

## TÍTULO IV.

### DEL USUFRUCTO.

1.º—*Servidumbres personales: sus clases: circunstancias en que se diferencian de las prediales.*—2.º *Definición y naturaleza del usufructo.*—3.º *Cómo se constituye el usufructo.*—4.º *Derechos del usufructuario.*—5.º *Obligaciones del usufructuario.*—6.º *Modos de extinguirse el usufructo.*—7.º *Naturaleza especial del llamado cuasi-usufructo.*

#### 1.º SERVIDUMBRES PERSONALES: SUS CLASES: CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE DIFERENCIAN DE LAS PREDIALES.

Ya dijimos (pág. 340) que servidumbre personal es la que se constituye en provecho exclusivo de personas determinadas. Ella, como las prediales, supone una desmembración del dominio por la cual el dueño grava su propiedad con la obligación de prestar servicios á ciertos individuos: es pues también un derecho real, porque consiste en gozar de una de las ventajas del dominio, y sólo se distingue de las prediales en que los servicios no son debidos perpétuamente á un fundo, sino temporalmente á persona determinada. En suma, lo que se da, tanto en una como en otra, siempre es lo mismo, una fracción de la propiedad, y únicamente cambia el sugeto á quien se da: en las personales, al individuo; en las prediales, á la finca.

El derecho romano presenta bajo esta denominación el *usufructo*, el *uso*, la *habitacion* y los *servicios de los esclavos y animales*; pero debemos considerar también como personales todas las contenidas en el título anterior cuando se establecen en beneficio exclusivo de una persona (1).

Como servidumbres que son, se rigen por los principios generales que expusimos en el título anterior comunes á esta clase de derechos (pág. 337), separándose no obstante en cuatro puntos: 1.º Las dos primeras se ejercen indistintamente sobre cosas muebles é inmuebles; y la última, necesariamente sobre semovientes. 2.º Todas ellas son afirmativas, consisten en *hacer* de parte del que tiene la servidumbre. 3.º Ninguna es perpétua: porque, inherentes á la persona favorecida, se extinguen con ella. 4.º Una de ellas, el

(1) D., VII, 1, 32; id. 8, 24; VIII, 3, 4, 6 y 37; XXX, 39, 4; XXXIII, 3, 6; XLIII, 20, 1, § 43; etc.



usufructo, es divisible, pudiendo adquirirse y perderse por partes.

## 2.º DEFINICION Y NATURALEZA DEL USUFRUCTO.

§ inicial. *Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore: quo sublato, et ipsum tolli necesse est.*

En este párrafo se han unido dos fragmentos que figuran por separado en el Digesto (1), y corresponden á diferentes juriconsultos: la definicion es de Paulo; el resto, que figura como justificacion de la misma, pertenece á Celso, quien no sabemos con qué motivo lo escribiría. De aquí resulta que la definicion es clara, pero el razonamiento inoportuno: los examinaremos por separado.

Define el usufructo *jus*, porque le considera respecto de la persona en cuyo favor se constituye, pues respecto al propietario es una disminucion de su derecho, un gravámen.

*Alienis rebus*; porque el usufructo, como toda servidumbre, ha de recaer sobre una cosa ajena: *Uti frui jus sibi esse*, decia Ulpiano, *solus potest intendere, qui habet usufructum: dominus autem fundi non potest; quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire* (2). No es, pues, usufructo el derecho que tienen de hacer suyos los frutos el dueño sobre lo que le pertenece; el marido sobre la dote; el heredero fiduciario sobre los bienes que ha de restituir; y el enfiteuta sobre la finca que le ha sido cedida (3).

*Utendi fruendi*: tales son las facultades que el propietario segrega de su dominio para constituir usufructo en favor de un extraño, la de usar y disfrutar con la extension que luego veremos: el dominio así desmembrado se llama *nuda proprietas*; la cosa gravada, *res fructuaria*; y el individuo á quien se ha concedido el uso y el fruto, *usufructuarius*, *fructuarius*. De estas dos facultades, la *utendi* no comprende la *fruendi*: pero si ésta la *utendi* en cuanto es necesaria para su ejercicio; por consecuencia, se entienden conferidas ambas, bien se haya legado el *usufructo*, bien simplemente el *fruto*; será nulo el legado en que se pretenda separar total-

(1) D., VII, 1, 1 y 2.

(2) D., VII, 6, 5. pr.

(3) Denominar usufructo *causal* el derecho que tienen estas personas, y *formal* el que se tiene sobre cosas ajenas, no es jurídico; y en lugar de proporcionar claridad, introduce la confusion.



mente el uso del fruto; y si á uno se le deja el uso y á otro el fruto de una misma cosa, los dos tendrán la *utendi*, y al segundo corresponderá exclusivamente la *fructuendi* (1).

*Salva rerum substantia.* Como al usufructuario no se le da parte alguna en la facultad de disponer, es natural que carezca de atribuciones para destruir ó trasformar la cosa; debe, por el contrario, mantenerla en el estado mismo que la recibió.

El fragmento de Celso, copiado en seguida, tiene una construcción gramatical que no guarda consonancia con la definición. Para restablecer el sentido, proponen algunos que se entienda la frase anterior *salva rerum substantia* como si quisiera decir *mientras dure la sustancia*; pero extinguiéndose el usufructo por muchas causas que veremos, aunque subsista la cosa, resulta que la innovación, á trueque de corregir un defecto gramatical, ocasionaría un error jurídico. Nos parece más sencillo reconocer que el fragmento se halla fuera de su lugar y sería escrito para probar alguna otra doctrina.

### 3.º CÓMO SE CONSTITUYE EL USUFRUCTO.

§ 1. *Ususfructus à proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis alicui usumfructum legaverit: nam haeres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum; et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem; haeres vero usumfructum; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.*

Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extinguí usumfructum, et ad proprietatem reverti.

El texto menciona solamente dos medios, la *última voluntad* y el *convenio*: debemos añadir, la *prescripción*, la *ley* y la *adjudicación*.

Susceptibles de división los productos á que da derecho el usufructo, puede esta servidumbre adquirirse ó perderse por partes (2), y un condueño puede establecerla sin anuencia del otro (3).

#### (A) *La última voluntad.*

Todas las servidumbres pueden constituirse en última vo-

(1) D., VII, 1, 42, pr.; id. 6, 1, § 1; id. 8, 14.

(2) D., VII, 1, 5; id. 8, 19; XXXV, 2, 1, § 9.

(3) D., VII, 9, 10.



luntad; pero este medio es más comunmente usado para establecer las personales, por una razon bien sencilla. Las prediales tienen por objeto las necesidades de los fundos; y tan luego como éstas se sienten, procura el dueño adquirir la oportuna servidumbre por cualquiera de los medios que producen inmediato resultado: los servicios que proporcionan las personales aumentan, viceversa, el bienestar del individuo, y son por consecuencia una manera de recompensar servicios ó de prestar recursos á personas que el testador quiere favorecer. Así se explica por qué Justiniano invierte aquí el orden de preferencia que guardó en el § 1.º del título anterior; y por qué el Digesto consagra todo un título á las servidumbres personales que se dejan por legado ó fideicomiso, cuya doctrina expondremos oportunamente (1).

Ciñéndonos ahora al texto, debemos observar que sus tres combinaciones ó formas de legar el usufructo no son un vano juego de palabras; porque si á uno se le deja el usufructo y á otro la propiedad de la misma cosa sin añadir *deducto usufructu*, los dos tendrían participacion en los frutos (2).

(B) *El convenio.*

El usufructo era cosa *nec mancipi*: para constituirle el dueño por via de *translatio* necesitaba emplear la *in jure cessio* si trataba de concederle sobre predios itálicos ó sobre muebles, aunque se hallasen en provincias: para constituirle por via de *deductio*, cabía usar de la *mancipatio*, porque no se mancipaba el usufructo, sino la cosa de cuya propiedad se detraía: en cualquier otro caso, necesitaba recurrirse á los pactos y estipulaciones, por idénticos motivos que hemos dicho al tratar de las servidumbres prediales (pág. 355) (3). También, como éstas, fué más tarde protegido por el Pretor, aunque no se hubiera constituido segun el derecho estricto (4); y por fin, se reconoció medio legal todo convenio válido.

(C) *La prescripcion.*

Algunos escritores niegan que la prescripcion sea medio de constituir el usufructo. Verdad es que en cierto fragmento del Digesto se consigna esta doctrina (5); pero lo mismo leemos, segun hemos visto, respecto á las demas servidum-

(1) D., XXXIII, 2.

(2) D., XXXIII, 2, 19.

(3) GAYO, II, 30 á 33.

(4) D., VI, 2, 11, § 1; VII, 1, 25, § 7; id. 4, 1, pr.; id. 9, 9, § 1; XXXIII

2, 29.

(5) D., XLI, 3, 44, § 5.



bres mientras se conservó en observancia la ley *Scribonia* (pág. 358). Es lo cierto que Justiniano, en el título de *prescripción* inserta la ley que había publicado, resolviendo las dudas acerca de cómo debía entenderse la presencia y ausencia para el efecto de prescribir; y esta ley termina diciendo: *Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usufructus et caeterae servitutes* (1). No vemos, pues, motivo bastante para suponer que esta constitucion se refera á la pérdida de las servidumbres por el *no uso*. Desde luego, el legislador la colocó entre uno de los modos de adquirir, sin que en ella mencione para nada el no uso, ni de ella haga mencion en las que tratan del no uso. Además, sancionada la prescripción como medio de adquirir la propiedad y sus fracciones, las servidumbres, no hay razon decisiva para excluir al usufructo, cuando los textos nos dan testimonio de la proteccion que le dispensó el Pretor, otorgando las acciones oportunas al que le poseía. Es finalmente bien extraño que cuando por muchos se cita la referida ley en apoyo de que las demas servidumbres se adquieren por prescripción, manifiesten recelo en comprender al usufructo, siendo la única servidumbre que expresa nominalmente.

(D) *La ley.*

Por ministerio de la ley se constituye el usufructo para varios casos que en sus respectivos lugares examinaremos: á favor del padre de familias sobre el peculio de sus descendientes, y á favor de un conyuge, disuelto el matrimonio, sobre bienes del que fué su consorte (2).

(E) *La adjudicacion.*

En los juicios de particion de una herencia ó cosa comun, podía el juez dar á uno de los interesados la propiedad y á otro el usufructo de un mismo objeto (3).

#### 4.º DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO.

Los principios generales que rigen sobre este punto son:

- 1.º El usufructuario puede usar y disfrutar de la cosa y sus accesorios de la manera más lata, sin ceñirse á lo que personalmente necesite; á la vez que el propietario nada puede hacer que menoscabe el derecho de aquél, y debe prestar lo indispensable para su ejercicio.

(1) C. VII, 33, 12.

(2) C. V, 9, 3, § 1; id. 17, 11, § 1 y 2 — Nov. XXII; CXVII, etc.

(3) D., VIII, 1, 6, § 1.



2.º El usufructuario puede hacer mejor la condicion de la propiedad, pero nó empeorarla.

3.º Todo esto puede hacerlo el usufructuario sin cambiar el destino ni sustancia del objeto, aunque sea aumentando su valor; porque debe restituírle en la misma forma que le recibió (1).

En el Digesto hallamos multitud de fragmentos cuyo objeto es aplicar estos principios á las diversas cosas que pueden ser materia del usufructo. Indicarémos los casos más frecuentes y expondrémos cómo el usufructuario hace suyos los frutos segun su clase.

*Fincas rústicas.* El usufructuario puede ejercer su derecho sobre la finca que se le ha concedido y sobre los aumentos que ésta reciba por *aluvion*; mas nó por la formacion de una *isla*, pues viene á formar un todo separado; *nam ubi latet incrementum, et usufructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit*, dice Ulpiano (2).

Cuando la finca comprenda arbolado, el derecho del usufructuario se regula por el destino que aquél tuviera. Si se trata de un plantel, puede disponer de los árboles, pero renovándole, *quasi instrumentum agri*, para devolverlo al dueño, concluido el usufructo. Si de un monte tallar, *silva caedua*, puede cortar y vender sin deteriorarlo, aunque el dueño no tuviese costumbre de vender. Si de un monte no tallar, puede tomar lo necesario para el fundo; pero nó cortar los árboles (3). Son del usufructuario los árboles muertos, con la obligacion de reponerlos (4): los arrancados por el viento pertenecen al dueño, y el usufructuario no tiene obligacion de renovarlos (5): pero si el objeto principal del usufructo fuese un bosque, podrá cortar y vender en todo caso (6).

Si en el fundo hubiera minas ó canteras en explotacion, podrá continuarla el usufructuario, y buscar y abrir otras nuevas (7) cuando no perjudique á la agricultura ó hayan de rendir productos superiores (8).

(1) *Inst.* II, 5, § 1; D., VII, 1, 7, pr. y § 1; 9, pr., § 1 y al fin; 12, § 2; 13, § 4; 15, § 6; 27, § 1; id. 6, 1.

(2) D., VII, 1, 9, § 4.

(3) D., VII, 1, 9, § 6 y 7; id., id., 10 y 11.

(4) D., VII, 1, 18.

(5) D., VII, 1, 19, § 1; id., id., 59, pr.

(6) D., VII, 8, 22, pr.

(7) D., VII, 1, 9, § 2 y 3.

(8) D., VII, 1, 13, § 5.



Le es permitido utilizar el producto de las abejas (1), la caza y pesca; y aún los vivares que existan, reponiendo los animales que aproveche (2).

Le está prohibido hacer cosa alguna que transforme la propiedad en su manera de ser: no podrá, según esto, destruir la casa de campo, ni edificarla de nuevo á no ser indispensable para el cultivo, ni convertir en productiva una finca de recreo (3).

*Edificios.* Tiene derecho de repararlos y hacer en ellos obras de comodidad ú ornato; v. gr., darles luces, decorarles, etc.: pero nó de variar la construcción del edificio ni la distribución de las estancias (4) aunque sea para mejorarlos (5); porque, como dice Neracio, *aliud est tueri quod accepisset, an novum facere* (6). Ultimamente, no puede ni aún terminar su construcción, por más que sin ello no sea posible disfrutarlos (7).

*Esclavos.* El usufructo sobre un esclavo da derecho á todo lo que provenga de su trabajo ó de los bienes que el usufructuario le haya confiado; pero nó á lo que adquiera de cualquier otro modo; v. gr., por legado ó donación (8).

*Ganados.* Son del usufructuario las crias, y puede aprovecharse de la leche y lana; mas con la obligación de reponer las cabezas que mueren con las que nazcan (9), y desde este momento entran en el dominio del propietario (10).

*Vestidos.* Puede servirse de ellos sin alquilarlos; *quia vir bonus, ita non uteretur*. Si fueran trajes que sirviesen únicamente para la escena ú otro uso semejante, puede alquilarlos, aunque su dueño tuviera sólo la costumbre de prestarlos (11). Por lo demás, cumple con devolverlos tal como se encuentren al concluir el usufructo, *si eam sine dolo malo adtritam reddiderit* (12).

Todos los derechos referidos puede ejercitarlos el usufructuario.

- (1) D., VII, 1, 9, § 1.
- (2) D., VII, 1, 9, § 5; id. id., 62.
- (3) D., VII, 1, 13, § 4 y 6.
- (4) D., VII, 1, 7, § 3; id. id., 13, § 7 y 8.
- (5) D., VII, 1, 8 y 14.
- (6) D., VII, 1, 44.
- (7) D., VII, 1, 61.
- (8) GAYO, II, 91.—*Inst.* II, 9, § 4.—D., XLI, 1, 10, § 3.
- (9) *Inst.* II, 1, § 37 y 38.—D., VII, 1, 68, § 1, y 2; XXII, 1, 28, pr.
- (10) D., VII, 1, 69 y 70.
- (11) D., VII, 1, 15, § 4 y 5.
- (12) D., VII, 9, 9, § 3.



tuario por si mismo ú otorgar á otro su ejercicio por cesion, arriendo, venta, ó precario (1).

Bien utilice la cosa el mismo usufructuario, bien un tercero, no harán suyos los frutos *naturales* mientras no hayan sido percibidos, como ya sabemos (pág. 329). Ahora debemos observar que tienen derecho de percibir no solamente los frutos que nazcan en lo sucesivo, sino tambien los que se encuentren pendientes al constituirse el usufructo, por más que estuvieren ya maduros (2). Viceversa, todos los que se hallen pendientes cuando termine el usufructo, son del propietario (3). Como estas disposiciones pudieran ocasionar el que se recolectáran los frutos sin esperar á que madurasen, Javolenno da la siguiente regla tan sencilla como equitativa: *In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est; neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit; itaque cum olea immatura plus habeat redditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse* (4). En el mismo sentido se expresa Paulo respecto de otros frutos (5).

Relativamente á los frutos *civiles*, el principio es que sólo pertenecen al usufructo aquéllos que habría lucrado el usufructuario si personalmente hubiera usado la cosa. Por consiguiente, al extinguirse el usufructo, se divide el precio de los arriendos que tenga pendientes el usufructuario, entre éste ó sus herederos y el dueño, á proporcion de lo que haya durado el usufructo, aunque se hubiesen hecho por una suma alzada (6). Mas cuando se trata de arriendos de campos, no hay prorrateo: si el usufructo se extingue ántes que el colono perciba los frutos, todo el precio del arriendo es del propietario; si despues, todo él corresponde al usufructuario ó á sus herederos, por más que no hubiera vencido el plazo en que debía pagarse: la razon es porque otro tanto hubiese sucedido en el caso de haber cultivado el usufructuario por si mismo (7). Los arriendos verificados ántes de constituirse el usufructo, sólo debe respetarlos el usufructuario cuando á ello se haya obligado expresamente (8).

(1) *Inst.* II, 5, § 1.—D., VII, 1, 12, § 2; id. id., 67.

(2) D., VII, 1, 27, pr.

(3) D., VI, 1, 78; VII, 4, 13; XXXIII, 1, 8.

(4) D., XXXIII, 2, 42.

(5) D., VII, 1, 48, § 1.

(6) D., VII, 1, 25, § 2; id. id., 26.

(7) D., VII, 1, 58, pr.

(8) D., VII, 1, 59, § 1.



5.º OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO.

La ley impone obligaciones al usufructuario ántes de comenzar el usufructo, durante éste, y cuando termina.

(A) *Antes de comenzar el usufructo.*

1.ª Formar, según recomienda Ulpiano, inventario descriptivo del estado en que se hallan los objetos concedidos en usufructo, para evitar reclamaciones difíciles de justificar cuando hayan de restituirse (1).

2.ª Prestar caución por medio de fiadores de que usará la cosa como un buen padre de familias, y la restituirá, concluido el usufructo.

Esta garantía se exige por regla general en toda clase de usufructo (2), ya recaiga sobre cosa inmueble ó mueble (3), y de cualquiera manera con que se haya constituido (4).

Mientras el usufructuario no la presta, carece de acción para reclamar su derecho (5); y si tuviera ya la cosa en su poder, el dueño podrá demandar la caución (6) ó reivindicar la cosa (7).

Sólo están dispensados de esta obligación: 1.º El fisco (8). 2.º El padre, en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus descendientes (9). 3.º El usufructuario á quien se haya legado el usufructo puramente y el dominio á término cierto; porque ha de llegar un día en que él ó sus herederos serán propietarios (10). 4.º Aquél á quien el dueño dispense de afianzar (11). Pero el testador mismo no puede relevar de la fianza cuando lega el usufructo (12).

(B) *Durante el usufructo.*

1.ª Debe conducirse en el uso y conservacion de la cosa cual un buen padre de familias, *quasi bonus paterfamilias*: lo cual quiere decir que viene obligado á prestar la *culpa leve in abstracto*, nó *in concreto*; esto es, que debe tener la diligencia de un hombre regularmente cuidadoso, nó la que él acostumbre desplegar en sus negocios (13).

(1) D., VII, 9, 4, § 4.

(2) D., VII, 1, 13, pr.

(3) D., VII, 9, 1, § 1.

(4) D., VII, 1, 13, pr.; id., 9, 1, § 1 y 2; C., III, 33, 4.

(5) D., VII, 1, 13, pr.

(6) D., VII, 5, 5, § 1.

(7) D., VII, 9, 7, pr.; id. id., 12.

(8) D., XXXVI, 3, 1, § 18.

(9) C., VI, 61, 8, § 4.

(10) D., VII, 9, 9, § 2.

(11) D., II, 14, 46.

(12) D., XXXVI, 4, 6, pr.—C., III, 33, 1; VI, 54, 7.

(13) *Inst.* II, 1, § 38.—D., VII, 1, 9, § 2.



2.<sup>a</sup> Respecto al uso, deberá ceñirse al destino que las cosas tuvieran (1).

3.<sup>a</sup> La conservación del objeto exige que el usufructuario haga las reparaciones oportunas y procure evitar la pérdida de los derechos del dueño.

Las reparaciones que tiene obligación y derecho de hacer el usufructuario son las obras menores, aquellas cuyo objeto es mantener la finca en buen estado, *modica refectio* (2). Si por encontrarse ausente el usufructuario, las costeara el dueño, debe ser éste reintegrado (3). El usufructuario se eximirá de reparar la finca dimitiendo el usufructo, renuncia que puede verificar aun despues de ser demandado judicialmente para la reparacion (4); mas su renuncia no le eximirá de reparar lo que se haya destruido por su falta de cuidado (5). Los reparos mayores, efecto del tiempo ó de un caso fortuito, son de cuenta del dueño; pero sin que el usufructuario pueda exigir que los realice, si bien se utilizará de ellos en el caso de hacerlos (6).

Para evitar que el dueño pierda sus derechos, debe el usufructuario impedir, en cuanto esté de su parte, que los prescriba un tercero (7): será por consecuencia responsable si se perdiesen las servidumbres por no usarlas (8).

4.<sup>a</sup> Debe soportar todas las cargas que pesen sobre la cosa; v gr., tributos, alimentos (9) incluso las que se impongan despues de constituido el usufructo (10); á no probarse que otra fué la voluntad del constituyente (11).

#### (C) Concluido el usufructo.

Debe restituir al dueño la cosa, no deteriorada por su culpa, *quod inde extavit*; pues no es responsable de los deterioros que haya sufrido sin culpa del usufructuario (12).

#### 6.º MODOS DE EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO.

§ 3. Finitur autem ususfructus morte fructuarii, et duabus capitibus deminutionibus, maxima et media, et non utendo per mo-

- (1) D., VII, 1, 13, § 5.
- (2) D., VII, 1, 7, § 2 y 3.—C., III, 33, 7.
- (3) D., VII, 1, 43, pr.
- (4) D., VII, 1, 48 y 64.
- (5) D., VII, 1, 65, pr.
- (6) D., VII, 1, 7, § 2; id. id., 65, § 1; XXXIX, 2, 20.
- (7) D., VII, 9, 1, § 7.
- (8) D., VII, 1, 15, § 7.
- (9) D., VII, 1, 7, § 2; id., id., 27, § 3.
- (10) D., XXXIII, 2, 28.
- (11) D., VII, 1, 52.
- (12) D., VII, 9, 1, pr. y § 7; id. id., 9, § 3.



dum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agit); vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumptae fuerint, vel etiam terrae motu, aut vitio suo corruerint, extingui usufructum, et ne aërae quidem usufructum deberi.

§ 4. Cum autem finitus fuerit usufructus, reuertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.

Al tratar de las servidumbres prediales omitieron por completo las Instituciones los casos en que se extinguían. Más explicitas respecto al usufructo, nos dicen que se pierde por la muerte, ó capitisdiminucion del usufructuario, no uso, consolidacion y ruina de la cosa: indicaremos además la revocacion de los derechos del constituyente y el cumplimiento de la condicion ó del término bajo que fué concedido; notando que puede extinguirse parcialmente en todos estos casos, excepto los de muerte y capitisdiminucion (1).

(A) *Muerte.*

Como servidumbre personal, otorgada en beneficio exclusivo de un individuo, necesario es que se extinga con la muerte de la persona favorecida (2); aunque se haya dejado por cierto número de años (3), si no se hubiera concedido también para sus herederos (4).

Legada la propiedad de una cosa bajo la condicion de que el usufructo ha de pasar al heredero, se entiende solamente el heredero inmediato, en el cual cesa por muerte ó causa legal; pues, de lo contrario, seria perpétuo (5).

El usufructo adquirido por un descendiente ó un esclavo, le conserva el padre de familias aunque mueran aquéllos; y si falleciese ántes el padre, le retiene el hijo, á pesar de que no haya sido instituido heredero (6).

Cuando el usufructo se ha concedido á un municipio, se extingue á los cien años, *quia is finis vitae longævi hominis*

(1) D., VII, 1, 57; id. 2, 3, § 2; id. 4, 14 y 25.

(2) D., VII, 4, 3, § 3; XLV, 1, 38, § 10. — C. III, 33, 3, pr. — Pero, nó por la del propietario. C. III, 33, 3, § 1.

(3) C. III, 33, 12.

(4) D., VII, 4, 3, pr.; XLV, 1, 38, § 12.

(5) C. III, 33, 14.

(6) C. III, 33, 17.



est (1) *qui finis vitae longissimus esset* (2), ó antes de este plazo si la ciudad es destruida (3).

(B) *Capitidiminucion.*

Antiguamente se extinguía el usufructo por cualquiera de las clases de capitidiminucion. Hablando Gayo de los efectos que producía la arrogacion ó la *conventio in manu mariti*, dice: Las cosas incorporales y corporales que le pertenezcan *patri adoptivo coemptionatorive adquirentur, exceptis iis, quae per capitis deminutione pereunt; quales sunt usufructus*, etc. (4). Cuando se escribieron las Instituciones, ya no existía la *in manum conventio*, ni la arrogacion privaba de sus derechos al arrogado (pág. 117); y en su consecuencia, solamente ponen fin al usufructo la capitidiminucion máxima y la media (5).

La capitidiminucion ó emancipacion del hijo, así como la venta ó manumision del esclavo, por medio de los cuales adquirió el jefe de la familia un usufructo, no le extinguen. Si el padre sufriera la capitidiminucion, le retendría el hijo (6).

(C) *No uso.*

Equiparado el usufructo á las servidumbres prediales en cuanto no puede ejercerse sino por actos que practique el usufructuario, se extinguía por el simple *no uso* durante el plazo legal sin necesidad de *prescripcion extinctiva* (7). Antes de Justiniano el plazo era de dos años cuando el usufructo recaía sobre cosas inmuebles, y de un año cuando sobre cosas muebles (8). Justiniano le prolongó hasta diez años entre presentes y veinte entre ausentes (9) en los términos que hemos referido al tratar de las servidumbres prediales (pág. 364).

Lo mismo que éstas, se conserva usándole otro en nuestro nombre (10): con la circunstancia de que le conservamos cuando le vendemos, aunque deje de usarle el comprador, porque gozamos del precio que equivale al uso de la cosa (11);

(1) D., VII, 1, 56.

(2) D., XXXIII, 2, 3.

(3) D., VII, 4, 21.

(4) GAYO, III, 83. — PAULO, III, 6, 28 y 29. — D., VII, 4, 1.

(5) Inst. III, 10, § 1. — C. III, 33, 16, § 2.

(6) C. III, 33, 17.

(7) D., VII, 6, 3.

(8) PAULO, III, 6, 30.

(9) C. III, 33, 16; id. 34, 13.

(10) D., VII, 1, 12, § 2; id. 4, 22.

(11) D., VII, 1, 12, § 2; id. id., 33 y 39.



pero nó si le donamos y no le usa el donatario (1).

Las Instituciones expresan que se perderá igualmente no usándole *per modum et tempus*. De muy diversa manera se interpretan estas palabras, que para nosotros tienen el sentido natural. El usufructo, como divisible que es, puede concederse sólo en parte, autorizando al usufructuario para hacer suyos únicamente determinados frutos: ahora bien, si en lugar de los concedidos toma otros, perderá el usufructo constituido, como pierde en caso análogo las servidumbres prediales. En este órden de ideas resuelve Paulo la cuestion de si perdería el usufructo aquél que sólo hubiera ejercitado el uso de la cosa, y dice: Que si sabía que le pertenecía tambien el usufructo, le conserva; pero si lo ignoraba, le pierde, porque entónces *non enim ex eo quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere* (2).

Finalmente, cuando se ha legado el usufructo *alternis annis*, no se pierde por el *no uso*; porque *non unum, sed plura legata sunt* (3).

(D) Consolidacion.

Recibe este nombre la reunion del usufructo y de la propiedad en una misma persona, acontecimiento que en las servidumbres prediales se llama *confusion* (4). Puede verificarse ó adquiriendo el usufructuario el dominio de la cosa, ó cediendo su derecho de usufructo al propietario. El primer caso ninguna duda ofrece; el segundo exige cierta explicacion. Hablando de él Gayo, dice: *Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit, ut à se discedat et convertatur in proprietatem: alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi* (5). De aqui resulta que, cedido el usufructo al dueño, se realizaba una verdadera consolidacion; pero cedido á un extraño, el acto era completamente inefcaz, y el usufructuario conservaba íntegro su derecho; *nada habia hecho*. Creemos que Justiniano consagra igual doctrina; porque la *servidumbre misma* es inherente á la persona, y no puede transmitirse, por más que sea licito al usufructuario vender, arrendar ó ceder gratuitamente *el goce de su derecho*, como nos enseñan las Instituciones en el § 1.º del título siguiente. Es cierto que

(1) D., VII, 4, 40.

(2) D., VII, 4, 20.

(3) D., VII, 4, 28; XXXIII, 2, 13.

(4) D., VII, 2, 3, § 2, id. 4, 17 y 27; XXIII, 3, 78, § 2.

(5) GAYO; II, 30.



el Emperador omite la explicacion de Gayo, *alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet*; pero el sentido natural de las palabras *nihil agit*; el que tenían en el original de donde fueron tomadas, y el que deben tener tratándose de una servidumbre, no permite suponer que declaren, como algunos pretenden, que el usufructuario pierde su derecho, por más que esta fuese la opinion de Pomponio (1).

Desusada la *in jure cessio*, pudo renunciarse el usufructo, no sólo expresamente de cualquiera manera, sino aún tácitamente, v. gr., consintiendo el usufructuario que el dueño vendiera la cosa usufructuada (2).

El usufructo extinguido por la consolidacion, renacerá si el usufructuario que llegó á ser dueño se viese más tarde obligado á devolver la propiedad; v. gr., se rescinde el testamento en el cual se había legado el dominio al usufructuario (3).

(E) *Destruccion de la cosa usufructuada.*

El texto se limita á decirnos que, destruido un edificio, se extingue el usufructo sin que se conserve sobre el área que ocupaba, y, segun el pasaje de que se tomó, ni aun sobre los cimientos (4). Otro tanto sucede cuando muere el animal cedido en usufructo, pues tampoco de su carne y cuero puede aprovecharse el usufructuario; porque en los dos casos ha terminado ya el usufructo (5).

Generalizando la doctrina, dirémos que se extingue el usufructo cuando el objeto sobre que recae sufre una alteracion *sustancial*, pero nó cuando solamente *accidental*. Es, sin embargo, muy difícil determinar á cuál de las dos clases corresponden las innumerables á que se prestan los diferentes objetos. Sería demasiado prolijo reseñar todas las soluciones que el Digesto contiene sobre casos especiales: nos circunscribirémos á los más comunes para formar idea del criterio que dominaba.

El usufructo de una finca rústica se extingue cuando es inundada, si bien renace apénas la dejan libre las aguas (6). Subsiste, viceversa, aunque el rio se llevé gran parte de la tierra y acumule otra nueva (7), ó el testador plante su terre-

(1) D., XXIII, 3, 66.

(2) D., XLIV, 4, 4, § 12.

(3) D., VII, 1, 57.

(4) D., VII, 4, 5, § 2.

(5) D., VII, 4, 30.

(6) D., VII, 4, 10, § 2; id. id., 23 y 24, pr.

(7) D., VII, 4, 24, § 2.



no de viñas ó quite las que había (1) destruya la casa de campo que existiese ó la edifique de nuevo (2).

El de un bosque se anula si el testador le reduce á cultivo (3). El de un estanque, cuando queda seco (4).

El de un edificio se desvanece cuando el testador le transforma dándole otro destino (5), lo mismo que si le derriba y construye de nueva planta; pero nó por las reparaciones parciales, aunque venga á resultar un nuevo edificio (6). Otro tanto sucede con el de una nave (7). Si estuviera concedido sobre cierta área y un propietario que no fuera el testador edificase en ella, concluye tambien el usufructo; pero el usufructuario tendria derecho para reclamar contra el edificante (8).

