

## LA SUBROGACIÓN DEL PRECIO A LAS COSAS HEREDITARIAS EN LA PERSPECTIVA DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *El § 6b del senatoconsulto Juvenciano y la interpretación de Ulpiano en D.5.3.20.17: precio o cesión de las acciones.* III. *Ulpiano y el significado de la palabra pervenisset.* 1. *El precio no causó enriquecimiento.* 2. *El enriquecimiento es superior al precio obtenido.* IV. *Interpretación de los conceptos deperissent deminutaeve.* V. *Conflicto precio-cosa.* VI. *Conclusiones respecto al contenido del §6b del senatoconsulto.*

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En estos últimos años hemos dedicado nuestro estudio al senadoconsulto promulgado en el 129 d. C. bajo el imperio de Adriano que la romanística moderna lo denomina con el nombre de “Juvenciano” porque uno de los cónsules que hizo la propuesta al senado fue el conocido jurista Juvencio Celso,<sup>1</sup> como debemos recordar la deci-

<sup>1</sup> Sobre tal senatoconsulto hemos realizado las siguientes publicaciones: “*Senatus-consultum Iuventianum*. Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 1998, núm. 22, pp. 139 y ss.; “La apelación frente al senado en la edad adrianea. Una teoría con base en D.5.3.20.6”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 2001, núm. 25, pp. 229 y ss.; “La responsabilidad del poseedor de buena fe respecto a los frutos e intereses en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 2003, 15, pp. 675 y ss.; “El principio *dolus pro possessione* est en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 2003, núm. 27, pp. 305 y ss.

sión del senado tenía como origen un problema de *vindicatio* por parte del fisco de las *partes caducae* de los bienes que formaban parte de la herencia de una persona que se llamaba Rústico, los poseedores (que se creían herederos) habían vendido las cosas hereditarias antes que fueran pedidas por la autoridad,<sup>2</sup> por ello era necesario determinar el contenido de la responsabilidad de los mismos, que si bien no tenían en su poder las cosas, habían recibido un precio que les había causado un enriquecimiento en su patrimonio. La subrogación del precio a las cosas hereditarias se encuentra establecida en el § 6b del senadoconsulto y la aplicación de tal disposición a la petición de herencia<sup>3</sup> por parte de la jurisprudencia romana presenta una serie de problemas que tienen gran interés en la ciencia jurídica que trataremos de explicar a continuación.

## II. EL § 6B DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO Y LA INTERPRETACIÓN DE ULPIANO EN D.5.3.20.17: PRECIO O CESIÓN DE LAS ACCIONES

En la parte de nuestro senadoconsulto citada en D. 5.3.20.6b, se hace referencia a la responsabilidad de los vendedores de las cosas hereditarias en este modo:

*Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenisset, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.*<sup>4</sup> (Al mismo modo se dispone que aquellos a los que la herencia

<sup>2</sup> En D.5.3.20.6a se hace una breve referencia a una controversia que se refiere a la herencia de una persona llamada Rustico: *cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint...* (Antes de que el fisco hubiese pedido las partes caducas de los bienes de Rustico, los que se estimaban de ser herederos vendieron la herencia...).

<sup>3</sup> ULPIANO, libro quinto decimo ad edictum in D.5.3.20.9: *in privatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit.* (No hay quien dude que, si bien haya sido hecho respecto de una causa pública, también tiene lugar este senadoconsulto en las peticiones de los particulares). Sobre el presente texto ver, entre otros, S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità, ambigere ambiguitas ambiguus*, Bari, 1998, pp. 74 y ss.

<sup>4</sup> La presente parte del senadoconsulto no presenta problemas de interpolación, como puede observarse en E. LEVY, E. LABEL, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, 1929, 77.

hubiera sido pedida, si en contra de ellos hubiera sido juzgado, deberían entregar los precios que hubieran llegado a ellos de las cosas hereditarias vendidas, también si estas cosas se hubieran destruido o dañado antes que la herencia hubiera sido pedida).

La decisión de los *patres* era que los demandados, en contra de quienes se había pronunciado una sentencia desfavorable, debían entregar los precios obtenidos de la venta de las cosas hereditarias, también en el caso en que las mismas, antes de la petición de la herencia, se hubieran perdido o hubieran sufrido una disminución.

Ulpiano, en el mismo libro décimo quinto *ad edictum* explica el contenido del §6b del senadoconsulto,<sup>5</sup> comienza en D.5.3.20.17 citando la presente parte de la disposición y afirma además la posibilidad de la transmisión de las acciones que se refieren al precio, en D.5.3.20.18-20 analiza problemas en donde el precio no fue recibido por el poseedor; en D.5.3.20.21 hace algunas consideraciones en relación con los conceptos *deperissent deminutaeve*; después los compiladores justinianos interrumpen la narración de Ulpiano e incluyen un texto de Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale*, D.5.3.21<sup>6</sup> que explica tales términos y un texto de Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.22<sup>7</sup> que presenta una hipótesis en que existe una relación entre el precio, la cosa y el enriquecimiento; después continúa el desarrollo del análisis de Ulpiano en D.5.3.23.pr donde afirma la "ambigüedad" del concepto *pervenisse*, en D.5.3.23.1 presenta la hipótesis en que el enriquecimiento es superior al precio recibido, los compiladores lo interrumpen nuevamente incluyendo un texto de Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.24<sup>8</sup> donde se encuentran ejemplos de elementos que no deben considerarse en la entrega. Ulpiano regresa en D.5.3.25.pr.-1 presentando casos en que existe conflicto entre la cosa y el precio; después el jurista analiza el § 6c del senadoconsulto en D.5.3.25.2 hasta D.5.3.25.16, y en

<sup>5</sup> Ver O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Roma, 2000, 2, pp. 502 y ss.

