán, sin nada que temer, aquello que se les dejó. Lo mismo se ha de decir acerca del testamento contra derecho y del que resulta irrito, si se hubiese concedido la posesión de los bienes hereditarios a quien podía llevarse la herencia abintestato.

Ulpiano 4 disput. D 28, 3, 12, 1. *Si un paisano que ya había hecho un testamento hubiese hecho otro en el que encomendaba a la lealtad del heredero que valiese el primer testamento, queda invalidado en absoluto el testamento anterior, pero cabe preguntar si a pesar de haber quedado invalidado, valdrá como codicilio. Como la expresión empleada por el testador es característica de un fideicomiso, todo lo allí escrito tendrá sin duda esa naturaleza, no solo los legados y fideicomisos, sino también las manumisiones y la institución de heredero.*

Pomponio ad Q. Muc., D 28, 3, 16. *Como en mi segundo testamento he instituido heredero pura y simplemente o bajo condición a una persona que todavía vivía, se invalidará el testamento anterior; siempre que pudiera cumplirse la condición, aunque no se hubiese cumplido. Pero es muy importante cuál fuese la condición que se puso: si de pretérito, de presente o de futuro. La de pretérito se redacta así «si Ticio ha sido cónsul». Si esta condición corresponde a la realidad, esto es, si Ticio ha sido cónsul, la institución hace inválido el testamento anterior; pues entonces sería heredero en virtud de la institución, pero si Ticio no ha sido cónsul, no se invalidó el testamento anterior. Pero si el heredero fue instituido con condición de presente, por ejemplo «si Ticio es cónsul», se va a parar a lo mismo, pues, si es cónsul, puede ser heredero y se invalida el testamento anterior; y si no lo es, no puede ser heredero ni se invalida el testamento anterior. Las condiciones de futuro, si son posibles, <si> se pueden cumplir, aun en el caso de no cumplirse invalidan el testamento anterior; pero si no se pueden cumplir, como, por ejemplo, «que sea heredero Ticio si alcanza el cielo con la mano», está resuelto que se considere como si no se hubiese añadido la condición.*

Escévola, 6 quaest., D 28, 3, 19 pr y 1. *Si Ticio y yo hemos sido instituidos herederos, y un hijo póstumo del testador ha sido des-*

heredado en nuestro llamamiento, pero no en el llamamiento de nuestros sustitutos, si muere Ticio, tampoco yo podré adir la herencia, pues se invalidó el testamento a causa de que en lugar del instituido, en cuyo llamamiento se desheredó al póstumo, se llamó al sustituto, en cuyo llamamiento el póstumo no fue desheredado. (1) Pero si Ticio y yo hemos sido nombrados sustitutos recíprocos, aunque el póstumo no haya sido desheredado en el llamamiento de la sustitución, si Ticio muere o repudia la herencia entiendo que puedo adir yo y ser heredero de toda la herencia. (2) En el caso anterior, suponiendo que viva Ticio, ni yo puedo adir la herencia sin él, ni él sin mí, porque quedaría incierto si el testamento iba a quedar invalidado al repudiar el otro. Así, pues, podemos adir la herencia conjuntamente.

29,2: De la adquisición y repudiación de la herencia

Juliano (cit.) y Ulpiano 6 Sab., D 29, 2, 6, 4. *Si el que se creía hijo de familia hubiese hecho adición de la herencia con autorización de su padre, es sabido que no adquirió la herencia, ni para sí, ni para quien le había autorizado, aunque si la adió muerto ya el padre, se obligará él a la herencia, como escribió Juliano, 31 dig., pues el que duda si es hijo de familia o se ha hecho independiente por la muerte del padre, se admite mejor que pueda adir la herencia.*

Celso (cit.) y Ulpiano 6 Sab., D 29, 2, 6, 7. *Escribió Celso, 15 dig., que se admite que quien hubiese adido la herencia forzado bajo la coacción de amenazas verbales o por otro temor, no se hace heredero, si es libre, ni hace heredero a su dueño, si es esclavo.*

Paulo 1 Sab., D 29, 2, 7, 2. *En toda sucesión, el que quedó heredero del heredero de Ticio, parece que también lo es de éste, y no puede rechazar la herencia de Ticio.*

Ulpiano 7 Sab., D 29, 2, 10. *Si el que fue instituido heredero en toda la herencia hubiera decidido tener una parte de la herencia, se entiende que hizo gestión de heredero de toda ella.*

Ulpiano 7 Sab., D 29, 2, 13pr. *El que fue instituido heredero o el llamado por ley a la herencia, la pierde si la repudia. Esto es así si estaba la herencia en situación de poder ser adquirida por*

adición, porque si el heredero instituido bajo condición repudia la herencia antes de que la condición se cumpla, tal acto no produce efecto, cualquiera que sea la naturaleza de la condición, aunque sea potestativa.

Ulpiano 7 Sab., D 29, 2, 17, 1. *Si un heredero testamentario que también lo era legítimo repudiase como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo; pero si la repudiase en cuanto heredero legítimo, a sabiendas de que estaba instituido heredero en el testamento, hay que entender que la repudió por ambos conceptos; si no lo sabía, no le afectará la repudiación en ningún concepto: no en cuanto a la herencia testamentaria, porque no se refirió a ella, pero tampoco en cuanto a la legítima, porque aun no le había sido deferida.*

Ulpiano 61 ed., D 29, 2, 20, 1. *Por esto, los descendientes que son herederos necesarios suelen declarar que las gestiones que hacen no las hacen con intención de heredero, sino por piedad, por conservar la cosa o por creer que el asunto es suyo <y no de la herencia>. Por ejemplo, si enterró uno a su padre o cumplió otros deberes funerarios: si lo hizo con intención de heredero, se entiende que gestionó como heredero; pero no se considera que actuó como heredero si actuó por piedad filial. Si dio de comer a los esclavos o a las caballerías de la herencia, o las enajenó: si lo hizo como heredero, gestionó como heredero, pero si lo hizo para conservarlos o creyendo que eran suyos, o mientras deliberaba <sobre si adir o no>, para evitar que se perdiera alguna cosa de la herencia, y acaso sin querer actuar como heredero, no se considerará que hizo una gestión de heredero.*

Juliano, Papiniano (cit.) y Ulpiano 61 ed., D 29, 2, 20, 4. *Papiniano escribe que era corriente pensar que si el hijo instituido heredero, que se abstuvo de los bienes del padre, recibió alguna cantidad del manumitido bajo condición, podía ser demandado por los acreedores de la herencia, se trate o no de una cantidad procedente del peculio del esclavo, ya que el hijo recibe conforme a la voluntad del padre lo que se da para cumplir una condición. Juliano estima que es lo mismo aunque no se abstenga <esto es, aun cuando haya repudiado la herencia>. Más Papiniano dice que*

únicamente se considera que actuó como heredero si es heredero único. En cambio, si tiene un coheredero y éste hace adición de la herencia, dice Papiniano que no ha de forzarse a quedar obligado frente a los acreedores el que recibió una cantidad del manumitido bajo condición, pues cuando un hijo se abstiene debe conseguir por derecho pretorio lo mismo que consigue el emancipado que repudió la herencia. En consecuencia, si se dispuso que el manumitido bajo condición diese una cantidad precisamente al hijo del testador, pudo obtener la libertad dándosela al que no era heredero. Así pues, dice Papiniano que se gestiona como heredero siempre que se recibe algo que no habría podido recibir sin tener el nombre y el derecho de heredero.

Ulpiano 8 Sab., D 29, 2, 25pr. *Si un esclavo ajeno me sirviera creyendo de buena fe que era mío, en caso de adir la herencia con mi autorización, nada conseguirá ni adquirirá para mí, como tampoco si es un esclavo sobre el que tengo el derecho de usufructo.*

Ulpiano 8 Sab., D 29, 2, 25, 11 *Pero si le mandó adir en calidad de heredero único y luego resulto que había sido instituido en parte, considero que no hizo la adición con autorización, pero, si le mandó adir en parte, puede adir en la totalidad. Otra cosa es si le mandó adir como heredero abintestato e hizo la adición como heredero testamentario, pues entiendo que nada hizo, pero si le mandó que hiciese la adición como heredero testamentario podrá adir abintestato, porque no hizo peor la condición del padre y lo mismo si le mando adir en calidad de instituido y luego resulta que es sustituto, o al revés.*

Ulpiano 8 ad Sab., D 29, 2, 30, 1. *Lo que se dice de que «el pariente próximo del hijo póstumo no puede adir la herencia, si la mujer está embarazada o cree que lo está, pero sí puede si sabe que no lo está», ha de entenderse referido al pariente próximo del que va a nacer como heredero por derecho propio; y esta expresión no se aplica sólo a los herederos testamentarios, sino también a los herederos abintestato. Lo mismo se entiende si es otro heredero legítimo o consanguíneo el que va a nacer, porque para hacer esperar a los herederos que vienen después y reservarles ya su derecho, si nace, el concebido en el momento de la muerte se tiene ya por nacido. En*

fin, también pone el pretor en posesión de los bienes hereditarios al ya concebido, conforme al edicto.

30: Título (único), sobre los legados y fideicomisos I

Ulpiano 5 Sab., D 30, 4, 1. *Si un testador hubiese instituido herederos y hubiere dejado un legado diciendo «que cumpla el legado quien herede lo que tengo en las Galias», se entiende que todos los herederos tienen que cumplir el legado, porque a todos pertenece <pro indiviso> lo que tenía en las Galias.*

Juliano 33 dig., D 30, 6. *Cuando se dice «que mi heredero dé el esclavo Estico que sea mío a mi muerte», parece que el testador más quiso poner una condición en el legado que hacer una aclaración; porque si lo hubiese dicho para aclarar, hubiese dicho «el esclavo Estico que es mío», no «el que sea mío». Pero esta condición se debe entender «en cuanto sea mío», de suerte que si lo hubiese enajenado en su totalidad se extingue el legado y si lo hubiese enajenado sólo en parte, se deberá aquella parte que fuese del testador al momento de su muerte.*

Pomponio 2 Sab., D 30, 8, 2. *Si se hubiese legado diciendo «ocho mozos de litera o en su lugar una cierta cantidad por cada esclavo, según quiera el legatario», no puede éste pedir una parte en esclavos y otra parte en dinero, porque, en uno o en otro de los objetos previstos, el legado es único; y lo mismo si se legasen cincuenta medidas de aceite o en su lugar cierta cantidad por cada una: de no ser así se permitiría la división incluso en el caso de que se legase un solo esclavo, pues lo mismo da que se señale la cantidad por unidades o en conjunto. Es indudable que, si se legaron ocho esclavos o una cantidad total por todos ellos, el heredero no está obligado, si no quiere, a pagar parte en esclavos y parte en dinero.*

Pomponio 5 Sab., D 30, 16, 2. *Si se legase algo a Ticio y a unos póstumos, al no nacer póstumo alguno, Ticio podrá reclamar el legado por entero; pero también si el testador hubiese querido dar a Ticio y a los póstumos porciones individuales, e incluso lo hubiese declarado expresamente, no naciendo póstumo alguno, se debe a Ticio el legado entero.*

Ulpiano 15 Sab., D 30, 17, 2. *Si se hubiese <pre>legado a favor de uno de los herederos, es claro que se le debe, por ministerio del juez al hacer la partición de la herencia, constando que aunque este heredero se hubiese abstenido de la herencia, podrá conseguir el legado.*

Pomponio 5 Sab., D 30, 24, 1. *Si tengo el usufructo, y lo hubiese legado, no tiene efecto el legado, salvo que después adquiera la nuda propiedad.*

33,1: Sobre los legados (y fideicomisos) de pensión anual o mensual

Ulpiano 24 Sab., D 33, 1, 3, 6. *Si se lega a alguien una determinada cantidad y el testador hubiera dispuesto que, en tanto no se diera aquella cantidad, se pagara algo anualmente a modo de intereses, el legado es válido, pero respecto a los intereses debe valer en tanto no excedan éstos la tasa de interés admisible.*

Sabino (cit.) y Paulo 62 ed., D 33, 1, 4. *Si se legó a alguien por anualidades, dice Sabino, cuya opinión es cierta, que hay varios legados: el de la primera anualidad puro y simple, y condicional el de las anualidades siguientes, pues parece implicarse la condición «si vive», por lo que al morir el legatario, no pasa el legado a su heredero.*

33,2: Sobre el legado o fideicomiso de uso, de usufructo, de rédito, de habitación y de servicios

Papiniano 17 quest., D 33, 2, 2. *Los servicios de un esclavo objeto de un legado no se pierden por la capitisdiminución <del legatario> ni por falta de uso. Y como el legatario puede cobrar el salario de tales servicios, podrá también arrendarlos, y responderá el heredero que le impida esa ganancia. Lo mismo si el mismo esclavo se hubiera arrendado. Al no ser tal legatario un usufructuario, trasmite a su heredero el legado de servicios <de un esclavo>; mas si el esclavo es usucapido se pierde el legado.*