Debemos, por último, notar que cuando se constituye el usufructo sobre una universalidad en general, y perezca alguna de las individualidades que la formen, el usufructuario no tiene derecho á las fracciones que de ellas subsistan; pero si cuando se ha constituido expresamente sobre cada individualidad (9).

(F) *Revocacion de los derechos del constituyente.*

Por las mismas razones indicadas al tratar de las servidumbres prediales (pág. 361); v. gr., si el heredero concede usufructo sobre una cosa que se me ha legado condicionalmente, y despues se cumple la condicion (10).

(G) *Cumplimiento de la condicion ó del término bajo que fué concedido.*

Nunca se ofreció inconveniente para admitir este caso de extincion respecto á las servidumbres personales, como le hubo en las prediales (pag. 344) (11); mas debemos observar lo que habia de notable cuando se trataba del usufructo. Si se legaba hasta que una tercera persona llegase á cierta edad, duraba todos los años que le faltaban para cumplirla, aunque muriese ántes; porque se entendia que el testador se habia fijado en el tiempo por el cual hacia la concesion, y nó en la circunstancia de que viviera el individuo designado. Cuando el legado de usufructo se sujetaba á una eventualidad, v. gr., mientras el hijo permaneciera furioso, se extinguia si el hijo recobraba la razon; pero si al morir no la habia recobrado,

(1) D., VII, 4, 10, § 4.

(2) D., VII, 4, § 9.

(3) D., VII, 4, 10, § 4.

(4) D., VII, 4, 10, § 3.

(5) D., VII, 4, 12.

(6) D., VII, 4, 10, § 1.

(7) D., VII, 4, 10, § 7.

(8) D., VII, 4, 5, § 3.

(9) D., VII, 1, 34, § 2; id., 4, 10, § 8.

(10) D., VII, 4, 16.

(11) C. III, 33, 5.



el usufructo continuaba durante toda la vida del usufructuario : fúndase Justiniano para esta resolución en que siendo posible que el hijo hubiera permanecido furioso ó no se hubiera cumplido la condicion miéntras viviese el usufructuario, era equitativo extender el usufructo por toda la vida de éste; y de la misma manera que si el usufructuario hubiese fallecido ántes de recobrar el hijo la razon ó de cumplirse la condicion , se extinguiría el usufructo , tambien era humano conservársele si moría furioso ó sin cumplirse la condicion (1).

### 7.º NATURALEZA ESPECIAL DEL LLAMADO CUASI-USUFRUCTO.

§ 2. Constituitur autem usufructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus, exceptis his, quae ipso usu consumuntur. Nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, frumentum, vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu (2) assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine haeredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usufructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisfacat (3) haeredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed aestimatis his satisfacitur, ut, si morietur, aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti haec fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

Consistiendo esencialmente el usufructo en usar y disfrutar de una cosa sin destruirla, *salva substantia*, para devolverla *in specie*, claro es que pueden ser objeto de esta servidumbre todas las cosas que no se destruyan con el uso; y, por el contrario, no pueden serlo las consumibles, *quae ipso usu consumuntur*, segun dice el texto. Es sin embargo frecuente que un testador otorgue el usufructo de todo ó parte alicuota de su patrimonio, que naturalmente abraza muchos objetos consumibles; y en semejantes casos, ó habría de contrariarse la voluntad del finado, ó se hace indispensable someter el usufructo de tales cosas á diferentes reglas. La segunda de estas soluciones fué autorizada por el Senado (4)

(1) C. III, 33, 12.

(2) C. *namque ipso*.

(3) C. *satisfacet*.

(4) No consta la fecha del senadoconsulto; pero debe corresponder á los primeros dias del Imperio: 1.º Porque Ciceron sostiene como inconcusa la doctrina opuesta (Top., 3, 4); y por el contrario, Nerva y Sabino, contemporáneos de



para secundar una disposicion que nada tenia de reprobable, como no fuese haber empleado impropriamente la palabra usufructo á objetos consumibles, pero que al fin expresaba con claridad cuál era el propósito del testador. *Senatus consultum*, dice Ulpiano, *ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit: quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur, vel minuuntur, possit usufructus legari* (1).

Desde entónces fué ya posible constituir usufructo sobre toda clase de bienes indistintamente (2); pero como quiera que los objetos consumibles no pueden ser restituidos *in specie* despues de usados, necesitó el Senado facultar al usufructuario para que los devolviese *in genere* ó su estimacion, imponiéndole el deber de asegurar la restitucion (3); de manera que, aunque conserva el nombre de usufructo, se diferencia esencialmente de él. Por eso dice Gayo *Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus propriè esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari poterit; sed remedio introducto, coepit quasi usufructus haberi* (4). Hé aqui el motivo de llamársele *cuasi-usufructo*, una institucion á manera ó similar del usufructo.

Segun esto, los derechos y obligaciones que tiene el usufructuario de objetos consumibles son:

Adquiere la propiedad de los mismos: *ut ejus fiant*, dice el texto; *dominium fructuarii non haereditis est* (5); *proprietas ad legatarium transferri debet* (6).

Como dueño, puede, en general, disponer libremente de ellos. Si hubiera obligaciones en favor del patrimonio, tiene derecho para exigir su cumplimiento, adquiriendo sobre lo que se le entregue la propiedad ó un verdadero usufructo segun que el objeto debido sea ó no consumible; y mientras se realice el pago, hará suyos los intereses que produzca la obligacion: si él mismo fuera el deudor, quedará libre de abo-

Augusto y Tiberio, ya conocian la disposicion del Senado. 2.º Porque esta clase de usufructos universales se hicieron frecuentes despues de la ley *Julia* y *Papia Poppaea* que restringieron las liberalidades *mortis causa* entre esposos, permitiendo que se legaran reciprocamente una porcion alícuota de sus bienes en usufructo (Ulpiano, XV).

(1) D., VII, 5, 1.

(2) D., VII, 5, 3, pr., id. id., 5, pr.; XXXIII, 2, 24, pr.; id. id. 37 y 43.

(3) D., VII, 5, 2, pr.

(4) D., VII, 5, 2, § 1.

(5) *Fragm. Vat.*, § 46.

(6) D., VII, 5, 7.



nar intereses y de pagar el capital mientras dure el usufructo (1). El párrafo enumera los vestidos entre las cosas consumibles, y por tanto su restitucion debería siempre hacerse en otros de la misma calidad: pero en el Digesto se consideran de un modo contrario (2): creemos que la doctrina romana sería, como Ulpiano indica, estimar cual verdadero usufructo el de los vestidos, cumpliendo con devolverlos en el estado que tuvieran, cuando el usufructuario no los hubiese recibido estimados, *sicut quantitatis* (3).

Terminado el usufructo, debe restituir ó cosas de la misma calidad y cantidad que las recibidas, ó su estimacion, si fueron tasadas al tiempo de entregárselas, medio que prefiere el texto siguiendo á Gayo (4).

Para garantir estas obligaciones deberá prestar, al constituirse el usufructo, seguridad bastante, en los mismos términos que hemos dicho anteriormente (5).

De lo expuesto resulta que el usufructo de cosas consumibles reúne los caractéres esenciales de un préstamo mutuo con las diferencias siguientes: 1.<sup>o</sup> No es á plazo fijo, sino que dura ordinariamente por toda la vida del usufructuario. 2.<sup>a</sup> No devenga intereses. 3.<sup>a</sup> Suelen apreciarse los objetos para que se devuelva su valor. 4.<sup>a</sup> Lleva consigo la necesidad de prestar caucion.

## TÍTULO V.

### Del uso y de la habitacion.

- I. SERVIDUMBRE DE USO.—**1.** *Naturaleza de esta servidumbre.*—**2.** *En qué se diferencia del usufructo.*—**3.** *Casos especiales comprendidos en las Instituciones.*—**4.** *Obligaciones del usuario.*
- II. SERVIDUMBRE DE HABITACION.—**1.** *Naturaleza de esta servidumbre.*—**2.** *En qué se diferencia del usufructo y del uso.*
- III. SERVIDUMBRE DE LOS SERVICIOS DE ESCLAVOS Y ANIMALES.—**1.** *Naturaleza de esta servidumbre.*—**2.** *En qué se diferencia del usufructo y del uso.*

(1) D., VII, 5, 3.

(2) D., VII, 1, 15, § 5; id. 9, 9, § 3.

(3) D., VII, 1, 15, § 4.

(4) D., VII, 5, 7.

(5) D., VII, 5, 2, pr.; id. id. 4, 7, 9 y 10; id. 9, 7, § 1.



I.

SERVIDUMBRE DE USO.

1.º NATURALEZA DE ESTA SERVIDUMBRE.

Continúan las Instituciones el tratado de servidumbres personales, que enumeramos en el título anterior, exponiendo la de *uso* en los términos siguientes :

§ inicial. *Iisdem istis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constituitur; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.*

§ 1. *Minus autem scilicet juris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, lignis ad usum quotidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit; nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest cum is, qui usufructum habet, potest haec omnia facere.*

§ 2. *Item is, qui aedium usum habet, hactenus juris habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat. Et (1) cum uxore sua liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat (2), et convenienter, si ad mulierem usus aedium pertineat, cum marito ei habitare liceat (3).*

§ 3. *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operis atque ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento (4).*

§ 4. *Sed si pecoris vel ovium (5) usus legatus fuerit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

No da el texto una definicion concreta del *uso*, como la dió del usufructo: en su lugar nos dice vagamente que es menor el derecho en el uso que en el usufructo; y á continuacion describe los derechos del usuario en cinco casos es-

(1) C. *sed.*

(2) C. *habet.*

(3) C. *licet.*

(4) C. *jumentis.*

(5) C. *si pecorum veluti pecorum.*



peciales. Necesitamos, pues, determinar la naturaleza de esta servidumbre y generalizar su doctrina.

Figuran en el Digesto, al frente de la materia un fragmento de Gayo y otro de Ulpiano, que precisan con claridad la naturaleza del uso: *Constituitur etiam nodus usus, id est, sine fructu... cui usus relictus est, uti potest, frui non potest* (1). Luego la servidumbre personal de uso consistía en el derecho de servirse de una cosa ajena, conservando su sustancia, pero sin percibir fruto alguno.

2.º EN QUÉ SE DIFERENCIA DEL USUFRUCTO.

Segun la definición que hemos dado, el uso se diferencia del usufructo:

1.º En que sólo confiere la facultad de usar, nó la de disfrutar; pero la de usar en toda su extensión, sin concretarse á las necesidades del usuario, *plenum usum, omnem usum* (2).

2.º En que la facultad de usar debe ejercitarla por sí mismo sin poder cederla á otro; porque el uso varía segun las condiciones personales del usuario (3).

3.º En que es indivisible; porque no tiene por objeto los frutos que pueden concederse en parte, sino un hecho que no admite división: *nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus* (4). De lo cual resulta que no puede constituirse ni perderse parcialmente.

Tal fué en principio la servidumbre de uso; pero no pudo aplicarse inflexiblemente á todos los objetos. En primer lugar, hay cosas en que no cabe separar el uso del fruto, cuales son todas las consumibles; de manera que, respecto á ellas, conceder el uso era conceder el usufructo, ó sea el cuasi usufructo (5). Por otro lado, áun de las cosas no consumibles una gran parte son de tal naturaleza que su mero uso, ó no produciría utilidad alguna, ó sería bien insignificante: en las primeras, v. gr., un monte tallar, se otorgaron al usuario las mismas ventajas que al usufructuario (6); en las segundas se prorogan las facultades del usuario á percibir los frutos que necesitase para sí y su familia. Esta mayor extensión que el uso recibió fué obra de la jurisprudencia

(1) D., VII, 8, 1 y 2.

(2) D., VII, 8, 1, pr., § 1 y 3.

(3) D., VII, 8, 11; id. id., 12, § 6; id. id., 14, pr.

(4) D., VII, 8, 19.

(5) D., VII, 5, 5, § 2; id. id., 10, § 1.

(6) D., VII, 8, 22, pr.



fundada ya en que no era de suponer que se hubiera constituido una servidumbre vana en sus resultados, ya en que debían interpretarse con prudente latitud las últimas voluntades donde con mayor frecuencia se establecían las servidumbres personales (1).

**3.º CASOS ESPECIALES COMPRENDIDOS EN LAS INSTITUCIONES.**

*Uso de un fundo.* El mero uso daría únicamente facultad para morar en el fundo sin perjudicar al dueño ni á los cultivadores, utilizando la casa que en él hubiera con sus dependencias; y así lo entendía Nerva. Pero como semejante derecho ninguna utilidad produciría, sobre todo cuando el fundo careciese de construcciones, Sabino, Casio, Labeon, Próculo y Paulo juzgaban que podría tomar de los frutos nacidos en la heredad la cantidad necesaria para sí, su familia, convidados y huéspedes, ya consumiéndolos en el mismo predio, ya llevándolos á su casa para la provision anual, por más que absorbiese cuanto la finca produjera: todo, según la categoría del usuario, y sin especular con los frutos (2). Por lo demás, el usuario no podía impedir que el dueño cultivase el campo, pues sería privarle de la facultad de disfrutar (3); ni que colocase guardas que velasen por la integridad de la finca (4).

*Uso de una casa.* El usuario puede vivir en la casa; y aunque no necesite de toda ella, puede impedir que el dueño utilice la parte sobrante (5). Como este derecho prestaba suficiente utilidad, no se extendió á percibir fruto alguno; y por tanto no le era lícito arrendarla ni cederla: todo lo más que con el tiempo se admitió fué que, ocupándola el mismo usuario, pudiese tener consigo á su familia, ciertos parientes y servidores, y aun ceder parte de sus estancias á persona extraña (6).

*Uso de un esclavo.* También queda limitada á los prin-

(1) D., VII, 8, 12, § 2; L., 17, 12. Esto ha dado lugar á que, tomando por regla general lo que sólo era una excepcion, se haya definido el uso *derecho de percibir de una cosa ajena los frutos que necesite el usuario y su familia*: definicion que limita y extiende á la vez la nocion de esta servidumbre y no se adapta á todos los objetos cuyo uso puede concederse, v. gr. los consumibles.

(2) D., VII, 8, 10, § 4; id. id., 11 y 12, § 1; id. id., 15, pr.

(3) D., VII, 8, 15, § 1.

(4) D., VII, 8, 16, § 1.

(5) D., VII, 8, 22, § 1.

(6) D., VII, 8, 2, § 1; id. id., 3, 4, 5, 6, 7 y 8.



cipios generales esta servidumbre por idéntico motivo que la anterior. Pueden utilizar los servicios del esclavo el usuario, su mujer y descendientes, y ocuparle en obras cuya confeccion hayan tomado por su cuenta; pero nó trasferir á un tercero este derecho (1). Todo lo que adquiere el esclavo por mandato ó manejando intereses del usuario entra en el dominio de éste (2).

*Uso de animales.* Se halla en el mismo caso que el uso de la casa y del esclavo. Puede el usuario emplearlos en todos los servicios para que sean aptos, y aún cederlos en alquiler si tal es la industria que ejerce el usuario y lo sabia el testador; porque se presume que le autorizó para ello (3).

*Uso de ganados.* Las Instituciones aceptan el dictámen de Labeon, que sólo concedía al usuario de un rebaño servirse de él para estercolar su campo, sin aprovecharse de la leche, lana y crias, porque son frutos; pero Ulpiano sostiene que puede tomar alguna leche *modico lacte* (4). Debíó ser muy rara la constitucion de este uso cuando tan escasos fragmentos se ocupan de él; y creemos que si se hubieran presentado con mayor frecuencia casos de este género, los derechos del usuario habrían llegado á cuanto pudiera bastar para sus necesidades: de lo contrario, en pocas ocasiones sería verdaderamente útil.

#### 4.º OBLIGACIONES DEL USUARIO.

Las obligaciones del usuario se equiparan á las del usufructuario: debe pues,

1.º Prestar caucion de que usará de la cosa como un buen padre de familias (5); y á la vez puede impedir que el dueño haga nada que perturbe el uso concedido ó trasformé la cosa, aunque sea para mejorarla (6).

2.º Contribuir á reparar el objeto en proporcion á la utilidad que de él reporte; de manera que si al dueño ninguna ventaja le queda, la reparacion es del usuario (7).

(1) D., VII, 8, 9 y 12, § 5 y 6.

(2) D., VII, 8, 14, pr.; id. id., 16, § 2; id. id., 20.

(3) D., VII, 8, 12, § 3 y 4.

(4) D., VII, 8, 12, § 2.

(5) D., VII, 9, 5, § 1; id. id., 11.

(6) D., VII, 8, 23.

(7) D., VII, 8, 13.



## II.

### SERVIDUMBRE DE HABITACION.

#### 1.º NATURALEZA DE ESTA SERVIDUMBRE.

Segun dijimos al comenar el titulo 3.º de este libro, siempre que el dueño grava su propiedad con la prestación de servicios determinados, se constituye una servidumbre; y como los servicios que una cosa puede prestar son innumerables, lo eran tambien las servidumbres. Ahora bien, cuando el propietario expresa con claridad el servicio que otorga, no procede más sino respetar su voluntad; pero cuando ese servicio aparece indeterminado, necesita fijarse por jurisprudencia la extension que debe tener. Esto último sucedió precisamente con la servidumbre de que nos ocupamos. Hubo casos en que se otorgaba el *derecho de habitacion* sin más explicaciones: natural era que surgiesen dudas y varios pareceres sobre los derechos que entrañaba semejante concesion. Un fragmento de Ulpiano y el preámbulo de la constitucion á que se refiere el texto nos manifiestan la diversa naturaleza que se le atribuyó: para algunos, transmitía la propiedad sobre la casa; y para otros, equiparándole ora al usufructo ora al uso, únicamente la facultad de habitarla: entre éstos, quiénes opinaban que el derecho no se extendía más allá de un año; y quiénes que duraba toda la vida: por último, no estaban conformes en si el favorecido habría de usar por sí mismo la habitacion ó podría darla en arriendo (1). Justiniano declaró en la constitucion referida que el derecho de habitacion no trasfiere la propiedad, si no se justifica de un modo evidente que fué tal la voluntad de quien le concedió; y en el presente párrafo, que es un derecho distinto del uso y del usufructo. Conforme á estas declaraciones y demas doctrinas recibidas, el derecho de habitacion es una servidumbre personal que confiere *el derecho de morar en casa ajena ó darla en arriendo, pero nó cederla gratuitamente*.

#### 2.º EN QUÉ SE DIFERENCIA DEL USUFRUCTO Y DEL USO.

Tiene de comun con estas servidumbres el derecho de habitar la casa y el deber de prestar caucion (2); pero se diferencia, ya de ambas, ya de cada una de ellas, en lo siguiente:

*De ambas.* 1.º En que cuando se ha concedido por mera

(1) D., VII, 8, 10, pr. y § 1, 2 y 3.—C. III, 33, 13.

(2) D., VII, 9, 5, § 3; id. id.. 11.



donacion *inter vivos* ó á voluntad del otorgante. puede ser revocado por los herederos de éste (1). 2.º En que para transigir acerca de este derecho, se necesita la intervencion del magistrado, á fin de evitar que se renuncie con ligereza por el incentivo de una remuneracion mezquina (2), pues se reputa parte de los alimentos (3). 3.º En que no se pierde por dejar de usarle ni por la capitisdiminucion (4); pues más bien que una desmembracion de la propiedad, es un auxilio caritativo que se presta al concesionario, *quia in facto potius, quam in jure, consistit* (5).

*De cada una de ellas.* El ejercicio del derecho puede traspasarse en el *usufructo* por cualquier titulo: en el *uso*, por ninguno: en la *habitacion*, nó gratuitamente, pero sí en arriendo; porque, considerándose parte de alimentos, es igual que se utilice de la casa ó del precio del arriendo (6).

### III.

#### SERVIDUMBRE DE LOS SERVICIOS DE ESCLAVOS Y ANIMALES.

##### 1.º NATURALEZA DE ESTA SERVIDUMBRE.

Las Instituciones no mencionan esta clase de derecho: el Digesto le consagra un breve titulo (7) y algun pasaje aislado. De todo, aparece que consistía en el *derecho de aprovechar los servicios que pudieran prestar los siervos ó animales, objeto de la concesion, bien utilizándolos el mismo concesionario, bien alquilándolos.*

##### 2.º EN QUÉ SE DIFERENCIA DEL USUFRUCTO Y DEL USO.

Aunque el jurisconsulto Terencio equipara esta servidumbre á la de uso (8), y como ella es indivisible (9), se diferencia del *uso* en que puede cederse á titulo oneroso su ejercicio (10); y del *usufructo*, en que sólo atribuye facultad para utilizar los servicios, cual sucede en el uso (11). Como en ambas, debe prestarse caucion (12); pero difiere de ellas en que no se extingue por dejar de usarla, ni por la capitisdiminucion, ni áun por la muerte segun la opinion general. Acerca de este último caso, dice Papiniano: *Et quia legatarius fructuarius non est, ad haereditatem suam operarum legatum trans-*

(1) D., XXXIX, 5, 27 y 32.

(2) D., II, 15, 8, § 1.

(3) D., XXXIV, 1, 6 y 23.

(4) D., VII, 8, 10, pr.

(5) D., IV, 5, 10.

(6) D., VII, 8, 10, pr.—C. III, 33, 13.

(7) D., VII, 7.

(8) D., VII, 7, 5.

(9) D., XXIV, 2, 1, § 9.

(10) D., XXXIII, 2, 2.

(11) D., XXXV, 2, 1, § 9.

(12) D., VII, 9, 5, § 3.



*mittit; sed servo usucapto legatum perit* (1), de cuyo fragmento se ha inferido que la servidumbre no termina sino cuando muere el esclavo ó el animal, ó es usucapido el esclavo; pero, como semejante doctrina es tan opuesta á la naturaleza de las servidumbres personales que se extinguen con la muerte del sugeto á quien se concedieron, entienden algunos el pasaje en el sentido de que el derecho se trasmite á los herederos del legatario cuando éste fallezca sin adquirir el legado, contra lo que sucede en el usufructo; de todos modos, presenta una desviacion muy notable de los principios generales.

Concluida la materia de servidumbres, pone fin á este título un párrafo cuyo objeto es demostrar la relacion que guardan las doctrinas expuestas con las que van á seguir. Dice así:

§ 6. *Haec de servitutibus et usufructu et usu et habitatione dixisse sufficiat. De haereditate autem et de obligationibus suis locis proponemus.*

*Exposuimus summam, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.*

En el § 11 del título primero dijeron las Instituciones que unos modos de adquirir el dominio procedían del derecho natural; y otros, del civil (pág. 287). Trataron á seguida de los primeros; y en lugar de pasar á los segundos, se ocuparon de las cosas incorpóreas, mencionando como tales las servidumbres, herencia y obligaciones. Vino el tratado de servidumbres, que acabamos de examinar; pero, en vez de continuar el de herencias y obligaciones, recuerdan que habian quedado sin exponer los modos civiles de adquirir, y nos advierte el párrafo que serán objeto de los títulos siguientes, dejando para despues las herencias y obligaciones.

Consiguiente á este propósito, y siendo los modos civiles ya singulares ya universales, empíezase en el título inmediato por los singulares, cuyo tratado se interrumpe á su vez para exponer las sucesiones testamentarias como preliminar de los legados y fideicomisos singulares (pág. 289). El órden es bien defectuoso; pero necesitamos conocerle y tenerle presente.

(1) D., XXXIII, 2, 2.



## TÍTULO VI.

### De las usucapiones y posesiones de largo tiempo.

1.º *Naturaleza y fundamento de este modo de adquirir.*—2.º *Su historia en Roma.*—3.º *Usucapion ó prescripcion ordinaria: condiciones que requiere.*—4.º *Usucapiones ó prescripciones extraordinarias: en qué casos se necesitan.*

#### 1.º NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE ESTE MODO DE ADQUIRIR.

Influye poderosamente en la adquisicion y pérdida de los derechos la circunstancia de que los ejercitemos ó nó. Un derecho adquirido con algun vicio, ó cuya adquisicion no podemos justificar, llega á obtener la proteccion de la ley si continuamos ejercitándole por el tiempo que, segun las circunstancias, exige aquélla: viceversa, un derecho legitimamente adquirido y cuya adquisicion podemos acreditar, le perdemos cuando no le ejercitamos durante el plazo legal. En el primer caso se dice que hay *prescripcion adquisitiva*: en el segundo, *prescripcion extintiva*.

Refiérese este título á la prescripcion adquisitiva, como medio de adquirir el dominio, en cuya acepcion la define Modestino *adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti* (1).

Los efectos de la prescripcion adquisitiva son:

1.º Rechaza toda impugnacion contra las adquisiciones en que haya mediado algun vicio. Tres son principalmente los vicios que pueden mediar en la adquisicion de un objeto: 1.º Falta de derecho en el que trasmite; como sucede cuando no es dueño, ó aunque lo sea no puede enajenarle. 2.º Falta de derecho en el que le recibe; v, gr., si aceptamos una manda revocada por disposicion posterior cuya existencia ignorábamos. 3.º Falta de susceptibilidad en la cosa para ser adquirida por el modo con que lo ha sido; tal ocurre cuando ocupamos en concepto de *nullius* una cosa que tiene dueño. En todos estos casos, la ley no respeta desde luego una adquisicion que es viciosa, sino que por el contrario facilita al perjudicado recursos para hacer valer su derecho; pero es á la vez indispensable que estas reclamaciones deban aducirse

(1) D., XLI, 3, 3.



dentro de un prudente plazo, más allá del cual no se permitán.

2.º Constituye título suficiente de propiedad. La falta de solemnidad con que se verifican las transmisiones de los objetos, ya por su naturaleza como sucede en los muebles, ya por su escasa importancia como acaece en los raíces de poco valor, hace que muchas veces no exista un título con el que el dueño acredite su derecho. Aun en el caso de haber mediado formalidades cuando tuvo lugar la trasmisión, mil vicisitudes hacen que se ignoren, pierdan ó destruyan los medios de prueba, en términos que la mayoría inmensa de los propietarios con dificultad podrían exhibir de sus fincas una titulación que se elevase á tiempos muy remotos.

Tal es el doble objeto de la prescripción. Abolirla, equivaldría á suprimir la propiedad; porque sin el auxilio de aquélla no podría ésta justificarse. Sólo la prescripción nos da tranquilidad sobre lo que poseemos, colocándonos al abrigo de toda reclamación: sin ella, ni adquiriríamos con seguridad, ni poseeríamos sin inquietud. Por eso dice Gayo: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent: cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (1); y Neracio: *Usucapio rerum..... constituta est, ut litium finis esset* (2).

Aparte de la necesidad que justificaría por sí sola esta institución, apóyase en otro fundamento de distinto género. Si debe respetarse la dominación del hombre sobre los objetos de la naturaleza en cuanto son medios para realizar sus múltiples fines, no merece ese respeto el dueño que los tiene abandonados, impidiendo de esta manera que puedan servir á los fines propios y extraños.

De lo expuesto resulta: 1.º Que la prescripción es indispensable y justa, siempre que para reclamar sus derechos conceda la ley al propietario un término cuyo lapso acredite marcada negligencia: 2.º Que es un modo civil y singular de adquirir: *civil*, porque no es una institución del derecho absoluto, sino del determinado por el Estado que no puede ménos de adoptarla, fijando el tiempo y las condiciones bajo las cuales se convierte en dueño el poseedor (3); *singular*, porque solamente atribuye derecho de propiedad sobre los obje-

(1) D., XLI, 3, 1.

(2) D., XLI, 10. 5, pr.

(3) *Prolegómenos*, págs. 29 y 75.



tos poseidos, y el adquirente no sucede en la personalidad jurídica de aquel á quien pertenecieron (pág. 288).

## 2.º SU HISTORIA EN ROMA.

§ *inicial*. Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit; vel ex donatione, aliave qua (1) justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, bienio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit (2), ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super haec promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, acquirantur.

Durante los primeros siglos, no bastaba que el trasmitente fuera propietario y el adquirente capaz del dominio romano (pág. 284); pues, tratándose de cosas *mancipi*, era indispensable verificar la trasmision empleando la *mancipatio* ó la *in jure cessio*, procedimientos que el pueblo autoriza por medio de sus representantes (3). Cuando no intervenía una de estas solemnidades, ó si se adquiría con buena fe (4) de persona

(1) C. *quavis*.

(2) C. *sedit*.

(3) *Historia*, pág. 136.

(4) Gayo nos habla de tres casos en los cuales podían usucapirse cosas que el poseedor supiera eran ajenas:

1.º Por un año, los objetos pertenecientes á una herencia de la cual no hubiera obtenido posesion el heredero, aunque fuesen inmuebles; porque la herencia no estaba comprendida entre las cosas para cuya usucapion exigían dos años las XII Tablas. Llamábase *pro haerede* ó *lucrativa* esta usucapion, y tenia por fin el que no se retardase la adición de la herencia para que hubiera persona que continuase los sacrificios y de quien pudieran reclamar los acreedores. Hoy se supone que sería un medio de facilitar la herencia á los cognados, excluidos de ella por el derecho antiguo. Ciertó senadoconsulto del tiempo de Adriano facultó al heredero para reclamar contra semejan usucapion; y los emperadores posteriores la consideraron delito, *crimen expilatae haereditatis*. GAYO, II, 52 á 58.—D., XLVII, 19.—C. IX, 32.

2.º El que había dado una cosa *mancipio fiduciae causa* ó cedido *in jure*, pero continuaba poseyéndola, usucapia por un año, fuera el objeto mueble ó inmueble, siempre que pagase al acreedor si con él había mediado el negocio. Esta usucapion se llamaba *usureceptio*, porque se recibía por ella lo que ántes ya era propio. GAYO, II, 59 y 60.

3.º Cuando el pueblo vendía una cosa que le estuviere obligada, si el dueño de ella continuaba poseyéndola durante dos años cuando era raiz, verificaba la



que no era dueño, quedaba subsanado el defecto mediante la *usucapio* (*capio usu*), poseyendo sin interrupción dos años las cosas raíces y un año las demas, ya que el pueblo ratificaba con su silencio los derechos del poseedor (*usus auctoritas*). Tal fué el principio sancionado en la Ley decenviral: *Usus-auctoritas fundi biennium esto, caeterarum rerum annuus usus esto*; y aunque el texto literal comprendía solamente los fundos, es decir, los predios rústicos, la interpretación le extendió á los urbanos (1).

La *usucapio* era institucion del *jus civile*, propia de los ciudadanos y aplicable solamente á las cosas susceptibles de dominio romano. Mas llegó una época en que ya no fué posible desconocer por completo el derecho al extranjero, ni mantener rigurosamente en la práctica la profunda separacion entre los predios itálicos y provinciales (pág. 284 y sig.); y el Pretor y los Gobernadores crearon, ó quizá la encontraron ya creada en las provincias, otra institucion, la *praescriptio longi temporis* (2), mediante la cual amparaban sin distincion de personas ni de predios á todo el que llevase poseyéndolos largo tiempo. La proteccion consistia en otorgar al poseedor una defensa contra el dueño que reivindicára el fundo poseido: el plazo debió fijarse por las constituciones imperiales en diez años entre presentes y veinte entre ausentes (3). Desde entónces coexisten en el Imperio romano dos instituciones que responden á un mismo principio, que tratan de satisfacer igual necesidad social, y sin embargo producen efectos distintos que progresivamente se irán equiparando hasta llegar á ser idénticos: es la transicion del *jus civile* al *jus gentium*. La *usucapio*, creacion de la ley, daba el dominio al poseedor que hubiese adquirido con buena fe de quien no era dueño, y convertia en *quiritario* el dominio simplemente *bonitario* que se tenia sobre las cosas *mancipi* cuando se habían transmitido

usucapion denominada *usureceptio ex praediatura*, cuyo nombre recibia porque se llamaba *praediator* el que compraba un objeto al pueblo. GAYO, II, 61. De suponer es que seria indispensable satisfacer previamente al fisco ó al comprador, como en el caso anterior. D., XVIII, 5, 9.

(1) GAYO, II, 41 á 44 —ULPIANO, XIX, 8.—CICERON, *Topica*, 4.—ID., *Pro Caetna*, 19.

(2) Llamábanse *praescriptiones* (de *prae scribere*) las restricciones, advertencias ó prevenciones que el magistrado escribía á la cabeza de la *fórmula*, bien á peticion del demandante, bien del demandado, con el objeto de que el juez se limitase en el primer caso á conocer del negocio en los términos que la *praescriptio* indicaba, y en el segundo conociese previamente de la *praescriptio* sin entrar en la cuestion principal. GAYO, IV, 130 á 137.)

(3) D. XVIII, 1, 76, § 1.



sin mediar la *in jure cessio* ó la *mancipatio* (1); de manera que no sólo podía oponerse á la reclamacion que contra él se dirigiera, sino vindicarla de cualquier otro poseedor: la *praescriptio*, introducida por el magistrado, no era propiamente un modo de adquirir, sino un medio de oponerse á la reclamacion del dueño. La *usucapio* conferia el dominio, gravado con las cargas á que estuviese sujeto, de suerte que los acreedores podian ejercitar sus derechos contra el nuevo propietario (2); la *praescriptio* enervaba tanto la accion del dueño como la de los que teniendo un derecho sobre la cosa no le hubieran ejercitado durante los diez ó veinte años (3). Finalmente, siendo la *usucapio* adquisicion por el uso, no era interrumpida por la demanda del dueño, en tal manera que si el plazo de la usucapion se completaba durante el pleito, conferia, sin embargo, el dominio: consistiendo viceversa la *praescriptio* únicamente en un medio de oponerse á la peticion del dueño, no podia utilizarse si no estaba completa al empezar el procedimiento, que era cuando debía oponerse.

Semejante dualismo no podía conservarse en un pueblo cuyas condiciones habian esencialmente variado. Todos los súbditos llegan á ser ciudadanos, y las conquistas de los bárbaros disminuyen considerablemente el número de los predios itálicos. Justiniano, que consuma la unidad jurídica borrando toda diferencia entre dominio quiritario y bonitario, entre predios itálicos y provinciales (pág. 286), no podía mantener como distintas dos instituciones basadas en aquellas diferencias. Funde, pues, en una sola institucion la *usucapio* y la *praescriptio*, disponiendo en resumen: 1.º Que se adquiriera el dominio poseyendo de buena fe y con justo título un objeto susceptible de ser usucapido á los tres años si es mueble y á los diez ó veinte si es inmueble: 2.º Que teniendo buena fe, la falta de alguna de las restantes circunstancias se suplirá con la posesion de treinta ó más años, segun los casos: 3.º Que si falta la buena fe, no se adquirirá el dominio; pero á los treinta años de posesion habrá derecho para repeler la accion del propietario.

De aquí resultan dos clases de usucapion ó prescripcion; una que se verifica por el plazo comun de tres, diez ó veinte años, y otra que exige mayor término: á la primera llama-

(1) GAYO, II, 41.

(2) D., XLI, 3, 44, § 1.

(3) D., XLIV, 3, 12.



mos *ordinaria*, y á la segunda *extraordinaria*. Las examinaremos por su órden.

3.º USUCAPION Ó PRESCRIPCION ORDINARIA: CONDICIONES QUE REQUIERE.

Denominamos usucapion ó prescripcion ordinaria la adquisicion del dominio poseyendo con buena fe, justo título y sin interrupcion tres años las cosas muebles, diez entre presentes y veinte entre ausentes las inmuebles.

Las condiciones que requiere se hallan comprendidas en este verso latino: *Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*; y como quiera que es próximamente el órden con que las enumera Justiniano, le seguiremos en la exposicion.

(A) *Res habilis.*

§ 1. Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possiderit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

§ 2. Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim Tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem; vi possessarum lex Julia et Plautia.

§ 3. Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habet. Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonae fidei possessori usucapio competat. Nam qui alienam rem vendidit (1), vel ex alia causa tradidit (2), furtum ejus committit.

§ 4. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam, si haeres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans haereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est, quippe ea (3) res in furti vitium non ceciderit, cum utique haeres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committit.

§ 5. Item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.

§ 6. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut a possessore usucapiatur.

(1) VULGO nam qui SCIENS alienam.

(2) C. vendit: tradit.

(3) C. quippe cum ea res.



§ 7. Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius procedit. Ut, si quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur. Qui, quamvis ipse mala fide possidet (quia intellegit, se alienum fundum occupasse), tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri, quia neque furtivum, neque vi possessum accipit (1), abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium, etiam fundi locive furtum fieri, et eorum (2), qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.

§ 8. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest; veluti si in domini potestatem reversa fuerit. Tunc enim, vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

§ 9. Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bona fide emptorem sibi traditam rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

§ 10. Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bona fide emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

A pesar de que consagran las Instituciones diez párrafos á enumerar los objetos no susceptibles de usucapion, ni los comprenden todos, ni los clasifican, dando lugar á que se forme la idea de que todos los expresados se hallan en idéntico caso. Para evitar desde un principio conceptos equivocados, distinguiremos la incapacidad que las cosas tienen de ser usucapidas en tres clases: *absoluta perpétua*, *absoluta temporal* y *respectiva*.

(a) *Absoluta perpétua*. Impide constantemente la usucapion tanto ordinaria como extraordinaria. Sólo de las cosas que tienen semejante incapacidad puede decirse en absoluto que no les es aplicable en manera alguna el modo de adquirir por usucapion. Tales son las *sagradas*, *religiosas*, *santas*, *comunes*, *públicas* y la *libertad del hombre*. Sobre esta última declara Constantino que no se mengua por el simple trascurso del tiempo, aunque éste fuera el de sesenta años; mas de aquí no debemos inferir que por un plazo mayor pudiera reducirse el hombre á la esclavitud, sino que el Emperador mencionó los sesenta años, doble término de la prescripcion extraordinaria, para expresar enérgicamente que la libertad era imprescriptible (3).

(1) C. acceperit.

(2) Vulgo eorum utilitati.

(3) Gayo, II, 48.—D, XLI, 3. 9 y 45, pr.



b) *Absoluta temporal*. Resiste, como la anterior, toda clase de usucapion; pero tan sólo mientras desaparece la circunstancia accidental, que impide usucapir. Hallanse en este caso:

Los objetos adquiridos de personas á quienes está prohibido enajenar, mientras subsista la prohibicion (1),

Los que pertenecen á persona que está bajo tutela ó curaduría y que han sido enajenados sin observar las solemnidades legales, mientras permanezca en la incapacidad (2).

Los correspondientes al peculio adventicio de los descendientes, mientras éstos continúen bajo la patria potestad (3).

Los dotales, mientras subsista el matrimonio (4): pero no si la posesion del tercero comenzó ántes de constituirse la dote (5).

Los sujetos á reserva, mientras viva el cónyuge que los posee (6).

Los legados que el heredero debe entregar, mientras no llega la época de su pago (7).

Las cosas litigiosas, mientras dura el procedimiento (8).

Los materiales empleados en una construccion, mientras ésta permanece en pié (9).

Las cosas que han sido materia de uno de los delitos siguientes, mientras no vuelvan á poder de su dueño (10):

1.º Las muebles hurtadas ó robadas; incapacidad sancionada por la ley de las XII Tablas, y que reprodujo la ley Atinia en 557 (11): entre ellas se cuenta el esclavo fugitivo, que se roba á sí mismo (12). A primera vista parece que este vicio acompaña á todas las cosas muebles, porque habrá hurto siempre que salgan de poder del dueño sin su voluntad: Justiniano, siguiendo á Gayo, pone varios ejemplos en los que se dispone de cosas muebles ajenas sin que medie hurto ni robo (13).

2.º Las inmuebles, ocupadas con violencia, aunque es-

(1) D. XLI, 3, 12.—L. 16, 28.

(2) C. II, 41, 5; VII, 39, 3.

(3) C. VI, 60, 1; id. 61, 4; VII, 40, 1; § 2.

(4) C. V, 12, 30.

(5) D. XXIII, 5, 16.

(6) Nov. XXII, cap. 23 y 24; XCVIII, cap. 1.

(7) C. VI, 33, 3, § 3.

(8) C. VIII, 37, 2 y 4.

(9) D. VI, 1, 23, § 5 y 7.

(10) D. XLI, 1, 48, pr.

(11) GAYO, II, 45 y 49.—D. XLI, 3, 4, § 6 y sig.

(12) D. XLVII, 2, 60.—C. VI, 1, 1.

(13) GAYO, II, 50.—D. XLI, 3, 36.



tuvieran en manos de un poseedor de mala fe (1), según la ley *Plautia* y la *Julia* del tiempo de Augusto (2) En éstas es mucho ménos frecuente que las acompañe el vicio, porque puede llegarse á ocupar un inmueble que se halle enteramente abandonado, y el hurto no tiene lugar en las cosas raíces (3).

3.º Las que han servido para sobornar á un funcionario público; disposicion adoptada por la ley *Julia repetundarum* (4).

Para que se entendiera purgado el vicio, era indispensable que el objeto volviese á poder del verdadero dueño (5), y que éste la recibiera como cosa propia que le habia sido robada (6).

(c) *Respectiva*.

La tienen aquellas cosas que no pueden ser usucapidas á los tres, diez ó veinte años; pero sí mediante una posesion más dilatada.

Se hallan en este caso los bienes del fisco cuando han sido ya denunciados, como dice el § 9; los patrimoniales del príncipe, de los pueblos, iglesias y establecimientos de beneficencia; y en general, según las disposiciones de Justiniano, todos los que adquiere un poseedor de buena fe, aunque tengan vicio, si no media una prohibicion especial: reforma trascendental y beneficosa cuyo objeto es dar estabilidad á la propiedad.

(B) *Titulus*.

Título es el hecho por virtud del cual nos consideramos legalmente autorizados para poseer una cosa en calidad de dueños.

Este hecho procede unas veces *de los particulares*, cuales son los contratos y disposiciones *mortis causa*, en que se nos trasfiere alguna cosa; otras, *de la autoridad judicial*, v. gr., la adjudicacion por resultado de un juicio divisorio; algunas, finalmente, *de nadie*, por la misma naturaleza de la cosa, tal es la adquisicion de los objetos *nullius*.

Para la usucapion ordinaria se necesita que el título sea *justo*, y además, por regla general, *verdadero y válido*. *Justo* no quiere decir que el título ó causa de nuestra adqui-

(1) D. XLI, 3, 4, § 23.

(2) Gayo, II, 45 y 49.

(3) Gayo, II, 51.

(4) D. XLVIII, 11, 8.

(5) D., XLI, 3, 4, § 6 y sig.; 32. pr.; 41 y 42; id. 4, 5 y 7 § 3; XLVII, 2, 84.

(6) D., XLI, 3, 4, § 12; id. id., 41; id. 4, 7, § 7; XLVII, 2, 86.





sicion sea conforme á los preceptos de la moral, sino que tenga en sí mismo la eficacia bastante para adquirir ó trasladar el dominio, *quo dominia quaeri solent* (1); de suerte que produciría inmediatamente este resultado si no lo impidiesen las circunstancias de las personas ó de las cosas cuyo vicio está llamada á borrar la usucapion (pág. 393). *Verdadero*, esto es, que debe existir realmente, sin que baste la creencia equivocada de que tuvo lugar el hecho en virtud del cual nos creemos dueños. *Válido*, porque si la causa de nuestra adquisicion adolece de nulidad, es como si no existiese.

Tales son los principios. Ahora resumamos la doctrina concreta que el Digesto y Código exponen acerca de cada uno de los títulos, y veremos que si en la justicia del título es inflexible, dista mucho de serlo en la verdad y validez del mismo.

1.º *Pro emptore*. Es título bastante para la usucapion (2). No es suficiente cuando sólo tenemos la falsa creencia de que se ha comprado (3), ó se nos entrega un objeto distinto del convenido (4), ó si el objeto no formaba parte de los vendidos (5). Pero basta cuando *nullam causam erroris emptor habeat*; v. gr., si el procurador ó siervo, á quien dió encargo de comprar una cosa, me la entrega persuadiéndome de que la ha comprado (6): ó si compro de un furioso creyéndole cuerdo (7).

2.º *Pro haerede*. El título *pro haerede* no es bastante *per se* para la usucapion ordinaria. Desde luego, la herencia en conjunto no es objeto de la usucapion (8). Si descendemos á los objetos singulares que la constituyen, ó los poseía el difunto á nombre propio, ó á nombre ajeno: en ambas hipótesis continuará el heredero poseyéndolos bajo igual concepto que aquél, porque la posesion del heredero no es sino continuacion de la que tenía el finado, y *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (pág. 268); de manera que en el primer caso seguirá usucapiendo por el mismo título de su antecesor, y en el segundo no podrá usucapir, como no podía su causante.

De aquí resulta que el título *pro haerede* sólo puede alegarse cuando se estima equivocadamente que existe, ya respecto á la persona, ya respecto á la cosa. Por la persona, para

(1) C., VII, 14, 6.

(2) C., VII, 26, 4.

(3) D., XLI, 4, 2, pr.

(4) D., XLI, 4, 2, § 6

(5) D., XLI, 4, 2, § 7.

(6) D., XLI, 4, 11.

(7) D., XLI, 3, 13, § 4; id. 4, 2, § 16.

(8) GAYO, II, 54.



usucapir cosas que formaban parte de una sucesion á la cual se creyó llamado sin serlo; porque en realidad no es verdadero sucesor (1). Por la cosa, cuando el verdadero sucesor se incauta de un objeto que no pertenecía á la herencia, creyéndole parte de ella; porque en la posesion de este objeto no sucede al difunto, quien nunca tuvo intencion de poseerle (2).

Finalmente, ni áun en estos casos procede la usucapion *pro haerede* si vive el dueño de la cosa que se creia pertenecer al difunto (3), ó se ha recibido del verdadero sucesor creyendo que la persona á quien la entregaba era coheredero suyo, no haber sido por via de transaccion (4).

3.º *Pro donato*. La donacion es título para usucapir (5) aunque se disfrace con el nombre de venta (6) ó se haga de una manera revocable (7). Pero no basta creer equivocadamente que ha mediado la donacion, si no ha existido en realidad (8). Necesita además ser donacion que el derecho no considere inválida, como la hecha por el padre al hijo ó por un cónyuge al otro, salvos los casos que la ley permite (9) ó en que con el tiempo adquieren validez (10).

4.º *Pro derelicto*. Siendo la ocupacion un modo de adquirir el dominio, es natural que constituya para usucapir título suficiente cuando aquél que abandona una cosa no era dueño de ella: y basta que la conceptuemos abandonada aunque ignoremos quién la abandonó (11). Pero si en realidad no existiera semejante abandono, ninguna eficacia tendria la ocupacion, como vimos respecto de las cosas arrojadas para salvarse de un naufragio, etc. (12).

5.º *Pro legato*. Solamente puede usucapir en virtud del título *pro legato* aquél en cuyo favor se ha hecho un legado (13). Por lo demás, no importa que viva aún el verdadero dueño de la cosa legada, si el legatario cree que pertenecía al difunto que se la legó (14), ni que el heredero haya prescindido de entregarla si el legatario adquirió su posesion de un modo no vicioso (15).

En general, no basta poseer como legada una cosa que

(1) D., XLI, 3, 33, pr. y § 1.

(2) D., XLI, 5, 3.

(3) D., XLI, 5, 1.

(4) D., XLI, 3, 29.

(5) D., XLI, 6, 1, pr.—C., VII, 27, 1.

(6) D., XLI, 6, 6.

(7) D., XXXIX, 5, 18, § 2.

(8) D., XLI, 6, 1, pr.

(9) D., XLI, 6, 1, § 1 y 2.

(10) D., XLI, 6, 1, § 2; id. id. 4.

(11) D., XLI, 7, 4.

(12) D., XLI, 7, 6.

(13) D., XLI, 8, 1.

(14) D., XLI, 8, 5 y 6.

(15) D., XLI, 8, 8.



realmente no lo ha sido (1) : exceptuase sin embargo : 1.º Si fué legada en testamento, y despues se revocó el legado por codicilos cuya existencia era desconocida. 2.º Si habiendo varias personas de un mismo nombre, recibiese el legado la que el testador no se proponía favorecer (2).

6.º *Pro dote.* Ulpiano llama *titulus usucaptionis justissimus* el hecho de recibir una cosa en dote, que equipara á la compra (3); y lo es en efecto bien se trate de cosas muebles, raíces ó universalidades (4). Supone que exista realmente el matrimonio, sin que baste la opinion equivocada de su existencia; porque sin él, no hay dote (5). Cesa la usucapion por este título en el instante en que concluye el matrimonio (6).

7.º *Pro suo.* A continuacion de los títulos especiales que hemos reseñado, y son los más usados, insertan las Pandectas uno general, que abraza todos los casos.

El título *pro suo* puede alegrarle todo aquél que se reputa dueño de la cosa poseida, ya por uno de los títulos anteriores, venta, donacion, dote, etc. (7), ya por otro de los no expresados que la ley reconozca eficaces para conseguir el dominio, v. gr., la transaccion (8), la adjudicacion en juicio divisorio (9), etc.

Pero, ¿le tendrá igualmente todo el que posee una cosa en la persuasion de ser suya, por más que el título en el cual funda su derecho no haya existido ó sea nulo? Las Instituciones contestan negativamente en el

§ 11. Error autem falsae causae usucapionem non parit. Veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat; vel, cum ei donatum non fuerat (10), quasi ex donatione possideat.

Muchas leyes tambien resuelven que no hay usucapion donde no precede un verdadero título (11). A pesar de todo, ya hemos visto al reseñar los diversos títulos que en varios casos se dispensaba su validez y falta de existencia; y generalizan-

- (1) D., XLI, 8, 2 y 3.
- (2) D., XLI, 8, 4 y 9.
- (3) D., XLI, 9, 1, pr.
- (4) D., XLI, 9, 1; § 1; id. id., 3.—C., VII, 28, un.
- (5) D., XLI, 9, 1, § 4.
- (6) D., XLI, 9, 1, § 3.
- (7) D., XII, 10, 1 y 2.
- (8) C., VII, 26, 8.
- (9) D., XLI, 3, 17.
- (10) C. fuerit.
- (11) D., XLI, 3, 27.—C. VII, 29, 4, etc.



do ahora la doctrina, entendemos que el criterio romano sobre este punto se halla bien expresado en el siguiente pasaje de Neracio : *Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa, interim propter ea, quae nostra existimaret, possideremus constituta est, ut litium finis esset. Sed id, quod quis cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiam si falsa fuerit ejus existimatio: quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet: veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut ejus, cujus in locum haereditario jure successi, emisse id falso existimem: QUIA IN ALIENI FACTI IGNORANTIA TOLERABILIS ERROR EST (1).*

Infiérese de todo : 1.º Que, en principio, no basta para usucapir que el poseedor esté persuadido de que la cosa es *suya* : se necesita que esa persuasion se apoye en la existencia real de un título determinado que la preceda y en el cual se funde ; pues de lo contrario habría justo título siempre que mediara buena fe, y no serian dos condiciones distintas, sino una sola y misma condicion. 2.º Que á pesar de ser esta la regla general, puede usucapir todo el que adquiere la posesion fundada en un título cuya inexistencia ó falta de validez ignora por un error de hecho ajeno dispensable.

(C) *Fides.*

En todos los casos de usucapion hay un defecto que aquélla subsana ; pues, si ningun vicio existiese, nos haríamos verdaderos dueños en el momento de comenzar á poseer.

Ahora bien, es la buena fe la conviccion que abriga el poseedor de ser dueño de la cosa, porque ignora que su adquisicion tenga ninguno de aquellos vicios (2).

Segun esto. constituyen la buena fe un elemento positivo y otro negativo :

Es el primero la persuasion de ser dueño, que falta cuando el poseedor no está seguro de su derecho, v. gr., si juzga que no le es lícito usucapir el objeto segun las leyes (3), ó si adquirió bajo condicion y esta no se ha cumplido todavía (4). Por este mismo principio, cuando se adquiere un objeto sabiendo que parte de él no correspondía al trasmittente, sólo se prescribe la parte respecto á la cual media buena fe, si esta porcion es conocida ; y nada, si no se conoce ; v. gr., se

(1) D., XLI, 10, 5.

(2) GAYO, II, 43. — D., XLI, 3, 48; id. 7, 4; id. 8, 4; L, 16, 109, etc.

(3) D., XLI, 3, 32, § 1.

(4) D., XLI, 4, 2, § 2.



compra un fundo sabiendo que no todo él pertenece al vendedor, ó cierto número de esclavos constándonos que no todos ellos son de quien nos los vende : si conocemos la parte determinada del fundo que suponemos pertenecer al vendedor, ó individualmente los esclavos que reputamos suyos, podemos usucupir aquélla parte del campo y este número de esclavos: pero si lo ignoramos, nada usucapimos, porque no tenemos convicción de poseer como nuestro ningún objeto concreto (1).

El negativo consiste en la ignorancia del vicio que afecta á la adquisicion; pero debe tenerse presente: 1.º Que ha de versar sobre el hecho, nó sobre el derecho: *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat* (2). 2.º Que aun para excusar la de hecho, ha debido prestarse una diligencia ordinaria: *sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, dice Paulo, si non ei summa negligentia objiciatur; ¿quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit: scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum ejus, qui eam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit* (3). Ulpiano se expresa en el mismo sentido: *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis; nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur* (4).

La buena fe debe residir en el que adquiere aunque lo verifique por medio de un tercero; pues hasta que el principal tiene conocimiento de la posesion tomada en su nombre, no comienza la usucapion (pág. 270). Sólo se necesita en el representante cuando adquiere sin conocimiento del principal administrando un peculio, *ex peculiari causa*, porque entonces comienza desde luego la usucapion (5); mas nó será suficiente la buena fe de éste si el principal la tenía mala en el momento en que la adquisicion se verificó (6).

El requisito de la buena fe basta que exista en el instante de comenzar á poseer, porque se trata de una sola adquisicion (7); salvo las adquisiciones por compra-venta que exi-

(1) D., XLI, 2, 3, § 2 y 3; id. id., 26 y 34; id., 4, 4 y 6, § 1.

(2) D., XXII, 6, 4; XLI, 3, 34 pr.

(3) D., XXII, 6, 9, § 2.

(4) D., XXII, 6, 6.

(5) D., XLI, 3, 8 y 47.

(6) D., XLI, 4, 2, § 13.

(7) D., XLI, 1, 48, § 1; id. 3, 4, § 18; 15, § 3; 43, pr.; y 44, § 2.—C. VII, 31, un.



gen buena fe tanto al perfeccionarse el contrato como al verificarse la entrega de la cosa (1); porque se comprende que con buena fe aceptemos la promesa de entregarnos una cosa que, no siendo del promitente, se la proporcione para dárnosla, pero no se concibe buena fe en comprar un objeto que sabemos no pertenece al vendedor (2).

Por último, así como la existencia del justo título debe acreditarse por el que invoca la usucapion á su favor, la buena fe se presume, una vez justificado el título, mientras el contrario no pruebe que se poseyó de mala fe (3).

(D) *Possessio*.

Las doctrinas que acabamos de examinar y las que expusimos al tratar de la posesion (págs. 262 y 267) nos ahorran descender á los pormenores de este requisito. Sabemos ya que la posesion requerida para usucapir ha de ser jurídica y de buena fe, poseer en virtud de un título traslativo de dominio y convencidos de que somos propietarios (4). Añadiremos solamente que este requisito es la base principal de la usucapion, pues sin él no se concibe posible: *sine possessione usucapio contingere non potest* (5). Así decide Marciano que no empiezan á usucapir el descendiente ó esclavo que adquiriesen un objeto *non ex causa peculii*, mientras el padre ó el señor está cautivo; *cum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret* (6).

(E) *Tempus*.

Recordemos que para la usucapion ordinaria es necesario poseer durante tres años las cosas muebles y semovientes, diez entre presentes y veinte entre ausentes las inmuebles (7).

La computacion del tiempo se hace *civiliter*, es decir, no se cuenta de momento á momento, sino que se entiende completo el último dia, aunque de él no se haya poseido más que un solo instante (8).

Entiéndese *presentes* cuando el que posee la cosa y el dueño de esta residen en la misma provincia; *ausentes*, si en distintas provincias (9). Si parte del tiempo hubieran estado

(1) D., VI, 2, 7, § 16 y 17; XLI, 3, 48; id. 4, 2, pr.

(2) D., XLI, 3, 15, § 3.

(3) D., VI, 2, 13, § 2.—C., VIII, 45, 30.

(4) D., XLI, 3, 13, pr.—C., VII, 30, 1; id. 34, 5.

(5) D., XLI, 3, 25.

(6) D., XLI, 3, 44, § 7.

(7) C., VII, 34, un.

(8) D., XII, 3, 6 y 7; XLIV, 3, 15, pr.

(9) C., VII, 33, 12.



presentes y parte ausentes, cada dos años de ausencia equivale á uno de presencia (1).

Durante el citado período debe no haberse interrumpido la posesion (2), porque, si se interrumpe, ya no aprovecha la posesion anterior; y en caso de volver á poseer, necesita tener buena fe y completar de nuevo el plazo legal (3).

La interrupcion puede ser *natural* y *civil*.

La primera ocurre siempre que se pierde la posesion en los diferentes casos que ya conocemos (pág. 272) (4).

La civil tiene lugar cuando se reclama en juicio la cosa al poseedor y éste es condenado. Segun hemos dicho (pág. 397), esto sucedía antiguamente en virtud de la *litis contestatio* respecto á la *praescriptio* (5); pues la *usucapio* continuaba durante el pleito (6), haciéndose por tanto necesaria una caucion para el caso de que el demandado dispusiera del objeto ántes de la sentencia (7). Refundidas por Justiniano ambas instituciones en una sola con los efectos que producía la *usucapio* antigua, es más exacto decir que la posesion no se interrumpe verdaderamente por la *litis contestatio*, sino por la sentencia condenatoria, cuyos efectos se retrotraen al tiempo de la *litis contestatio*; porque hasta el fallo no se sabe si el demandante tiene ó nó derecho. Para evitar todo abuso, se prohibió, como sabemos (pág. 400), la enajenacion de los objetos litigiosos: y como pudiera suceder que obstáculos invencibles no permitieran al dueño ó acreedor entablar su reclamacion judicial, Justiniano les autorizó para protestar por escrito ante el presidente de la provincia; en su defecto, ante el Obispo ó defensor de la ciudad; á falta de ambos, ante un tabulario; y si ni áun éste hubiere, ante tres testigos que suscribieran la protesta (8).

Media la diferencia entre la interrupcion natural y civil de que la natural produce sus efectos no sólo con relacion al que ha interrumpido, sino para con todos, y la civil, únicamente respecto al que ha demandado ó protestado cuando vence en juicio.

Por lo demás, aunque la posesion sea un hecho personal,

(1) Nov. CXIX, cap. 8.

(2) D., XLI, 3, 2, 3, y 31, § 1.—C. VII, 33, 2; XI, 61, 14.

(3) D., XLI, 3, 15, § 2; id., 4, 7, § 4.

(4) D., XLI, 2, 39; id., 3, 5 y 21; id., 6, 5; id., 7, 29; XLIX, 15, 12, § 2.

(5) C., III, 18, 2; id. 32, 26; VII, 33, 2 y 10.

(6) D., VI, 1, 17, § 1; id., id., 21; XLI, 4, 2, § 21; id., 6, 2.

(7) D., VI, 1, 18.

(8) C., VII, 40, 2.



no se requiere precisamente que la ejerza un mismo individuo por todo el plazo legal, ántes bien muchas veces se aprovecha el sucesor de la posesion de su causante : esto se denomina *accessio possessionis*, materia que, segun los romanos, debia regularse por los principios de equidad: *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate* (1). Veamos lo que sobre este punto dicen las Instituciones :

§ 12. Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et haeredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum; quod si ille initium justum non habuit, haeredi et bonorum possessori, licet ignorantibus, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continentur.

§ 13. Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora, divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Para entender y completar el texto, necesitamos distinguir primeramente sucesores universales y singulares: y despues, las varias hipótesis que pueden presentarse dentro de cada clase.

(a) *Sucesores universales.* El sucesor universal se subroga en la personalidad jurídica del finado. Cuando sucede, no establece una nueva posesion; continúa únicamente la que tuviera su antecesor, de tal suerte que el tiempo intermedio anterior ó posterior á la aceptacion de la herencia le sirve para la usucapion (2), con tal que ningun extraño haya poseido (3). Así puede ocurrir que la usucapion empezada por el difunto se complete á favor del heredero ántes que ada la herencia (4) ó tome posesion de ella (5).

Otro tanto sucede respecto á la buena fe y justo título. Si el difunto reunía estas condiciones, nada importa que el heredero tenga mala fe (6): si, por el contrario, tenía el difunto mala fe ó carecía de justo título, no puede usucapir el heredero por el tiempo ordinario aunque tenga buena fe (7). Alguna vez, sin embargo, puede usucapir el heredero lo que no pudo su causante, pero es porque el obstáculo

(1) D., XLIV, 3, 14, pr.

(2) D., XLI, 3, 31, § 5; id. id., 44, § 3; id. 4, 7, § 1.

(3) D., XLI, 3, 20.

(4) D., IV, 6, 30; XLI, 3, 40.

(5) D., XLI, 4, 2, § 13; 6, § 2; 7, pr.

(6) D., XLI, 3, 43, pr.; id. 4, 2, § 19.—C. VII, 34, un.

(7) D., XLIV, 3, 11.—C., VII, 30, 3.



que impedía la usucapion no procedía *ex persona*, sino *ex re*; v. gr., si la cosa era viciosa y despues fué purgado este vicio (1).

(b) *Sucesores singulares*. Al sucesor por título singular no se trasfiere la personalidad jurídica de su causante; y á pesar de ello vinieron observándose por equidad, hasta los últimos tiempos de Justiniano, las reglas siguientes:

Si el sucesor y antecesor tenían condiciones para usucapir, se unía la posesion de entrambos (2).

Si el sucesor tenía mala fe, no podía usucapir, aunque el antecesor la tuviera buena (3).

Si el sucesor tenía buena fe y el antecesor mala, comenzaba para él primero la usucapion ordinaria desde que empezaba á poseer (4).

Justiniano cambió esta última regla. Despues de haberla sancionado expresamente en el § 7.º de este título, dispuso por una de las Novelas que sólo bastase la usucapion ordinaria cuando el dueño de la cosa enajenada por un poseedor de mala fe conociera su derecho y no reclamase contra el adquirente; porque en otro caso necesitaria éste treinta años de posesion, á pesar de su buena fe (5).

Por último, siempre que aprovecha para el sucesor la posesion de su antecesor, puede unir no sólo el tiempo del que le precedió inmediatamente, sino el de los anteriores, con tal que no se haya mezclado en la posesion un extraño (6). Comúltase tambien el tiempo que poseyó la persona á quien se trasfiere el objeto cuando ésta le devuelve al trasmitente en virtud de cláusula rescisoria (7).

4.º USUCAPIONES Ó PRESCRIPCIONES EXTRAORDINARIAS: EN QUÉ CASOS SE NECESITAN.

La ley había marcado las condiciones que el poseedor debía reunir para verificar la usucapion, y declarado exentas de este modo de adquirir ciertas cosas, ya por el vicio que las acompañaba, ya por la respetabilidad de los fines á que estaban destinadas; pero la necesidad indeclinable de poner término á las reclamaciones sobre propiedad, hizo admitir la usucapion aún en los casos en que por regla general parecía

(1) D., XLI, 3, 24, § 1

(2) D., XLI, 4, 2, § 20; XLIV, 3, 6, pr.—C., VII, 31, un.

(3) D., XLI, 4, 2, § 17.

(4) D., XLIV, 3, 5, pr.—C. III, 32, 4.

(5) Nov. CXIX, cap. 7.º

(6) D., XLI, 4, 6, § 2; XLIV, 3, 15, § 1.

(7) D., XLI, 3, 19; XLIV, 3, 6, § 1.



improcedente, y todo lo que pudo hacerse fué exigir un plazo más largo de posesion. Llégase, pues, á conseguir el dominio mediante la posesion continua de

*Treinta años.*

1.º Sobre todas las cosas muebles é inmuebles, aunque sean viciosas y no exista titulo, siempre que se posean con buena fe. Las adquisiciones con mala fe nunca confieren propiedad: una posesion de este género, continuada por treinta años, da solamente derecho para excluir la reclamacion que se intente contra el poseedor; pero como éste carece de dominio, nada puede reclamar si deja de poseer, á no ser que se le haya despojado violentamente (1).

2.º Sobre lo adquirido, aunque sea de buena fe, de quien la tenia mala, cuando el dueño del objeto ignora su derecho ó la enajenacion (2). Reforma de Justiniano que destruye un principio tan justo como tradicional, y acaba de complicar la doctrina de usucapion (3).

*Cuarenta años.*

1.º Con titulo ó sin él, sobre los bienes del fisco, Emperador, pueblos, iglesias y establecimientos de beneficencia (4).

2.º Sobre las cosas reclamadas en juicio, cuando éste queda en suspenso, contándose el plazo desde la última diligencia (5).