Paulo 3 Sab., D 33, 2, 5. *Estipulo sin eficacia un usufructo para «cundo me muera», y lo mismo si se lega, pues el usufructo ya constituido suele extinguirse con la muerte.*

Pomponio 15 Sab., D 33, 2, 6. *Si se me ha dado en usufructo por un bienio continuo a partir de la muerte del testador y el heredero dejara de dármele, seguirá este respondiendo por ello aunque haya transcurrido el bienio, del mismo modo que respondería si hubiera dejado de existir una cosa legada que quien la debía se hubiera demorado a dar; pero, como ya no puede pedirse el usufructo que fue legado, pues sería otro distinto, sólo debe hacerse la estimación del mismo por dos años.*

Ulpiano 26 ed., D 33, 2, 7. *¿Cuándo debe adquirirse <el derecho al legado de> los servicios que se dejan en un testamento: desde que los pide el legatario o desde que fue adida la herencia? Y ¿para quién es el riesgo de los días en que el esclavo estuvo enfermo? Creo que se adquieren desde el día en que se piden, por lo que, si el esclavo se hubiera puesto enfermo después de haber sido pedidos, la pérdida de los mismos es para el legatario.*

Juliano 78 dig., D 33, 2, 10. *Si se hubiere legado un fundo a Ticio y al mismo el usufructo del fundo, quedará a su arbitrio el vindicar <la propiedad del>fundo o el usufructo, y si hubiera elegido el fundo tendrá necesariamente la plena propiedad, aunque hubiera repudiado el usufructo, pero si hubiera referido tener el usufructo y hubiera repudiado la nuda propiedad, sólo tendrá el usufructo.*

36,1: El senadoconsulto trebeliano y pegasiano

Ulpiano 3 de fideic. D 36, 1, 1, 2. *<El senadoconsulto Trebeliano dice así:> «Considerando como muy justo, en todos los fideicomisos de herencia, que, si queda pendiente alguna reclamación judicial, la sufra aquel a quien se cede el derecho y los frutos <de la herencia>, antes de que resulte riesgo para el fiduciario, decídese que las acciones que suelen darse contra el heredero o a favor de los herederos, no se den en contra ni a favor de los que hubiesen traspasado la herencia objeto del fideicomiso que se les encomendó, sino a favor o en contra de aquellos a los que se traspasó el fideicomiso en virtud del testamento, a fin de que acaben de cumplirse las últimas voluntades de los difuntos».*

Juliano y Meciano (cit) y Ulpiano 3 fideic., D 36, 1, 1, 8. *Se pregunta si el que ha recibido en fideicomiso una herencia en vir-*

tud del senadoconsulto Trebeliano puede, restituyendo él a su vez esa herencia en virtud del mismo senadoconsulto, transferir <nuevamente> las acciones. Y escribe Juliano que también él puede transferirlas, como aprueba igualmente Meciano y nosotros.

Juliano (cit.) y Ulpiano 3 fideic., D 36, 1, 1, 16. *Si se ruega a un heredero que restituya la herencia reservándole el prelegado de un fundo, restituirá la herencia conforme al senadoconsulto Trebeliano. Y no importa que ese fundo esté dado en garantía, pues la acción personal de la deuda no es accesoria al fundo, sino que se da contra el fideicomisario al que se restituya la herencia por el Trebeliano, y el fideicomisario deberá garantizar al heredero para que, si acaso el fundo fuera objeto de evicción por <la reclamación del> acreedor, deje a salvo al heredero. Juliano, sin embargo, no cree que deba darse esa caución, sino que debe valorarse el fundo en cuanto valga sin esa caución, es decir, en cuanto pueda venderse sin esa caución, y que si puede venderse sin caución por el valor de la cuarta parte de la herencia, deben pasar las acciones al fideicomisario, y si no, debe hacerse la restitución también por el Trebeliano, pero reteniendo lo que falta <al precio del fundo para igualar el valor de la cuarta parte>. Opinión ésta que dirime muchas controversias.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 3 fideic., D 36, 1, 1, 20. *Mas si, teniendo cuatrocientos mil sestercios hubiera legado doscientos mil a Ticio y hubiera rogado restituir la <otra> mitad de la herencia a Sempronio, dice Juliano que la restitución debe hacerse conforme al <senadoconsulto> Trebeliano, y que la acción del legado debe repartirse de modo que se reclamen cien mil del heredero y los otros cien mil los pida el legatario al fideicomisario. Esto lo dice Juliano porque de esta suerte tiene <el heredero> la cuarta íntegra, es decir cien mil sestercios sin mermas.*

Pomponio, Aristón (cit.) y Ulpiano 3 fideic., D 36, 1, 3, 2. *Escribe asimismo Pomponio que, si se ruega a un heredero que restituya la herencia a un fideicomisario deduciendo los legados, se pregunta si deberá dar los legados sin merma y sólo podrá deducir la cuarta parte del fideicomiso, o si podrá detraerla tano de los legados como del fideicomiso. Y dice Pomponio que, según respon-*

dió Aristón, debe detraerse de todo, es decir tanto de los legados como del fideicomiso.

Ulpiano 4 de fideic., D 36, 1, 4. *Como podía ocurrir que el heredero instituido no quisiera adir la herencia al advertir que podía perjudicarse, se proveyó para que si el fideicomisario declarase que la adición <del heredero> corría a su riesgo y quería él que se le entregase la herencia, obligue el pretor al heredero instituido para hacer la adición y la restitución de la herencia. Y si así se hiciera, se transmiten las acciones en virtud del senadoconsulto Trebeliano, y el heredero no puede aprovecharse ya de la ventaja de la cuarta, pues, al haber adido a riesgo de otro, es justo que quede privado de toda ventaja. Y no importa que la herencia resulte o no insolvente: basta que no la quisiera el instituido heredero; y no se indaga si la herencia es o no solvente, pues se tiene en cuenta lo que dice el que no quería adirla, sea por temor, sea por pretexto, y no la cuantía real de la herencia.*

Papiniano (cit) y Ulpiano 2 fideic., D 36, 1, 18 (17), 4 y 7. *Si se deja el fideicomiso para que se restituya la herencia en caso de morir el fiduciario sin dejar descendencia escribe Papiniano, II resp., que incluso el hijo natural hace que se frustre la condición; ... (7) Si alguien hubiera tenido un hijo, pero éste hubiera muerto, parecerá haber muerto aquél sin descendencia. Pero cabe preguntarse si se frustró la condición cuando murió a la vez que su padre en un naufragio, derrumbamiento, atraco u otro accidente, y estimo que no, pues no es verdad que haya sobrevivido un hijo. O sobrevivió el hijo a su padre y se extinguió la condición del fideicomiso, o no sobrevivió y se cumplió la condición: como no es claro quién murió antes y quién después, vale más decir que se cumplió la condición del fideicomiso.*

Ulpiano 19 Sab., D 36, 1, 21 (20). *Si se dejó un legado para el momento de tener hijos el legatario, y éste hubiera muerto dejando a su mujer encinta, transfiere el legado a su heredero.*

Javoleno 11 epist., D 36, 1, 48 (46). *Seyo Saturnino, timonel jefe de la flota de Britania, dejó en su testamento como heredero fiduciario al trierarca Valerio Máximo, al que rogó que restituyera la herencia a su hijo Seyo Océano cuando hubiera cumplido los diez*

y seis años. Seyo Océano murió antes de cumplir los diez y seis años; ahora Malio Séneca, que dice ser tío materno de Seyo Océano, reclama estos bienes por razón de parentesco, pero el trierarca Máximo afirma que le pertenecen porque murió el fideicomisario. Pregunto, pues, si estos bienes pertenecen al trierarca Valerio Máximo, heredero fiduciario, o a Malio Océano que dice ser tío materno del muchacho. Respondí que si Seyo Océano, a quien el heredero fiduciario debía restituir la herencia fideicomisaria, en virtud del testamento de Seyo Saturnino, al cumplir aquél lo diez y seis años, murió antes de cumplir la edad señalada, la herencia fiduciaria pertenece a aquel a quien hubieran pertenecido los demás bienes de Océano, ya que el día del fideicomiso cedió en vida de Océano <y éste había adquirido ya el derecho a esos bienes, que deben pasar a sus herederos>; esto, siempre que al diferir el momento de la restitución de la herencia parezca que el testador quiso dejar que el heredero ejerciera en ese tiempo la tutela, y no supeditar el fideicomiso a un término incierto.

36,2: Sobre cuándo cede el día (en que se adquiere el derecho) de los legados y fideicomisos.

Ulpiano 20 Sab., D 36, 2, 5pr, 1 y 2. *Si el legatario hubiera muerto después de <ceder> el día del legado, el legado pasa a su heredero. (1) Así, si el legado no tiene condición, cede el día desde la muerte <del testador>; si se dejaron legados desde un término, cede el día como en los que no son condicionales, a no ser que se trate de un derecho intransmisible al heredero, pues en éstos no cede antes el día, por ejemplo si se dejara un usufructo a partir de un año <desde la muerte del testador>. Aprobamos esta opinión. (2) Mas si se dejó un legado bajo condición, no cede el día del legado hasta que se haya cumplido la condición, incluso si la condición es potestativa.*

Ulpiano 20 Sab., D 36, 2, 7pr, 1 y 2. *La adición de la herencia por el heredero demora la reclamación del legado, pero no la cesión del día <por el que se adquiere el derecho al legado>. (1) Así, el legatario está sin cuidado de que el heredero instituido sin condición tarde en adir, o que la condición del instituido con ella se lo impida. (2) Tampoco perjudicará al legatario, pues cede*

el día del legado a pesar de ello, el que el heredero instituido no haya nacido todavía o se halle cautivo de los enemigos.

37,4: De la posesión de los bienes (hereditarios) contra el testamento

Ulpiano 39 ed., D 37, 4, 1, 3. *Si los hijos hubieran regresado del cautiverio por el postliminio, piensa Pomponio que se les puede admitir para la posesión de los bienes contra el testamento.*

Paulo 41 ed. D 37, 4, 6pr y 1. *Si un hijo emancipado hubiera engendrado un nieto, luego hubiera muerto, y después su abuelo, el nieto puede acceder a la posesión de los bienes del abuelo. (1) Y si <este abuelo> hubiera emancipado a su hijo y a su nieto, mientras viva el hijo, el nieto no accede a la posesión de los bienes del abuelo, pero sí después de morir su padre.*

Marciano 5 reg. D 37, 4, 15. *Si un hijo emancipado que ha sido preterido hubiera opuesto la excepción de dolo malo al heredero de su padre que le demandó lo que aquél hijo debía a su padre, creo que no puede ya pedir la posesión de los bienes en contra del testamento, pues parece que con ello repudió la posesión de los bienes. Lo que debe entenderse así, siempre que el hijo no hubiera querido rechazar al heredero demandante con la excepción «a no ser que se pueda dar al hijo la posesión de los bienes en contra del testamento», en vez de valerse de la excepción de dolo.*

37,5: Sobre los legados que hay que cumplir cuando se ha pedido la posesión de los bienes (hereditarios), contra el testamento

Ulpiano 40 ed., D 37, 5, 1pr. *Este título <edictal> tiene cierta justicia natural y, en parte, nueva, pues los que invalidan la voluntad paterna al pedir la posesión de los bienes en contra del testamento deben <por este edicto> cumplir, conforme a la voluntad del padre, los legados y fideicomisos a favor de algunas personas: los descendientes y los ascendientes; y, cuando es un legado en concepto <de restitución> de dote, la mujer y la nuera.*

Ulpiano 40 ed., D 37, 5, 3, 4 y 5. *Así también, si a alguna de estas personas exceptuadas se hubiese dejado un legado con un fideicomiso a favor de otra no exceptuada, deberá decirse que no*

debe cumplirse el legado, pues la ventaja del mismo no es para la persona exceptuada. (5) En cambio, si pones el caso a favor de una persona no exceptuada pero con un fideicomiso a favor de los descendientes o ascendientes <del testador>, debemos decir consecuentemente que sí debe cumplirse tal legado.