Nada, por fin, necesitamos añadir á lo que ya sabemos (pág. 320) sobre la declaracion excepcional contenida en el último párrafo del titulo. Dice así:

§ 14. Edicto divini Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. Constitutio autem divae memoriae Zenonis bene prospexit his, qui à fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipse quidem securi statim fiant, et victores existant, sive conveniantur, sive experiantur; adversus sacratissimum autem aerarium

(1) C. VII, 39, 8, § 1 y 2.

(2) Nov. CXIX, cap. 7.º

(3) La legislacion romana referente á este modo de adquirir es inadmisibile. Sin analizarla en detalles, ¿ puede haber comercio donde no se tenga seguro el dominio sobre una cosa mueble hasta que pasen treinta años de posesion? ¿ Es racional tomar en cuenta las condiciones sugetivas del dueño de la cosa, como lo hace aqui Justiniano? Por eso los códigos modernos prescindien totalmente del sistema romano con relacion á las cosas muebles, y le subordinan á la inscripcion de los titulos en el Registro público cuando se trata de cosas inmuebles.

(4) C., XI, 61, 14. — Nov. CXI y CXXXI, cap. 6.

(5) C., VII, 39, 9; id. 40, 1. § 1.



usque ad quadriennium liceat intendere his, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de his, qui à nostra vel venerabilis augustae domo aliquid acceperint, haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefatae Zenoniana constitutionis (1) continentur.

## TÍTULO VII.

### De las donaciones.

- I. DOCTRINAS GENERALES.—**1.º** Definición de la donación.—**2.º** Su naturaleza.—**3.º** Formalidades con que debió hacerse en las diversas épocas.—**4.º** Clasificación de las donaciones
- II. DONACIONES MORTIS CAUSA.—**1.º** Su carácter distintivo.—**2.º** Personas que pueden donar de esta manera : á favor de quiénes : qué cosas.—**3.º** De qué diferentes modos pueden hacerse : cuáles son sus efectos : cuándo se revocan.—**4.º** Sus semejanzas y diferencias con los legados.—**5.º** Qué se entiende por mortis causa capio.
- III. DONACIONES ORDINARIAS INTER VIVOS.—**1.º** Personas que pueden donar de esta manera : á favor de quiénes : qué cosas.—**2.º** Cuáles son sus efectos : en qué casos pueden revocarse.—**3.º** Reglas especiales de las donaciones de todos los bienes, remuneratorias y modales.
- IV. DONACIONES INTER VIVOS CON OCASION DEL MATRIMONIO.—**1.º** Dotes : su definición, origen y clases : quiénes, sobre qué cosas y en qué forma las constituyen : cuáles son sus efectos.—**2.º** Sponsalitiaie largitates : su definición, naturaleza y efectos.—**3.º** Donaciones propter nuptias : su definición : su naturaleza y fin antes y despues de Justiniano : derechos de ambos cónyuges, ya durante el matrimonio, ya disuelto éste, sobre las cosas objeto de la donación.

## I.

### DOCTRINAS GENERALES.

#### **1.º** DEFINICION DE LA DONACION.

Aunque ni las Instituciones ni el Digesto definen la donación, suministran esparcidos los caracteres en que se dis-

(1) C. Praefata Zen. constitutione.



tingue de cualquier otro acto jurídico ; y agrupándolos , podemos definirla : El acto de trasferir ó de convenirse en trasferir espontánea , gratuita y definitivamente cosas ó derechos á una persona que acepta por su parte.

*El acto de trasferir ó de convenirse en trasferir.* Con esto damos á entender : 1.º Que hay donacion no sólo cuando de hecho se trasmite el objeto donado , sino tambien cuando se obliga de presente á trasmitirlo , como veremos despues. 2.º Que siendo la donacion un titulo traslativo de dominio , segun hemos visto al tratar de la usucapion , no se concibe sin un acto positivo de parte del donante por el cual se desposea de un derecho en beneficio del donatario. Así , no es donacion el acto meramente negativo de no utilizar la oportunidad de adquirir , aunque de ello resulte ventaja para otra persona : *Qui occasione acquirendi non utitur , non intelligitur alienare : veluti qui haereditatem omittit* (1).

*Esponáneamente.* Porque tampoco hay donacion cuando el donante obra impulsado por motivos que no sean de pura liberalidad , *donandi animo* , con el único propósito de enriquecer al donatario. *Donari videtur* , dice Papiniano , *quod nullo jure cogente conceditur* (2). Por esto , no sólo deja de existir donacion cuando entregamos cierta cosa que debemos legalmente , sino cuando lo verificamos para llenar una obligacion de conciencia : v. gr. , si el manumitido devuelve lo que se le prestó cuando era esclavo , *non erit donatio , sed debiti solutio* (3) ; si entregamos la herencia que tenemos obligacion de restituir , pero sin quedarnos con la parte para cuya detraction estábamos autorizados , *quod plerique magis fidem exsolvent in hunc casum , quam donant* (4).

*Gratuita y definitivamente.* Estas palabras indican la semejanza y diferencia entre la donacion y los demas actos tambien gratuitos ó de beneficencia , cuales son el mutuo , comodato , depósito , mandato , etc. , pero que se limitan á prestar ciertos servicios sin remuneracion , ó á entregar cosas que han de ser devueltas , como veremos en sus respectivos tratados (5).

*Cosas ó derechos.* Ya debíamos suponer que podrian ser materia de donacion tanto las cosas corporales como las in-

(1) D., L., 16, 28, pr.

(2) D., XXXIX, 5, 29, pr.

(3) D., XXXIX, 5, 19, § 4.

(4) D., XXIV, 1, 5, § 15.

(5) *Donatio dicta est a dono , quasi dono datum.* D., XXXIX, 6, 35, § 1.



corporales; encontramos, sin embargo, en el Digesto un fragmento de Pomponio que lo declara expresamente para evitar toda duda: *potest enim et citra corporis donationem valere donatio*; y pone por ejemplo la concesion de habitar gratuitamente una casa y el pactar con el deudor que no se le reclamará el pago sino despues de cierto plazo (1).

A una persona que acepta por su parte. Aunque sea ventajosa una donacion, la ley debe no presuponer el consentimiento del donatario, que pudiera tener motivos respetables para rehusar el acto de aparente generosidad. Paulo dice en general: *Invito beneficium non datur* (2). Ulpiano, contrayéndose á las donaciones: *Non potest liberalitas nolenti acquiri* (3). Javoleno, en fin: *In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio... nisi animus utriusque consensit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest* (4).

## 2.º NATURALEZA DE LA DONACION.

§ inicial. Est etiam (5) aliud genus acquisitionis, donatio.

Con mucha justicia se censura á Justiniano por haber colocado en este lugar la doctrina referente á donaciones. Dijo al fin del titulo 5.º que, dejando para más adelante el tratado de obligaciones, expondria en los siguientes los modos singulares civiles de adquirir el dominio: comenzó en efecto por la usucapion; y á seguida nos presenta la donacion como otro modo de adquirir, *aliud genus acquisitionis*. Pero la donacion, ni es un modo de adquirir, ni aplicable sólo á la propiedad, ni creacion del derecho civil.

No es *modo*, sino solamente *causa justa* de adquirir, como Justiniano mismo ha consignado en el § 41 del titulo primero y en el inicial del sexto. Cierta es que cuando se entrega en el acto la cosa donada, concurren al propio tiempo la causa y el modo de adquirir: pero no por eso dejan de ser cosas distintas, aparte de que otro tanto puede suceder en la compra-venta á cuyo contrato se equipara justament: la donacion en el § 2.º de este titulo. Quizá se calificára la donacion de modo de adquirir, porque hubo época en que se exigió para su autenticidad la entrega de lo donado; pero, como el Em-

(1) D., XXXIX, 5, 9, pr.

(2) D., L, 17, 69.

(3) D., XXXIX, 5, 19, § 2.

(4) D., XLIV, 7, 55.

(5) C. Est et aliud.



perador dirá en seguida que este requisito lo ha declarado innecesario, no se justifica la locucion de las Instituciones.

Tampoco se refiere la donacion exclusivamente á la propiedad ; pues hemos visto que puede ser materia de ella todo género de ventajas capaces de aumentar la fortuna del donatario.

Es, por último, de extrañar que se haga figurar á la donacion entre las maneras civiles de adquirir, cuando Justiniano acaba de decir : *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi* (1). Hasta el tiempo de Justiniano la donacion se hallaba sujeta á determinadas solemnidades, y pudo hasta cierto punto decirse que en sus formas era institucion del derecho civil; pero áun este carácter perdió tan luego como Justiniano la libertó de toda ritualidad y la declaró perfecta con solo el consentimiento de las partes manifestado de cualquier modo.

La donacion es, segun esto, un convenio que se perfecciona por el mero consentimiento de los interesados ; y debió colocarse entre los contratos, bien que sólo alcanzára el nombre de *pacto* por las razones que veremos al tratar de esta materia.

**3.º FORMALIDADES CON QUE DEBIÓ HACERSE EN LAS DIVERSAS ÉPOCAS.**

Hasta el año 550 de Roma, las donaciones estuvieron sometidas á las leyes generales que regulaban la forma de los demas actos juridicos. Cuando el donante se proponía trasferir en el acto (*dando*), usaba la *mancipatio*, la *in jure cessio* ó la *traditio*, si tenía por objeto el dominio ó derechos reales ; la cesion ó novacion, si créditos. Cuando su objeto era renunciar un derecho que se tuviera contra el donatario (*liberando*), se verificaba mediante un convenio ó una *acceptilatio* que era el modo civil de extinguir las obligaciones. Por último, cuando sólo se comprometia de presente á donar (*promittendo*), intervenía la *stipulatio*, forma legal de establecer una obligacion (2).

Relajadas las costumbres, se hizo necesaria la intervencion del Estado en esta como en tantas otras materias, y apareció el plebiscito denominado ley *Cincia de donis et muneribus*. No conocemos el texto ni ha podido todavía precisarse

(1) *Inst.* II, 1, § 40.

(2) *Vatic. fragm.*, 263.—D., XXXIX, 5, 9, pr.; id. id., 17.—G. VIII, 44, 2; id. 54, 2.



con exactitud el alcance de esta ley; pero de las indicaciones y referencias que han llegado á nosotros se desprende lo siguiente: 1.º Tuvo por objeto restringir el abuso de las donaciones, principalmente en favor de los funcionarios públicos y oradores. 2.º Señaló un máximo del cual únicamente podía exceder la donacion cuando mediaba entre individuos unidos por los vínculos de la sangre ó del deber, como los próximos parientes, libertos para con sus patronos, etc., ó tenía un fin legal reconocido, v. gr., la constitucion de dotes (1).

Cayeron más tarde en desuso las formalidades de la *mancipatio è in jure cessio*, sobre las cuales se basaban las disposiciones de la ley *Cincia*; y naturalmente vino á ser ésta impracticable sin derogacion expresa. Hubo, pues, de volverse otra vez para donar á las formas generales de trasferir los derechos, ó sea, el convenio con la tradicion subsiguiente ó la estipulacion; pero ya Antonino Pio declaró válidas las donaciones entre ascendientes y descendientes, cualquiera que fuese la manera en que se hiciesen: *licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit* (2).

En tanto, y sin duda para obviar toda cuestion en materia de donaciones, fué generalizándose la práctica de verificarlas por escrito y consignarlas en los registros públicos (3); uso que elevó á ley Constancio Cloro, segun nos dice su hijo Constantino: *Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si in actis inserta non esset* (4). Además de esta formalidad, prescribió Constantino, para que la donacion fuese auténtica, que el escrito y la entrega de la cosa donada se verificase ante testigos, sin cuya formalidad *temerè non erit fides accipienda* (5); pero estas solemnidades fueron desapareciendo gradualmente. Con efecto, Teodosio dispensó de la necesidad de la escritura (6), y decidió que la donacion *ante nuptias* valdría sin necesidad de inscribirla en los registros públicos cuando no excediese su valor de 200 sólidos (7). Zenon declaró innecesaria la asistencia de los testigos (8). Finalmen-

(1) *Vatic. fragm.* 266 á 316.

(2) *Cod. de Teod.*, VIII, 12, 4.

(3) *Vatic. fragm.*, 266, 285 y 297.

(4) *Cod. de Teod.*, III, 5, 1.

(5) *Vatic. fragm.*, 249.

(6) C. VIII, 54, 29.

(7) *Cod. de Teod.*, III, 5, 8.

(8) C. VIII, 54, 31.



te, Justiniano resuelve : 1.º Que la donacion será válida de cualquiera manera que conste la voluntad de los interesados, aunque no se entregue el objeto, como sucede en la compraventa, á la cual la equipara bajo este concepto. 2.º Que únicamente necesitará registrarse ó insinuarse cuando su valor exceda de 500 sólidos (1).

#### 4.º CLASIFICACION DE LAS DONACIONES.

§ inicial (continuacion.) Donationum autem duo genera sunt: mortis causa, et non mortis causa.

En dos clases divide el texto las donaciones : *mortis causa* y *non mortis causa*, que denominaremos *inter vivos*; pero como las últimas ofrecen mucho de singular cuando se verifican con ocasion de un matrimonio, harémos de ellas una clase especial. Tratarémos pues : 1.º De las donaciones *mortis causa* : 2.º De las donaciones ordinarias *inter vivos* : 3.º De las donaciones *inter vivos* con ocasion del matrimonio.

Hubiéramos deseado que Justiniano, siguiendo el órden del Digesto, empezase con la doctrina referente á las donaciones *inter vivos*, que son las normales : le seguiremos, no obstante, para no alterar el órden sino en aquellos puntos que no pueden exponerse claramente de otra manera.

## II.

### DONACIONES MORTIS CAUSA.

#### 1.º SU CARÁCTER DISTINTIVO.

§ 1. Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspensionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit (2); sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam, cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oportet, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; à nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Et in summa mortis donatio est, cum magis se quis velit habere,

(1) C. VIII, 54, 35, § 5; id. id. 36, § 3; id. id., 37.—Inst., § 2 de este título.—Anteriormente había fijado el mismo Emperador la cantidad de 300 sólidos. C. VIII, 54, 34.

(2) C. accipit.



quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam haeredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo:

Πείραι (οὐ γὰρ τ' ἴδμεν, ὅπως ἔσται τάδε ἔργα);  
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι  
Ἀάθρη κτεινάντες, πατρώϊα πάντα δάσωνται,  
Αὐτόν ἔγοντά σε βούλομαι ἔπαυρέμεν, ἢ τινα τῶνδ'·  
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τοῦτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,  
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δῶματα χαίρον·

Comienza el texto por manifestarnos que donacion *mortis causa* es aquella que se hace por recelo ó temor de la muerte, *propter mortis suspicionem*: juzgando sin duda poco determinada la institucion, añade otro carácter para distinguirla, á saber, los casos en que el donante quiere que se revoque: y no satisfecho todavía con esta nueva explicacion, concluye diciendo en resúmen que es aquella en la cual el donante prefiere su interes al del donatario, y el de éste al del heredero.

Expondrémos breve y sencillamente nuestra opinion. No creemos que en una obra de texto, como lo son las Instituciones, sea lícito definir en términos semejantes; pero se explica que así lo hicieran sus redactores, porque la celeridad con que llevaron á cabo el trabajo no les permitió expresar clara y distintamente las diversas ideas que entrañaban los fragmentos del Digesto, confusion que ha venido á perpetuarse. En nuestro sentir, debe distinguirse ante todo las donaciones á que los romanos llamaban en general *mortis causa*, de aquellas que producian efectos distintos de las *inter vivos*.

Si nos atenemos al nombre, parece indudable que apellidaron *mortis causa* todas las donaciones que el hombre hacia tomando en consideracion su muerte. Así nos dice Ulpiano, copiando á Juliano: Hay tres especies de donacion *mortis causa*: una, cuando se dona por el simple pensamiento de la muerte, sin que el donante se encuentre amenazado de un peligro presente; otra, cuando preocupado de riesgo inminente, se dona de tal manera que en el momento se haga lo donado del que lo recibe: la tercera, cuando impulsado del peligro de muerte, se dona, no para que se haga en seguida del donatario, sino cuando muera el donante (1). Gayo y Paulo llaman igualmente donaciones *mortis causa* tanto las que el

(1) D., XXXIX, 6. 2.



hombre hace en completa salud, libre de todo riesgo y sólo ante la consideracion de que es mortal, como las que verifica por miedo de sucumbir en un peligro actual ó futuro (1). Al nombre, pues, y sólo al nombre debemos referir las primeras palabras del texto, *propter mortis suspicionem*.

Mas si, prescindiendo del nombre, nos fijamos en los resultados, ya verémos en el mismo Digesto que de entre las donaciones llamadas *mortis causa*, unas producian iguales efectos que las *inter vivos*, y otras muy diferentes. Hablando Papiniano de la donacion que un padre moribundo hizo *sin condicion alguna* en favor de un hijo emancipado, decide que no le son aplicables las reglas de las donaciones *mortis causa*; *eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare* (2). Con mayor expresion todavia consigna la propia doctrina Marciano: *Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur; causa donandi magis est, quam mortis causa donatio. Et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet; et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione* (3). A esta distincion se refieren las demas palabras del texto.

De estos fragmentos aparece: 1.º Que recibieron la denominacion general de *mortis causa* todas las donaciones en que la causa de donar era la muerte, ó sea, en que el donante se decidia á ser generoso por la consideracion de que podia morir. 2.º Que cuando estas donaciones se hacian puramente, de manera que la muerte figuraba sólo como causa, producian los mismos efectos que las *inter vivos*; mas cuando la muerte se ponía como condicion de cuyo éxito pendiese el resultado de la liberalidad, la donacion se hallaba sometida á leyes muy diferentes de las que reglaban la *inter vivos*. Ahora bien, siendo estas últimas las que al presente deben ocuparnos, dirémos, que la donacion *mortis causa*, contrapuesta á la *inter vivos*, es *aquella cuyo éxito se subordina á la muerte del donante* (4). Decimos *cuyo éxito se subordina á la muerte*, porque el principio ó el término de estas liberalidades se halla pendiente del acontecimiento de la muerte que puede figurar como condicion suspensiva ó resolutoria, segun verémos despues. Necesita referirse á la muer-

(1) D., XXXIX, 6, 31, § 2; id. id., 35, § 4.

(2) D., XXXIX, 6, 42, § 1.

(3) D., XXXIX, 6, 27.

(4) PAULO, III, 7, 2.—D., XII, 1, 19, pr.



te *del donante*, porque si la donacion se halla sometida á la muerte de cualquiera otra persona que no sea el donante, se regirá por las leyes generales de donaciones *inter vivos* condicionales, nó por las excepcionales dictadas para las *mortis causa* (1). Esta diferencia se comprende fácilmente: cuando el hombre subordina el resultado de la donacion á su propia muerte, no renuncia definitivamente al objeto donado; antepone, como dice el párrafo, su persona á la del donatario: viceversa, cuando la hace depender de la muerte de un tercero, confiere desde luego al donatario un verdadero derecho, si bien condicional, como sucedería con cualquier otro acontecimiento futuro é incierto que agregase á la donacion.

2.º PERSONAS QUE PUEDEN DONAR DE ESTA MANERA: Á FAVOR DE QUIÉNES: QUÉ COSAS.

Consistiendo la donacion *mortis causa* en una liberalidad cuya existencia queda sometida al fallecimiento del donante, pueden hacerla desde luego todos aquéllos á quienes se ha concedido disponer de sus bienes por última voluntad, aptitud que se obtiene mucho ántes que para disponer *inter vivos*, como veremos en el título XII inmediato. Tienen además facultad para donar *mortis causa* ciertas personas que no pueden morir con testamento, cuales son los hijos de familia, siempre que los autorice el jefe doméstico (2); y sin esta autorizacion, los objetos que constituyen su peculio castrense (3). El donante necesita conservar su capacidad en el momento de morir (4).

Puede hacerse la donacion *mortis causa* en favor de aquellas personas que tienen capacidad para recibir legados, la cual se halla sujeta á disposiciones especiales, segun diremos oportunamente (5). La capacidad del donatario debe apreciarse cuando muere el donante, nó al tiempo de hacerse la donacion (6).

Objeto de esta donacion pueden serlo, ya bienes determinados, ya todos los del donante; pero nunca constituirá una sucesion universal (7).

(1) D., XXXIX, 6, 11; 18. pr.; 31, § 2.—C., VIII, 57, 3.

(2) D., XXXIX, 5, 7, § 4; id. 6, 25.

(3) D., XXXIX, 6, 15.

(4) D., XXXIX, 6, 7.

(5) D., XXXIX, 6, 9 y 35, pr.

(6) D., XXXIX, 6, 22.

(7) D., XXXIX, 6, 42, pr.



3.º DE QUÉ DIFERENTES MODOS PUEDEN HACERSE : CUÁLES SON SUS EFECTOS : CUÁNDO SE REVOCAN.

Respectó á solemnidades, pueden verificarse bien con sujecion á las formas comunes de toda donacion, bien á presencia de cinco testigos, en cuyo caso no necesitan de insinuacion (1).

Por lo que hace á la manera de realizarlas, puede el donante, ya entregar desde luego los objetos al donatario á reserva de que se le devuelvan si sale del peligro que le amenaza, ya limitarse á consignar simplemente su resolucion de donar para despues de sus dias. En la primera hipótesis figura la muerte como condicion resolutoria, y el efecto será que el donatario adquiera en el acto un derecho revocable sobre las cosas donadas y entregadas; derecho que se convertirá en irrevocable cuando fallezca el donante, si no ha ocurrido alguna de las causas por las cuales se revocan estas donaciones. En la segunda, figura la muerte como condicion suspensiva; y el donatario ningun derecho adquiere sobre el objeto donado hasta que muera su favorecedor (2).

De lo expuesto resulta que nunca llega á ser perfecta la donacion *mortis causa* miéntras vive el donante. *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur* (3); *morte enim tantummodo convalescit* (4). Queda por consecuencia sin efecto en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando el donante la revoca, si *eum donationis poenituisse*, lo cual puede hacer en todo tiempo (5).

2.º Cuando el donatario muere ántes que el donante, *aut prior decesserit is, cui donatum est* (6).

3.º Cuando el donante se liberta del peligro en cuya consideracion donó, *sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet* (7). A este caso se refieren especialmente las últimas palabras del texto, copiadas de Paulo y Marciano, *cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum, cui donat quam haeredem suum* (8). Revocada por esta causa, el donatario restituirá la cosa donada con sus frutos y accesorios.

(1) C., VIII, 57, 4.—Nov. LXXXVII, pr.

(2) D., XXXIX, 5, 1, pr.; id. 6, 2, 29 y 39.

(3) D., XXXIX, 6, 32.

(4) PAULO, III, 7, 2.

(5) PAULO, III, 7, 2.—D., XXXIX, 6, 16 y 30.

(6) D., XII, 1, 19, pr.; XXXIX, 6, 23, 26 y 44.

(7) PAULO, III, 7, 1.—D., XXXIX, 6, 24 y 35. § 3.

(8) D., XXXIX, 6, 1, pr.; id. id., 35, § 2.



nes (1); pero tendrá derecho á que se le abonen las impensas necesarias y útiles (2).

Basta que sea revocable en cualquiera de estos casos para que se entienda donacion *mortis causa* (3); mas si se estableciese que *en ningun caso fuera revocable*, degeneraría en donacion *inter vivos*, como ántes hemos dicho (4).

Debemos por último advertir: 1.º Que si el donante y el donatario muriesen al mismo tiempo, la donacion se hace irrevocable (5). 2.º Que si la donacion se ha hecho á favor de una persona constituida en potestad, como el hijo ó el esclavo, se toma en cuenta la muerte de éstos y nó la de su jefe, salvo si fuese otra la intencion del donante (6).

#### 4.º SUS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LOS LEGADOS.

Para comprender el fundamento de las semejanzas y diferencias que existen entre las donaciones *mortis causa* y los *legados*, debemos fijarnos bien en la respectiva naturaleza de ambas instituciones.

Pudiendo el hombre disponer para despues de su muerte de los objetos que le pertenecen, usa comunmente de este derecho por medio de un acto unilateral, expresando su voluntad en testamento ó codicilo, sin contar con la del favorecido, quien, despues de la muerte de aquél, aceptará ó nó la liberalidad: hé aquí el *legado*. Mil circunstancias, sin embargo, pueden motivar que el hombre lleve á efecto su resolucion generosa por medio de un acto distinto del testamento y codicilo, manifestándola al mismo interesado y aceptando éste por su parte: entónces tendrémus un acto bilateral; habrán concurrido simultáneamente las dos voluntades; en suma, resultará una *donacion*. Luego las diferencias que se paran á las donaciones *mortis causa* de los legados, serán:

1.<sup>a</sup> La donacion es un contrato; y como tal, exige el concurso de ambas voluntades, la del donante y la del donatario (7): el legado es acto unilateral; se reduce á consignar en un testamento ó codicilo la voluntad de donar al legatario; y la aceptacion de éste vendrá despues que muera su favorecedor.

2.<sup>a</sup> Como la donacion se constituye por medio de un acto

(1) D., XII, 4, 12; XXII, 1, 33; § 3.

(2) D., XXXIX, 6, 14.

(3) D., XXXIX, 6, 13, § 1; id. id., 35, § 4.

(4) D., XXXIX, 6, 27.

(5) D., XXIV, 1, 32, § 14; XXXIX, 6, 26,

(6) D., XXXIX, 6, 23 y 44.

(7) D., XXXIX, 6, 33, pr.



completamente separado del testamento y codicilo, es independiente de la herencia, y el donatario adquiere los objetos directamente, en virtud del convenio celebrado con el difunto, sin necesidad de que el heredero sea, ni de persona intermediaria (1): el legado, por el contrario, depende de la validez del testamento ó codicilo, de que sea el heredero y de que éste cumpla la disposicion del testador, como en su lugar veremos.

3.ª Siendo la donacion un acto distinto del testamento, el donatario no pierde su derecho por impugnar la validez del testamento del donante (2): el legatario no podría reclamar su legado cuando hubiera obrado de este modo.

4.ª El derecho que se adquiere por resultado de la donacion se entiende uno solo, como el que dimana de todo otro contrato, y basta que el donatario tenga capacidad en el momento de fallecer el donante para que adquiriera por completo y definitivamente el derecho; v. gr., si la donacion consiste en una suma anual, *in singulos annos*, es suficiente que el donatario sea capaz al morir el donante para que adquiriera derecho á cobrar todos los plazos. Viceversa, un legado hecho de esta manera se entiende múltiple, es decir, se descompone en tantos legados como años comprenda, y en cada uno de ellos será indispensable que el legatario tenga capacidad, si ha de recibir la suma correspondiente (3).

Pero si en la manera de consignar el hombre su generosidad para despues de la muerte difieren mucho los legados y donaciones, recordemos que éstas no son perfectas en definitiva mientras vive el donante; y como en los legados sucede lo propio, hé aquí la causa de que se equiparen ambas instituciones tanto de una manera general (4), como en los detalles siguientes:

1.º Para calificar la aptitud del donatario, se atiende nó al tiempo de la donacion, sino al de la muerte del donante (5).

2.º No se paga la donacion hasta despues de satisfechos los acreedores hereditarios (6).

(1) D., XXXIX, 6, 2 y 38; XLIII, 3, 1. § 5.

(2) D., XXXIV, 9, 5, § 17.

(3) D., XXXIX, 6, 35, § 7.

(4) D., II, 45, 8, § 2; VII, 9, 1, § 1; XXVIII, 7, 8, § 3; XXXVIII, 5, 1, § 1; XXXIX, 6, 15, 17 y 37, pr.

(5) D., XXXIX, 6, 22.

(6) D., XXXV, 2, 66, § 1.



3.º Se rescinde cuando defrauda á los patronos ó acreedores (1).

4.º Está sujeta á la detraccion de la cuarta falcidia (2).

5.º El donatario debe prestar la caucion *Muciana* (3); la *fructuaria* (4); y la *juratoria*, si ha de recibir lo que su consorte le donó bajo condicion de no contraer nuevo matrimonio (5).

6.º La donacion puede ser gravada con fideicomisos (6).

7.º Entre los codonatarios de una misma cosa hay derecho de acrecer (7).

8.º Para transigir acerca de los alimentos donados se necesita la intervencion del magistrado (8).

### 5.º QUÉ SE ENTIENDE POR MORTIS CAUSA CAPIO.

En su acepcion lata se llama *mortis causa capio* toda adquisicion por causa de muerte; pero en sentido estricto se reserva este nombre para designar las adquisiciones que no tienen el especial de herencia, legado, fideicomiso y donacion *mortis causa: exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur* (9).

Muchos son los casos mencionados en el Digesto que, por carecer de nombre especial, se refieren al general de *mortis causa capio*. Hé aquí algunos ejemplos:

Lo que recibimos para que no aceptemos la herencia (10), ó viceversa para que la aceptemos (11).

Lo que se nos entrega por el heredero ó legatario para cumplir una condicion que el testador les impuso (12).

Lo que el padre da con motivo de la muerte del hijo ó de un cognado (13).

La dote cuya reversion se estipuló para el caso en que la mujer falleciese ántes del constituyente (14).

Procediendo de tan diversas causas, no pueden tener idéntica naturaleza. Algunas se fundan en un verdadero de-

(1) D., XXXVIII, 5, 1, § 1; XXXIX, 6, 17.

(2) D., XXXI, 77, § 1.—C. VI, 50, 5; VIII, 57, 2.

(3) D., XXVIII, 7, 8, § 3.

(4) D., VII, 9, 1, § 2.

(5) Nov. XXII, cap. 44, § 9.

(6) D., XXXI, 77, § 1; XXXII, 3, pr.—C. VII, 42, 9; VIII, 57, 1.

(7) C., VI, 51, 1, § 14.

(8) D., II, 15, 8, § 2.

(9) D., XXXIX, 6, 31, pr.; id. id., 38.

(10) D., XXXIX, 6, 8, pr.

(11) D., XXXIX, 6, 24 y 31, § 2.

(12) D., XXXIX, 6, 8, pr.; id. id., 31, § 2; id. id., 36 y 38.

(13) D., XXXIX, 6, 8, pr.

(14) D., XXXIX, 6, 31, § 2.



recho, como es el caso de reversion de la dote: dimanar otras de la mera espontaneidad de los interesados; v. gr., lo que se da al heredero para que acepte ó deje de aceptar la herencia: las hay finalmente que, si no las estableció el difunto de una manera absoluta, las puso como condicion que debían llenar el heredero ó legatario si querían percibir lo que les dejaba. Estas últimas se asimilan á los legados; pues aunque no se reciben directamente del testador, tienen su base en el testamento (1). Así, las pierde el que impugna el testamento (2); pueden ser gravadas con fideicomisos (3), y si consisten en alimentos, no puede transigirse acerca de ellas sin la intervencion del magistrado (4).

### III.

#### DONACIONES ORDINARIAS INTER VIVOS.

§ 2. *Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus. Quae omnino non comparantur legatis; quae, si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit; et, ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etsi (5) non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones insinuari eas, actis intervenientibus, volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et (6) quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et (7) sine insinuatione statuit; et (8) quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiores exitum donationum invenimus, quae omnia ex nostris constitutionibus, quas super his posuimus (9), colligenda sunt. Sciendum tamen est, quod, etsi plenissimae sunt donationes, tamen, si ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus, certis ex causis eas revocare: ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos.*

(1) D., XXXIX, 6, 9 y 36.

(2) D., XXXIV, 9, 5, § 13.

(3) D., XXX, 96, § 4.

(4) D., II, 15, 8, § 2.

(5) C., etiamsi.

(6) C., eam.

(7) C., etiam.

(8) C., sed et.

(9) C., exposuimus.



En este párrafo se indican los extremos de mayor importancia referentes á las donaciones *inter vivos* ó que no son *mortis causa*. Para desenvolverlos ordenadamente y completarlos, seguiremos el órden del sumario.

1.º PERSONAS QUE PUEDEN DONAR DE ESTA MANERA : Á FAVOR DE QUIÉNES : QUÉ COSAS.

(A) *Quiénes pueden donar.*

La donacion *inter vivos*, á diferencia de la *mortis causa*, trasfiere desde luego al donatario un derecho irrevocable, según veremos al tratar de sus efectos. Es, pues, un acto de enajenacion (1), para cuya validez se necesita en primer término que al donante le corresponda ese derecho, y despues que tenga facultad para enajenarle (2). Exceptuáanse los menores de veinticinco años, hayan obtenido ó nó la venia de edad, que sólo pueden constituir la donacion *propter nuptias*: se funda esta prohibicion en que si bien pueden enajenar sus bienes inmuebles con decreto del magistrado, esto se permite únicamente cuando la enajenacion sea necesaria ó ventajosa al menor, y la donacion no puede hallarse en ninguno de esos casos. Por tanto, la donacion que verifique un menor no adquiere validez mientras no trascurren diez años entre presentes y veinte entre ausentes despues de haber cumplido el donante la mayor edad sin hacer reclamacion alguna (3).

(B) *A favor de quiénes puede donarse.*

Puede hacerse esta clase de donaciones en favor de todos los que tienen capacidad para adquirir lo donado (4); pero cuando el donatario sea un pupilo, deberá mediar la autoridad del tutor, si ha de obligarse por su parte (5). Hallamos, sin embargo, una excepcion importantísima relativa á los cónyuges, que merece examinarse con alguna detencion.

Antes que las leyes, el derecho consuetudinario habia reputado nula toda donacion entre marido y mujer: *moribus apud nos receptum est*, dice Ulpiano, *ne inter virum et uxorem donationes valerent*; y á seguida expone el fundamento de esta costumbre: *hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spolientur* (6). El mismo jurisconsulto nos trasmite las palabras del emperador Antonino sobre este punto: *Ma-*

(1) D., XLIV, 7, 55.

(2) D., L; 17, 16 y 165.—C., IV, 51, 7.

(3) C., V, 74, 3.

(4) D., XXXIX, 5, 9, § 3.

(5) GAYO, III, 107.—*Inst.* I, 21, § inic.

(6) D., XXIV, 1, 1.



*jores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* (1). Paulo aduce la razon *nec esset eis studium liberos potius educendi*, y encuentra oportuna la de Sexto Cecilio *quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalia essent matrimonia* (2).

Procurarémos resumir las leyes que se ocupan de esta materia, fijando principalmente las personas y donaciones á quienes se extendía la prohibicion, el resultado de las donaciones prohibidas y los casos en que llegaban á tener validez estas donaciones.

La prohibicion se extendía á los cónyuges, aunque no hicieran vida marital (3), excepto al Emperador y á la Emperatriz (4); á los que con ellos se encontraban sometidos á una misma potestad doméstica (5); y á las que habían celebrado esponsales ó matrimonio en contravencion á la ley (6). No comprendía á los que vivían en concubinato (7).

Prohibíanse las donaciones tanto de la propiedad (8) como de la posesion (9), aunque se encubriesen bajo la forma de un contrato distinto (10) ó se hiciesen indirectamente, v. gr., apreciando en más ó ménos de lo justo la dote estimada (11), no usando de un derecho para que se extinguiese en beneficio del donatario (12), restituyendo la dote durante el matrimonio sin causa legítima (13) cuales eran procurar los alimentos, comprar un fundo, socorrer á un ascendiente, pagar sus deudas, etc. (14).

Eran, por el contrario, permitidas las siguientes :

1.º Las que no reunían simultáneamente las circunstan-

- (1) D., XXXIX, 1, 3, pr.
- (2) D., XXIV, 1, 2.
- (3) D., XXIV, 1, 32, § 13.
- (4) C. V, 16, 26.
- (5) D., XXIV, 1, 3, § 2 al 9; id. id., 26, § 1; id. id., 53, pr.—C. V, 16, 4 y 5.
- (6) D., XXIV, 1, 32, § 28.—C., V, 16, 7.
- (7) D., XXIV, 1, 3, § 1; XXXIX, 5, 31, pr.
- (8) D., XXIV, 1, 13, § 2.
- (9) D., XXIV, 1, 46.
- (10) D., XXIV, 1, 5, § 5; id. id., 7, § 6; id. id., 31, § 3, 4 y 5.
- (11) D., XXIII, 3, 12; XXIV, 1, 7, § 5.
- (12) D., XXIV, 1, 5, § 6 y 7; id. id., 44.
- (13) C., V, 19, un.—Nov. XXII, cap. 39.
- (14) D., XXIII, 3, 73, § 1; id. id., 85; XXIV, 3, 20.



cias de que el donante se hiciera más pobre y el donatario más rico (1).

Por faltar la primera circunstancia, era válida la donacion de una cosa ajena que ponía al cónyuge en condicion de usu-capir (2); la no aceptacion de una herencia ó legado á cuya sucesion era llamado el cónyuge en segundo lugar (3); y la restitution al cónyuge de un fideicomiso sin deducir la parte correspondiente (4).

Por faltar la segunda, se permitía donar el derecho de sepultura; una cosa ó cantidad para que fuese dedicada á fin religioso ó público (5), ó para conseguir una dignidad ó soportar los gastos anejos á ella (6) ó para reparar un edificio arruinado por incendio, no excediendo del importe de la reparacion (7); un esclavo para manumitirle (8); cierta finca para que el cónyuge la restituyese con sus frutos á uno de los hijos (9); el uso precario de cosas determinadas (10); la liberacion del derecho de prenda que se tenía sobre un objeto del cónyuge (11); y pagar de presente lo que se debía á plazo (12).

Por faltar ambas circunstancias, era licito sustituir durante el matrimonio la cosa donada ántes de celebrado con otra del mismo valor (13), y el donar en compensacion de lo que por el mismo título se había recibido, v. gr., si el marido daba una cantidad á la mujer, y ésta la empleaba en comprar un objeto que á su vez donaba al marido (14).

2.º Las que consistían en regalos módicos y de costumbre (15).

3.º Las hechas ántes de celebrado el matrimonio (16), aunque este se realizase el mismo dia en que tuvo lugar la donacion (17); pero si no habian de producir sus efectos hasta des-

(1) D., XXIV, 1, 5, § 16.

(2) D., XXIV, 1, 25.

(3) D., XXIV, 1, 5, § 13 y 14; id. id., 31, § 7.

(4) D., XXIV, 1, 5, § 15.

(5) D., XXIV, 1, 5, § 8 al 12.

(6) D., XXIV, 1, 40, 41 y 42.—C., v. 16, 21.

(7) D., XXIV, 1, 14.

(8) D., XXIV, 1, 7, § 9; id. id., 8.—C., v. 16, 22.

(9) D., XXIV, 1, 49.

(10) D., XXIV, 1, 18; 23, § 2; 53, § 1.

(11) D., XLII, 8, 18.

(12) D., XXIV, 1, 31, § 6.

(13) D., XXIV, 1, 36, § 1; id. id., 58.

(14) D., XXIV, 1, 67.

(15) D., XXIV, 1, 31, § 8.

(16) D., XXIV, 1, 66.

(17) D., XXIV, 1, 27.



pues de celebrado el matrimonio, estaban prohibidas (1).

4.º Las que no tenían efecto hasta despues de disuelto el matrimonio. Valian por consecuencia: 1.º Las donaciones *mortis causa* (2). 2.º Las hechas despues del divorcio verdadero (3), nó del simulado (4); en términos de que para prevenir todo fraude, acepta Javoleno la opinion de Próculo y Cecilio, segun la cual, *tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt, aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret, alterum esse matrimonium: alias nec donationem nullius esse momenti futuram* (5). Tampoco eran válidas las verificadas en la prevision de un divorcio futuro (6); ni áun la realizada despues de divorciados, si uno de ellos moría en seguida (7).

Las donaciones prohibidas eran radicalmente nulas. El donatario ningun derecho adquiría sobre lo donado (8). El donante podia reclamar lo donado (9), reivindicando el mismo objeto, si existía, con sus acciones (10), pero nó las usuras (11) ni los frutos naturales (12): en caso de haber perecido, aquello en que el donatario se hubiera hecho más rico (13), para cuyo cálculo se atendía al tiempo de la contestacion de la demanda (14). Reputábase en general que se había hecho más rico cuando al tiempo de contestar la demanda conservaba algo de lo que se le donó ó de lo que con ello adquirió (15). Como el donante continuaba dueño de la cosa, ésta se perdía para él cuando perecía (16) á no ser que fuera por culpa del donatario (17).

Solamente adquiría derecho el donatario: 1.º Cuando la cosa hubiera sufrido una especificacion (18), si bien al donan-

- (1) D., XXIV, 1, 5, pr.—C., V, 3, 4.
- (2) D., XXIV, 1, 9, § 2; id. id., 10 y 11, § 1.
- (3) D., XXIV, 1, 11, § 11; id. id., 60, § 1; id. id., 61 y 62.
- (4) D., XXXIII, 4, 27; XXIV, 1, 35.
- (5) D., XXIV, 1, 64.
- (6) D., XXIV, 1, 12.
- (7) D., XXIV, 1, 13, pr.
- (8) D., XXIV, 1, 3, § 10 al 13.
- (9) D., XXIV, 1, 36 y 45.
- (10) D., XXIV, 1, 31, § 2.
- (11) D., XXIV, 1, 15, § 1; id. id., 16.
- (12) D., XXIV, 1, 17 y 45.
- (13) D., XXIV, 1, 5, § 18; id. id., 6.
- (14) D., XXIV, 1, 7, pr.
- (15) D., XXIV, 1, 7, § 1, 3, 4, 7; 28, § 4 y 5; 29, 31, § 9; 50, § 1; 54; XXIV, 3, 66, § 1.—C., V, 16, 6.
- (16) D., XXIV, 1, 28.
- (17) D., XXIV, 1, 37.
- (18) D., XXIV, 1, 29, § 1.



te correspondería la acción útil (1). 2.º Cuando el donatario hubiera comprado algún objeto con la suma donada, en cuyo caso el donante sólo podría reclamar la cantidad que dió, pero no el objeto (2). 3.º Cuando lo donado pertenecía al cónyuge y á un tercero á la vez, valía en la parte correspondiente al tercero si admitía separación, y por completo si no la admitía, v. gr., una servidumbre (3).

Todo lo dicho se aplicaba á las donaciones, aunque no mediara entrega de la cosa (4).

Tal fué el derecho vigente hasta Severo y Caracalla. Prosiguiendo Ulpiano la historia de esta materia, nos dice que en tiempo de aquellos emperadores se dictó un senadoconsulto por el cual fué mitigado algún tanto el rigor, permitiendo que el donante pudiera revocar las donaciones, pero nó su heredero (5); de manera que subsistían aunque no fueran confirmadas en testamento (6) y contra toda clase de herederos incluso el fisco (7); si bien se hallaban sujetas á la detracción de la Falcidia y sólo se cumplían después de pagados los acreedores hereditarios (8). Justiniano, sin embargo, dispuso que si la donación no excedía de 500 sólidos, ó excediendo de esta suma había sido insinuada, se consideraría válida desde el momento en que se hizo, bien el donante hubiera muerto sin revocarla, bien la hubiera confirmado en su última voluntad; pero si excedía de aquella cantidad y no había sido insinuada, no se consideraría válida sino cuando la confirmase expresamente y desde el momento de la confirmación (9).

La disposición del senadoconsulto se extendía á todas las personas comprendidas en la prohibición del antiguo derecho (10) y á todas las donaciones en que mediara entrega del objeto (11), aunque se verificasen por persona interpuesta (12).

Respecto á si comprendía también la donación en que no

- (1) D., XXIV, 1, 30.
- (2) C., V, 16, 9 y 16.
- (3) D., XXIV, 1, 5, § 2.
- (4) D., XXIV, 1, 3, § 10; 5, § 1, 3 y 4; id. id., 39.
- (5) D., XXIV, 1, 32, pr. y § 2.
- (6) C., V, 16, 14.
- (7) C., V, 16, 1.
- (8) C., V, 16, 15.
- (9) C., V, 16, 25.
- (10) D., XXIV, 1, 32, § 16 y 20.
- (11) D., XXIV, 1, 32, § 1, 22 y 23; id. id., 59.
- (12) D., XXIV, 1, 11, § 8.



mediaba entrega, discutían los juriconsultos (1); pero Justiniano la equiparó á la donacion consumada (2).

Por último, las donaciones de esta clase se entendían revocadas:

1.º Si los cónyuges se divorciaban (3) y no volvían á continuar en matrimonio (4).

2.º Si moría el donatario ántes que el donante (5); y si la donacion hubiera sido hecha por el ascendiente en cuya potestad se hallaban los cónyuges, no se confirmaba hasta que muriese tambien el descendiente del donante (6). Igual efecto que la muerte producía la cautividad (7) si el cautivo no volvía á la ciudad despues de muerto el donante (8). Mas si el donante y donatario morían ó se hacían cautivos á un mismo tiempo, la donacion era válida (9).

3.º Si el donante revocaba la donacion (10); pero era indispensable que apareciese evidentemente la voluntad contraria de aquél, porque, en caso de duda, el juez debía inclinarse á tener como válida la donacion (11): y debía estarse á la última voluntad del donante quien, despues de haber revocado, pudiera arrepentirse de la revocacion (12). Cuando despues de hacer la donacion, legaba parte de las cosas donadas, subsistía respecto á las demás (13). Si enajenaba los objetos donados, se entendía revocada (14); pero si solamente los hipotecaba ó daba en prenda, la donacion subsistía (15).

4.º Si al morir el donante no tiene derecho para disponer de sus cosas, ó el donatario capacidad para recibir (16).

(C) *Qué cosas pueden donarse.*

Mientras se conservó la primitiva severidad de costumbres, fué libre el ciudadano para trasferir sus bienes á título gratuito sin restriccion alguna; mas ya hemos visto que la ley *Cincia*, y despues los emperadores, hubieron de reprimir el

(1) D., XXIV, 1, 23 y 33.

(2) Nov. CLXII, cap. 1.

(3) C., V, 16, 18.

(4) D., XXIV, 1, 32, § 10, 11, 12, 19 y 20; id. id., 62, § 1.

(5) D., XXIV, 1, 32, § 18.—C., V, 16, 18.

(6) D., XXIV, 1, 32, § 16.

(7) D., XXIV, 1, 32, § 6.

(8) C., V, 16, 27.

(9) D., XXIV, 1, 32, § 14.

(10) C., V, 16, 15 y 18.

(11) D., XXIV, 1, 32, § 4; id. id., 22.

(12) D., XXIV, 1, 32, § 3.

(13) D., XXIV, 1, 32, § 15.

(14) C., V, 16, 12.

(15) D., XXIV, 1, 32, § 5.—Nov., CXXII, cap. 1.

(16) D., XXIV, 1, 32, § 7 y 8.—C., V, 16, 24 y 27.



abuso de las donaciones. No se negó al propietario el derecho de ejercer actos de liberalidad; pero, desconfiando de su cordura y de la probidad en general, quiso intervenir el Estado en las donaciones cuando fueran importantes. De esta manera procuró conciliarse el respeto á la propiedad que confiere al dueño la facultad de disponer libremente, con el bien público que exige un recto uso de los derechos.

Segun las disposiciones de Justiniano, toda donacion que excediese de 500 sólidos debía insinuarse, es decir, registrarse en las actas de los magistrados. Con esto se lograba: 1.º Dar lugar á la reflexion, que tuviera el donante cierto espacio de tiempo para arrepentirse de una resolucion indiscreta ó apasionada, mientras practicaba las diligencias de la insinuacion, *gestis intervenientibus* (1). 2.º Asegurarse bien de la verdadera voluntad del donante, *si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest: vel id, quod verum est, aboliri*, dice Constantino al declarar que las donaciones entre personas allegadas deben tambien insinuarse (2). 3.º Que existiese una prueba auténtica de la donacion en el caso de extraviarse ó desaparecer los medios de justificarla que tuviera el donatario: *ut vel si principalia instrumenta pereant, quod facile est* (3). Para computar el valor de la liberalidad no se tomaban en cuenta los frutos de la cosa donada, á no ser que ellos mismos constituyesen el objeto de la donacion (4), y debía rebajarse el importe de las cargas que graváran la cosa donada (5). Las donaciones hechas en diferentes épocas á favor de una misma persona no se acumulaban, ni necesitaban insinuarse cuando ninguna de ellas excediese de 500 sólidos (6). La que confiriera al donatario el derecho de cobrar cierta pensión anual inferior á 500 sólidos, durante la vida del donante ó donatario, no estaba sujeta á insinuacion, porque podian vivir sólo un año ó ménos: pero si los efectos de la donacion habian de pasar á los herederos, ó se fijaba el número de pensiones, debian insinuarse (7).

Eran válidas, aunque no se insinuasen, las donaciones siguientes:

(1) C., VIII, 54, 36, § 3.

(2) C., VIII, 54, 27.

(3) Nov. CXXXVII cap. 2.

(4) D., XXXIX, 5, 9, § 1; id. id., 11.

(5) D., XXXVI, 1, 1, § 16, XXXIX, 6, 18, § 3.

(6) C., VIII, 54, 34, § 3.

(7) C., VIII, 54, 34, § 4.



1.º Las que hacían los emperadores á los particulares, ó éstos á aquéllos (1).

2.º Las hechas por los Jefes del Ejército á los soldados (2).

3.º Las que tenían por objeto redimir á prisioneros de guerra (3).

4.º Las que se hiciesen para reparar un edificio destruido por incendio ó ruina (4).

5.º Las que consistían en perdonar al deudor los intereses no vencidos todavía (5).

6.º Aquellas por las que se constituía una dote (6).

7.º Las *sponsalitia*e *largitates* y donaciones *propter nuptias*, que eran válidas respecto á la mujer sin necesidad de insinuarse; pero nó respecto al marido (7).

8.º Las donaciones *mortis causa* cuando se otorgaban ante cinco testigos (8).

No siendo en estos casos exceptuados, si dejaba de insinuarse la donacion, era nula en cuanto excediese de los 500 sólidos (9): por consecuencia, el donante no estaba en la obligacion de cumplirla; y si habia entregado ya el objeto, podia reclamarlo (10). Esta reclamacion la verificaria segun la naturaleza de la cosa donada: si admitia division, pediria cuanto excediese de 500 sólidos: si no era divisible, se hacian condueños de la cosa el donante y donatario; pero el mayor partícipe tenia derecho preferente para obligar al menor á cederle su parte mediante el precio justo, y si no quería usar de este derecho, podia ejercerle el menor partícipe contra el mayor (11).

2.º CUÁLES SON SUS EFECTOS: EN QUÉ CASOS PUEDEN REVOCARSE.

(A) *Efectos.*

Los efectos de la donacion *inter vivos* responden á su doble carácter. Por una parte es un contrato; luego debe pro-

(1) C., VIII, 54, 34, pr.—Nov. LII, cap. 2.

(2) C., VIII, 54, 36, § 1.

(3) C., VIII, 54, 36, pr.

(4) C., VIII, 54, 36, § 2.

(5) D., XXXIX, 5, 23, pr.

(6) C., V, 12, 31, pr.

(7) Nov. CXIX, cap. 1; CXXVII, cap. 2.

(8) C., VIII, 57, 4.—Nov. LXXXVII, pr.

(9) C., VIII, 54, 34, pr.

(10) D., XXXIX, 5, 21, § 1.

(11) C., VIII, 54, 34, § 1 y 2.



ducir los resultados que cualquier otro acto de este género : por otra, cuando es pura donacion, sólo obliga al donante que se impone un deber espontáneamente y por sentimientos de mera liberalidad; luego como contrato de derecho estricto no produciría más obligaciones que las expresadas terminantemente, y aún estas en cuanto lo consienta la equidad (1).

Consecuencias de ser un contrato :

1.<sup>a</sup> Una vez perfecta por el consentimiento del donante y donatario, es irrevocable : *si fuerit perfectae temere revocari non possunt*, dice el texto (2).

2.<sup>a</sup> Que si se ha hecho *donando ó liberando*, el donatario adquiere en el momento la cosa ó derecho donado, pudiendo ejercitar las acciones ó excepciones correspondientes (3); si el donante sólo se ha comprometido á donar, *promittendo*, el donatario exigirá el cumplimiento de la donacion por medio de la accion *ex stipulatu* ó por la *condictio ex lege* (4).

Consecuencias de obligarse únicamente el donante y por pura liberalidad :

1.<sup>a</sup> Que el donante sólo responde del dolo ó culpa lata; v. gr., cuando nos dona una cosa ajena que más tarde nos reclama su dueño despues de haber hecho gastos en ella (5), á no haberse comprometido á la eviccion (6).

2.<sup>a</sup> Tampoco es responsable de los vicios ocultos que tenga la cosa donada (7).

3.<sup>a</sup> No debe los frutos de la cosa ni los réditos del capital donado (8), sino desde la contestacion á la demanda (9).

(1) D., XXXIX, 5, 22.

(2) C. IV, 6, 7; VIII, 56, 2 á 6 y 10, pr.

(3) D., XXXIX, 5, 9, pr.; id. id., 17.—C., VIII, 54, 1, 2 y 33.

(4) C., VIII, 54, 35, § 5.

(5) D., XXXIX, 5, 18, § 3; XLIV, 1, 131, § 1.

(6) C., VIII, 45, 2.

(7) D., XXI, 1, 62.—No vemos que se opongan á esta doctrina dos fragmentos de Pomponio que figuran á continuacion uno de otro. Se dice en el primero que el heredero condenado á dar un esclavo determinado, no es responsable de los vicios ocultos que le afecten; pero sí cuando su obligacion sea de dar un esclavo en general. Consigna en el segundo que lo dicho acerca del legado debe aplicarse á aquél *qui vel Stichum, vel hominem dari promisserit*, D., XXX, 45 y 46. Ahora bien, nótese: 1.<sup>o</sup> Que el segundo fragmento se refiere á la doctrina que ántes habia expuesto sobre el legado, doctrina que no sabemos cuál sería, porque los fragmentos que en el Digesto vienen seguidos fueron tomados de dos obras del jurisconsulto. 2.<sup>o</sup> Que el fragmento no se ciñe concretamente al caso de donacion, sino al general en que uno *prometiera dar*, cuya promesa se comprende que le obligará á responder de los vicios cuando fuese consecuencia de un deber jurídico anterior, como sucede al heredero.

(8) D., XXVI, 1, 16, pr.; XXXIX, 5, 22.

(9) D., XII, 1, 31, pr.; XXII, 1, 38, § 7.



4.º Goza del beneficio de competencia, ó sea, no puede ser obligado á cumplir su liberalidad más que en cuanto buenamente pueda hacerlo, *in quantum facere potest*, y prévia deducción de lo que se halle debiendo, *et quidem is solus deducto ære alieno* (1), *ne liberalitate sua inops fieri periclitetur* (2).

(B) *Casos en que se revocan.*

Por más que las donaciones *inter vivos* sean generalmente irrevocables, pueden ser revocadas :

1.º Cuando es ingrato el donatario; pero no basta cualquier género de ingratitud. Justiniano fija taxativamente los hechos que siguen: injurias graves al donante, maltratarle de obra, ocasionarle una pérdida considerable de los bienes y atentar contra su vida (3). El derecho de revocar la donación por ingratitud corresponde exclusivamente al donante: sus herederos no podrán ejercitar la acción, pero si continuar la que hubiere dejado entablada el donante. Solamente puede intentarse contra el donatario, nó contra sus herederos ni contra las terceras personas que hubiesen adquirido legítimamente cosas donadas. Puede reclamarse la restitución de lo donado con sus frutos desde la contestación á la demanda, ó aquello en que se haya enriquecido el donatario, si no conserva los objetos recibidos (4).

2.º Si no cumple el donatario las obligaciones que se impuso cuando aceptó la liberalidad, en cuyo caso puede pedirse la revocación también por los herederos del donante y contra los herederos del donatario (5).

3.º Por tener sucesión el patrono que carecía de ella cuando hizo la donación en favor de su liberto (6). Ninguna ley confiere este derecho á las demás personas que se hallen en igual caso: si la ley se concreta á los patronos, es porque el patrono antiguamente podía revocar á su arbitrio la donación hecha á su liberto (7), libertad que gradualmente fué menoscabándose (8).

4.º Cuando la donación sea hecha en fraude de los acreedores

(1) D., XXXIX, 5, 12 y 33, pr.; XLII, 1, 19, § 1; id. id., 30; L, 17, 28.

(2) D., XLII, 1, 50.

(3) C., VIII, 56, 10.

(4) C., VIII, 56, 1, 7 y 10.

(5) C., IV, 6, 2, 3, 6 y 8; VIII, 55, 3; id. 53, 8.

(6) C., VIII, 56, 8.

(7) *Vatic. fragm.*, 272.

(8) C., VIII, 56, 1.—Esta constitución, al reproducir el fragmento vaticano citado, añade ya la circunstancia de que el liberto sea ingrato para que pueda revocarse la donación.



dores ó de las personas á quienes se debe legítima, como veremos en sus respectivos lugares.

**3.º** REGLAS ESPECIALES DE LAS DONACIONES DE TODOS LOS BIENES, REMUNERATORIAS Y MODALES.

(A) *Donacion de todos los bienes.*

Segun el derecho antiguo no era posible donar en conjunto el patrimonio todo, porque los medios establecidos para trasferir los derechos exigían que se determinase el objeto individualmente (1). Despues que la donacion se verificó por medio de convenios, ya fué posible que abrazára todos los bienes del donante (2).

Por generales que sean los términos usados al donar de esta manera, sólo se entienden comprendidos los bienes presentes, nó los futuros, porque equivaldría á un pacto sucesorio que estaba reprobado (3); y los bienes presentes, deducidas las deudas que tenga contra sí el donante, porque *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno* (4).

En ningun caso constituye esta liberalidad una sucesion á título universal. El donatario no se subroga en la personalidad jurídica del donante: por consecuencia, no podrá perseguir en su propio nombre á los deudores, sino como cesionario del donante; ni ser demandado por los acreedores, aunque se hubiera impuesto la obligacion de pagarles: porque los deudores ó acreedores no han intervenido en la donacion (5). Por lo demás, el donante podría revocar la donacion si el donatario no cumpliese espontáneamente con el deber que se habia impuesto, segun hemos dicho ántes; y los acreedores por su parte, reclamar contra la donacion hecha en fraude suyo (6).

(B) *Donacion remuneratoria.*

Aunque toda donacion es un acto ejecutado con espontaneidad, sin tener obligacion jurídica y con el solo propósito de favorecer al donatario, en muchas ocasiones se verifica para recompensar á éste un servicio que nos ha prestado: entónces recibe la donacion el calificativo de *remuneratoria*.

Disienten mucho los expositores acerca de las donaciones que deben comprenderse bajo este nombre al efecto de produ-

(1) *Vatic. fragm.*, 263.

(2) D., XXXII, 37, § 3; XXXIX, 6, 42, pr.

(3) C., II, 3, 19 y 30; VIII, 39, 4.

(4) D., XXIII, 3, 72; XXXIII, 2, 43; XXXV, 2, 69; XXXIX, 5, 12; XLIX, 14, 11; L, 16, 39, § 1.

(5) D., XXIII, 3, 72.—C., VIII, 54, 22.

(6) D., XLII, 8, 17, § 1.



cir resultados jurídicos especiales. Paulo califica de irrevocable la donacion recibida de aquél á quien se hubiese libertado de ladrones ó enemigos: *non merces eximii laboris apelanda est; quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit* (1): de lo cual infieren algunos que la donacion remuneratoria es irrevocable por causa de ingratitud, solamente cuando haya tenido por objeto recompensar al que nos ha salvado la vida. Mas hablando Papiniano de la donacion hecha por Régulo, como prueba de gratitud, al preceptor del donante y de su padre, resuelve que no es *meram donationem: verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum; ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse* (2). Este nuevo ejemplo de donacion remuneratoria prueba que las de esta clase son irrevocables, por ingratitud posterior del donatario, no sólo en el caso especial de haber salvado la vida del donante, sino siempre que es recompensa de verdaderos servicios prestados.

(C) *Donacion modal.*

Se llama *modal, sub modo*, aquella donacion en que se impone al donatario la obligacion de dar ó hacer alguna cosa en beneficio del donante ó de un tercero.

Para que sea donacion el acto en que se impone un deber á la persona que recibe un objeto, es necesario que la carga sea estimable y no equivalga al valor de lo entregado, pues en otro caso resulta una obligacion comun. Ulpiano presenta los siguientes ejemplos: Si te entrego un esclavo para que le manumitas despues de cinco años, *donatio aliqua inesse videtur*; pero lo contrario sucederia si te lo entrego para que le manumitas en seguida, *hic enim nec donationem locum esse; et ideo esse obligationem* (3); cuando te prometo ciento si juras que has de llevar mi nombre, *non esse donationem; quia ob rem facta est, res secuta est* (4).

Consumada la donacion modal por parte del donante, hay derecho de exigir que el donatario cumpla por la suya; y para ello suministran las leyes varias acciones segun los casos:

1.° Si el donatario se obligó por medio de estipulacion, ejercitará el donante la accion *ex stipulatu* (5).

(1) D., XXXIX, 5, 34 § 1.

(2) D., XXXIX, 5, 27.

(3) D., XXXIX, 5, 18, § 1.

(4) D., XXXIX, 5, 19, § 6.

(5) D., XXXII, 37, § 3.—C., VIII, 54, 9.



2.º Si no medió estipulación, resultará un contrato innominado, en virtud del cual podrá el donante ó exigir del donatario el cumplimiento de su deber por la acción *praescriptis verbis* (1), ó usar del *jus poenitendi*, y reclamar la devolución del objeto mediante la *condictio causa data causa non secuta* (2).

3.º Si la obligación que deja de cumplir es la de suministrar alimentos al donante, podrá éste reivindicar el objeto donado, no sólo contra el donatario, sino contra cualquier poseedor (3).

4.º Si la carga impuesta á la donacion es á favor de un tercero, ni tiene acción el donante (4), ni en estricto derecho la tercera persona si no ha intervenido en el negocio; mas por equidad se le concede una acción *útil* para reclamar el cumplimiento de lo establecido en su favor (5).

#### IV.

##### DONACIONES INTER VIVOS CON OCASION DEL MATRIMONIO.

Al tratar del matrimonio (pág. 89) expusimos las relaciones personales de los casados y sus hijos, dejando para este lugar cuanto se refiere á la parte económica, por seguir el orden de las Instituciones.

No siempre fué uno mismo el régimen de los bienes de las personas unidas en matrimonio: creemos que deben distinguirse las tres épocas siguientes:

1.ª En los primeros siglos de Roma, el Estado permanece extraño á todos los negocios domésticos. El Jefe de la familia, ó en su defecto el tutor agnado, deciden si la mujer ha de constituirse ó no *in manu mariti* cuando celebra nupcias: en el primer caso, la constitucion familiar exige que el *paterfamilias* adquiera potestad sobre la mujer y sus bienes en los términos que ya sabemos: en el segundo, rigen los acuerdos que aquellas personas hayan tomado con el marido ó su jefe (6).

2.ª Más tarde se proclama todavía como principio la li-

(1) D., XXIX, 5, 28.—C., IV, 38, 3; id. 64, 8; VIII, 54, 9 y 22.

(2) D., XXXIX, 5, 2, § 7.—C., IV, 6, 2, 3, 6 y 8.

(3) C., VIII, 55, 1.

(4) *Inst.* III, 19, § 4 y 19.—D., XLIV, 7, 11.

(5) C., VIII, 55, 3.

(6) Pág. 67.—*Historia*; págs. 126 y 131.



bertad de los interesados para estipular ántes ó despues del matrimonio cuanto estimen conveniente (1), y en comprobacion de ello vemos referir por Scevola un caso de sociedad universal de bienes en que habían vivido marido y mujer por espacio de más de cuarenta años (2); pero la disolucion de las *gentes* y el cambio de costumbres hacen necesaria la intervencion del Estado. Por una parte, las leyes organizan el sistema dotal, como veremos en el presente título y en el inmediato; por otra, se reprime el abuso de aquella libertad, prohibiendo ciertas convenciones; así Paulo nos dice ya: *Ex pactis conventis, quae ante nuptias, vel post nuptias interponi solent, alia ad libertatem pertinent; alia ad jus pertinent... in quibus non semper voluntas contrahentium servatur* (3). Difícil y ocioso fuera enumerar todos los pactos prohibidos; bastará indicar los principales conceptos en que lo estaban y algunos ejemplos de cada clase.

Reglamentado legalmente el sistema dotal, no podían ser válidos los pactos que se opusieran á lo establecido, perjudicando los derechos de la mujer sobre la conservacion y devolucion de la dote (4), ó los del marido, privándole de los frutos de las cosas dotales (5).

Como opuestos á la moral, se prohibian los pactos en que se conviniése no reclamar contra el cónyuge que sustrajera bienes del otro (6); que el marido no gozara del beneficio de competencia (7); que por parte del marido había de garantizarse la restitucion de la dote (8).

Para impedir que se burlasen las leyes prohibitivas de las donaciones entre cónyuges, eran nulos todos los pactos que contuviesen una donacion; v. gr., que el marido no reclamaria las impensas necesarias hechas en los bienes dotales; que el cónyuge no revocaria la donacion que hiciera á su consorte (9).