Juliano 36 dig., D 37, 5, 17. *Si un padre hubiere instituido heredero a un extraño, habiendo preterido a un hijo emancipado, y hubiera dejado a cargo de aquél el legado de una cosa que pereció por dolo del heredero testamentario después de haber adido éste la herencia, deberá darse una acción útil contra el emancipado, es decir a favor de aquel legatario al que el hijo está obligado a entregar el legado, pues el propósito del pretor es que se dé la posesión contra testamento sin perjudicar a las demás personas.*

37,9: De la posesión que debe darse al que va a nacer, y su curador

Ulpiano 41 ed., D 37, 9, 1pr, 2 y 8. *Del mismo modo que el pretor se cuidó de los descendientes que ya existen, así tampoco descuidó a los que todavía no nacieron, por la expectativa de su nacimiento, pues, <aparte otras medidas a su favor> en esta cláusula edictal defiende sus intereses al conceder al que va a nacer una posesión que hace las veces de la posesión de los bienes <hereditarios> en contra del testamento... (2) El que va a nacer es puesto en posesión siempre que no haya sido desheredado y siempre que haya de figurar entre los herederos de propio derecho... (8) Si un hijo de familia cayó prisionero del enemigo y su mujer está encinta, debe ser puesta ésta en posesión de los bienes de su suegro, pues puede darse el caso de que el que va a nacer haya de figurar entre los herederos de propio derecho; por ejemplo, si su padre muere en el cautiverio.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 41 ed., D 37, 9, 1, 19; 27 y 28. *La mujer puesta en posesión <de los bienes> debe tomar de ellos tanto solo lo necesario para sostener al concebido y atenderle para que nazca, y para ello debe nombrarse el curador; que proporcione a la mujer la comida, bebida, vestido y vivienda, de arreglo con las posibilidades del difunto y la dignidad de aquél y su mujer... (27) El que*

va a nacer debe estar en posesión en tanto no nazca o se produzca un aborto, o resulte seguro que la mujer no está encinta. (28) Y dice Labeón que si ella hubiese hecho gastos a ciencia y conciencia de no estar encinta, los ha hecho a su propia costa.

37,11: Sobre la posesión de bienes (hereditarios) conforme al testamento

Ulpiano 41 ed., D 37, 11, 1,2 y 3. *Basta que exista el testamento, aunque no se presente, si es seguro que existe; por lo tanto, aunque lo tenga un ladrón o un depositario, no cabe dudar de que se puede dar la posesión de los bienes, pues no es necesario abrirlo para tomar posesión de los bienes conforme al testamento. (3) Basta que el testamento haya existido después de morir el testador, aunque luego haya dejado de existir; por lo que podrá pedirse la posesión de los bienes aunque se haya destruido después.*

Juliano (cit.) y Ulpiano 41 ed., D 37, 11, 2, 1. *Si un hijo fue instituido heredero bajo condición, pensó muy justamente Juliano que le corresponde conforme al testamento la posesión de los bienes, como heredero testamentario que es, sea cual sea la condición, incluso si es <una condición causal> como «si hubiera llegado la nave de Asia», y aunque se hubiera frustrado la condición, el pretor deberá defender sin embargo al hijo que recibió <la posesión> conforme al testamento; defensa que es necesaria al emancipado.*

39,1: Sobre la denuncia de obra nueva

Juliano 49 dig., D 39, 1, 2. *Si <el usufructuario> hiciera la denuncia contra el <nudo> propietario del predio, tal denuncia resultará ineficaz, pues él no puede pretender contra el propietario que éste no tiene derecho a elevar una construcción contra la voluntad del demandante, como puede hacerlo, en cambio, contra un vecino sujeto a tal servidumbre; sin embargo, si su usufructo quedase perjudicado por esa obra, deberá demandarle con la acción de usufructo.*

Ulpiano 52 ed., D 39, 1, 5, 2 y 3. *Convendrá recordar que la denuncia debe hacerse en presencia de la cosa, es decir en el terreno en el que se hace la obra, tanto si se está ya construyendo como si se va a empezar. (3) No es necesario que la denuncia se haga siempre al propietario personalmente, pues basta hacerla en el lugar mismo ante quien estuviera allí presente, de modo que incluso se puede hacer la denuncia de obra nueva en presencia de los albañiles y demás obreros que trabajan en ese lugar. Como principio general, puede hacerse la denuncia de obra nueva en presencia de los que se hallen en aquel lugar como representantes del propietario o en razón de la obra, y no importa quién sea ni de qué condición el que esté presente, pues vale la denuncia aunque se haga a un esclavo, a una mujer, a un niño o niña: es suficiente que la denuncia de obra nueva se haga en el lugar de la obra de forma que pueda ser comunicada al propietario.*

Ulpiano 17 ed., D 39, 1, 20pr y 1. *Dice el pretor: «Restituirás, en aquel terreno en el que se ha hecho la denuncia de que no se puede construir la obra nueva de que se trata, lo construido antes de que la denuncia fuere dispensada o hubiera de ser dispensada». (1) Se propone este interdicto en estos casos, <como> se declara en el edicto, para que no se haga construcción alguna después de la denuncia de obra nueva y antes de que la denuncia sea dispensada o se interponga en vez de la dispensa de la denuncia una garantía de restituir <mediante demolición> la obra. El que entonces construye, aunque tenga derecho a hacerlo, se entiende, sin embargo, que contraviene el edicto, y queda obligado a la demolición de lo hecho.*

39,5: Sobre las donaciones

Juliano 60 dig., D 39, 5, 2, 7. *He donado diez mil sestercios a Tercio con la condición de que se compre con ella el esclavo Estico; pregunto: con qué acción recuperaré aquella cantidad si el esclavo muere antes de ser comprado. Respondí: la cuestión es más de hecho que de derecho, pues si he dado diez mil sestercios a Ticio para que compre el esclavo Estico, y no hubiera dado más*

que con ese fin podré recuperar la cantidad con la condición una vez que haya muerto Estico; pero si quería donar a Ticio los diez mil sestercios de todos modos, por haber decidido él entretanto comprar el esclavo Estico, y yo declarara que le daba tal cantidad para que comprase el esclavo Estico, deberá entenderse que hay mejor una donación que una condición <suspensiva> para la entrega de la cantidad, de modo que, al morir Estico, la cantidad seguirá siendo de Ticio.

Ulpiano 42 Sab., D 39, 5, 6. *Quien me permitió a causa de donación el sacar piedra de un fundo, <hace> mía la piedra tan pronto como la extraigo, y no puede hacer con su prohibición de que yo la exporte que la piedra deje de ser mía, pues se hizo mía como por medio de una entrega. Claro que si la extrajo un trabajador asalariado, lo ha hecho para mí. Mas si <alguien> me había comprado la piedra o tomado en arriendo por precio el poder extraerla él lícitamente, y yo me arrepintiera de ello antes de que él la extraiga, la piedra sigue siendo mía; si es después, no puedo ya deshacer lo hecho, pues parece haber habido una entrega, ya que se extrae la piedra con la voluntad del propietario. Lo dicho respecto a las canteras valdrá también si ocurriera con la tala o extracción de árboles.*

Pomponio 33 Sab., D 39, 5, 9pr. *Parece ser donación <en sentido amplio> el vivir gratis en una casa ajena, y bien lo puede entender así el inquilino, pues <deja de pagar> la renta por su habitación. Puede valer también la donación aunque no tenga por objeto una cosa; por ejemplo, el pacto con mi deudor, a causa de donación, de que no le reclamaré la deuda dentro de cierto plazo.*

Juliano 17 dig., D 39, 5, 14. *El que explota un fundo ajeno a causa de donación, no podrá hacer retención alguna en razón de impensas, pues lo que él ha metido en el fundo se hace sin más del propietario del fundo.*

Aristón (cit.) y Ulpiano 71 ed., D 39, 5, 18, 1 y 2. *Por otro lado, dice que, según Aristón, si yo te hubiera entregado un esclavo con el fin de que lo manumitas después de un quinquenio, no puede demandarse antes de ese plazo, pues parece que hay cierta donación; no así, en cambio, dice Pomponio, si te lo hubiera entregado para*

que lo manumitas sin más: en este caso no hay donación y por ende surge <inmediatamente> la obligación de <manumitir>. Mas dice Pomponio que debe indagarse, en el primer caso, qué negocio se ha querido hacer, pues puede ocurrir que el plazo del quinquenio no se haya puesto para donar nada. (2) Dice el mismo Aristón que, si se entrega un esclavo a causa de donación, para que sea manumitido después de un quinquenio, pero resulta ser un esclavo ajeno, cabe dudar si puede ser usucapido a causa, en cierto modo, de donación. Y dice Pomponio que este tipo de cuestiones se presenta en las donaciones a causa de muerte, y se inclina a pensar que si se dona para que <el esclavo donado> sea manumitido después de un quinquenio, puede decirse que sí se da la usucapión.

Labeón (cit.) y Ulpiano 71 ed., D 39, 5, 18, 3. *Dice Labeón que si alguien me hubiera donado una cosa ajena y yo hubiera hecho en ella grandes gastos y luego la pierdo por evicción, no me compete ninguna acción contra el donante. Claro que, si obró con dolo, puedo tener contra él la acción <de dolo>.*

Ulpiano 76 ed., D 39, 5, 19pr. *El derecho que se sigue respecto a las donaciones que se hacen a las ciudades es el de que tan sólo se mire si la promesa estipulatoria o la oferta que se hace espontáneamente a una ciudad tiene justa causa o no, de modo que si alguien la hace a causa de un cargo que ha recibido, quede obligado a cumplirla, y si no, no.*

Javoleno 6 epist., D 39, 5, 25. *Si te hubiera dado una cosa para que la dones en mi nombre a Ticio y tú se la hubieras dado en tu propio nombre ¿pensarás que aquella cosa se ha hecho de Ticio? Respondió que, si te hubiera dado esa cosa para que se la dieras en mi nombre a Ticio y tú se la hubieras dado en tu propio nombre, en rigor del derecho no se hace de la propiedad de quien la recibe y tú quedas obligado por hurto, pero es más equitativo que si yo demando al que recibió la cosa, me pueda rechazar con una excepción de dolo malo.*

Papiniano 29 quaest., D 39, 5, 27. *El joven Aquilino Régulo escribió al <liberto> Nicóstrato en estos términos: «Como siempre acompañaste a mi padre y me has instruido con tu elocuencia y diligencia, te dono y permito que habites tal vivienda y hagas*

uso de ella». Al morir Régulo, se entabló contra Nicóstrato una controversia acerca del derecho de habitación, y al consultarme sobre este asunto, dije que se podía defender que no se trataba de una simple donación, sino que Régulo había retribuido con cierta gratificación el servicio de su maestro, y que por ello no parecía quedar la donación sin efecto para el futuro. Pero si Nicóstrato, al ser expulsado de la vivienda, viene a reclamar judicialmente, deberá ser defendido mediante un interdicto similar al que se ofrece al usufructuario, como si se hubiera dado la posesión al que recibió el uso de una vivienda.

Escévola 5 resp., D 39, 5, 32. *Lucio Ticio envió una carta en estos términos: «Fulano saluda a Zutano. Te hago saber por esta carta que puedes usar gratuitamente todas las habitaciones altas de tal vivienda, tanto tiempo como quieras, y que lo harás con mi consentimiento». Pregunto si los herederos del declarante pueden impedir el uso de esa vivienda. Respondió que, conforme a los términos del caso propuesto, los herederos pueden cambiar la voluntad.*

Escévola 31 dig., D 39, 5, 35pr. *He mandado al que he manumitido una carta en estos términos: «Ticio saluda a su liberto Estico. Te hago saber por esta carta escrita de propia mano que, al manumitirte, te concedí todo tu peculio y cuanto tienes, tanto en créditos como en cosas muebles o en dinero». Instituyó a ese mismo liberto heredero testamentario en dos tercios y a Sempronio en el otro tercio, pero no legó el peculio a Estico ni dispuso que se le cedieran las acciones. Se preguntaba si se debe dar a Estico por el total la acción de esos créditos que tenía en el peculio, o a uno y otro heredero por sus respectivas porciones. Respondió que, conforme a los términos del caso propuesto, corresponde a cada heredero por sus respectivas porciones hereditarias.*

39,6: De las donaciones (y otras ventajas recibidas) a causa de muerte

Africano 9 quaest., D 39, 6, 24. *Cuando el donante recupera la salud, puede reclamar por la condición lo que condonó a un deudor a causa de muerte mediante aceptilación, aunque la deuda*

haya prescrito, pues al intervenir la aceptilación se extingue la antigua obligación y se convierte en esta otra de la condición.