3.º. Llega por fin la época de Justiniano, y se introduce

(1) D., XXIII, 4, 1, pr.

(2) D., XXIV, 4, 16, § 3.

(3) D., XXIII, 4, 12, § 4.

(4) D., XXIII, 3, 25, 26, 27 y 28; id. 4, 2, 6, 14, 16, 21, 27 y 29, pr. — C., V, 14, 3.

(5) D., XXIII, 4, 4.

(6) D., XXIII, 4, 5, § 1.

(7) D., XXIV, 3, 14, § 1.

(8) *Si enim credendam mulier sese, suamque dotem patri mariti existimavit; si quare fidejussor, vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiae in connubio eorum generetur?* C., V, 20, 2.

(9) D., XXIII, 4, 5.



una trascendental innovacion en el régimen de los bienes de los casados. Hasta entónces, solamente los que la mujer traía en dote formaban el caudal permanente de la familia: desde Justiniano, tambien el marido deberá aportar al fondo comun bienes de su propiedad equivalentes al valor de la dote, constituyendo una donacion *propter nuptias*; de manera que el patrimonio familiar se ha duplicado, y no cabe decir que en los últimos tiempos el sistema romano fuese dotal exclusivamente.

Vengamos ahora á los pormenores de estas instituciones.

1.º DOTES: SU DEFINICION, ORIGEN Y CLASES: QUIÉNES, SOBRE QUÉ COSAS Y EN QUÉ FORMA LAS CONSTITUYEN: CUÁLES SÓN SUS EFECTOS.

(A) DEFINICION.

Entiéndese por dote: *los bienes que la mujer ó otra persona da ó promete dar al marido para que sostenga las cargas del matrimonio y los devuelva en los casos establecidos por la ley ó por el convenio.*

No es de esencia el que los bienes dotales rindan productos que se destinen á cumplir las obligaciones del matrimonio, porque pueden darse en dote cosas improductivas, como la nuda propiedad de un fundo (1) y prendas de mero ornato (2); pero se expresa en la definicion que este es el fin de la dote, por dos razones:

1.ª Porque así lo consignan en general los textos (3), cuyos principios son: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (4): *nisi matrimonii oneribus seruiat, dos nulla est* (5).

2.ª Para distinguir los bienes *dotales* de los *parafernales*, que son *los que pertenecen á la mujer cuando se casa ó adquiere despues de casada, pero que no incluye en la dote* (6). Hé aquí una sucinta idea de ellos.

La celebracion del matrimonio impone á la mujer nuevas obligaciones, y para subvenir á cumplirlas lleva la dote; pero no extingue las que tuviera contraídas ni impide que nazcan otras nuevas, v. gr., la indigencia de personas allegadas. Por otra parte, la relajacion de costumbres indujo á las mujeres

(1) D., XXIII, 3, 4.—C., V, 12, 17 y 18.

(2) C., V, 12, 31, § 2.

(3) D., X, 2, 46; XVII, 2, 65, § 16; XX, 6, 8, § 13; XXIII, 3, 7, pr.; id. 4, 1; XXIV, 1, 21, § 1.

(4) D., XXIII, 3, 56, § 1.

(5) D., XXIII, 3, 76.

(6) D., XXIII, 3, 9, § 2.



á procurarse una independencia que en los antiguos tiempos no se hubiera comprendido. Tales fueron los motivos más poderosos por los cuales se generalizó la práctica de que la mujer se reservase la libre administracion y disposicion de todos los bienes que no entregaba en dote, usando de la libertad que, segun hemos dicho, se mantuvo siempre como principio en la materia.

Sobre estos bienes no tenia el marido otros derechos sino los que la mujer le concediera expresamente (1); sin embargo, bien significativas las palabras usadas por Teodosio y Valentiniano al consignar esta doctrina, y manifiestan cuán poco satisfacía á los mismos que la sancionaban: *Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat: QUAMVIS ENIM BONUM ERAT, MULIEREM, QUAE SE IPSAM MANTO COMMITTIT, RES ETIAM EJUSDEM PATI ARBITRIO GUBERNARI; attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo (ut dictum est) muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere* (2).

Segun atestigua Ulpiano, era costumbre entregar al marido los bienes parafernales mediante un escrito que servía para exigir oportunamente su devolucion, utilizando al efecto las acciones *reivindicatoria*, de *mandato* ó *deposito*, segun el concepto bajo el cual se le hubiesen entregado (3); bien entendido que de las adquisiciones posteriores á la celebracion del matrimonio, sólo se consideraban parafernales aquellos bienes que la mujer demostrase haber adquirido legitimamente, pues en caso de duda se suponía haberlos recibido de su marido ó de persona sujeta á potestad de éste; *evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur* (4).

La devolucion de los parafernales, caso de habérse entregado, tenía lugar cuando se disolvían las nupcias (5). El marido venía obligado á prestar en el ejercicio de los derechos que se le concedieran la culpa leve *in concreto*, *qualem et circa suas res habere invenitur*; y á la responsabilidad de su gestion quedaban hipotecados por ministerio de la ley, aunque sin privilegio, cuantos bienes le pertenecían (6).

(B) ORIGEN DE LAS DOTES.

Cuando en los primitivos tiempos la mujer pasaba *in ma-*

(1) D., XXIII, 3, 9, § 3.

(2) C., V, 14, 8.

(3) D., XXIII, 3, 9, § 3.

(4) D., XXIV, 1, 51.

(5) C., V, 16, 17.

(6) C., V, 14, 11.



*num mariti*, perdía todos los derechos en la familia de su padre; y como á la muerte de éste no venía á sucederle, era natural que la diera ciertos bienes al casarse por via de compensacion. Aunque este motivo no existia en el matrimonio sin *manus*, vino, sin embargo, á ser frecuente la constitucion de dote, porque no era decoroso casarse indotada; y las leyes mismas fomentaron esta opinion proclamando de interés público el que las mujeres tuvieran dote. Por eso vemos que en el derecho antiguo tenían los clientes obligacion de dotar á las hijas de su patrono en caso de necesidad, y en el nuevo, los ascendientes paternos de la mujer. Por eso se consigna el favorable principio *in ambiguis pro dotibus respondere melius est* (1) que muchas leyes aplican á casos concretos (2).

(C) CLASES DE DOTE.

Bajo tres conceptos se clasifican las dotes: 1.º Segun la procedencia de los bienes, puede ser *profecticia* ó *adventicia*. 2.º Segun la manera de constituirse, *inestimada* y *estimada*. 3.º Segun la espontaneidad con que procede el constituyente, *necesaria* y *voluntaria*.

*Profecticia*. Ulpiano la define: *Quae à patre vel parente profecta est, de bonis vel facto ejus* (3). Dice del padre ó ascendiente refiriéndose al paterno, ya sea natural ó adoptivo (4), y bien esté ó no constituida en su potestad la descendiente (5). Se entiende que procede *ex bonis ejus*, aunque el ascendiente no tuviera verdadero dominio, sino sólo posesion de buena fe, sobre los bienes donados (6), ó diese cierta cantidad que había tomado á préstamo, una vez que hubiere sido consumida (7). Concluye diciendo *vel facto ejus*, porque sería tambien profecticia la que otra persona constituyera por encargo del ascendiente, ó sin previo encargo, pero cuya constitucion ratifica despues el ascendiente (8); la que entrega el que se obligó á cumplir la promesa del padre (9), ó una persona sujeta á la potestad del ascendiente (10), ó el curador del ascendiente cuando éste es pródigo ó furioso; y por último,

(1) D., XXIII, 3, 70; L., 47, 85, pr.

(2) D., XXIII, 3, 9, § 1; id. id., 48 y 57; id., 4, 11 y 20. § 2, etc.

(3) D., XXIII, 3, 5, pr.

(4) D., XXIII, 3, 5, § 13.

(5) D., XXIII, 3, 5, § 11.

(6) D., XXIII, 3, 6, § 1.

(7) D., XXIII, 3, 81.

(8) D., XXIII, 3, 5, § 1.

(9) D., XXIII, 3, 5, § 7.

(10) D., XXIII, 3, 5, § 8.



la que se da de los bienes del ascendiente por decreto de la autoridad, cuando aquél se halla cautivo ó secuestrado (1).

*Adventicia* se llama cuando se forma con bienes que no son del ascendiente paterno ni se constituye bajo su responsabilidad. Es, pues, adventicia la que el ascendiente paterno proporciona renunciando la herencia ó el legado á que el marido fuere llamado como sustituto, porque esos bienes no habían llegado á ser propiedad del ascendiente (2); la que el ascendiente da, no en concepto de tal, sino en otro distinto, v. gr., como fiador del que prometió dote á su descendiente (3) ó como deudor de la misma (4); la que constituye la mujer, aunque sea con bienes que anteriormente hubiera recibido de su padre (5); y toda la que proceda de un extraño, entendiéndose persona extraña todo el que no es ascendiente por la línea paterna (6).

En el título siguiente veremos que la procedencia de los bienes determina la persona á quien deben ser restituidos cuando fallezca la mujer: si la dote es *perfecticia*, se devuelve al constituyente: si *adventicia*, pasa á los herederos de la mujer, á ménos que el dotante hubiera impuesto la condicion de que le fuese devuelta, en cuyo caso toma el nombre de *recepticia*.

*Inestimada* es la dote cuando no se aprecia el valor de los objetos que la constituyen. En este caso, al llegar la época de la restitucion, deben aquéllos ser devueltos *in specie*, tal como entónces se hallen; porque corresponden á la mujer los aumentos que hayan tenido, lo mismo que su deterioro y pérdida no imputables al marido (7). Respecto de las cosas que no puedan ser devueltas por culpa de un tercero, cumple el marido con ceder á la mujer las acciones correspondientes (8).

*Estimada*. Recibe la dote este nombre siempre que se exprese el valor de los objetos dotales. Los resultados de esta manera de constituirse pueden ser muy varios segun el fin con que se hayan valuado las cosas. Por regla general, siempre que se aprecian los objetos dotales se entiende que la estimacion se ha hecho *venditionis causa*, esto es, que se ha

(1) D., XXIII, 3, 5, § 4.

(2) D., XXIII, 3, 5, § 5.

(3) D., XXIII, 3, 5, § 6.

(4) D., XXIII, 3, 5, § 9 y 11.

(5) D., XXIII, 3, 51.

(6) C., v. 13, un. § 13.

(7) D., XXIII, 3, 4; 10. pr. y § 1 y 2; 69, § 9; XXIV, 3, 18, § 1.—C., v. 3; un. § 9.

(8) D., XXIII, 3, 69, § 9.



verificado una venta en favor del marido, y que el precio constituye el objeto de la dote en lugar de las cosas entregadas, cuyo aumento, deterioro ó pérdida serán de cuenta del marido (1). No producirá este resultado la apreciación de los objetos : 1.º Cuando se establezca que han de restituirse *in specie* (2) ; porque entónces el propósito del constituyente es fijar el valor actual de los bienes para que cuando llegue la época de la restitución se estime fácilmente la responsabilidad del marido en el caso de que se hubieran deteriorado ó perdido por su culpa ; entónces se dice que la estimación es *taxationis causa*. 2.º Cuando el aprecio se hace para que en su día sean devueltas, ó las mismas cosas *in specie*, ó su valor : en este caso, no habiéndose reservado la mujer el derecho de elegir, es árbitro el marido para devolver el precio ó las cosas, aunque estén deterioradas sin culpa suya ; pero si hubieran perecido, deberá en todo caso restituir su valor (3).

*Necesaria y voluntaria.* Se aplica el primer calificativo á la dote constituida en cumplimiento de un deber jurídico ; y el segundo, á la constituida por mera liberalidad : veamos las que se hallan en uno y otro caso.

(D) QUIÉNES CONSTITUYEN LA DOTE.

La dote puede ser constituida por todo el que goza de la libre disposición de sus bienes ; pero hay personas que tienen absoluta obligación de constituir dote, y otras que vienen obligadas en determinadas circunstancias.

Se hallan en el primer caso :

1.º El ascendiente paterno. Tuvo su origen esta obligación en la ley *Julia* que la imponía respecto á la descendiente sujeta á potestad, considerando un deber paterno el procurar la colocación de sus descendientes y facultando á los magistrados para estrechar al cumplimiento de este deber (4). Aunque la hija tenga bienes propios, esté ó no emancipada, si el padre la dota, se entiende que lo hace con sus bienes propios, nó con los de la hija (5). Cuando por haberse disuelto el matrimonio, el padre recobra la dote, si la hija vuelve á casarse, debe aquél darla íntegra la dote recobrada á ménos que hubiese venido á la indigencia (6).

(1) D., XIX, 2, 3; XXIII, 3, 10, pr. y § 4 y 5; id. id., 14, 15, 16 y 69, § 8. XXIV, 3, 51.—C., V, 12, 1, 5 y 10; id. 13, un § 9.

(2) D., XXIII, 3, 69, § 7; XXIV, 3, 50.—C., V, 12, 5 y 21.

(3) D., XXIII, 3, 10, § 6; id. id., 11.

(4) D., XXIII, 2, 19.

(5) D., XXIII, 3, 5, § 11 y 12.—C., V, 11, 7.

(6) Nov. XCVII, cap. 5.



2.º El curador tiene también obligación de constituir para la menor una dote proporcionada á su fortuna y á la dignidad de ambos cónyuges (1); y si no lo hace, puede ser compelido por el magistrado (2). Si constituyese, viceversa, una dote desproporcionada, será nula en el exceso (3). Por lo demás, puede darla en bienes ó en dinero cuando así lo exigiese el marido, vendiendo los objetos con autoridad del magistrado (4).

3.º Finalmente, todo el que hubiese adquirido un compromiso anterior ó á quien se hubiera impuesto el deber en última voluntad.

Pertenecen á la segunda clase :

1.º La madre, que no está obligada á dotar *nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa*; de manera que ni aun el padre podía constituir dote con los bienes de su mujer si ésta se oponía (5). Un caso excepcional marcado por la ley es el de que la madre fuera secuaz de una de las sectas prohibidas y la hija ortodoxa (6).

2.º La mujer no tenía obligación legal de constituir dote, pero sí moral ó de decoro: por esto, cuando creyéndose obligada, constituía dote, no podía repetirla: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest* (7). Consecuencia del mismo principio era que si después de divorciada, volvía á reunirse con su marido sin haberle reclamado la dote, se presumiese que la constituía de nuevo (8).

(E) SOBRE QUÉ COSAS PUEDE CONSTITUIRSE.

Objeto de la dote pueden ser todas las cosas corporales é incorporeales susceptibles de formar el patrimonio del individuo. Así declaran las leyes que pueden serlo la parte indivisa de una cosa (9) y los créditos (10). Cuando la mujer aporta en dote todos sus bienes, no establece una sucesión universal á favor del marido; se entiende deducido *ere alieno*,

(1) D., XXIII, 3, 60; XXVI, 7, 52; XXXII, 43.

(2) C., V, 37, 9.

(3) D., XXIII, 3, 61, pr.

(4) D., XXIII, 3, 61, § 1.

(5) C., V, 12, 14.

(6) C., I, 5, 19, § 1.

(7) D., XII, 6, 32, § 2.

(8) D., XXIII, 3, 13, 30, 31, 40 y 64.

(9) C., V, 12, 16.

(10) D., XXIII, 3, 44, § 1; id. id., 45, § 1; id. id., 57.



y el esposo no podrá ser reconvenido por los acreedores de la mujer (1).

(F) EN QUÉ FORMA SE CONSTITUYE.

Antes de los emperadores Teodosio y Valentiniano se constituyeron las dotes de tres maneras que expresa Ulpiano con este laconismo: *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (2). Veamos en qué consistian esas diferentes formas.

*Datur*: transfiriendo desde luego el objeto, segun su naturaleza. Cuando se trataba de una cosa corporal ó derecho real, por la *mancipatio* ó la *in jure cessio*, antiguamente; y despues, por la *traditio* (3): cuando de un crédito, por la delegacion ó cesion (4): cuando de libertar al marido de una deuda ó derecho, por la aceptilacion ó la renuncia (5).

*Dicitur*. Nos faltan detalles sobre esta manera de constituir la dote; hay, sin embargo, los suficientes para formarnos una idea aproximada. Gayo la enumera entre las obligaciones *quas nulla praecedente interrogatione contrahi possunt*; y tanto él como Ulpiano dicen que semejante forma sólo podían usarla el ascendiente paterno, la mujer misma ó un deudor de la mujer por orden de ella (6). Puede, pues, inferirse: 1.º Que era una promesa ó declaracion de constituir dote, verificada sin que hubiera precedido la pregunta correspondiente que exigia la estipulacion, á cuya promesa seguía la aceptacion por parte del marido (7). 2.º Que esta dispensa de solemnidad fué introducida únicamente en obsequio de las personas á quienes se creyó útil darles facilidad para constituir la dote.

*Promittitur*, esto es, comprometiéndose á dotar mediante la estipulacion. Como esta era la forma general de contraer las obligaciones, todos podian usarla; y Paulo consigna que *promittendo dotem, omnes obligantur, cujuscumque sexus conditionisque sint* (8); sin duda en contraposicion á la *dictio dotis* que, segun hemos visto, era permitida únicamente á personas determinadas.

(1) D., XXIII, 3, 72, pr.—C., V, 12, 4.

(2) *Fragments*, VI, 1.

(3) GAYO, II, 63.

(4) D., XII, 4, 9, § 1; XXIII, 3, 36, 56, pr., y 78, § 5; XXIV, 3, 49.—C., IV, 10, 2.

(5) D., XXIII, 3, 41, § 2; id. id., 43 y 58, § 1; id. 5, 14, § 3.

(6) GAYO: *Epitome*, II, 9, 3.—ULPIANO: VI, 2.

(7) A esta forma de constitucion se refiere sin duda el pasaje de Plauto cuando dice Chremes: *Dos, Pamphile, est talenta qundecim*; y éste contesta: *Accipio. Andria*, act. 5, esc. 4.

(8) D., XXIII, 3, 41.



Teodosio y Valentiniano dieron fuerza obligatoria á toda promesa de dote, cualquiera que fuese la forma en que se verificára (1) : desde entónces ya no fueron necesarias ni la estipulacion ni la *dictio dotis*, y pudo constituirse ora entregando los bienes, ora conviniendo simplemente que se entregarían.

Puede ser esta promesa pura ó condicional, á dia determinado ó indeterminado, alternativa, marcando su cuantía ó sin marcarla.

La promesa condicional tendrá ó nó validez segun el éxito de la condicion, lo mismo que cualquier otro acto jurídico cuyo resultado se hace depender de un acontecimiento futuro é incierto. Mas, aunque no se haya expresado condicion alguna, siempre lleva consigo implícitamente la de *si nuptiae fuerint secutae* (2).

El mismo principio domina respecto de los plazos que se hayan fijado para entregar la dote. Asi, no es válido estipular que se entregará cuando se hubiere disuelto el matrimonio (3); y el plazo señalado, v. gr., *en el año próximo*, se cuenta, nó desde que tuvo lugar la promesa, sino desde que el matrimonio se celebra (4).

Si el plazo fuese indeterminado, v. gr., *cuando pueda, cuando me sea cómodo*, la entrega debe realizarse tan luego como su fortuna lo permita (5).

En el caso de haber ofrecido varias cosas alternativamente, corresponde la eleccion al obligado (6).

Cuando no se determinan las cosas que han de ser objeto de la dote, será ó nó válida la promesa segun los términos que se hayan empleado. Si prometió simplemente *que dotaría*, ninguna accion existe para demandar el cumplimiento (7); si dijera *en lo que sea mi voluntad*, se estimará al arbitrio de buen varon (8); y cuando esta promesa la hubiera hecho el padre de la mujer, en proporcion á sus facultades y dignidad del marido (9).

Por lo demás, la dote puede constituirse aun ántes de ce-

(1) C., V, 11, 6.

(2) D., XXIII, 3, 21, 22, 23, 41, 63 y 83.

(3) D., XXIII, 3, 20.

(4) D., XXIII, 3, 48.

(5) D., XXIII, 3, 79, § 1; L., 16, 125.

(6) D., XXIII, 3, 46, § 1.

(7) C., V, 11, 1.

(8) C., V, 11, 3.

(9) D., XXIII, 3, 69, § 4.



lebrarse los esponsales, y será válida en cualquier tiempo en que se realice el matrimonio; pero caducará si la mujer contrajera su primer matrimonio con persona distinta de la que se propuso el donante (1): de todos modos, las cosas no tienen el carácter de dotales; sino mientras dura el matrimonio (2). Puede también constituirse, aumentarse y cambiarse después de celebrado el matrimonio, pues no se considera que la dote es adquisición por causa lucrativa (3).

(G) CUÁLES SON SUS EFECTOS.

Sometida, como hemos dicho, la validez de una dote á la condicion *si nuptiae fuerint secutae*, necesitamos distinguir si esta condicion ha sido ó nó cumplida.

— Cuando consta ciertamente que el matrimonio no se realizará, v. gr., se han roto los esponsales, la constitucion de la dote queda sin efecto (4): por consecuencia se invalidan las cesiones de los créditos y el constituyente puede reclamar los objetos corporales entregados, ejercitando al efecto las acciones *causa data*, *causa non secuta*, ó la reivindicacion, segun haya trasferido ó no el dominio (5). Estas acciones son tan privilegiadas como las que veremos se entablan para la restitution de la dote (6).

Viceversa, cuando se realiza el matrimonio, los efectos de la constitucion de la dote deben naturalmente responder á la naturaleza de este acto juridico; y como es muy compleja, de ahí proviene que no todos ellos se encuentran bien definidos. Indicaremos brevemente lo sustancial en la materia, y cuál era la doctrina legal en nuestro juicio.

Si nos fijamos en las personas que adquieren derechos por virtud de la constitucion de la dote, vemos que el acto presenta un carácter vario. Para la mujer es una especie de donacion cuando la constituye un tercero, y así la llaman las leyes, puesto que su objeto es enriquecerla (7): Para el marido, no consideran las leyes que sea una adquisicion puramente lucrativa, y le equiparan á un comprador ó acreedor, porque se le da para sostener las cargas del matrimonio (8); pero

(1) D., XXIII, 3, 58, pr.

(2) D., XXIII, 3, 3; XLI, 9, 1, § 3 y 4.

(3) D., XXIII, 3, 7, § 3; id. id., 25, 26 y 27.—C., V, 3, 19 y 20.

(4) D. XII, 4, 8; XXIII, 3, 7, § 3; id. id., 80 y 83.

(5) D., XII, 4, 6 á 10; XXIII, 1, 10; XXIII, 3, 7, § 3; 8; 9, pr. y § 1; 10, § 4; 17, § 1; 36, 37 y 43, pr.; XXIV, 3, 29, § 1.

(6) D., XXIII, 3, 74; XXIV, 3, 22, pr. y § 13; id. id., 29, § 1; id. id., 56; XLII, 5, 17, 18 y 19.

(7) D., XII, 4, 9, pr.; XXIII, 3, 33 y 43, § 1.

(8) D., XX, 6, 8, § 13; XXIV, 1, 21, § 1; XLIV, 7, 19.



la obligación de sostener las cargas del matrimonio, ni las contrae directamente el marido con el que dota, ni es efecto de haber recibido la dote, supuesto que la tendría aunque no existiese dote alguna; de manera que tampoco puede considerarse en rigor la constitución de dote como un contrato oneroso.

Si tomamos en cuenta las diversas personas que constituyen la dote, unas veces proceden espontáneamente, mas otras lo hacen para cumplir un deber jurídico exigible; de suerte que en este último caso no es posible calificar la dote de verdadera donación.

Si, por último consideramos los objetos que forman la dote, ora se entregan con estimación, ora sin ella; y ya sabemos los distintos resultados que esto produce.

A tan diferentes consideraciones responden los efectos legales que siguen:

Los cónyuges tienen en sus respectivos casos el derecho de exigir la entrega de la dote (1).

Trascurridos los dos primeros años después de haber contraído el matrimonio sin entregarse la dote, hay obligación de pagar intereses (2).

Los bienes del que promete dotar quedan obligados por ministerio de la ley al cumplimiento de la promesa (3).

El extraño que voluntariamente promete una dote, el padre de la mujer y ésta misma gozan del beneficio de competencia (4).

La dote constituida por un insolvente puede rescindirse á instancia de los acreedores (5).

No conocemos ley que haga responsable al dotante de los vicios ocultos que puedan tener las cosas dotales. Respecto á la evicción, una constitución de Severo y Caracalla (6) distingue los casos siguientes: 1.º Cuando la dote se ha dado en cumplimiento de una promesa anterior, es siempre responsable (7). 2.º Cuando, sin haberla ofrecido previamente, se limita á entregar de buena fe los objetos, responde si consti-

(1) D., XXIII, 3, 48, § 1.—C., V, 11, 5.

(2) C., V, 12, 31, § 2.

(3) C., V, 13, un, § 1.

(4) D., XXIII, 3, 33.

(5) D., XLII, 8, 14 y 25, § 1.

(6) C., V, 12, 1.

(7) D., XLVI, 3, 98, § 1.



tuye dote estimada, como equivalente á una venta (1); pero nó si inestimada (2).

2.º «SPONSALITIAE LARGITATES :» SU DEFINICION, NATURALEZA Y EFECTOS.

Hemos dicho anteriormente que la prohibicion de donaciones entre marido y mujer comenzaba desde que se contraía el matrimonio; pero que siempre estuvieron permitidas entre los esposos ántes de celebrar el matrimonio aunque se realizáran en el mismo dia de su casamiento.

Eran, pues, donaciones sponsalicias *los regalos que mutuamente solian hacerse los esposos en contemplacion al matrimonio que iban á realizar.*

Como toda donacion ordinaria *inter vivos*, podian hacerse puramente, es decir, irrevocables, ó condicionalmente, bajo el propósito de que se revocáran cuando el matrimonio no se llevase á efecto (3). Mas despues de Constantino, se sobreentiende que todas llevan la condicion se *si se realiza el matrimonio*; faltando esta condicion, producen diferentes resultados segun los casos: 1.º Si el matrimonio deja de llevarse á efecto por causa del donante, no puede repetir éste lo dado y debe entregar lo que prometió. 2.º Si por causa del donatario, está obligado á devolver lo recibido. 3.º Si por muerte de uno de ellos, hay que subdistinguir: cuando fuere la esposa quien hubiera hecho la donacion, queda ésta siempre revocada: cuando hubiese donado el esposo, tambien se revocará por completo, *osculo non interveniente*; mas en otro caso, se revocará únicamente en la mitad de su valor (4).

3.º DONACIONES «PROPTER NUPTIAS :» SU DEFINICION, NATURALEZA Y FIN ÁNTES Y DESPUES DE JUSTINIANO:

§ 3. Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post (5) nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenerit, etiam

(1) D., XIX, 1, 52, § 1; XXIII, 3, 16.

(2) D., XXIII, 3, 69, § 7.

(3) D., XXXIX, 5, 1, § 1.—C., V, 3, 10 y 11.

(4) C., V, 3, 15 y 16.

(5) C., numquam.



ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit; sed tamen nomen inconueniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos, plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exequentur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecendant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituantur.

Hasta Justiniano la donacion *propter nuptias* no presenta un carácter bien definido. El Emperador nos dice que eran muchas las quejas contra los maridos fundadas en que hacían donaciones conocidas de antiguo bajo el nombre de *ante nuptias*, y no las insinuaban para que careciesen de validez, resultando que el marido se lucraba con la dote, y la mujer no tenía derecho á la donacion (1).

Estas palabras y el nombre especial de *ante nuptias* prueban, en nuestro sentir, que aparte de los regalos mutuos, *sponsalitiarum largitates*, manifestados anteriormente, la costumbre había establecido que el esposo hiciese ántes del matrimonio una donacion á su esposa tomando en consideracion la dote que ésta aportaba. La denominacion de *ante nuptias* se explica naturalmente, porque despues de casados era nula toda donacion entre los cónyuges; pero como Justino permitió constituirla en el caso de que la dote hubiese aumentado durante el matrimonio (2), y Justiniano aunque no mediara esta circunstancia, ya no era propio el nombre antiguo y le sustituye con el de *propter nuptias*, llamándola también *antipherna* y *propter dotem* (3).

Mas las reformas de Justiniano se extienden no sólo al nombre, sino á la naturaleza y al fin de esta donacion. Ya no es, como antiguamente una liberalidad espontánea del marido, sino el cumplimiento de una obligacion estrictamente legal; porque se impone al marido la necesidad de constituir en donacion *propter nuptias* bienes por igual valor al de la dote. En suma, la donacion *propter nuptias* es la parte de bienes, la dote por decirlo así, que el marido debe llevar al fondo comun y destinada al sostenimiento de las cargas matrimoniales, como la dote de su mujer. De esta manera viene á igualarse

(1) C., V, 3, 20, pr. (2) C., V, 3, 19. (3) C., V, 3, 20.



la condicion de ambos , á garantirse la restitucion de la dote, y á duplicar los recursos permanentes de la familia. El régimen económico familiar ha sufrido un cambio trascendental, segun dijimos al principio de esta materia.

Diremos, pues, que donacion *propter nuptias* es la que el marido tiene obligacion de constituir á favor de su mujer en igual valor al de la dote.

Por consecuencia de este nuevo carácter, queda relacionada con la dote en los términos siguientes :

1.º El padre tiene obligacion de constituirla en favor del hijo, como la dote en favor de la hija (1).

2.º Debe constituirla el marido siempre que la mujer lleve una dote (2), por el mismo valor en que la dote consista (3), y sin que pueda ser mayor (4); pero si la dote se aumenta durante el matrimonio, debe aumentarse la donacion en igual cuantía (5).

3.º Los pactos que se establezcan con respecto á la dote, se aplican igualmente á la donacion *propter nuptias*, y vice-versa (6).

4.º La donacion debe insinuarse cuando llegue á 500 sólidos; pero la mujer no pierde su derecho aunque el marido haya omitido la insinuacion (7).

DERECHOS DE AMBOS CÓNYUGES, YA DURANTE EL MATRIMONIO, YA DÍSUELTO ÉSTE, SOBRE LAS COSAS OBJETO DE LA DONACION.

*Durante el matrimonio*, continúa perteneciendo al marido; ni podia ser otra cosa cuando se hace dueño de la misma dote aportada por su mujer. La administra libremente, destinando sus productos á las obligaciones del matrimonio, pero no puede vender los bienes donados ni hipotecarlos (8): esto comprueba que el marido permanece dueño; porque de no serlo, careceria de objeto la prohibicion.

Si el marido se reduce á la indigencia, la mujer tiene igual reclamacion que en la dote (9).

*Disuelto el matrimonio*, se observarán en primer término los pactos que sobre la donacion hubieran establecido los cón-

(1) C., V, 11, 7.

(2) Nov. XCI, cap. 2.

(3) C., V, 14, 9 y 10.—Nov. XXII, cap. 20; XCVII, cap. 1.

(4) C., V, 3, 19 y 20.—Nov. XCVII, cap. 2; CXIX, cap. 1.

(5) Nov. XCVII, cap. 2.

(6) C., V, 14, 9.—Nov. XXII, cap. 20.

(7) Nov. CXIX, cap. 1; CXXVII, cap. 2.

(8) Nov. LXI, cap. 1.

(9) C., V, 12, 29.



yuges (1). No mediando especial convenio, hay que distinguir la causa de su disolución: 1.º *Por muerte de la mujer*, los herederos de ésta carecen de todo derecho: el marido readquiere el libre ejercicio de las facultades que constituyen el dominio (2). 2.º *Por muerte del marido*, se hace de la mujer cuando no hay sucesión; pero si quedan hijos, la propiedad corresponde por iguales partes á ellos y á la madre, conservando ésta todo el usufructo (3). 3.º *Por divorcio de que sea culpable la mujer*, no adquiere ésta derecho alguno (4). 4.º *Por divorcio de que sea culpable el marido*, pasa á la mujer en aquella parte que se haya estipulado respecto de la dote para el caso en que fuese culpable la mujer (5).

La mujer tiene garantidos sus derechos mediante una hipoteca legal no privilegiada sobre todos bienes del marido (6).

El último párrafo del título ni debía figurar en él, ni ofrece interes. Cuando un condueño manumitía al esclavo, su parte de dominio pasaba al otro condueño. Justiniano declara, por el contrario, que en este caso el esclavo se haga libre, y el condueño que no manumitió deberá ser indemnizado de su porción en el dominio, con arreglo á la tarifa que establece basada en la edad y en el oficio del esclavo (7). Es una de tantas innovaciones favorables á la libertad que el Emperador introdujo. Dice así el párrafo:

§ 4. Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem (8) lucrum accrescere: hoc, quasi invidiae (9) plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam, per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro fruantur beneficio, libertate cum effectu procedente (cujus favore et antiquos

(1) C., V, 3, 7; id. 12, 31.

(2) C. V, 3, 18.—Nov. XXII, cap. XX, § 1.

(3) Nov. XCVIII, cap. 1; CXXVII, cap. 3.

(4) C., V, 17, 8, § 4.

(5) C., V., 17, 8, § 4 y 5.—Nov. CXVII, cap. 9.

(6) C. VIII, 18, 12, § 2.—Nov. CIX, cap. 1.

(7) C., VII, 7, 1.

(8) C. severioribus autem dominis.

(9) C. invidia.



legislatores multa et (1) contra communes regulas statuisset manifestissimum est (2), et eo, qui eam imposuit, suae liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

## TÍTULO VIII.

### A quiénes se permite ó nó enajenar.

1.º Principio general: excepciones del mismo.—2.º Derechos del marido y de la mujer sobre los bienes dotales.—3.º Derecho del acreedor para enajenar los bienes hipotecados ó empeñados.—4.º Derechos del tutor ó curador, y capacidad del menor para enajenar los bienes de éste.

#### 1.º PRINCIPIO GENERAL: EXCEPCIONES DEL MISMO.

Las Instituciones han expuesto en los títulos anteriores los varios modos singulares de adquirir por actos *inter vivos*. Para completar esta materia, reseñan en el actual las personas *de quienes*, mediante aquéllos, podemos adquirir; y en el inmediato, las personas *por cuyo ministerio* podemos hacerlo.

Bajo la palabra *enajenar* se comprende no sólo la traslación del dominio y la manumisión de los esclavos, sino el dar una cosa en enfiteusis, prenda ó hipoteca y el gravarla con servidumbre (3).

Como en todos estos casos hay pérdida del dominio ó de alguna facultad que le constituye, claro es que generalmente todo dueño, pero sólo el dueño, podrá ejecutar con validez actos de semejante naturaleza. Tan evidente le parece á Justiniano este principio, que le da por supuesto; y se limita á decirnos las excepciones que sufre en ambos sentidos, esto es, los que siendo propietarios no pueden enajenar y los que no siéndolo pueden hacerlo; en el primer caso coloca al marido y al pupilo; en el segundo, al acreedor con prenda ó hipoteca: los examinaremos separadamente.

#### 2.º DERECHOS DEL MARIDO Y DE LA MUJER SOBRE LOS BIENES DOTALES.

§ inicial. *Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat.*

(1) C. etiam. (2) C. manifestum. (3) C., IV, 51, 7.



Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum (1), etiam volente (2): utriusque (3) remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta fiat (4) alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum convertatur.

En el título precedente queda expuesta la doctrina que se refiere á la constitucion de la dote: ahora nos ocuparemos de los derechos que sobre ella corresponden á los cónyuges, ya durante el matrimonio, ya disuelto éste.

(A) *Durante el matrimonio.*

Los bienes dotales se adquieren por aquél que ha de sostener las cargas del matrimonio. Pertenece, pues, al marido, si es *sui juris* (5). Si fuese *alieni juris*, corresponden al ascendiente bajo cuya potestad se halle; pero, como en expresion de Paulo *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt, y post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor* (6), cuando el ascendiente muera, podrá el hijo retirar previamente la dote del caudal hereditario (7).

Mas ¿ en qué concepto adquieren estas personas los bienes dotales? Para resolver esta cuestion, que tanto divide á los escritores, necesitamos conocer las facultades que se les atribuyeron en las diferentes épocas.

1.<sup>a</sup> Hasta el tiempo de Augusto, no cabe dudar que la dote venia á constituir parte del patrimonio del marido ó de su ascendiente, quienes podian disponer de ella sin limitacion alguna.

2.<sup>a</sup> Bajo el imperio de Augusto se dictó la ley *Julia de fundo dotali ó de adulteriis*, pues con ambas denominaciones se la cita (8). Segun el párrafo de las Instituciones, prohibia esta ley enajenar el predio dotal itálico sin consentimiento de la mujer, é hipotecarle aunque ella consintiese. Augusto sin duda tuvo en cuenta la mayor facilidad con que se prestaría la mujer á constituir hipoteca, cuyos efectos remotos no

(1) C. *addit rerum*.

(2) C. *volente ea*.

(3) C. *utriusque*.

(4) C. *sit*.

(5) D., XXIII, 3, 1.

(6) D., XXIII, 3, 56, § 1 y 2.

(7) D., X, 2, 20, § 2; id. id., 46.

(8) PAULO, II, 21.—D., XXIII, 5.



previa, que á la enajenacion cuyos resultados inmediatos no podian ocultársele. Desde entónces no fué permitido vender ni gravar con servidumbres el predio dotal, ni renunciar las servidumbres constituidas en su favor (1).

3.<sup>a</sup> Ya en tiempo de Gayo se dudaba si la prohibicion de enajenar debía únicamente aplicarse á los predios itálicos ó tambien á los provinciales (2); pero cualquiera que fuera el alcance de la ley Julia, es lo cierto que Justiniano declaró en 530 que el marido no podría vender ni hipotecar el fundo dotal entregado sin estimacion, bien fuese itálico ó provincial, aunque la mujer consintiera; *ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam* (3).

Estas prohibiciones se extendian al esposo que hubiera recibido anticipadamente la dote (4), y subsistian despues de disuelto el matrimonio (5). No eran, sin embargo, tan absolutas que siempre fuese imposible la enajenacion; porque ésta subsistia en los casos siguientes:

1.<sup>o</sup> Cuando se verificaba por consecuencia de una necesidad legal; v. gr., si el condueño solicitase la division (6) ó por amenazar ruina un edificio dotal y no prestarse la caucion oportuna, se otorgára posesion al vecino (7).

2.<sup>o</sup> Cuando el marido se daba en arrogacion; pues el arrogante adquiria *per universitatem* los bienes dotales entre los demás del arrogado, *cum suo tamen jure, ut alienari non possint* (8). Caso que ya no tiene lugar despues de las reformas de Justiniano.

3.<sup>o</sup> Cuando el marido lega el fundo dotal é instituye por heredera á la mujer, si á ésta le queda libre el valor del fundo vendido (9).

4.<sup>o</sup> Cuando se permutan los objetos dotales en utilidad de la mujer (10).

5.<sup>o</sup> Cuando se devuelve la dote durante el matrimonio en los casos permitidos (11).

6.<sup>o</sup> Cuando, disuelto el matrimonio, no hubiera de res-

(1) D., XXIII, 5, 5 y 6.

(2) GAYO, II, 63.

(3) C., V, 13, un. § 45.

(4) D., XXIII, 5, 4.

(5) D., XXIII, 5, 12.

(6) C., V, 23, 2.

(7) D., XXIII, 5, 1. pr.

(8) D., XXIII, 5, 1, § 1.

(9) D., XXIII, 5, 13, § 4.

(10) D., XXIII, 3, 26.

(11) D., XXIII, 3, 75, § 1; id. id., 85; XXIV, 3, 20.



tituirse la dote á la mujer y la adquiriese el marido (1); porque la reclamacion de nulidad solamente compete á la mujer y á sus herederos (2), pero nó al marido (3).

Tales son las disposiciones legales que regulan los derechos del marido sobre la dote. Aparece de ellas: 1.º Que el pleno dominio del marido únicamente se restringió acerca del fundo que se hubiera dado sin estimacion: mas nunca respecto de los fundos inestimados ni de las cosas muebles. 2.º Que aquella restriccion no quitó al marido el dominio sobre el predio inestimado; porque solamente le privó el ejercicio de la facultad de enajenar, sin trasferirla á otra persona (página 281), y en el hecho mismo de prohibirle la enajenacion, reconoce que es dueño. 3.º Que áun esta prohibicion no fué absoluta, supuesto que se mantenía en los casos expresados. Para comprobar que esa era la verdadera doctrina, mencionaremos los pasajes más principales que contienen aplicaciones concretas de la misma.

Las cosas dotales se hacen del marido, *fiunt mariti*, tan pronto como se le entregan durante el matrimonio; y ántes de celebrado éste, cuando se le entregan para que se hagan suyas inmediatamente: si se le dieran para que las adquiriese cuando se lleve á efecto el matrimonio, no las hace suyas hasta el momento de casarse (4).

Mientras el marido no adquiere el dominio, los bienes no se entienden dotales (5). Una vez adquirido el dominio, compete al marido la accion *reivindicatoria* y la *rerum amotarum* áun contra la mujer (6); y la *furti* contra los extraños (7): así como él viene obligado á prestar las cauciones que incumben al que es propietario, v. gr., la *damni infecti* (8). Ninguna de estas acciones corresponden á la mujer (9).

Si el objeto de la dote es una deuda que el marido tuviese para con el constituyente, no está obligado á pagar ni el capital ni los intereses durante el matrimonio (10): si créditos contra un tercero, corresponde al marido exigir el pago ó

(1) D., XXI, 5, 3, § 1; id. id., 17; XLI, 3, 42.

(2) D., XXIII, 5, 13, § 3.—C., V, 12, 30.

(3) D., XXIII, 5, 7.

(4) GAYO, II, 63.—D., XV, 1, 47, § 6; XXIII, 3, 7, § 3; 9, § 1; 67 y 75; id. 5, 13, § 2.—C., V, 12, 23.

(5) D., XXIII, 5, 13, § 2.

(6) D., XXV, 2, 24.

(7) D., XLVII, 2, 49, § 1.—C., V, 12, 11.

(8) D., XXIII, 3, 1.

(9) D., XLVII, 2, 49, § 1.—C., III, 32, 9.

(10) D., XXIII, 3, 12, § 2; id. id., 41, 43, 44 y 46.



permitir bajo su responsabilidad que los retenga el deudor (1).  
Adquiere las acciones y frutos de la dote; si bien los incrementos que no se reputan frutos constituyen un aumento de la dote (2).

Las servidumbres personales dadas en dote, v. gr., el usufructo, pasan al marido (3); y las prediales extinguen por consolidación las que existiesen entre los fondos dotales los propios del marido (4).

Puede manumitir los esclavos dotales y los comprados con dinero de la dote (5), si ofrece garantía para responder de su valor (6).

Instituido heredero el siervo dotal por un extraño, corresponde al marido autorizarle ó nó para adir la herencia, consultando la voluntad de la mujer (7) y restituyéndola oportunamente la herencia ó su valor (8).

El título *pro dote*, calificado de *justissimum*, coloca al marido en condición de usucapir el objeto dotal cuando no pertenecía al dotante, según ya sabemos; y mientras, le confiere el derecho de utilizar la acción *publiciana* (9).

Por último, cuando el marido fallece, trasmite la propiedad de la dote á sus herederos, si bien pasará á ellos con la misma calidad, *cum suo jure, ut alienari non possit* (10); y puede legar las cosas dotales siempre que indemnice á la mujer del valor de aquellas (11).

Viceversa, durante el matrimonio ningún derecho corresponde á la mujer sobre los bienes dotales; pero como le tiene eventual para reclamarla cuando aquél se disuelva, no debemos extrañar: 1.º Que las leyes consideren la dote cual si perteneciere á la mujer (12). 2.º Que otorguen á ésta ciertas acciones conducentes á la seguridad de aquel derecho eventual. Por esto puede reclamar contra los responsables de la venta de un fundo que inestimado entregó á su marido y

(1) D., XXIII, 3, 71, 80 y 83.

(2) D., XXIII, 3, 4; 7. pr.; 10, § 2 y 3; 32 y 69, § 9; XXIV, 3, 7, § 12.—C., V, 12, 20.

(3) D., XXIII, 3, 66 y 78, § 1 y 2.

(4) D., XXIII, 3, 78, pr.; id. 5, 7.

(5) D., XXIII, 3, 21 á 24.—C., V, 12, 3; VII, 8, 7.

(6) D., XL, 1, 21.—C., VII, 8, 1.

(7) D., XXIV, 3, 58.

(8) D., XXIV, 3, 64, § 10.

(9) D., VI, 2, 3, § 1.

(10) D., XXIII, 5, 1, § 1.—XLI, 1, 62.

(11) D., XXIII, 5, 13, § 4.

(12) D., XXIII, 3, 75.—C., V, 12, 30.



éste pierde en juicio (1) y despues de su muerte, los herederos (2); por esto tambien, cuando resulta evidentemente que los bienes del marido no bastarán para la devolucion de la dote, puede pedir el secuestro de la misma (3) y áun su efectiva restitution (4).

(B) *Disuelto el matrimonio.*

Los bienes dotales no pueden ser restituidos mientras dura el matrimonio sin que ocurra una causa legítima especial; y si lo fueren, deberán devolverse al marido con todos los frutos que hubieran producido desde que la mujer los recibió. Esto se funda, bien en que resultaría una donacion hecha por el marido á la mujer (5), bien en que, como dice Paulo, *dotis causa perpetua est; et cum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit* (6). Se estiman causas legítimas los alimentos de la mujer ó de ciertos parientes suyos, la compra de un fundo y el pago de deudas (7).

Una vez disuelto el matrimonio, fué muy diverso el derecho que se observó en cuanto á la restitution de la dote.

Primitivamente, el marido no tenia obligacion de restituir, á ménos que se hubiera estipulado cuando se entregó, estipulacion que, segun Aulo Gelio, comenzó á usarse desde que tuvo lugar el divorcio de Carvilio Ruga (8).

Más tarde, se establece por jurisprudencia:

1.º Que cuando el marido sobreviva á la mujer, conserve la dote *adventicia*, si no se estipuló su reversion (9); porque si se hubiera convenido, podria reclamarse por la accion *ex stipulatu* cuando habia mediado estipulacion, y por la *praescriptis verbis* cuando sólo intervino un mero pacto que, cumplido por la entrega de la dote, pasaba á ser *contrato innominado* (10). La dote *profecticia* volvía al constituyente (11) pero reteniendo el marido una quinta parte por cada hijo (12), y si el constituyente fallecia ántes que el marido, quedaba toda en poder de éste (13).

(1) D., XXI, 2, 22, § 1; XXIII, 3, 75.

(2) D., XXI, 2, 23.

(3) D., XXIV, 3, 22, § 8; id. id., 24, pr.

(4) C., V, 12, 29 y 30.—Nov. XCVII, cap 6.º

(5) C., V, 19, un.—Nov. XXII, cap. 39.

(6) D., XXIII, 3, 1.

(7) D., XXXIV, 3, 20.

(8) *Noch. Attic.*, IV, 3.

(9) ULPIANO, VI, 5.—*Vat. Fragm.*, 100.—C., V, 13, un. § 6.

(10) C., V, 12, 6; id. 13, un. § 13; id. 14, 1.

(11) D., XIV, 6, 17; XXI, 2, 71; XXIII, 3, 6, pr.; XXIV, 3, 40, pr.; id. id., 59.—C., V, 18, 4.

(12) ULPIANO, VI, 4.—*Vat. Fragm.*, 108.

(13) ULPIANO, VI, 4.—D., XXIII, 3, 79, pr.



2.º Que si el matrimonio se disolvía por muerte del marido ó por divorcio de comun acuerdo, la mujer ó su padre podían demandar la restitucion; pero al marido y sus herederos se les concedía el derecho de retener la dote *propter impensas, propter res donatas, y propter res amotas* (1). Cuando la mujer ó su padre daban causa al divorcio, podía el marido retener una sexta parte por cada hijo, no excediendo de la mitad de la dote, *retentio propter liberos* (2). Si el divorcio tenía lugar por las malas costumbres de la mujer, perdía ésta la dote: posteriormente, sólo perdió una sexta parte cuando era culpable de adulterio, y una octava parte cuando de otras faltas. El marido á su vez tenía obligacion de restituir la dote inmediatamente, si era culpable de adulterio; y en el término de seis meses, si de faltas ménos graves (3).

3.º Cuando no hubiera mediado convenio anterior, las cosas dotales no fungibles debían restituirse en el acto, y las fungibles en tres plazos anuales (4). Se ejercitaba al efecto la accion *rei uxoriæ* que era *de buena fe*, ó sea, que el juez tenía las más amplias facultades para decidir sobre la reclamacion, tomando en cuenta la conducta observada por ámbos cónyuges (5). Esta accion no se trasmitía a los herederos del que tenía derecho á la restitucion, y no podía entablarse si la mujer aceptaba un legado de su marido, porque el edicto pretorio *De alterutro* la obligaba á escoger una de las dos cosas.

Llega, por último, la epoca de Justiniano, y el derecho acerca de este punto sufre considerables reformas; despues de ellas, veamos: 1.º Personas á quienes se devuelve la dote. 2.º Acciones y garantías que se conceden para hacer efectiva la devolucion. 3.º Contra quiénes puede reclamarse. 4.º Extremos que abraza la reclamacion. 5.º Plazo dentro del cual ha de pagarse. 6.º Impensas que son de abono al demandado.

(a) *Personas á quienes se devuelve.*

Si al establecerse la dote se prefijó á quién debía devolverse, se observará lo convenido (6), con tal que el pacto resulte claramente (7).

(1) ULPIANO, VI, 9.—*Vat. Fragm.*, 106, 107, 120 y 121.

(2) ULPIANO, VI, 9 y 10.

(3) ULPIANO, VI, 11 y 12.

(4) ULPIANO, VI, 8, 13.—C., V, 13, un. § 7.

(5) CICERON, *De officiis*, III, 15; Id., *Topica*, 4 y 17.—D., XXIII, 3, 6, § 2; id. *id.*, 12, § 1.—C., II, 34, un.

(6) D., XII, 4, 6; XXIII, 3, 43, § 1; XXIV, 3, 45.

(7) C., V, 13, un. § 13.



En defecto de convenio, rigen las siguientes disposiciones :

Cuando el matrimonio se disuelve *por muerte de la mujer*, la dote *profecticia* vuelve al ascendiente que la constituyó (1); aunque la mujer no estuviere en la potestad del ascendiente (2) y quedasen hijos del matrimonio, porque Justiniano abolió las retenciones antiguas (3); pero si el constituyente hubiera muerto ántes que la mujer, corresponde á los herederos de ésta (4). La dote *adventicia* pasa desde luego á los herederos de la mujer; y sólo vuelve al constituyente en el caso de haberlo estipulado (5).

Cuando el matrimonio se disuelve *por muerte del marido ó por divorcio*, la dote, bien sea *profecticia*, bien *adventicia*, se restituye á la mujer ó á sus herederos, si ésta es *sui juris* ó su padre se halla ausente (6), sufriendo una condena, furioso ó cautivo (7); mas si estuviese en potestad, á su jefe doméstico, quien no podrá reclamarla contra la voluntad de la mujer (8); y la adquirirá para sí y para su hija (9), de manera que, como peculio adventicio, pasará íntegra á la hija cuando el padre muera (10).

(b) *Acciones y garantías que se conceden.*

Justiniano declara abolida la accion *rei uxoriae*. Concede en todo caso la *ex stipulatu*, aunque no hubiera mediado estipulación, pero conservando el carácter de *buena fe* que tenía la *rei uxoriae*. Esta accion pasa á los herederos y contra los herederos; no admite las retenciones antiguas, porque el marido puede ejercitar las acciones oportunas para hacer valer sus derechos en casos de donaciones, sustracciones é impensas; y puede ejercitarse aunque la mujer acepte un legado del marido, á no ser que precisamente se le haya dejado en lugar de la dote (11).

Para garantir la restitucion de la dote, otorgó Justiniano en 529 á la mujer dos géneros de reclamaciones que á primera vista se excluyen mutuamente. La concede, por una parte,

(1) D., XXIII, 3, 6, pr.—C., V, 18, 4.

(2) D., XXIV, 2, 5; id. 3, 10, pr.; id. id., 59; XLVI, 8, 25.

(3) C., V, 13, un. § 5.

(4) C., V, 13, un. § 6.

(5) C., V, 13, un. § 4, 6 y 13.

(6) D., III, 3, 8, pr.

(7) D., XXIV, 3, 22, § 4, 10 y 11.

(8) D., XXIV, 3, 2, 3, 4, 22 y 34.—C., V, 13, un. § 14; id. 18, 2 y 7.

(9) D., XXIV, 3, 2, § 1; id. id., 3.

(10) C., III, 38, 12; V, 13, un. § 11 y 14.—Nov. XCVII, cap. 5.

(11) C., V, 13, un.



facultad de reivindicar los objetos dotales que al tiempo de la disolucion del matrimonio existan en poder del marido, bien se le hayan entregado con estimacion ó sin ella, considerando que en todo caso, aunque el marido es legalmente dueño, la mujer conserva una especie de *dominio natural*. Por otra, si no quiere usar la reivindicacion, le permite ejercitar una accion hipotecaria preferente á todo acreedor: medida favorable á la mujer cuando el objeto dotal haya desmerecido de valor (1). En 530 declaró tácitamente hipotecados todos los bienes del marido en favor de aquellas personas que pueden reclamar la dote en virtud de disposicion legal, nó como resultado de un pacto, ó sea, la *recepticia* (2); esta hipoteca goza de preferencia sobre todos los demas acreedores (3); pero sólo cuando la utilizan la mujer ó sus descendientes (4).

(c) *Contra quiénes puede reclamarse.*

Respondiendo Ulpiano á esta pregunta, dice: Desde luego es claro que puede reclamarse contra el marido, bien se le haya entregado la dote á él mismo, bien por voluntad suya á otro que esté ó nó sometido á su potestad. Si el marido es hijo de familias, procederá contra el suegro, ya cuando á él se le entregó, ya cuando al hijo por mandato del ascendiente, ó aunque sin mandato en cuanto se lucró con la dote. Si la entrega se hizo al suegro, solamente procederá contra el hijo cuando sea heredero de su padre; en otro caso, los herederos de éste vendrán obligados proporcionalmente (5).

(d) *Extremos que abraza la reclamacion.*

1.º Todo lo que se entregó en concepto de dote, segun su naturaleza.

Si se trata de cosas *fungibles, mariti, periculo sunt*, dice Gayo: *quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis restituat, vel heres ejus* (6). Si de cosas *no fungibles*, la restitucion se hará en los términos que expusimos al marcar la diferencia entre la dote *inestimada* y *estimada* (pág. 443).

Los derechos reales cuyo ejercicio se cedió al marido

(1) C., V, 12, 30.

(2) C., V, 13, un. § 1 y 13.

(3) C., VIII, 18, 12, § 1.—Nov. XCI. cap. 2 y 3.

(4) Nov. LXI, § 4; XCI, pr.

(5) D., XXIV, 3, 22, § 12; id. id., 24, § 1; id. id., 31, § 3; id. id., 53.—C., V, 18, 9 y 10.

(6) D., XXIII, 3, 42.



(*dando*), los recobrará el constituyente ó el que le haya sustituido en la propiedad : los que graven fincas del marido (*liberando*), renacerán de nuevo (1).

Cuando el objeto de la dote fuesen créditos, se devolverá ó los objetos cobrados ó el crédito mismo, justificando el marido que no ha podido hacerlo efectivo (2). En todo caso responde el marido si al constituirse la dote sabía que el deudor era insolvente (3), ó si nova ó perdona la deuda (4); pero nunca, si el deudor es ascendiente de la mujer ó ésta misma, por la consideracion que naturalmente debe guardarles (5).

2.º Las cosas que se sustituyeron á otras dotales mediante el consentimiento expreso ó tácito de la mujer (6); pero nó lo que el marido compró para sí con dinero dotal (7).

3.º Las accesiones que hayan tenido los bienes dotales cuando éstos corren á riesgo de la mujer, pero cuyos aumentos no se estimen frutos; v. gr., el aluvion, el parto de una esclava, etc. (8).

Todos los frutos que produzca la dote mientras subsista el matrimonio pertenecen al marido, porque soporta las cargas (9). Los correspondientes al primero y último año de matrimonio, deducidas las impensas, se distribuyen entre los cónyuges á prorata del tiempo que en cada uno de esos años estuvieron unidos (10), sin tener en cuenta la fecha de su percepcion, porque, como dice Ulpiano, *toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus* (11).

4.º Los frutos que provengan de no haber tenido el marido en las cosas dotales el mismo cuidado que en las suyas propias, culpa leve *in concreto* (12); mas si proviniesen, nó de culpa *in omittendo*, sino *in faciendo*, v. gr., maltratar á los esclavos, responde de la *in abstracto* (13).

(1) D., XXIII, 3, 66 y 78; XXIV, 3, 57.

(2) D., XXIII, 3, 33; 46, pr.; 48, § 1; 49, 53, 56 y 71; id. 4, 6 y 20, § 2; XXIV, 3, 30, § 1; 44, § 1; 49, pr.; 66, § 6 y 7.

(3) D., XXIII, 3, 41, § 3.

(4) D., XXIII, 3, 35, 49 y 71; XXIV, 3, 66, § 6.

(5) D., XXIII, 3, 33 y 41, § 4; XXIV, 3, 30, § 1; id. id., 66, § 7.

(6) D., XXIII, 3, 25, 26, 27 y 32; id. 4, 21 y 29, pr.

(7) C., IV, 50, 6; V, 12, 12; VII, 8, 7.

(8) D., XXIII, 3, 4; 10, § 1, 2 y 3; 65 y 69, § 9; XXIV, 3, 7, § 12; 31, 61 y 64.—C., V, 13, un. § 9.

(9) D., XXIII 3, 7, pr. y § 1; 10, § 3.—XXIV, 3, 6 y 8.—C., V, 12, 30; id. 13, un. § 9.

(10) D., XXII, 1, 38, § 12; XXIII, 3, 7, § 1; 73, § 2; XXIV, 3, 5, 7 y 25, § 4; id. id., 31, § 4.—C., V, 13, un. § 9.

(11) D. XXIV, 3, 7, § 9.

(12) D., XXIII, 3, 17, pr.

(13) D., XXIV, 3, 24, § 5.



5.º Los perjuicios que resulten de la tardanza por parte del marido en restituir la dote (1); responsabilidad que cesa si hubiere á la vez tardanza por parte de la mujer (2).

(e) *Plazo para devolverse.*

Justiniano abolió los plazos antiguos, y con ménos fundamento estableció que las cosas raíces se devolviesen al instante, y las muebles, semovientes é incorporales, dentro del primer año, debiendo abonar en otro caso respectivamente los frutos ó el cuatro por ciento de interes (3).

(f) *Impensas abonables.*

Al devolver la dote, puede el marido reintegrarse de las impensas hechas en los bienes dotales, las cuales se clasifican en *necesarias, útiles y de mero ornato* (4).

Define Paulo las primeras: *Id videtur necessariis impensis contineri, quod si à marito omissum sit, iudex tantum ei damnavit, quanti mulieris interfuit, eas impensas fieri* (5), y Ulpiano *quibus non factis dos imminuitur* (6). A esta clase corresponden, por ejemplo: los gastos invertidos en la curacion de los esclavos (7), en obras para defender los campos de la invasion del rio (8), en reconstruir una casa, renovar un olivar descuidado y edificar un molino ó granero indispensables (9).

Mas no todos los gastos precisos son impensas abonables. Ulpiano dice á este propósito: *Nos generaliter definimus, multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam, que non ad presentis temporis pertineat, an vero ad presentis anni fructum. Si in presentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad presentis tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum* (10). Por esto no se reputan impensas necesarias los gastos de mera conservacion (11), ni los de cultivo (12), ni los impuestos; *onus enim fructuum hæc impendia sunt* (13).

Así entendidas, las impensas necesarias disminuyen *ipso jure* la dote en su conjunto, nó el valor individual de las cosas en que respectivamente se han hecho; esto es, la obligacion que tiene el marido de restituir la dote se halla disminuida en cuanto ascienden los gastos. Por consecuencia, de-

(1) D., XXIV, 3, 75, § 2.

(2) D., XXIV, 3, 9 y 26.

(3) C., V, 13, un. § 7.

(4) D., XXV, 1, 1, pr.

(5) D., XXV, 1, 4.

(6) D., XXV, 1, 14, pr.

(7) D., XXV, 1, 2.

(8) D., XXV, 1, 14, pr.

(9) D., XXV, 1, 1, § 3.

(10) D., XXV, 1, 3, § 1.

(11) D., XXV, 1, 15.

(12) D., XXV, 1, 16

(13) D., XXV, 1, 13.



berá reintegrarse primeramente con el metálico que hubiera de entregar; y no habiendo metálico, podrá retener la parte de dote equivalente á los gastos (1).

Denominanse impensas *útiles* las que, sin ser indispensables, mejoran la condicion de la dote: *quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est, dotem* (2). Como tales enumeran las leyes: un nuevo plantel, una estancia conveniente, beneficiar los campos, enseñar á los esclavos ciertas artes, etc. (3).

Este género de impensas no disminuyen *ipso jure* la dote; pero el marido tiene derecho para exigir su valor (4), ejercitando la accion *mandati* si se han hecho con voluntad de la mujer, y la *negotiorum gestorum* si no intervino aquélla (5).

Finalmente, son de *mero ornato* las invertidas en hacer delicioso el objeto: *quas maritus ad voluptatem fecit, et quæ species exornant* (6); Ulpiano pone como ejemplo la construccion de un baño (7).

El marido no puede reclamar el importe de estos gastos aunque se hayan hecho con acuerdo de la mujer (8), y únicamente se le permite retirar las mejoras si admiten separacion y la mujer no quiere satisfacer lo que importan (9); pero cuando se han invertido en cosas destinadas á la venta, se consideran siempre *útiles* (10).

### 3.º DERECHOS DEL ACREEDOR SOBRE LOS BIENES HIPOTECADOS Ó EMPEÑADOS.

§ 1. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est.

(1) *Inst.* IV, 6, § 37.—D., XXIII, 3, 56, § 3; XXV, 1, 5.—C., V, 13, un. § 5.

(2) D., XXV, 1, 5, § 3.

(3) D., XXV, 1, 6 y 14, § 1.

(4) D., XXV, 1, 7, § 1.

(5) C., V, 13, un. § 5.

(6) D., XXV, 1, 7, pr.

(7) D., XXV, 1, 14, § 2.

(8) D., XXV, 1, 11, pr.

(9) D., XXV, 1, 9.—C., V, 13, un. § 5

(10) D., XXV, 1, 10.



En el título XIV del libro III expondremos la naturaleza de la prenda é hipoteca, sus clases, maneras de constituirse y extinguirse, y los efectos que producen. Figura entre ellos el derecho del acreedor para proceder á la venta de la cosa hipotecada ó empeñada; doctrina que anticipamos en este lugar por exigirlo la explicacion del texto.

Contrapone Justiniano al marido el acreedor que, sin ser dueño, puede vender. En efecto, la prenda y la hipoteca son meras garantías que se dan al acreedor de que se cumplirá la obligacion, permitiéndole vender el objeto cuando no sea cumplida oportunamente; luego mientras no vence la deuda, conserva el deudor sobre la cosa íntegras las facultades que constituyen el dominio, si bien todas ellas pueden ser restringidas ó suspendidas por convenios particulares, como en su lugar veremos.

Llegado el dia del vencimiento (1) y no satisfecha la deuda en su totalidad (2) con los intereses, daños y perjuicios (3), ó no consignando judicialmente su importe (4), el acreedor puede vender la cosa, bien se le hubiere autorizado expresamente para ello, bien nada se conviniera, bien se pactára que no había de venderse, con tal que se observen las formalidades debidas (5). No impide la venta el que uno de los herederos del deudor haya satisfecho la parte de la deuda que le corresponda (6). En el caso de que sean varias las cosas afectas, el acreedor puede vender la que quiera (7).

Con el propósito de otorgar al deudor cuantas ventajas permite el derecho del acreedor, dictó Justiniano varias disposiciones nuevas relativas á la venta, á sus efectos y al caso en que no hubiera comprador. Hé aquí la doctrina en resúmen:

(A) *Venta.*

Se observará en primer lugar lo convenido acerca de la manera con que haya de procederse á la venta, del tiempo y demas circunstancias. Cuando nada se convino, el acreedor notificará al deudor su resolucion de vender; y á contar desde la notificacion ó desde la sentencia en que se le condene

(1) D., XX, 5, 4.

(2) C., VIII, 28, 6.

(3) D., XIII, 7, 8, § 5.

(4) C., VIII, 28, 5 y 8.

(5) D., XIII, 7, 4 y 5; XX, 4, 12, § 10. — C., VIII, 14, 14; id. 28, 14; id. 29, 1 y 2.

(6) C., VIII, 28, 16; id. 31, 1.

(7) D., XX, 5, 8.



al pago, esperará dos años (1). Si se pactó que no se enajenaría, deben preceder tres requerimientos (2).