41,1: Sobre la adquisición de la propiedad de las cosas

Gayo 2 res cott., D 41,1,9,2 (Inst 2,1,42 - 46) *En cambio, las pinturas no acceden a las tablas sobre las que se pintan, del mismo modo que suelen acceder las letras al papiro o al pergamino, sino que se admitió por el contrario que la tabla pintada acceda a la pintura; a pesar de ello, es razonable dar al propietario de la tabla una acción útil contra el pintor cuando es éste quien posea la tabla, acción que podrá ejercitar con éxito siempre que abone el gasto de la pintura, pues si no lo abona, se le opondrá la excepción de dolo malo, siempre que el que <pintó> fuera un poseedor de buena fe. En cambio, decimos que el pintor tiene la reivindicatoria ordinaria contra el propietario de la tabla, con tal de que abono el precio de la tabla, pues, si no lo abona, se le opondrá la excepción de dolo malo.*

41,2: De la adquisición y pérdida de la posesión

Ofilio y Nerva (cit.) y Paulo 54 ed., D 41, 2, 1, 3. *El loco y el pupilo no pueden tomar posesión sin la autoridad del tutor, pues no tienen intención de tener, aunque tengan una cosa en sus manos, como cuando se pone algo en la mano al que está durmiendo. Más el pupilo sí puede tomar posesión con la autoridad de su tutor. Ofilio y Nerva hijo, en efecto, dicen que el pupilo puede empezar a poseer incluso sin la autoridad del tutor, pues es cosa de hecho y no de derecho, opinión esta que puede admitirse si los pupilos tienen ya edad de entender lo que hacen.*

Neracio, Próculo y Sabino (cit.) y Paulo 54 ed., D 41, 2, 3, 3. *Neracio y Próculo dicen que no podemos adquirir la posesión solo con la intención, sino precede la posesión natural. Así, pues, si sé que hay un tesoro depositado en un fundo mío, poseo ese tesoro tan pronto como tenga la intención de poseerlo, pues lo que falta a la posesión natural <que de él tengo> lo da la intención. Por lo demás, no es cierto lo que creen Bruto y Manilio, de que el que*

ha adquirido la propiedad de un fundo por la larga posesión ha usucapido también el tesoro, aunque ignore que se halla éste en el fundo, pues el que ignora la existencia del tesoro no puede poseerlo, aunque posea el fundo; pero aunque sepa que existe, no lo puede adquirir por la larga posesión, pues sabe que es ajeno <y le falta la buena fe>. Piensan otros autores que es más cierta la opinión de Sabino, de que el que conoce la existencia no lo posee más que desde que lo cambia de sitio, pues solo así queda bajo nuestra custodia; a lo que me adhiero

Paulo 54 ed., D 41, 2, 3, 8. *Si alguien avisa de que los bandidos han ocupado una casa y el propietario atemorizado, no se atreviera a acercarse a ella, se admite que ha perdido la posesión; más si el esclavo o el colono por cuya tenencia material yo poseía se hubiera muerto o se hubiera marchado del fundo, retendré la posesión con la intención.*

Paulo 54 ed. D 41, 2, 3, 12. *Por lo demás podemos poseer con nuestra intención y la tenencia material de otro, como hemos dicho que hacemos por mediación de un colono o de un esclavo, y no debe movernos en contra de esto el que poseemos algunas cosas incluso sin saberlo, como son las adquiridas por los esclavos para sus peculios, pues se considera que las poseemos intencional y materialmente.*

Paulo 63 ed., D 41, 2, 5. *Si yo te debo el esclavo Estico a causa de estipulación y, sin que yo te lo entregue tú hubieras tomado posesión de él, eres ladrón; lo mismo si te hubiera vendido pero no entregado una cosa y tú tomas posesión de la misma, no posees como comprador; sino que eres ladrón.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 70 ed., D 41, 2, 6, 1. *Escribe Labeón que parece poseer clandestinamente el que hubiera ocupado una posesión mientras no vuelve del mercado él que fue a el sin dejar a nadie <en la finca>; así, pues, el que va al mercado conserva la posesión, pero <yo creo que>, si el ocupante de la finca no permitiera entrar al propietario cuando regresa, se entiende que posee con violencia más que clandestinamente.*

Ulpiano 72 ed., D 41, 2, 13, 2. *Se pregunta además en caso de que el comprador haya restituido, por redhibición, el esclavo comprado al vendedor; si puede valerse de la accesión de la posesión*

del vendedor, y hay quienes creen que no puede, porque la redhibición resuelve la venta; otros en cambio, que el comprador podrá valerse de la accesión de la posesión del vendedor y éste <tras la redhibición> de la accesión de la posesión del comprador, lo que me parece mejor.

Gayo 26 ed., D 41, 2, 15. *Se entiende que dejamos de poseer lo que se nos ha sustraído lo mismo que lo que se nos ha robado, pero si está bajo nuestra potestad el que nos lo ha sustraído, mientras lo tenga en su poder no perdemos la posesión, ya que adquirimos la posesión por medición de esas personas; y ésta es la razón por la que se dice que poseemos un esclavo que está fugado, pues éste no puede privarnos de su propia posesión como tampoco de la de las otras cosas.*

41,3: Sobre la usucapión y su interrupción

Paulo 54 ed., D 41, 3, 4, 18. *Si el comprador, antes de que una esclava diera a luz, se hubiera enterado de que era una esclava ajena, hemos dicho que no puede usucapir <el hijo>, pero si no lo sabía, sí puede; y si hubiera sabido que era una esclava ajena cuando ya hubiera empezado la usucapión, <sólo> debemos tener en cuenta el comienzo de la posesión, como ocurre con lo que fue objeto de la compra, <es decir, con la misma esclava>.*

Casio (cit.) y Paulo 54 ed., D 41, 3, 4, 21. *Si el deudor hubiera sustraído <a su acreedor> la cosa que le había dado en prenda, y la hubiera vendido, escribe Casio que puede usucapirse aquella cosa, pues se entiende que ha vuelto a manos de su propietario, que la había dado en prenda, aunque por ese hecho se le pueda demandar de hurto. Y pienso que esto es lo más cierto que pueda decirse en ese caso.*

Paulo 54 ed., D 41, 3, 4, 23. *Por lo demás, si tú me hubieras expulsado de mi posesión de un fundo, aunque yo poseyera de mala fe, y lo hubieras vendido, no podrá usucapirse el fundo, pues es verdad que se da una posesión violenta del mismo, aunque no sea en contra del propietario.*

Escévola (cit.) y Ulpiano 16 ed., D 41, 3, 10, 2. *<Cervidio> Escévola, II quaest., escribe que según había creído Marcelo, si*

una vaca hubiera concebido estando en poder de un ladrón y pare estando en poder del heredero de aquél, el heredero no puede usucapir el ternero que nazca, como tampoco, dice él, se puede usucapir así el hijo de la esclava: pero Escévola escribe que él cree que <el comprador de buen fe> sí puede usucapir así incluso el hijo de la esclava, porque el hijo no es parte de la cosa hurtada; por lo demás, si fuera una parte, no se podría usucapir ni aunque el parto hubiera tenido lugar estando la madre en poder del comprador.

Celso (cit.) y Ulpiano 31 Sab., D 41, 3, 27. *Dice Celso <23 dig.> que se equivocan los que han pensado que, para que una persona pueda usucapir «como suya» una cosa de la que ha tomado posesión, no importa que haya comprado o no, recibido en donación o no, si creía que la había comprado o se la habían donado, porque <la verdad es que> no vale la usucapión por legado, por donación o por dote si no hubo realmente una donación una dote o un legado. Lo mismo se dice respecto a la estimación del litigio, pues si uno no hubiera abonado realmente tal estimación no puede usucapir <lo que retiene como demandado vencido en el juicio>.*

Juliano 33 dig., D 41, 3, 33, 2. *Si el propietario de un fundo, creyendo que se acercaban hombres armados, se hubiera marchado del fundo, se le considera expulsado aunque ninguno de tales hombres hubiera entrado en el fundo; no obstante, incluso antes de que vuelva a poder de su propietario, este predio puede ser usucapido por un poseedor de buena fe, pues la ley Plaucia y la ley Julia prohibieron tan solo la adquisición de los fundos poseídos por la violencia y no también la de aquellos de los que alguien había sido expulsado por la violencia.*

41,4: “como comprador”

Sabino y Juliano (cit.) y Paulo 54 ed., D 41, 4, 2, 3 y 4. *<Dice> Sabino que, si se ha comprado una cosa con el convenio de que si no se paga el precio dentro de cierto plazo, queda aquélla sin comprar, el comprador no podrá usucapir en tanto no pague todo el precio. Pero cabe preguntarse si esto es una condición o un convenio, pues, si es un convenio, <la compra> antes se resuelve <por la falta de pago> que se perfecciona <por el pago>. (4) Si se*

hizo una adicción con plazo, o sea, por si nadie ofreciera un precio más alto, pensaba Juliano que la compra quedaba perfeccionada, y los frutos eran del comprador y procedía la usucapión <a favor del mismo>; otros decían que también esta compra se hacía bajo condición, pero él, que la compra no se contraía bajo condición sino que se resolvía <por el convenio>, opinión ésta que es cierta.

41,5: “como heredero” y “como poseedor”

Juliano 44 dig., D 41, 5, 2, 1. *Lo que se dice corrientemente de que nadie puede cambiar la causa de su posesión por sí y ante sí debe entenderse en el sentido no solo de posesión civil, sino también de la tenencia natural, y por ello se ha dicho que ni el colono ni el depositario ni el comodatario puede usucapir «como heredero» en propio lucro.*

Pomponio 23 ad Q. Mucio D 41, 5, 3. *La mayoría ha pensado que puedo usucapir cuando soy heredero y creo que pertenece a la herencia alguna cosa que no es de la herencia.*

41,6: “como donado”

Casio, Juliano (cit.) y Paulo 54 ed., D 41, 6, 1, 2. *Cesa la usucapión en las donaciones entre cónyuges; asimismo, si el marido hubiera donado una cosa a su mujer y luego se hubiera divorciado, respondió Casio que no se daba la usucapión, pues no puede la mujer por sí y ante sí cambiar la causa de su posesión; en cambio, dice, podría ella usucapir después del divorcio si su marido le hubiera concedido aquella cosa, como si se la hubiese donado en ese momento. Juliano cree, sin embargo, que la mujer posee lo que le donó su marido.*

Trebacio (cit.) y Pomponio 24 ad Q. Muc., D 41, 6, 3. *Si el marido hubiera donado algo a la mujer o viceversa y la cosa donada fuera ajena, es verdad lo que creía Trebacio de que si el donante no disminuyó con ello su patrimonio, procede la usucapión favor del donatario.*

41,7: “como cosa abandonada”

Pomponio 32 Sab., D 41, 7, 5pr. *Si yo te hubiera comprado lo que poseías «como abandonado», sabiendo yo que se hallaba en esa condición, consta que puedo usucapirlo, y no lo impide que no se hallara en tu patrimonio, pues vale el mismo principio cuando te he comprado a sabiendas una cosa que te ha donado tu mujer porque lo vendiste como si lo consintiera y permitiera quien tiene su propiedad.*

Juliano 2 ex Min. D 41, 7, 7. *Si alguien hubiese encontrado unas mercancías arrojadas por la borda de una nave, se pregunta si puede usucapirlas ya que no se consideran abandonadas, y es más cierto que no puede usucapirlas «como cosa abandonada».*

41,8: “como legado”

Javoleno 7 ex Cass., D 41, 8, 5. *Lo que se ha entregado a causa de un legado, aunque viva su propietario, podrá usucapirse «como legado».*

41,9: “como dote”

Juliano (cit.) y Ulpiano 31 Sab., D 41, 9, 1, 2. *Tratemos primeiramente de cuándo se puede usucapir «como dote»: si después de contraerse el matrimonio o ya antes, < pues > es una cuestión corriente la de si el desposado, es decir, el que aun no es marido, puede usucapir. Dice Juliano que si una desposada hubiera entregado unas cosas al desposado con la intención de que no se hicieran suyas antes del matrimonio, tampoco se dará la usucapición; pero si no se hubiere hecho así expresamente, dice Juliano que debe creerse que quiso que se hicieran suyas inmediatamente y que pueden usucapirse si resultan ajenas; opinión ésta que me parece la más probable; pero antes del matrimonio no se usucape «como dote», sino «como propio».*

41,10: “como propio”

Pomponio 32 Sab., D 41, 10, 4, 1. *Si un padre ha repartido con sus hijos los bienes que él tenía y, después de morir el padre, ellos los retienen en razón de que habían convenido entre sí mantener aquella división, procede a su favor la usucapión «como propio» en aquellos bienes que, siendo ajenos, se hallaban entre los del patrimonio paterno.*

42,1: De la cosa juzgada, sobre el efecto de las sentencias y sobre las interlocutorias

Labeón (cit.) y Ulpiano 58 ed., D 42, 1, 4, 3. *Dice el pretor: «que el que ha sido condenado pague la cantidad <de la condena>». Dice Labeón que debería haberse añadido «a no ser que se de satisfacción por ello», pues puede ocurrir que tenga un fiador solvente. La razón de que se exija una cantidad de dinero es que no quiso el pretor que las obligaciones dieran lugar a otras obligaciones, y por eso dice «que pague la cantidad <de la condena>»; pero por razón grave y suficiente habrá que acceder a la opinión de Labeón.*

Celso (cit.) y Ulpiano 58 ed., D 42, 1, 4, 8. *Escribe Celso 24 dig., que si, condenado en juicio noxal, has dado por el daño a un esclavo en el que otro tiene derecho de usufructo, se te puede demandar todavía por la acción ejecutiva, pero que si se extingue el usufructo quedas liberado de ella.*

Ulpiano 63 ed., D 42, 1, 16. *Hay quienes son condenados en lo que pueden pagar, es decir sin deducir sus <otras> deudas; son, con algunos más, los siguientes: los demandado por la acción de sociedad —se entiende el socio de todos los bienes—, el ascendiente,...*

Ulpiano 10 ed., D 42, 1, 17. *...el patrono, la patrona y sus ascendientes y descendientes; también el marido, en la acción de dote, se le condena a lo que pueda pagar.*

Paulo 6 Plaut., D 42, 1, 23. *Si se hubiera demandado la restitución de la dote al procurador del marido, si se hace la condena cuando aun vive el marido, se hará la condena en cuanto pueda pagar, pues el que defiende al marido es condenado en lo que éste*

puede pagar, pero después de morir el marido se le condenará por entero.