Trascurridos estos plazos, puede hacerse la venta pública ó privadamente (3).

El acreedor procede á la venta como representante del deudor (4): por consecuencia responde á éste del dolo y de la culpa (5), y no puede comprar por sí ni por persona interpuesta (6), si bien es permitido pactar ya al constituir la garantía, ya cuando llega el caso de vender, que el acreedor se quede con la cosa por su justo precio (7). Cuando la venta se hiciere judicialmente, podía el acreedor comprar si no había comprador ú ofrecía un precio bajo (8).

(B) *Efectos de la venta.*

Vendida la cosa, se extingue la hipoteca que dió márgen á la venta y todas las posteriores en fecha (9).

El acreedor que vendió debe ceder su derecho al comprador y entregarle la posesion del objeto. Esta posesion le trasfiere los derechos que tuviera el deudor, haciéndole propietario si éste lo era, y en otro caso le constituye en situacion de usucapir (10), aprovechando la posesion del deudor (11).

Vendiendo el acreedor como mandatario del deudor, no está obligado á la eviccion, si no se pacta expresamente, obra de mala fe, ó procede la reclamacion de un acreedor preferente (12); cumple con ceder sus acciones contra el deudor (13).

El precio de la venta se aplica al pago de la deuda que el acreedor quiera, cuando son varias (14) y en primer término al de los intereses (15). Si no alcanza para el total pago, el deudor continúa obligado personalmente por el resto (16). Si, al contrario, es superior á la deuda, una vez cobrada por el

(1) C., VIII, 34, 3, § 1.

(2) D., XIII, 7, 4 y 5.

(3) C., VIII, 28, 4 y 9; id. 34, 3, pr.

(4) D., X, 2, 29.

(5) C., VIII, 28, 4, 7 y 9.

(6) C., VIII, 28, 10.

(7) D., XIII, 7, 34; XX, 1, 16, § 9.

(8) C., VIII, 23, 2.

(9) C., IV, 10, 6 y 7; VIII, 18, 6; id. 20, 1.

(10) D., XLI, 1, 46.—C., VIII, 20, 2; id. 28, 15 y 18; id. 30, 2.

(11) D., XLIV, 3, 14, § 5.

(12) D., XIX, 1, 11, § 13; XX, 5, 10.—C., VIII, 46, 1 y 2.

(13) D., XX, 5, 12, § 1; XXI, 2, 38 y 74, § 1.

(14) D., XLVI, 3, 101, § 1.

(15) D., XIII, 7, 35, pr.

(16) D., XII, 1, 28; XX, 5, 9.—C., IV, 10, 40; VIII, 28, 3 y 9.



acreedor, devuelve el exceso, con usuras en caso de tardanza, para otro acreedor posterior ó para el deudor (1).

Cuando el acreedor vende sin tener derecho, la venta es nula: el deudor puede reclamar el objeto de quien le posea; y si le hubiere ya usucapido, exigirá del acreedor el precio (2).

Aunque el acreedor tenga derecho para vender, el deudor podrá reclamar la devolución del objeto con sus frutos cuando la venta se hubiera hecho sin observar las debidas formalidades ó hubiere mediado mala fe por parte del comprador, ofreciendo á éste el precio que satisfizo (3).

Mas cuando la venta se realiza teniendo el acreedor derecho para ello, con la debida formalidad, y buena fe del comprador, queda irrevocable, pudiendo únicamente el deudor reclamar contra el acreedor si hubiera obrado de mala fe (4).

Por último, si se vendiera la cosa en ménos suma de lo que valia, el deudor puede reclamar del acreedor hasta el justo precio; y resultando insolvente, pedir la cosa al comprador ofreciéndole el precio que satisfizo (5).

(C) *Caso de no presentarse comprador.*

Cuando nadie se presenta á comprar, el acreedor debe requerir nuevamente al deudor si está presente, ó señalársele por el tribunal un plazo dentro del cual podrá recobrar la garantía. Trascurrido éste sin pagar, el acreedor solicitará del príncipe que se le adjudique la cosa por su justo precio; mas el deudor tiene otros dos años despues de adjudicada para readquirirla, satisfaciendo el capital con los intereses y daños bajo juramento del acreedor. Si el valor del objeto es inferior al de la deuda, el acreedor continúa siéndolo por el resto. Si, viceversa, el valor del objeto supera al de la deuda, el deudor conserva su derecho sobre la cosa en cuanto importe el exceso; mas para evitar las dificultades inherentes á la comunión, podrá el acreedor entregar lo que exceda al deudor ó á los acreedores de éste (6).

4.º DERECHOS DEL TUTOR Y DEL PUPILO PARA ENAJENAR LOS BIENES DE ÉSTE.

§ 2. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupil-

(1) D., XIII, 7, 7; 24, § 2; id. id., 42; XX, 4, 12, § 5.—C., VIII, 23, 20.

(2) C., VIII, 30, 2.

(3) C., VIII, 3, 1 y 4.

(4) C., VIII, 28, 7; id. 30, 1, 4 y 5.

(5) C., VIII, 30, 3.

(6) C., VIII, 34, 3, § 2, 3, 4 y 5.



lam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque, si mutuum pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque vindicare nummos (1) possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos (2) dedit, ab eo, qui accepit, bona fide, consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest. At ex contrario omnes res pupillo et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque, si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas: alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Caesarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et iudex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequitur (3) hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit et adhuc eandem summam (4) petat, per exceptionem doli mali summoveri poterit; quodsi aut male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillae solvere sine tutore auctore (5) non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

La doctrina del texto forma parte de lo que dijimos sobre la administracion de los tutores (pág. 173 y siguientes), y está basada en los mismos principios: nos limitaremos pues á una sencilla explicacion del mismo en las tres hipótesis que contiene.

1.° El pupilo presta una cantidad en mutuo sin autoridad de su tutor: *non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis*, resuelve el párrafo. Esto quiere decir que semejante hecho no constituye un *contrato* por virtud del cual el pupilo tenga simple derecho de crédito para reclamar la devolucion de lo entregado, como sucede en el préstamo válido, sino que como la entrega es nula, permanece dueño de las monedas el pupilo, y podrá reivindicarlas

- (1) Vulgo nummi vindicari.
- (2) C. quos mutuos minor dedit.
- (3) C. sequatur.
- (4) C. pecuniae summam.
- (5) C. tutoris auctoritate.



miéntras existan separadas en poder de quien las recibió. Mas si éste las hubiera consumido ó mezclado con otras, ya no sería posible la *reivindicacion*, y habrían de ejercitarse las siguientes acciones: 1.º Si se consumieron ó mezclaron de buena fe, la *condictio*, que procede inmediatamente, sin esperar á que trascurra el plazo marcado, porque no hay contrato. 2.º Si de mala fe, la *ad exhibendum* para que las manifieste; y como quiera que no puede hacerlo, para que se le condene al pago de los daños que bajo juramento fije el pupilo (1).

2.º El pupilo recibe un pago sin autoridad del tutor. Adquiere la propiedad de lo cobrado, porque ya sabemos y aquí reproduce el texto que al pupilo *res sine tutoris auctoritate recludi dari possunt*; pero no se extingue la deuda, porque sin autoridad del tutor el pupilo no puede perder sus derechos, y únicamente corresponde al deudor la excepcion *doli mali* por la suma de que el pupilo se hubiese aprovechado (2). Aunque el pago se hiciera al tutor ó con su autoridad al pupilo, no quedaba enteramente seguro el deudor; porque si el tutor resultase insolvente, el pupilo podría pedir la restitucion *in integrum* contra el pago. Justiniano remedió este inconveniente disponiendo que el deudor al pupilo ó á un menor de veincinco años obtendría completa seguridad, *plenissima securitas*, pagando al tutor ó curador en virtud de una *judicialis sententia, sine omni damno celebrata*, esto es, en virtud de una autorizacion del juez prestada sin gastos, porque ni quiere gravar al pupilo, ni sería justo recargar al deudor por la edad de su acreedor (3). Recordemos tambien que el tutor y curador pueden cobrar válidamente sin decreto judicial las rentas correspondientes á uno ó dos años cualquiera que sea su importancia, y las correspondientes á más de dos años cuando no excedan de 100 sólidos (pág. 176).

3.º El pupilo paga una deuda sin autoridad del tutor. El párrafo se limita á decirnos que el pago es nulo, porque no pudiendo enajenar el pupilo sin autoridad del tutor, *id. quod solvunt, non fit accipientis*. Segun esto, parece que el pupilo podría reclamar la devolucion de la cantidad por las mismas acciones que en el caso de préstamo; hallamos, sin embargo, dos leyes que se oponen á esta resolucion tan absolu-

(1) D., XII, 3, 2, § 1.

(2) GAYO: II, 84.—D., XLVI, 3, 47.

(3) G., V, 37, 25.



ta: 1.<sup>o</sup> Paulo dice: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est* (1), en cuyo caso se halla el pupilo cuando pide que se le devuelva lo pagado. 2.<sup>o</sup> Gayo á su vez: *si creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus* (2). Por lo demás, creemos que estos dos pasajes se refieren á una deuda vencida ya y de cosa determinada; porque si no era todavía exigible cuando el pupilo pagó, ó si fuere alternativa, el pago sería nulo, pues envolvería la pérdida de un derecho para el pupilo sin la autoridad de su tutor.

## TÍTULO IX.

### Por qué personas se adquiere para nosotros.

1.<sup>o</sup> Principios del antiguo derecho.—2.<sup>o</sup> Adquisiciones por medio de nuestros descendientes.—3.<sup>o</sup> Adquisiciones por medio de los esclavos propios.—4.<sup>o</sup> Adquisiciones por medio de los esclavos ajenos sobre los cuales tenemos el derecho de usufructo, de los que poseemos con buena fe, y de las personas libres poseídas como esclavos.—5.<sup>o</sup> Adquisiciones por medio de personas extrañas.

#### 1.<sup>o</sup> PRINCIPIOS DEL ANTIGUO DERECHO.

Por muchos siglos, ni era posible que el ciudadano *sui juris* adquiriese para otro, dadas las ritualidades con que debían practicarse los actos jurídicos, ni que el *alieni juris* adquiriese para sí, pues en la severa constitucion familiar quedaba absorbida su personalidad jurídica por el *paterfamilias* (3). Tal es la doctrina que en principio consagra todavía el

§ inicial. *Acquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos, et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligentius dispiciamus.*

Mas ya sabemos que el tiempo mermó las atribuciones del padre y desterró las formas sacramentales, influyendo nece-

(1) D., XLIV, 4, 8, pr.; L, 17, 173, § 3.

(2) D., XXVI, 8, 9, § 2.

(3) GAYO, II, 95 y 166; IV, 82.—Inst. IV, 10, pr.—D., XXIX, 2, 90; XL, 2, 24; XLVI, 4, 13, § 10; L, 17, 123.—C., VII, 1, 3. *Quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intelligitur in his rebus quae tibi acquiri possunt* Inst. III, 19, § 4 al fin.—D., XLV, 1, 39.



sariamente estos cambios sobre la materia que nos ocupa. De aquí nace que la regla general del párrafo inicial venga á desvirtuarse casi por completo en los siguientes, donde aparece que no todos los sometidos á potestad adquirieren para nosotros, y que podemos adquirir por individuos no sometidos. Veamos la comprobacion de este aserto.

2.º ADQUISICIONES POR MEDIO DE NUESTROS DESCENDIENTES.

§ 1. Igitur liberi vestri (1) utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculii), hoc parentibus suis acquirebant, sine ulla distinctione; et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum est, illi (2), vel extraneo, donare, vel vendere, vel, quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim à nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundum antiquam observationem, totum parenti acquirat (quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?); quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum quidem patri acquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne, quod ei ex suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc, in (3) alium perveniens, luctuosum ei procedat.

§ 2. Hoc quoque à nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens, emancipando liberum, ex rebus, quae acquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis, et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominio pro parte defraudetur, et, quod honoris ei ex emancipatione additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia honorum (4) parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed usufructus retineat: ita etenim et res intactae apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

En los primeros siglos hacía suyo el jefe de la familia todo lo que adquiriesen los constituidos *in manu*, *in mancipio* ó *in patria potestate*: los súbditos nada tenían propio (5). Tan extensa jefatura doméstica vino reduciéndose poco á

(1) C. nostri... habemus.

(2) C. alii filio.

(3) C. ad.

(4) C. eorum honorum.

(5) GAYO, II, 86, 87 y 96.—ULPIANO, XIX, 18 y 19.



poco. Desaparecieron en primer lugar la *manus* y el *mancipium*, quedando limitada á la *potestas patria*. Esta continúa subsistente; pero llega á ser muy raro el caso en que los hijos adquirieran para su padre, por las muchas adquisiciones que sucesivamente se les otorgan. Vamos á reseñarlas; pero fijemos la atención en que unas obedecen á consideraciones políticas, y otras á motivos de equidad: sólo teniendo en cuenta el diverso fundamento de las reformas, podemos explicarnos cómo se decidió á menoscabar la autoridad paterna un pueblo envanecido de tenerla superior á todo otro pueblo, y cómo vino á introducirse la desigualdad entre los miembros de una misma familia.

Hasta el comienzo del Imperio, se llamaba *peculio* los bienes que el padre, usando de su autoridad, confiaba al hijo ó al esclavo para que los administrase (1). Tenían este carácter desde que el padre los entregaba, ó consentía que fueran *peculiares* si el hijo los adquiría por sí, hasta que cambiaba de voluntad (2). A este *peculio*, único que en lo antiguo existía, se le ha calificado de *profecticio* para distinguirlo de los que posteriormente fueron creados, denominación tomada de la dote *profecticia*, porque le constituyen bienes del padre.

Aceptando Marciano la idea de Papirio, compara al *peculio* con el hombre: *nace* ó se forma con todo lo que el jefe da al súbdito, sin ser necesario para la vida de éste; *crece* á medida que se aumenta el caudal; *disminuye* cuando se pierden algunos objetos; y *muere* tan luego como el dueño se incauta de él (3).

El jefe continuaba siendo dueño de este *peculio* (4) y podía retirar su administración en todo tiempo (5); pero si el fisco procedía á vender los bienes del ascendiente para reintegrarse de un crédito, el *peculio* se hacía del hijo (6): también le adquirían los hijos y los esclavos cuando eran emancipados ó manumitidos respectivamente sin quitárseles (7).

Mientras ninguno de estos acontecimientos ocurriese, gozaba el hijo sobre el *peculio* la libre administración, pero

(1) *Peculium dicitur quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum* D., XV, 1, 5, § 3.

(2) D., XV, 1, 4, pr. y § 2.—Id. id., 8.

(3) D., XV, 1, 40.

(4) D., XLI, 1, 37, § 1.

(5) D., XV, 1, 40.

(6) D., IV, 4, 3, § 4.

(7) *Inst.* II, 20, § 20.—D., XV, 1, 53; XXXIX, 5, 34, § 2.—C., VIII, 54, 17.



no podía ejecutar actos de liberalidad (1) ni manumitir los esclavos peculiares sin permiso del padre (2). Los contratos que en la administración del peculio celebrara el hijo obligaban á éste *in solidum*, y al padre en cuanto importase el valor de los bienes confiados á su manejo (3). El padre mismo podía ser acreedor ó deudor con respecto al peculio, como entidad separada de su patrimonio (4).

Tal fué el derecho durante la república; mas tan luego como se estableció el Imperio, fueron creándose nuevas clases de peculios, que para diferenciarlos del antiguo se denominan respectivamente *castrense*, *cuasi-castrense* y *adventicio*, cuya doctrina vamos á exponer.

(A) *Peculio castrense*.

Para dominar la anarquía social necesitaron los primeros emperadores el apoyo del ejército. Entre los muchos favores que le otorgaron, el más raro sin duda fué la investidura de *paterfamilias* concedida al militar respecto á *cuanto adquiriese con ocasión de la milicia* (5): este es el peculio *castrense*. Describenle las Pandectas en estos términos: *Castrense peculium est, quod á parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est; vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset: nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium castrense non est* (6).

Aplicando este principio, se declara corresponder al peculio castrense:

Las donaciones de cosas muebles que al ingresar en el ejército le hacen el padre, la madre, los parientes y amigos (7).

Lo que recibe de su mujer para sostener los gastos de la milicia (8).

Todo lo que cualquiera le da en contemplación de ser militar; pero nó en otro concepto, aunque expresase que lo daba para que formara parte del peculio castrense, *veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit*, dice Ulpiano (9).

(1) D., II, 14, 28, § 2; XX, 3, 1, § 1; XLVI, 2, 34.

(2) D., XXXVII, 14, 13.

(3) D., IV, 4, 3, § 4; XV, 1, 44; 21, § 4; 29, § 1.

(4) *Inst.* IV, 7, § 3 y 4.—D., XV, 1, 5, § 4; 9, § 2; 41, § 7.—C., IV, 26, 12.

(5) C., XII, 37, 1.

(6) D., XLIX, 17, 11.

(7) D., XXIV, 1, 3, § 4; XLIX, 17, 3.—C., III, 36, 4; XII, 37, 1.

(8) D., XLIX, 17, 6.

(9) D., XLIX, 17, 8.



La herencia de su mujer (1); nó la dote de ésta, porque se da en consideracion á las cargas del matrimonio y en beneficio de los hijos (2).

La herencia de un compañero de armas con quien se relacionó en la milicia (3) ó de aquellas personas á quienes no hubiera conocido sino con ocasion de la milicia (4) y que se le hubieran dejado cuando ya era militar, nó las anteriores; *quia potuit et ante notus, et amicus dare, potuit et non dare, nisi commilitium caritatem aurisset* (5). Por esto no formaban parte del peculio castrense la herencia de la madre (6), ni la del pariente á no ser compañero de armas (7).

Finalmente, los objetos muebles ó inmuebles que comprase con el peculio castrense (8).

Sobre estos bienes tiene el hijo el concepto de propietario y el carácter de *paterfamilias*. Puede en su virtud: usucapirlos (9); reivindicarlos, áun contra la voluntad del padre (10); manumitir los esclavos peculiares que se hacen libertos suyos (11) y miéntras no los manumite adquieren para él (12); aceptar las herencias contra la voluntad del padre (13); celebrar contratos referentes al peculio con su mismo padre (14); y disponer libremente de todos ellos por actos *inter vivos* y *mortis causa* (15). En el caso de morir sin testamento, pasaban al padre, nó como herencia, sino *quasi peculium* (16); mas segun el derecho de Justiniano, pasan á los herederos llamados por la ley general de sucesion *ab intestato* (17).

Los derechos del padre sobre estos bienes son: hacerlos suyos cuando el hijo fuere deportado (18), y poder adir las herencias cuando el hijo no las quiere para sí (19).

(B) *Peculio cuasi-castrense.*

- (1) D., XLIX, 17, 13.
- (2) D., XLIX, 17, 16.
- (3) D., XLIX, 17, 5.
- (4) C., XII, 37, 1.
- (5) D., XLIX, 17, 19, pr.
- (6) C., XII, 37, 1.
- (7) C., XII, 37, 4.
- (8) C., XII, 37, 1.
- (9) D., XLI, 3, 4, § 1.
- (10) D., XLIX, 17, 4, § 1.
- (11) D., XXXVII, 14, 8, pr.; XXXVIII, 2, 3, § 8; XLIX, 17, 13.
- (12) D., XLIX, 17, 15, § 3.
- (13) D., XLIX, 17, 5.
- (14) D., XLIX, 17, 15, § 1 y 2.
- (15) D., XIV, 6, 2; XXVIII, 3, 6, § 13; XXXIX, 5, 7, § 6.
- (16) D., XLIX, 17, 2 y 14, pr.—C., XII, 37, 5.
- (17) *Inst.* II, 12, § inicial.—Nov. CXVIII.
- (18) C., IX, 49, 3.
- (19) C., VI, 61, 8, § 2.



Si los primeros emperadores necesitaron del ejército para dominar la anarquía social, los que les sucedieron necesitaron reprimir la anarquía de los ejércitos y dar preponderancia al elemento civil. Insértanse en el Código numerosas constituciones, la más antigua de Constantino (1), que otorgan el carácter de *peculio castrense* á las adquisiciones de los empleados en el palacio imperial (2); de los asesores (3); de los abogados (4); de los obispos, presbíteros, diáconos y demas clérigos (5); de los constituidos en dignidades (6); y de los que obtuviesen donaciones del emperador ó emperatriz (7). Todos ellos pueden disponer libremente *inter vivos ó mortis causa* de cuanto adquiriesen por razon de su cargo (8). Estos bienes constituyen el *peculio quasi-castrense*.

(C) *Peculio adventicio.*

La creacion de los *peculios castrense* y *quasi-castrense* habían roto los lazos de completa sumision al poder paterno, y ofrecido el ejemplo de que en una misma casa hubiera diversos patrimonios, manejados con independencia por sus respectivos dueños, sistema inconcebible para el antiguo romano. De otra parte, el *jus gentium* iba sobreponiéndose en todas las instituciones al *jus quiritium*. No debe, pues, admirarnos que se tendiese á igualar la condicion de los hermanos, si bien no se llegára á un resultado completo, porque las consideraciones de equidad no fuesen tan decisivas como las de política. Hé aquí cómo se consuma gradualmente la trasformacion del patrimonio familiar.

Constantino declara propiedad de los hijos la herencia testada ó intestada de la madre sin que el padre tenga sobre estos bienes más que el usufructo (9). Igual derecho les otorgan Arcadio y Honorio en las adquisiciones que provengan de los ascendientes maternos (10); Teodosio y Valentiniano, en lo que reciben del cónyuge (11); y por último, Justiniano,

(1) Es de notar sin embargo que Ulpiano en dos pasajes habla ya del *peculio quasi-castrense* equiparándolo al *castrense*. D., XXXVII, 1, 3, § 5; XXXIX, 5, 7, § 6.

(2) C., XII, 31, un.: id, 37, 6.

(3) C., I, 51, 7.

(4) C., II, 7, 4 y 14.

(5) C., I, 3, 34.—Nov. CXXXIII, cap. 19.

(6) C., III, 28, 37, pr.

(7) C., VI, 81, 7.

(8) C., VI, 22, 12.

(9) C., VI, 60, 1.

(10) C., VI, 60, 2, 3 y 4.

(11) C., VI, 61, 1 á 5.



en todo cuanto adquirieran y no provenga del padre en cuya potestad se hallen, ó corresponda al peculio castrense ó cuasi-castrense (1).

Estos son los bienes que constituyen el peculio llamado *adventicio*, calificativo comun á la dote cuando no procede del ascendiente paterno: Justiniano le llama *paganum*, en contraposicion al castrense y cuasi-castrense (2).

Los derechos respectivos del padre y del hijo sobre este peculio son por regla general:

1.º Miétras el hijo permanece bajo la patria potestad, no puede enajenarle sin permiso del padre (3), ni testar de él aunque el padre le autorice (4). El padre tiene el usufructo sin necesidad de prestar fianza (5), y una administracion amplisima que le faculta para obra: con toda libertad; solamente le está prohibido enajenarle, salvo el caso de necesidad ó utilidad, y promover reclamaciones judiciales sin anuencia del hijo cuando éste no se halle ausente ó en la primera edad (6).

2.º Disuelta la patria potestad por emancipacion voluntaria, el padre conserva el usufructo sobre la mitad de los bienes peculiares, en lugar de retener la tercera parte de su propiedad, como sucedia en tiempos anteriores á Justiniano, *quasi pro pretio quodammodo emancipationis*, dice el texto (7).

Mas hay ocasiones en que el hijo tiene, además de la propiedad, el usufructo y la libre administracion y disposicion *inter vivos*; tales son:

1.º Cuando el hijo adquiere contra la voluntad de su padre (8).

2.º Lo que se deja bajo condicion de que el padre no tenga el usufructo (9).

3.º La parte de herencia de un hermano á cuya sucesion concurre el padre (10).

4.º Si el padre malversa un fideicomiso que debe restituir al hijo (11).

(1) C., VI, 61, 6.

(2) C., III, 28, 37, pr.

(3) C., VI, 61, 8, § 5.

(4) *Inst.* II, 12, § inicial.—C., VI, 22, 11; id. 61, 8, § 5.

(5) C., VI, 60 y 61.

(6) C., VI, 60, 1; id. 61, 4, 6 y 8.

(7) C., VI, 61, 6, § 3.

(8) C., VI, 61, 8, pr. y § 1.

(9) Nov. CXVII, cap. 1.

(10) Nov. CXVIII, cap. 2.

(11) D., XXXVI, 1, 50.



5.º Los bienes que pasan á los hijos cuando el padre se divorcia injustamente (1).

A estas adquisiciones excepcionales suele calificárselas de *peculio adventicio extraordinario*, para distinguirlas de las normales, que se llaman *peculio adventicio ordinario*.

**3.º ADQUISICIONES POR MEDIO DE LOS ESCLAVOS PROPIOS.**

§ 3. Item vobis (2) acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa acquirunt (3). Hoc etenim vobis et ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Et si heres institutus sit, non alias, nisi jussu vestro hereditatem adire potest; et, si iuventibus vobis adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet legatum per eos vobis acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, acquiritur vobis, sed etiam possessio: cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accedit.

Todo cuanto nos dicen las Instituciones en este párrafo y en el que sigue, sobre no tener importancia para nosotros, es una mera aplicacion de doctrinas que ya conocemos.

Miéntras se conservase la esclavitud, no cabía otorgar derecho de propiedad al esclavo, supuesto que se le consideraba destituido absolutamente de capacidad jurídica: por eso, aún en la época de Justiniano, cuando tanto se favoreció la suerte de estos infelices, no pudo llegarse á declararles un peculio. Quedaron, pues, reducidos siempre á instrumentos de adquisicion en beneficio de sus señores; pero impotente el hombre para destruir en su semejante las facultades con que le dotó el Criador, hubo de reconocer que el esclavo no era un instrumento sin personalidad natural, inteligencia y voluntad.

El párrafo copia dos de las Instituciones de Gayo, uno referente á la propiedad y otro á la posesion (4). Dice que el esclavo aumenta el patrimonio de su dueño con todo lo que adquiere por virtud de contrato ó de cualquiera otra causa, por herencia, por legado, y aún la posesion jurídica. Obsérvese desde luego que si el esclavo careciera de inteligencia y voluntad, no podía celebrar contratos ni adquirir la pose-

(1) Nov. CXXXIV, cap. 11.

(2) C. nobis... nostri et sic hoc § et seqq. §§.

(3) C. acquirant.

(4) GAYO, II, 87 y 89.



sion; y si no fuese un sér racional, tampoco valdrían la institución de heredero y el legado hechos en su favor. Pero como el esclavo no adquiere para sí en definitiva, sino para su dueño, de ahí que se requiera ó nó además la voluntad de éste segun el género de adquisicion.

No es necesaria la voluntad del dueño para que el esclavo adquiera la propiedad de cosa determinada, objeto de un contrato ó legado; porque en ello no compromete los intereses de aquél, supuesto que si no le acomoda conservar lo adquirido, puede abandonarlo.

Es, por el contrario, indispensable órden terminante del dueño para que el esclavo pueda aceptar una herencia; pues, si contiene más cargas que bienes, menoscabaría el patrimonio del señor.

Respecto á la posesion, ya sabemos que requiere intencion del que ha de adquirirla por persona intermediaria; pero que cuando al esclavo se le hubiera confiado un peculio, adquiriría la posesion en beneficio de su dueño, áun ignorándolo éste (pág. 270). Observarémos si que en tanto adquiría el señor la posesion tomada por el esclavo, en cuanto poseyese corporalmente al esclavo mismo: por faltar este requisito, nó la adquiría si le tuviera dado en prenda (1); al paso que no era obstáculo el que se hallára fugitivo miéntras no fuera poseido por otro ciudadano.

Finalmente, el destino de las adquisiciones verificadas por esclavo perteneciente á varios señores, le consigna Ulpiano en los términos que siguen: *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus: sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Et ideo si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione adquirat, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo habent.* LICET AUTEM EI, ET NOMINATIM ALICUI EX DOMINIS STIPULARI, VEL TRADITAM REM ACCIPERE, UT EI SOLI ADQUIRAT. *Sed si non nominatim domino stipuletur, sed jussu unius dominorum, hoc jure utimur, ut soli ei adquirat, cujus jussu stipulatus est* (2). Hasta este punto se tenia en cuenta la voluntad del esclavo; y esto, aunque realizase la adquisicion con capital de uno de los dueños, saivo el derecho á ser indemnizado (3).

(1) D., XLI, 2, 1, § 15.

(2) D., XLV, 3, 5;—GAYO, III, 167.

(3) D., XLI, 1, 45.



**4.º ADQUISICIONES POR MEDIO DE LOS ESCLAVOS AJENOS SOBRE LOS CUALES TENEMOS EL DERECHO DE USUFRUCTO, QUE POSEEMOS CON BUENA FE, Y DE LAS PERSONAS LIBRES POSEIDAS COMO ESCLAVOS.**

§ 4. De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habetis, ita placuit, ut, quidquid ex re vestra, vel ex operibus suis acquirant, id vobis adjiciatur, quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur. Idem placet et de eo, qui à vobis bona fide possidetis, sive is liber sit, sive alienus servus: quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bona fide possessore. Itaque quod extra duas istas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonae fidei possessor cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest; fructuarius vero usucapere non potest, primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi, deinde, quia scit, servum alienum esse.

Non solum autem proprietatis per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel (1) per liberam personam, quae bona fide vobis servit, acquiritur vobis, sed etiam possessio: loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex operibus suis adepti fuerint.

Nada tenemos que decir de nuevo para la inteligencia del párrafo. Expusimos oportunamente las adquisiciones que hacen suyas el usufructuario de un esclavo (pág. 374) y el poseedor de una cosa ajena con buena fe (págs. 324 y sig.); que la libertad es imprescriptible (pág. 399); y que el usufructuario no puede usucapir por faltarle la buena fe y el título (págs. 401 y 405): nos remitimos pues á sus respectivos lugares.

La enseñanza verdaderamente provechosa del texto es que los hombres no pueden humillar á sus semejantes sin exponerse ellos mismos á ser tratados como esclavos por errores ó abusos inevitables: justa expiacion de los que infringen la ley natural.

**5.º ADQUISICIONES POR MEDIO DE PERSONAS EXTRAÑAS.**

§ 5. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis, neque bona fide possidetis, item per

(1) C. aut.



alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, vel usucapionem, aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.

Entiéndese por persona extraña el hombre libre que no poseemos de buena fe como esclavo, y el esclavo sobre el cual ningún derecho tenemos.

Mientras permanecieron en vigor los antiguos modos de trasferir el dominio, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, era imposible que nadie los utilizase sino para adquirir en provecho personal. De aquí nace el que se perpetuase como un axioma jurídico *per extraneam personam nihil acquiri potest* aceptado por Gayo en el párrafo que literal trascribe aquí Justiniano (1).

Llega la época en que el Derecho puro Romano cede lentamente el campo al *jus gentium*, coexistiendo sin embargo los dos; y entónces se distingue entre los modos de adquirir: en los que pertenecen al primero, no es posible utilizar la intervencion de persona extraña; pero mediante el que ha introducido el segundo, la *tradicion*, ya puede adquirirse por un tercero. Así se expresa terminantemente Modestino: *Ea quæ CIVILITER acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem; quod NATURALITER acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus* (2). Esta jurisprudencia fué admitida desde los primeros emperadores (3) y sancionada por una constitucion de Severo y Antonino, *tam ratione utilitatis quam juris prudentia* (4). Desde entónces, el antiguo principio vino á ser, como tantos otros, una simple reminiscencia, y significa tan sólo que nadie adquiere para otro miétras éste no le haya facultado ó acepte la adquisicion, lo cual es de sentido comun.

---

Pone fin al título un párrafo en que se expresa el motivo

(1) GAYO, II, 95.

(2) D., XLI, 1, 53.

(3) D., XLI, 1, 13, pr.; id. 2, 51; id. 3, 41.

(4) C., VII, 32, 1.



por el cual pasan las Instituciones á tratar de los modos universales de adquirir, empezando por los testamentos : fúndase en que así el legado como el fideicomiso singular, únicos modos singulares que restan por exponer, presuponen el conocimiento de las últimas voluntades en que se consignan : dice así.

§ 6. Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res (1) acquiruntur : nam legatorum jus, quo et ipso singulae res vobis acquiruntur, item fideicommissorum, ubi singulae res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquiruntur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem arrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quae vobis ex testamento obveniunt. Qua in re necessarium est initium, de ordinandis testamentis exponere.

(1) C. vobis acquiruntur.

FIN DEL TOMO I.