42,2: Sobre los que confiesan en juicio

Ulpiano 27 ed., D 42, 2, 5. *Quien ha confesado deber el esclavo Estico debe ser condenado, sea que Estico haya muerto antes o muera después de la litiscontestación.*

Ulpiano 5 de omn. trib., D 42, 2, 6. *Al que ha confesado una deuda de cosa determinada se le tendrá por juzgado, pero no si la deuda es de cosa indeterminada. (1) Si alguien confiesa una deuda de cosa indeterminada aunque sea de cosa corporal, <como> que debe dar el esclavo Estico o un fundo, debe ser apremiado a confesar una cosa determinada; así también, el que ha confesado una cosa, a que confiese una determinada suma.*

Africano 5 quaest., D 42, 2, 7. *Como se reclamara un fideicomiso, confesó el heredero que sí lo debía pero el árbitro nombrado para determinar el alcance de la restitución descubrió que no se debía. Se preguntaba si el juez podía absolver al demandado. Respondí que puede distinguirse por qué causa no se debe el fideicomiso, pues si es porque no existía, no debe absolver el juez, pero si es acaso porque el testador no era solvente, o porque el heredero había declarado ante el pretor que lo había pagado ya íntegramente, y por la dificultad del caso y de la contabilidad se hubiera nombrado un árbitro, sí podrá el juez absolver al demandado sin quebranto de su deber; pues entra en su cometido el poder absolverlo si de la contabilidad no resulta deuda; sin embargo, también en el caso anterior debe acudirse a pretor <fideicomisario> para lograr una absolución.*

Paulo 4 Sab., D 42, 2, 8. *No siempre debe ser condenado el que ha hecho confesión sobre una cosa que es inseguro que exista.*

42,3: Sobre la cesión de bienes (a los acreedores)

Sabino, Casio (cit.) y Ulpiano 59 ed., D 42, 3, 4pr y 1. *El que hizo cesión de sus bienes, si luego adquiere nuevos bienes, responda <por las deudas anteriores tan solo> hasta donde pueda pagar.*

(1) Sabino y Casio pensaban que el que hizo cesión de bienes no debe ser inquietado ni siquiera por los otros acreedores <que no entraron en el concurso>.

Ulpiano 64 ed. D 42, 3, 6. *Si el que cedió sus bienes ha adquirido algún poco más después de la venta de su patrimonio, no vuelven a venderse sus bienes. ¿Cómo estimaremos, pues, esa medida?³ ¿Por la cantidad de lo adquirido o por su cualidad? Y creo que debe estimarse lo adquirido por la cantidad, con tal de que sepamos que, si se le deja algo de misericordia, como una mensualidad o anualidad en concepto de alimentos, no deben, por esta consideración, venderse de nuevo sus bienes, pues no se le deben defraudar sus alimentos cotidianos; lo mismo si se le ha concedido o legado un usufructo del que obtiene lo que es suficiente como alimentos.*

42,8: Sobre cómo debe restituirse lo hecho en fraude de acreedores.

Ulpiano 66 ed., D 42, 8, 1. *Dice el pretor. «Daré acción dentro del año en que se pueda ejercitar, al curador de los bienes o al que deba darse acción por esto, por lo que se ha hecho a causa de fraude, contra aquella persona que no hubiera ignorado el fraude. Y observaré también esto contra el mismo que hizo fraude» (1) Era necesario que el pretor publicase este edicto, en el que asiste a los acreedores revocando todo lo que se ha enajenado en fraude de aquéllos. (2) Dice así el pretor «lo que se ha hecho a causa de fraude». Estos son términos generales que abarcan absolutamente toda enajenación y todo contrato fraudulentos. Así, pues, todo lo que se hace a causa de fraude, se considera debe revocarse por estos términos, sea lo que sea, pues son términos muy amplios. Por lo tanto, ya si enajenó algo, ya si liberó a algún deudor por aceptación o por pacto...*

Juliano (cit.) y Ulpiano 66 ed., D 42, 8, 6pr-1. *No entra en cambio en este edicto el que no hace por adquirir lo que podía adquirir, pues el edicto se refiere a los que merman su patrimonio y no a los que impiden que aumente. (1) Por lo cual no tiene lugar este*

³ La medida es “un poco más”.

edicto cuando uno deja de cumplir una condición para no adquirir un derecho a causa de estipulación... (4) Y lo mismo debe aprobarse que deja de aplicarse el edicto cuando repudió un legado, como también escribe Juliano.

Juliano (cit.) y Ulpiano 66 ed., D 42, 8, 6, 7. *Escribe Juliano que debe saberse que, en la práctica, el que antes de que se ponga a los acreedores en posesión de los bienes del deudor, cobra una cantidad que se le debe, aunque sea a ciencia y conciencia de que cobra de un insolvente, no tiene que temer este edicto, pues no hizo más que ser diligente en propio interés; pero si cobra lo que se le debe después de la puesta en posesión, tal acreedor debe ser llamado a cobrar su porción igual que los demás acreedores, pues no debía, una vez puestos éstos en posesión <de los bienes del deudor>, adelantarse a cobrar en perjuicio de los otros acreedores, pues, desde ese momento, todos los acreedores son iguales.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 66 ed., D 42, 8, 6, 10. *Dice Labeón que debe revocarse en todo caso lo que se ha hecho con un pupilo en fraude de los acreedores, si quedan éstos defraudados, pues la ignorancia del pupilo, propia de su edad, no debe resultar perjudicial para los acreedores y lucrativa para él; y así se observa en la práctica.*

43,16: De (los interdictos de) violencia y violencia con armas

Próculo (cit.) y Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 1, 24. *Y es claro que se entiende como expulsado violentamente el que poseía materialmente o por la intención. Así, pues, si uno se ausentó de su finca o de su casa sin dejar allí a nadie de los suyos, y luego, al volver, se le impidió entrar en el mismo inmueble o alguien le detuvo a mitad del camino, siendo él poseedor, se entiende haber sido expulsado por la violencia, pues le privaste de la posesión que retenía con la intención, aunque no materialmente. Lo que se dice corrientemente de que retenemos con la intención la posesión de las fincas estivales o invernales, yo aprendí que lo dice Próculo tan sólo como ejemplo, pues vale lo mismo para todos los inmuebles de los que nos ausentamos sin intención de abandonar su posesión.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 1, 28. *Debe definirse que posee por la violencia el que obtiene por ella la posesión expulsando a un antiguo poseedor, o el que viene dispuesto y preparado para ello <y trae> compañía, contra lo acostumbrado, con el fin de que no se le pueda impedir la entrada en la posesión. En cambio, el que retuviera su posesión con empleo de la fuerza, dice Labeón que no posee por la violencia.*

Labeón (cit.) y Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 1, 29. *Dice el mismo Labeón que el que hubiera huido asustado por un grupo de hombres que venía contra él, se entiende expulsado por la violencia – aunque objeta Pomponio que no puede haber violencia si no la hay corporal–, y, por lo tanto, que también se entiende expulsado por la violencia el que se dio a la fuga al ver que venían unos hombres contra él siempre que éstos ocuparan la posesión por la fuerza.*

Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 1, 30. *El que me expulsó por la violencia, si luego le expulsa otro, tiene contra éste el interdicto.*

Viviano (cit.) y Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 1, 45 y 46. *Una prueba de que este interdicto no compete más que al que deja de poseer es lo que dice Viviano de que si alguien me expulsó <de un fundo> pero no a los míos, no puedo ejercitar este interdicto, pues tengo la posesión por medio de los que no han sido expulsados. (46) El mismo Viviano presenta este caso: <si uno> expulsó <de un fundo tuyo> por la fuerza a unos esclavos, y retuvo otros, a los que puso cadenas o usó como esclavos propios, se entiende que tú has sido expulsado por la violencia, pues has dejado de poseer el fundo al poseer otra persona aquellos esclavos; y lo que se dice respecto a una parte de los esclavos cree Viviano que vale para el caso en que todos ellos queden en la posesión del que ha entrado en el fundo, aunque ninguno de ellos haya sido expulsado.*

Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 3, 6 y 7. *En cambio, si uno, al ver unos hombres armados que iban a otro lugar, hubiera huido despavorido, no se entiende haber sido expulsado, pues no era éste el propósito de los que iban armados, sino que iban a otro lugar. (7) Así pues, si al oír que venían hombres armados, fuese esto verdad o no, hubiera abandonado atemorizado la posesión, hay que decir que no ha sido expulsado con armas, a no ser que aquellos hombres armados hubieran ocupado la posesión.*

Ulpiano 69 ed., D 43, 16, 3, 9 y 10. *Así, pues, podemos rechazar con armas al que viene con ellas, siempre que sea de manera inmediata, sin dejar pasar cierto tiempo, a conciencia de que es lícito no sólo resistirle para no ser expulsado, sino expulsarle si él ha expulsado a uno antes, siempre de manera inmediata y no después de transcurrir cierto tiempo. (10) Cuando es un procurador quien viene con armas, se entiende que aquél a quien representa ha expulsado él con armas, sea que así lo hubiere mandado, sea, como dice Juliano, que lo haya aprobado después de hecho.*

Marcelo 19 dig., D 43, 16, 12. *Un colono no dejó entrar en la finca a aquel a quien el arrendador se la había vendido y había dejado entrar en posesión de la misma; luego este colono fue expulsado violentamente por otra persona. Se preguntaba quién tendría el interdicto «de donde con violencia». Dije que lo mismo da que el colono hubiese impedido la entrada al propietario que quería entrar en la finca o que no haya dejado entrar al comprador al que el propietario había dispuesto que se entregara la posesión. Así, pues, que el colono tendrá ese interdicto <contra el que le expulsó de la finca> y que él quedará sujeto también por el mismo interdicto a favor del arrendador, al que se entiende que ha expulsado desde el momento en que dejó de entregar la posesión al comprador, a no ser que lo hubiese hecho por una causa justa y admisible.*

Pomponio 29 Sab., D 43, 16, 14. *Cuando has sido expulsado por la violencia de las armas, recuperarás también en todo caso las cosas muebles <que hubiese en a finca>, aunque poseyeras por violencia, clandestinamente o en precario, del mismo modo que recuperas también el mismo fundo.*

43,17: Del interdicto “tal como poseéis”

Ulpiano 69 ed., D 43, 17, 1, 9. *Lo que dice el pretor en el interdicto, de «poseéis sin violencia ni clandestinidad, ni en precario, el uno respecto del otro» quiere decir que si uno de ellos posee con violencia o clandestinidad, o en precario, respecto a otra persona distinta de su adversario, le sirve su posesión, pero, si es respecto a su adversario, no debe prevalecer, pero, si es respecto a su adversario, no debe prevalecer, por eso mismo de que posee <así> respecto a*

su adversario, pues es evidente que tales posesiones <con vicio> no deben servir.

Paulo 65 ed., D 43, 17, 2. *No importa para este interdicto que la posesión sea justa o sea con vicio respecto a otras personas, pues cualquier poseedor, por el hecho de serlo, ya tiene más derecho que el que no posee.*

Ulpiano 69 ed., D 43, 17, 3, 1. *Este interdicto es doble, <de manera que> los que pueden ejercitarlo son a la vez demandantes y demandados.*

Ulpiano 69 ed., D 43, 17, 3, 3. *Si un inquilino impidiera al propietario hacer una reparación en la casa se ha admitido que también le compete el interdicto «tal como poseéis» y que debe el propietario hacer constar que no es habitar la casa lo que le impide el inquilino, sino el poseerla.*

Pomponio (cit.) y Ulpiano 69 ed. D 43, 17, 3, 4. *...pues dice Pomponio que, en efecto, el que se ve impedido de cultivar un fundo, se ve impedido de su posesión.*

Casio y Labeón (cit.) y Ulpiano 69 ed., D 43, 17, 3, 5 y 6. *Preguntémoslos también si, en caso de que se diga que alguien tiene sin derecho un voladizo de su edificio sobre un terreno ajeno, pueden ejercitar entre sí con resultado el interdicto «tal como poseéis», y se dice en la obra de Casio que ninguno de ellos puede utilizarlo, porque uno de ellos es poseedor del suelo y el otro de lo edificado. (6) También <sobre este caso> escribe Labeón: <si> tengo un voladizo de mi casa que se introduce en tu finca, tú podrás ejercer contra mi el interdicto, siempre que poseamos aquel terreno que se cubre con el saliente. O bien para poder retener yo más fácilmente la posesión del saliente ¿puedo ejercitar el interdicto diciendo: «tal como poseéis» esa casa de la que proviene el voladizo?*

Labeón (cit.) y Ulpiano 69 ed., D 43, 17, 3, 7. *Mas, si sobre la casa que yo poseo hay un apartamento que otra persona habita como si fuese propietario, dice Labeón que puedo ejercitar yo el interdicto «tal como poseéis», y no el que vive en el apartamento, pues lo construido debe acceder siempre al suelo.*

43,21: Sobre el interdicto de reparación de acequias

Paulo 66 ed., D 43, 21, 1pr y 1. *Dice el pretor: «Prohíbo que se impida por la violencia, al que trae el agua sin violencia ni clandestinidad, ni en precario, como la traía el verano anterior, el reparar o limpiar las acequias, canales cubiertos y presas a causa de un servidumbre de acueducto» (1) Este interdicto es de gran utilidad, pues si no se permite que uno haga las reparaciones necesarias, se viene a dificultar de otro modo el uso <de la servidumbre>.*

43,24: Del interdicto (de lo que se hace), con violencia o clandestinamente

Casio, Aristón (cit.) y Ulpiano 71 ed., D 43, 24, 3, 7 y 8. *Escribe Casio que obra clandestinamente el que ocultó lo que hacía al adversario y no se lo notificó, siendo así que temía o debía temer que aquél planteara controversia por la obra. (8) También piensa Aristón que obra con clandestinidad el que tiene <intención> de ocultar lo que va a hacer a quien él entiende que va a oponerse, sea que lo piense así, sea que deba pensarlo.*

Servio (cit.) y Venuleyo 2 interd., D 43, 24, 4. *Por su parte, Servio <Sulpicio Rufo cree> que obra con clandestinidad el que debe pensar que se le va a plantear la controversia, pues no va a <favorecer> a cualquiera la opinión que él tenga ni lo que cree por negligencia, si no queremos que los tontos salgan mejor parados que los sensatos.*

Aquilio Galo, Servio, Labeón (cit.) y Ulpiano 71 ed. D 43, 24, 7, 4. *Hay todavía otra excepción acerca de la que <Aquilio Galo> duda si puede objetarse: por ejemplo, si derribé la casa de un vecino por evitar un incendio y se me demanda con el interdicto «de lo que con violencia o clandestinamente» o por el daño injusto <de la ley Aquilia>. Duda <Aquilio> Galo si debe ponerse la excepción de «si o se hizo para impedir un incendio», y dice Servio <Sulpicio Rufo> que, si lo hubiese hecho un magistrado, debe darse tal excepción, pero que no debe concederse lo mismo a un privado, y que si se hizo algo con violencia o clandestinamente*

y el fuego no hubiese llegado hasta aquella casa, debe hacerse la estimación por el justo valor; y si el fuego hubiese llegado hasta allí debe absolverse al demandado; y dice que lo mismo vale si se hubiese ejercitado la acción <de la ley Aquilia por> daño injusto, ya que no se considera haber daño injusto cuando la casa <derribada por temor al incendio> tenía que perderse igualmente <a causa del incendio>. Mas si lo hubiera hecho sin haber incendio alguno y éste hubiera comenzado después, no se podrá decir lo mismo, porque afirma Labeón que el estimar si se causo o no algún daño debe hacerse en atención a la situación del momento y no a lo que sucedió con posterioridad.

Ulpiano 71 ed., D 43, 24, 7, 5. *Ya hemos advertido más arriba que aunque los términos del interdicto sean muy amplios, se admite que el interdicto se refiere exclusivamente a las obras que se hacen en un inmueble. <Así, pues, tiene lugar el interdicto cuando se hace una obra en un inmueble, y entendemos que se hace en un inmueble cuando se hace en unos árboles, pero no en los frutos de unos árboles,> pues el que toca los frutos no queda sujeto al interdicto «de lo que con violencia o clandestinamente», ya que no hace obra alguna en el inmueble, en tanto el que corta unos árboles, sí queda sujeto, y el que tala un cañaveral o mibreral, pues pone sus manos en la tierra y en cierto modo al mismo inmueble que deteriora. Lo mismo vale para la tala de cepas, pero si se lleva el fruto debe ser demandado por la acción de hurto.*

Ulpiano 71 ed., D 43, 24, 7, 6 y 7. *Si alguien hubiera echado por un campo en plena producción un montón de estiércol, se le puede demandar por el interdicto «de donde con violencia o clandestinamente»; y esto es cierto porque con ello se ha deteriorado el terreno. (7) Claro que si se hizo para el cultivo de aquel campo, no tiene lugar ese interdicto, si es que el campo se ha mejorado con ello, aunque se haya hecho con violencia o clandestinamente contra la oposición <del adversario>.*

45,1: Sobre las obligaciones verbales

Ulpiano 48 Sab., D 45, 1, 1, 2. *Si uno pregunta «darás» y <el otro> respondiera «¿cómo no?», también así queda éste obliga-*

do, pero no si asintió sin palabras. No sólo no se obliga civilmente el que así asiente, sino tampoco naturalmente, y por eso se dice con razón que ni siquiera puede obligarse por él un fiador.

Ulpiano 48 Sab., D 45, 1, 1, 3. *Si uno respondiera a una pregunta simple diciendo: «si se hace tal cosa, daré» consta que no se obliga, y tampoco si, a la pregunta «antes de las calendas quintas» respondiera «daré en los idus», pues no ha respondido conforme a la pregunta que se le hizo. Viceversa, si se le hubiera preguntado insertando una condición y respondiera sin ella, ha de decirse que el promitente no queda obligado. Cuando el promitente añade o quita algo <a lo dicho en la estipulación>, debe admitirse que la obligación es inválida, a no ser que la diferencia de la respuesta fuera inmediatamente aceptada por el estipulante, pues en ese caso se entiende que se ha contraído otra estipulación.*

Paulo 12 Sab. D 45, 1, 2pr, 1, 2 y 3. *Las estipulaciones pueden consistir en un dar o en un hacer. (1) Algunas pueden cumplirse parcialmente, como cuando estipulamos que se nos dé diez mil sextercios; otra no, como ocurre con las que son indivisibles por su naturaleza, como cuando estipulamos una servidumbre de camino, de senda o paso de ganado. Algunas admiten por su naturaleza un cumplimiento parcial, pero, si no se da todo <lo prometido>, no queda cumplida la estipulación, como si estipulo un esclavo genéricamente o un plato o cualquier vaso, pues si se paga una parte del esclavo Estico, no se ha producido la liberación en parte alguna de la estipulación, sino que o se puede repetir inmediatamente la parte que se ha dado o queda el pago pendiente de que se dé <la otra parte>. De la misma clase es la estipulación de «dar el esclavo Estico o Pánfilo» (2) De estas estipulaciones, por lo tanto, no pueden liberarse pagando una parte ni siquiera los herederos, en tanto no hayan dado todos ellos la misma cosa <enteramente> pues la clase de obligación no cambia por pasar a los herederos. Así, pues, si la cosa prometida es indivisible, como la servidumbre de camino, los herederos del promitente quedan obligados por entero, pero en el caso de que uno de los herederos haya entregado todo, tendrá derecho a repetir lo que corresponda a su coheredero, mediante la acción de partición de herencia. Por lo que puede*

suceder, dice Pomponio, que también los herederos del estipulante tengan por entero la acción por la servidumbre de camino o senda; en este caso, algunos autores creen que se extingue la estipulación porque la servidumbre no se puede adquirir para uno de los herederos singularmente, pero la dificultad para el cumplimiento no debe hacer ineficaz la estipulación. (3) Sin embargo, si yo he estipulado un esclavo y demandara a uno solo de los herederos del deudor, sólo perdurará la obligación en la parte de los demás, para que pueda pagarse también ésta; y lo mismo si se hubiese cancelado la obligación de uno de los herederos mediante aceptación.

Juliano, Pomponio (cit.) y Paulo 12 Sab., D 45, 1, 2, 5. *Así también, si la estipulación consiste en un hacer, como si yo estipulara «que ni tú ni tu heredero impida que yo pueda pasar o llevar ganado», y uno de los varios herederos me lo impidiera, quedan ciertamente obligados también sus coherederos, pero lo que me hubieran pagado podrán rembolsarlo por la acción de partición de herencia.*

Sabino, Próculo (cit.) y Paulo 2 Sab., D 45, 1, 8. *En caso de una estipulación de «si no dieras tal cosa en las calendas de septiembre ¿prometes dar diez mil sestercios? se pregunta si puede demandarse tan pronto muere el promitente antes de esa calendas. Sabino y Próculo creen que el demandante debe esperar ese término para reclamar, lo que es más cierto, pues la obligación entera es condicional en referencia a ese término, y aunque la condición parezca haberse cumplido, queda todavía por llegar el término. En cambio, puede demandarse inmediatamente, y así lo aprueba Marcelo, al que prometió diciendo «si no tocara el cielo con las manos antes de las calendas».*

Ulpiano 28 Sab., D 45, 1, 17. *No vale la estipulación que se condiciona al arbitrio del promitente.*

Pomponio 19 Sab., D 45, 1, 23. *Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si éste se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras, o si tú mismo le has dado muerte.*

Ulpiano 49 Sab., D 45, 1, 38pr, 1 y 2. *La estipulación de «¿prometes que podré tener» consiste en poder tener y que nadie nos lo impida; de lo que resulta que el deudor ha prometido que todo el mundo te dejará que puedas tener aquello: parece, por lo tanto, haber prometido un acto de otro, y nadie se puede obligar prometiéndolo un acto ajeno, y así se observa en la práctica, pero <, en realidad,> se obliga a no impedir él que se pueda tener aquello, pero también a que tampoco lo impida su heredero ni ningún otro de los otros futuros sucesores. (1) Mas si alguien promete que no lo hará otra persona, que no sea su heredero, habrá que decir que promete sin efecto un acto ajeno. (2) Y si alguien quiere prometer un acto ajeno, puede prometer una pena o lo que valga aquello. Y ¿qué se entenderá por «poder tener»? : que nadie le mueva controversia, es decir, ni el mismo promitente ni sus herederos, ni los sucesores de sus herederos.*

Ulpiano 49 Sab., D 45, 1, 38, 18 y 19. *En las estipulaciones cuando se indaga qué se ha convenido, las palabras deben interpretarse en contra del estipulante. (19) El <estipulante> que dice «diez mil sestercios para mí y diez mil para Ticio» debe entenderse que se refiere a los mismos diez mil y no a otros diez mil <de forma que Ticio podrá cobrar válidamente lo que se debe al estipulante>.*

Marcelo (cit.) y Ulpiano 49 Sab., D 45, 1, 38, 20. *Cuando yo estipulo a favor de otro lo que me interesa a mi cabe preguntarse si se puede incurrir en la estipulación, y dice Marcelo que en este caso es válida la estipulación. El que había empezado a administrar una tutela, cedió la gestión a un cotutor estipulando la integridad del patrimonio del pupilo: dice Marcelo que puede sostenerse la validez de esta estipulación, pues interesa al estipulante que se cumpla lo que ha estipulado, ya que responderá ante el pupilo si <el cotutor lleva mal la gestión>.*

Ulpiano 26 ed. D 45, 1, 48. *Si yo hubiera estipulado diez mil sestercios para «cuando los pida», la estipulación contiene una simple advertencia de pagar prontamente y sin mora, más que una condición; y por esto, aunque me muriera antes de pedirlos, no se considera frustrada la condición.*

Ulpiano 7 ed. D 45, 1, 69. *Si un esclavo se ha muerto, no puede comparecer, ni se incurre en la pena por algo que es imposible, del mismo modo que si se estipula una pena para el caso de que no se dé el esclavo Estico, ya muerto, que se ha estipulado.*

Ulpiano 22 ed., D 45, 1, 75, 9. *El que estipula <la restitución> del capital prestado y unos ciertos intereses, se entiende que ha estipulado una cosa cierta y otra incierta, y hay tantas estipulaciones como cosas debidas.*

Paulo 17 Plaut., D 45, 1, 91pr. *Si yo hubiera estipulado un esclavo y éste se hubiera muerto antes de la mora, en el supuesto de que lo hubiera matado el promitente, está claro <que responde>, pero si le hubiera abandonado en la enfermedad ¿debe acaso responder el promitente, considerando que, así como en la vindicatoria de un esclavo, si fuera abandonado por el poseedor, responde éste por tal culpa, a efectos de la estipulación, en cambio, cuando uno ha prometido que se dé algo, la culpa ¿debe entenderse de comisión y no de omisión? Lo que debe admitirse, pues el que prometió que se daría algo queda obligado a dar y no a hacer.*

Paulo 15 resp. D 45, 1, 134pr. *Ticia, que ya tenía un hijo de otro matrimonio, se casó con Cayo Seyo, que también tenía él otra hija. Al casarse, convinieron que la hija de Cayo Seyo fuese desposada con el hijo de Ticia, se extendió el documento y se añadió una pena por si alguno de ellos se oponía al matrimonio de aquéllos. Luego Cayo Seyo se murió durante su matrimonio y su hija no quería casarse. Pregunto si los herederos de Cayo Seyo quedan obligados por la estipulación. Respondió que contra el que demandara a causa de esa estipulación se podía oponer una excepción de dolo malo, ya que no era aquella conforme a la moral, toda vez que se considera inmoral el asegurar un matrimonio futuro o ya contraído con la coacción de una pena.*

Sabino y Próculo (cit.) y Venuleyo 4 de stip., D 45, 1, 138pr y 1. *Dice Sabino que el que estipula que se dé algo en determinados días de mercado puede reclamar ya en el primero de ellos. Próculo y demás autores de la escuela contraria creen que <no> se puede reclamar por breve que sea el tiempo de mercado que falte por transcurrir; y yo opino como Próculo. (1) Cuando he estipulado*

que se me dé tal o cual cosa sin añadir más, podrás cambiar de parecer tanta veces quieras sobre lo que vas a dar, pues es distinta la voluntad declarada que la implícita.

45,2: De los estipulantes y promitentes solidarios

Juliano 52 dig., D 45, 2, 6pr. *Al ir a estipular de dos promitentes solidarios, si yo hubiera hecho la pregunta a los dos pero solo uno hubiera respondido, creo más probable que se obligue el que respondió, pues la pregunta a los dos no se hace bajo condición, de forma que solo se obligue cada uno de ellos si también el otro respondiera.*

Juliano 52 dig., D 45, 2, 6, 3. *La solidaridad <debe> sin duda constituirse de forma que se tenga en cuenta el tiempo para que respondan los dos promitentes, pero no es óbice para la solidaridad que interceda un breve intervalo o que se haga algo entretanto que no sea contrario a la obligación que se contrae. Tampoco parece ser óbice para la obligación de los deudores solidarios el que se haga la pregunta a un fiador y éste responda entre las respuestas de uno y otro promitente, porque no supone una larga interrupción, ni un acto que contradiga la obligación de aquéllos.*

Juliano (cit.) y Gayo 2 de verb. oblig., D 45, 2, 15. *Cuando lo que Ticio y yo estipulamos debe entenderse como propio de uno u otro, no podemos ser estipulantes solidarios; por ejemplo, cuando estipulamos un usufructo o que se de algo de dote; y así lo escribe Juliano. Dice éste que no se considera que haya estipulantes solidarios cuando Ticio y Seyo han estipulado diez mil sestercios o el esclavo Estico, que pertenece a Ticio, ya que a Ticio sólo se le deben los diez mil sestercios y a Seyo se le deben Estico o los diez mil. De cuya opinión se deduce que, si el deudor paga a uno o al otro los diez mil, o el esclavo Estico a Seyo, no por ello deja de estar obligado frente al otro estipulante; a pesar de lo cual deberá decirse que si paga lo diez mil sestercios a uno, quedará liberado frente al otro.*

46,1: Sobre los fiadores y mandantes de garantía

Juliano (cit.) y Ulpiano 46 Sab., D 46, 1, 5. *Dice Juliano, como principio general, que el que hereda de aquel deudor por el que había salido fiador, queda liberado de su obligación accesoria y sólo sigue obligado como heredero; escribió además, que si el fiador llegara a heredar del deudor por el que salió fiador, queda obligado como deudor principal y se libera de la fianza, en tanto cuando un deudor solidario hereda a otro se halla obligado por una doble causa, pues no se puede encontrar cuál de las dos obligaciones extingue la otra; pero en el caso del fiador y del deudor sí se encuentra, porque la obligación del deudor es más plena. Así, cuando hay alguna diferencia entre las obligaciones, puede afirmarse que una extingue a la otra, cuando ambas tienen la misma virtualidad, no puede decirse por qué va extinguirse una más que la otra. Esto lo dice a propósito del caso en el que quiere mostrar que no es insólito que dos obligaciones concurren en una misma persona, y sucede así cuando un promitente solidario hereda de otro, ya que soporta dos obligaciones; así también, si un estipulante solidario hereda de otro, tendrá dos derechos de obligación. Claro que si ejercitara la acción por una de ellas, consume las dos, ya que las dos obligaciones eran de tal naturaleza que, si una es objeto de litigio, la otra se consume.*

Juliano 53 dig. D 46, 1, 16, 1. *El que ha prometido que se dé en lugar determinado, se obliga a algo más gravoso que si se le hubiere hecho la pregunta sin determinación del lugar para el pago, pues no puede pagar contra la voluntad del estipulante más que en aquel lugar en el que prometió pagar. En consecuencia si yo estipulara simplemente del deudor y aceptara un fiador con determinación de lugar, no quedará obligado el fiador:*

Juliano 4 ex Min., D 46, 1, 19. *Un esclavo había salido fiador de alguien, sin que lo supiera su dueño, y había pagado una cantidad por aquel deudor: se preguntaba si el dueño podía repetir la cantidad de aquel acreedor a quien se había pagado. Respondió: hay que ver por qué causa salió fiador <y con qué dinero pagó>, porque si salió fiador a causa del peculio, entonces, lo que hubiera pagado con dinero del peculio no podrá reclamarlo el dueño, pero*

si podrá este vindicar lo que el esclavo hubiera pagado <con dinero> de su dueño; en cambio, si salió fiador por causa ajena al peculio, podrá vindicarse igualmente lo que hubiera pagado con dinero de su dueño, y podrá repetirse por la condición lo que hubiera pagado con dinero del peculio.

Javoleno 13 epist. D 46, 1, 20. *Mas si hubiera pagado la cantidad el dueño de aquel esclavo, podrá repetir la cantidad no de aquel por quien salió fiador el esclavo, sino de aquél a quien él pago, ya que un esclavo no puede obligarse a causa de fianza. Se sigue de esto, pues, que no se puede reclamar de aquel por quien el esclavo había salido fiador, ya que él era deudor de la cantidad prestada y no pudo liberarse a causa del pago de una cantidad a la que no estaba obligado el esclavo.*

Papiniano 10 quaest., D 46, 1, 48pr. *Si Ticio y Seya hubieran salido fiadores por Mevio, dejada a un lado la mujer <a causa del senadoconsulto Veleyano>, daremos la acción por el todo contra Ticio, pues podía saber o no debía ignorar que una mujer no puede interceder.*

Papiniano 3 resp., D 46, 1, 51, 2. *Dos promitentes solidarios dieron separadamente sus respectivos fiadores: no se compele, al acreedor que no lo quiera, a dividir la acción entre todos los fiadores, sino tan solo entre los que intervinieron por cada deudor. Claro que si quiere dividirla entre todos, no se debe impedir que lo haga, como tampoco si demandara a dos deudores solidarios cada uno por su parte.*

46,2: De las novaciones y delegaciones

Ulpiano 34 Sab., D 46, 2, 5. *Una obligación con término puede novarse incluso antes de la llegada del término. Consta como principio general que también se puede hacer novación mediante una estipulación con término, pero no puede haber acción de tal estipulación inmediatamente, sino cuando llegue el término.*

Ulpiano 46 Sab., D 46, 2, 8pr. *Si yo hubiera estipulado que se dé el esclavo Estico y volviera a estipularlo estando el promitente en mora, deja de ser de éste el riesgo de la pérdida, como si la mora se hubiese purgado <con la nueva estipulación>.*

Celso (cit.) y Ulpiano 46 Sab., D 46, 2, 8, 2. *Si uno ha estipulado de Seyo diciendo «prometes dar lo que hubiere estipulado de Ticio», <se pregunta> en caso de haber estipulado luego de Ticio, si se produce la novación y solo queda obligado Seyo. Dice Celso que sí se produce la novación siempre que se haya convenido así, es decir, para que Seyo deba lo prometido por Ticio, porque dice que en un mismo momento puede cumplirse la condición y novarse aquella obligación, y así se observa en la práctica.*

Ulpiano 38 ed., D 46, 2, 13. *Si hubiera delegado a mi acreedor un deudor; como si lo fuera, sin ser mi deudor, no tendrá lugar la excepción <frente al acreedor>, pero compete al delegado contra el delegante la condición.*

Juliano 13 dig., D 46, 2, 15. *Si el acreedor había estipulado una pena por si no se pagaba la cantidad debida en el término señalado, al hacerse la novación, no se incurre ya en la estipulación penal, <pues ha desaparecido la obligación cuyo cumplimiento condicionaba la pena>.*

46,4: Sobre la aceptilación

Pomponio 26 Sab., D 46, 4, 10. *También puede hacerse aceptilación de una parte cuando el objeto de la estipulación no es una cantidad, sino una cosa específica, como un esclavo, del mismo modo que se puede hacer aceptilación a uno solo de varios herederos.*

Ulpiano 50 Sab. D 46, 4, 13, 6. *Si el estipulante de Estico o diez mil sestercios, bajo condición, hubiese hecho aceptilación de Estico y éste se hubiera muerto pendiente la condición, subsistirán los diez mil sestercios en la obligación, lo mismo que si no se hubiese interpuesto la aceptilación, <pues ésta se hizo sobre un objeto que todavía no podía pagarse y que luego se ha hecho imposible>.*

46,7: De la caución de pagar la condena

Paulo 24 ed., D 46, 7, 1. *En la estipulación de pagar a condena la obligación vence inmediatamente de haberse fallado el juicio, pero se concede al deudor principal un cierto tiempo para pagar.*

Ulpiano 7 disput., D 46, 7, 13. *Como se preguntara si se incurre en la cláusula de pagar la condena cuando se ha interpuesto la estipulación de pagar la condena y el demandado no se defiende y sufre la sentencia en contumacia, decía yo que en la estipulación de pagar la condena, una misma cláusula comprende lo de la indefensión y el pago de la condena; así, pues, dada la unidad de la cláusula que hay en esta estipulación, tanto si se falla el litigio, como si éste no se defiende, se pregunta con razón si, cuando se incurre en una de las obligaciones, se puede volver a incurrir en la otra. Porque si uno, por ejemplo, estipula «si llegare la nave de Asia o si Ticio fuera <nombrado> cónsul», consta que se incurre en la estipulación tanto si llega antes la nave como si Ticio es antes cónsul, pero que cuando se incurre en ella por lo primero ya no se puede volver a incurrir en ella por lo segundo, aunque se cumpla la segunda condición, pues la estipulación dependía de una de las dos condiciones y no de las dos a la vez. Por lo tanto, cabe preguntarse si se incurre en la estipulación por la indefensión del litigio cuando no se defiende el litigio o si se cree que no se incurre en ella antes de que se celebre la litiscontestación a causa de la estipulación, lo que parece mejor. Así, pues, tampoco para los fiadores parece vencer la obligación tan pronto como el litigio no fuer defendido, y, en consecuencia, si el litigio que requería la defensa se extinguiera por pago, transacción, aceptilación o de cualquier otro modo, se ha admitido consecuentemente que desaparece la cláusula de indefensión.*

Juliano 55 dig., D 46, 7, 14pr. *Si de dos fiadores que habían prometido el pago de la condena, uno hubiera pagado ya su parte por la indefensión, no por ello deja de ser posible defender el litigio, pero el que ya pagó no puede repetir el pago <como indebido>, pues la estipulación se ha extinguido en su parte lo mismo que si su obligación se hubiese cancelado por aceptilación.*

Escévola quaest. pub. tract., D 46, 7, 21. *Si se demanda a uno de los fiadores por causa de la indefensión y luego se defiende el litigio, el otro fiador puede ser demandado para pago de la condena.*

46,8: Sobre la caución de ratificación, y sobre la ratificación

Papiniano 28 quaest., D 46, 8, 1. *Cuando se estipula la ratificación, se admite que se incurre en la estipulación aunque el representado demande, no al mismo estipulante, sino a otra persona a la que no podría demandar si no hubiese ratificado <la gestión del promitente>; por ejemplo, cuando demanda al fiador o a otro deudor solidario que es socio del promitente.*

Venuleyo 15 de estip., D 46, 8, 8pr. *Un procurador ejercitó la acción exhibitoria y su adversario fue absuelto porque no poseía: cuando éste adquiera la posesión de aquella cosa, podrá el representado ejercitar contra él la acción exhibitoria, y dice Sabino que los fiadores no quedan obligados, porque éste es un litigio distinto, ya que si el mismo representado hubiese ejercido la acción, y luego, al ser absuelto el adversario porque no poseía, volviera a ejercitar la acción, tampoco se le opondrá la excepción de cosa juzgada.*

Juliano 56 dig., D 46, 8, 22pr. *Si un procurador cobrara sin intervención judicial una cantidad indebida y el representado no hubiera ratificado ese pago, sino que entablara una reclamación de esa misma cantidad, quedan obligados los fiadores <de la caución de ratificación> y se extingue la condición por la que respondería el procurador en caso de que no se hubiese interpuesto la estipulación; porque siempre que se paga una cantidad al procurador y el representado no ratifica ese pago, creo que lo que ocurre es que la condición se extingue y sólo compete contra el procurador, al que pagó lo indebido, la acción de lo estipulado. Los fiadores deben indemnizar además los gastos que se hubieren hecho en el juicio. En cambio, si el representado hubiese ratificado <el cobro>, los fiadores quedan ciertamente liberados, pero se puede repetir del representado, con la condición, la cantidad <indebidamente cobrada> por el procurador.*

47,2: Sobre los hurtos

Ulpiano 41 ad Sab., D 47, 2, 3pr y 1: *Es ladrón manifiesto el que los griegos llaman “epi autophoro”, es decir, el que es sorprendido*

con la cosa hurtada. (1) Y lo mismo da que lo sorprenda el mismo al que se ha hurtado la cosa como otra persona.

Papiniano, Pomponio (cit.) y Ulpiano 29 Sab., D 47, 2, 14, 6. *Escribe el mismo Papiniano que, siendo yo acreedor de diez mil sestercios, si me fuera sustraído un esclavo dado en prenda y hubiera conseguido los diez mil con la acción de hurto, no me compete la acción en caso de que vuelva a ser hurtado, pues no tengo ya interés después de haber conseguido lo que se me debía. Esto, si fue hurtado sin culpa mía, pues si hubiera culpa por mi parte, si podré reclamarlo, ya que estoy sujeto por la acción pignoratícia; y si no hay culpa, parece sin duda que compete al propietario la acción que no compete al acreedor; opinión ésta que también aprueba Pomponio.*

Ulpiano 29 Sab. D 47, 2, 14, 17. *Si se ha interceptado una carta que yo te mandé ¿quién tiene la acción de hurto? Debe verse primero de quién sea esa carta, si del que la mandó o del destinatario. Porque ciertamente, si se la he dado al esclavo de éste, la adquiere inmediatamente el destinatario; también si se la di a su procurador, pues la posesión puede adquirirse por mediación de una persona libre, y más aún si tenía interés en tenerla. Mas si mandé la carta para que me la devuelvan, la propiedad sigue siendo mía, pues no he querido perder ni transmitir esa propiedad. ¿Quién ejercerá la acción de hurto? Aquel que tenga interés en que no sea hurtada, es decir, aquel a cuya utilidad corresponde lo escrito. Por ello, puede preguntarse si acaso no puede ejercerla aquel a quien se entregó para llevarla, y puede, siempre que responda por custodia, y si tenía interés en la devolución de la carta, es él quien tendrá la acción; supón que era una carta cuyo contenido era para que se le diera o hiciera algo: puede tener la acción de hurto o también si asumió la responsabilidad por custodia o cobraba un salario por llevarla; este caso será similar al del mesonero o del patrón de una nave, pues damos a éstos la acción de hurto cuando son solventes, ya que les corresponde el riesgo de las cosas <que se les entregan>.*

Ulpiano 40 ad Sab., D 47, 2, 21, 8. *Asimismo, si abriera o quebrara para abrir una cosa de más peso del que podía llevar, no habrá acción por todas las cosas contenidas, sino tan solo por*

las que se llevó, pues no pudo llevarse todo. Por ello, si desató un envoltorio que no podía llevarse para apoderarse de su contenido, y luego se lleva alguna de las cosas <que contiene>, aunque hubiera podido llevarse una a una todas las cosas que allí había, sin embargo, si no podía llevarse el envoltorio entero, es ladrón de las cosas que se hubiera llevado y no de las otras; mas si hubiera podido llevarse el envoltorio entero, diremos que es ladrón del conjunto, aunque hubiera abierto aquél envoltorio para llevarse tan sólo una o unas pocas cosas que contenía. Así lo dice también Sabino.

Ulpiano 40 ad Sab., D 47, 2, 21, 9 y 10. *Si dos o más ladrones han hurtado una viga que no podía llevarse uno solo de ellos, deberá decirse que todos ellos responden por entero a causa del hurto, aunque uno solo no podía apropiarse de ello, ni llevárselo; y así se observa en la práctica, pues no puede decirse que cada uno de ellos había cometido el hurto en una parte, sino todos en el todo, y de ahí que cada uno responda del hurto. (10) Aunque responda uno por hurto también respecto a aquellas cosas que uno no se llevó, sin embargo no se dispone de la condición contra él, por la razón de que solo se puede reclamar por la condición lo que se ha quitado; y así lo escribe Pomponio”.*

Paulo 9 ad Sab., D 47, 2, 26 pr. *Si unas abejas sin propietario hubieran hecho un <panal> en un árbol de tu fundo, y alguien se llevara las abejas o el panal no responde frente a ti por hurto, porque aquéllas no eran tuyas, ya que consta que esas abejas son animales de los que se pueden cazar en la tierra, el mar o el aire.*

Ulpiano 41 Sab., D 47, 2, 27pr. *El que se lleva tablillas o documentos responde por hurto, no tanto por el precio de los mismos, cuanto por el interés que reportan, el cual se refiere a la estimación de la cantidad que se contiene en ellos, es decir, si el interés equivale a esa cantidad; por ejemplo si <ha sustraído> unos quirógrafos por valor de diez áureos, decimos que se dobla ese valor; pero si eran ya inútiles porque se alegaba que ya se había pagado aquella deuda ¿acaso parece que deberá hacerse la estimación por el valor de las mismas tablillas?, ¿qué interés tenía el demandante? Pero puede decirse que, como los deudores a*

veces piden que se les entreguen las tablillas <y> algunas veces se ven vejados <los acreedores> por la pretensión de que se les ha pagado lo que no se les debía, todavía tiene interés el acreedor en tener las tablillas, para evitar controversias sobre el asunto. Y debe decirse como regla general que se dobla el valor del interés del demandante.

Paulo 9 ad Sab., D 47, 2, 34. El que ayuda a otro a cometer un hurto no es nunca ladrón manifiesto; puede suceder así que el que presta su ayuda responde con la acción de hurto no manifiesto y el que ha sido sorprendido responde con la de hurto manifiesto.

Neracio (cit.) y Ulpiano 41 Sab., D 47, 2, 43, 1. El falso procurador se considera ciertamente que comete hurto, pero Neracio dice que cabe preguntarse si esta opinión no es cierta solo con la distinción de que, si el deudor le dio el dinero para que se lo llevara al acreedor y el procurador se queda con él, entonces es verdadera, pues el dinero sigue siendo del deudor; ya que el procurador no lo cobra en nombre de la persona a quien el deudor se lo quiere dar, y, al quedarse con él contra la voluntad del propietario, comete hurto sin duda alguna; pero, si el deudor se lo da para que el dinero se haga de este procurador, entonces dice Neracio, no comete hurto, de ningún modo, pues lo toma por voluntad del propietario.

47,10: De la acción de injurias y los libelos difamatorios

Juliano (cit.) y Ulpiano 56 ed., D 47, 10, 1, 6. Cuando se hace la injuria al entierro o al cadáver de alguien, si se hace después de adirse la herencia, se dirá que se ha hecho en cierto modo al heredero, pues siempre tiene interés el heredero en salvar la reputación del difunto; si es antes de adirse la herencia, la acción se adquiere para la herencia y así, para el heredero, por mediación de la herencia. Escribe Juliano, además, que si se retiene el cuerpo del testador antes de adirse la herencia, no hay duda de que se adquiere la acción para la herencia; y piensa lo mismo cuando se hace la injuria a un esclavo de la herencia, antes de adirse ésta, pues el heredero adquiere la acción por mediación de la herencia.

Labeón (cit.) y Ulpiano 56 ed., D 47, 10, 1, 7. *Escribe Labeón que el heredero puede ejercitar la acción de injurias si alguien, antes de adirse la herencia, hubiera azotado a un esclavo de la herencia yacente que había sido manumitido en el testamento; mas si ha sido azotado después de adirse la herencia, es él mismo quien puede ejercitarla, tanto si conoce su libertad como si no la conoce.*

Neracio (cit.) y Ulpiano 56 ed., D 47, 10, 1, 9. *Dice el mismo Neracio que a veces pueden nacer tres acciones de un solo acto injurioso, sin que ninguna de ellas se consuma por el ejercicio de la otra; por ejemplo, si se ha injuriado a mi mujer, que está bajo la potestad de su padre, pues entonces la acción de injurias nace a mi favor, a favor de su padre, y de ella misma.*

Paulo 5 ed. D 47, 10, 4. *Si, queriendo yo dar un puñetazo a mi esclavo, te hubiera golpeado sin querer a ti que estabas al lado, no respondo por injurias.*

Marcelo, Neracio (cit.) y Ulpiano 57 ed., D 47,10,7pr y 5. *Dispuso el pretor en su edicto: «que el que demande por injurias declare concretamente qué clase de injuria se ha inferido»... (5) Si tú me hubieras inferido varias injurias, se pregunta si puedo demandarte separadamente por cada una de ellas; por ejemplo, si allanas la casa de alguien con concurso y revuelta de gente y de ello resulta que sufro insultos y soy vapuleado. Marcelo, conforme con la opinión de Neracio, sostiene que el que ha sufrido a la vez varias injurias al mismo tiempo debe ser obligado a unirlas <en su reclamación>.*

Ulpiano 57 ed., D 47, 10, 11, 3 y 4. *Si se infirió una injuria por mi mandato, cree la mayoría que respondemos con la acción de injurias tanto yo, el mandante, como el mandatario. (4) Dice con razón Próculo que si arrendé tus servicios para cometer una injuria, puede ejercitarse la acción de injurias con uno y otro de nosotros, pues la injuria se infirió con mi intervención.*

Pomponio (cit.) y Ulpiano 57 ed., D 47, 10, 13, 7. *Si uno me impide pescar en el mar o echar la red, que se llama en Griego sagene, ¿podré acaso demandarle con la acción de injurias? Hay quienes creen que sí, y así Pomponio y la mayoría creen que este caso es semejante al de cuando no se deja que uno se bañe en los baños públicos, o se siente en las gradas públicas <del teatro>, o*

pasee, se siente y esté en cualquier otro lugar <público>, o no se permite a uno el uso de lo que le pertenece, pues en estos casos puede demandarse con la acción de injurias. Al arrendatario que tenga este derecho de pesca concedido daban los antiguos un interdicto, pues debe evitarse toda violencia que venga a impedirle el disfrute de su arriendo; pero si yo impido que alguien pesque delante de mi casa o palacio de campo ¿qué se debe decir? ¿Responderé o no por injurias? Ciertamente, el mar es común a todos, y las costas, lo mismo que el aire, y hay mucho rescriptos de que no se me puede impedir la pesca, ni tampoco la caza, salvo que se le pueda impedir a uno que entre en campo ajeno. Sin embargo, también se ha introducido la costumbre, aunque sin fundamento en el derecho, de impedir que uno pesque delante de mi casa o de mi palacio de campo; por lo cual, si uno se ve así impedido, todavía puede reclamar por injurias; en cambio, puedo ciertamente impedir que alguien pesque en un lago que sea de mi propiedad.

Labeón (cit.) y Ulpiano 57 ed., D 47, 10, 15pr. *Trata también Labeón la cuestión de si tiene lugar la acción de injurias cuando alguien hubiera hecho enloquecer a otro con una droga o de otro modo, y dice que puede ejercitarse contra él la acción de injurias.*

Ulpiano 57 ed., D 47, 10, 15, 15; 20 y 21. *<Acercas de lo que dice el pretor sobre los atentados al pudor, conviene saber que,> si uno intenta seducir a doncellas vestidas con traje de esclavas, se considera menor la falta, y mucho menor si son mujeres vestidas con trajes de meretrices y no de señoras honestas. Así, pues, si una mujer no va vestida con traje de señora y alguien atentó contra su pudor o le quitó el acompañante, el que tal hizo <no> queda sujeto a la acción de injurias. ... (20)«Seducir» es atentar con tiernas frases al pudor de alguien, lo que no es insultar, pero sí atentar contra las buenas costumbres. (21) El que emplea palabras soeces no va contra el pudor, pero responde por la acción de injurias.*

Mela, Labeón (cit.) y Ulpiano 57 ed. D 47, 10, 15, 45 y 46. *Algunas veces la injuria que se hace al esclavo redundaba contra el dueño, y otras no.; pues si el esclavo se presentaba como libre, o uno creía que no era mío sino de otro dueño, y no le hubiera pegado de saber que era mío, escribe Mela que no se puede demandar al que*

lo hizo como si me hubiera injuriado a mi. (46) Si alguien hubiera ejercitado la acción de injurias y luego ejercita la de daño causado injustamente, escribe Labeón que no hay identidad de objeto, pues esta última acción se refiere al daño causado por la culpa, y la primera, a la afrenta <inferida>.