<sup>6</sup> LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1, pp. 200 y ss. Incluye el texto de Gayo bajo el título "*Si hereditas petatur*".

<sup>7</sup> LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1, pp. 1001 y ss. Incluye el texto de Paulo bajo el título "*Si hereditas petatur*".

<sup>8</sup> Ver nota anterior.

D.5.3.25.17 presenta un problema que puede relacionarse con el §6b de la disposición.

En su comentario al texto del senadoconsulto Ulpiano, en el mismo libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.20.17 afirma:

*Ait senatus: 'placere, a quibus petita hereditas fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve essent restituere debere'. bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non, quia habet actionem, debet pretium praestare: sed ubi habet actionem, sufficit eum actiones praestare.*<sup>9</sup> (Dice el senado: 'es decidido que los poseedores, contra quienes fue pedida la herencia, si en contra de ellos fue juzgado, deban entregar los precios que a ellos llegaron de las cosas hereditarias vendidas, también si estas cosas se hubieran destruido o dañado antes que la herencia hubiera sido pedida'. El poseedor de buena fe que vendió las cosas hereditarias si bien exigió el precio, si bien no, porque tiene la acción, debe entregar el precio; pero si tiene la acción es suficiente que ceda las acciones).

El jurista al analizar la cláusula del §6b del Juvenciano cita su contenido con pequeños cambios: en lugar de *hereditas petita* menciona: *petita hereditas*; elimina la palabra *eae* y cambia el tiempo del verbo, en lugar de *fuissent* utiliza *essent*, pero tales cambios pueden explicarse en el sentido que el jurista incorpora el contenido de la disposición en su narración. Ulpiano, pasando del plural al singular, expresa que el poseedor de buena fe (porque se considera heredero como afirma en D.5.3.20.12), el cual haya vendido las cosas hereditarias, deberá de todos modos dar al actor el precio recibido, bien sea que lo haya obtenido, bien sea que todavía no lo hubiera recibido, y en este caso será suficiente que él ceda las acciones.

Como podemos observar en la hipótesis de la falta de pago por parte del comprador (v.gr. porque todavía no se había llegado al pla-

<sup>9</sup> BESELER, *Beitraege zur Kritik der roemischen Rechtsquellen*, Tuebingen, 1920, 4, 37, ve los términos *sed ubi... praestare* interpolados, pero su posición no ha sido aceptada en doctrina: así G. LONGO, *L'hereditatis petitio*, Padova, 1933, pp. 151 y ss., considera el texto clásico; S. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954, 100, núm. 48, no ve problemas de interpolación que pudieran modificar la explicación del jurista en relación con el concepto de *pretium pervenire*.

zo establecido o porque se encontraba en mora), Ulpiano afirma que la responsabilidad del vendedor consiste en la cesión al actor de las acciones para conseguirlo, evitando en este modo que el poseedor de buena fe tuviera que entregar un precio que todavía no había recibido. Según nosotros las razones que han hecho considerar a Ulpiano la cesión de las acciones en alternativa a la entrega del precio, se encuentran en la cláusula del senadoconsulto citada en D. 5.3.20.6c, que limita la responsabilidad del demandado, poseedor de buena fe, al enriquecimiento:

*...eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*<sup>10</sup> (...pero aquellos que tuvieran justas causas para considerar que a ellos pertenecían los bienes deben ser condenados en los límites en que se hayan enriquecido con base en aquella cosa).

Quien hubiera tenido una justa causa para considerar que los bienes le habían pertenecido, era llamado a responder únicamente en los límites en que se hubiera enriquecido; en este modo, si bien, el que vendió las cosas hereditarias en buena fe todavía no había obtenido el precio, como el ejercicio de las acciones para obtenerlo produciría un beneficio económico a su favor, la cesión impediría tal efecto y liberaría en este modo al demandado de posteriores responsabilidades.

La subrogación del precio a la herencia y la posibilidad que el poseedor pueda ceder las acciones son soluciones que encuentran antecedentes en la jurisprudencia antes que fuera aprobado el senadoconsulto Juvenciano, como puede verse en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.18 pr., que afirma:

*Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario credit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui*

<sup>10</sup> No existen dudas de su contenido clásico como puede comprobarse en *Index interpolationum*, op. cit., p. 77.

*bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.*<sup>11</sup> (También resulta observar si el poseedor de una herencia que haya hecho la venta por medio de un banquero y perdió por éste el importe del precio es obligado con base en la petición de herencia, ya que nada tiene y nada puede conseguir. Y opina Labeón que sí es responsable, porque el haberse fiado indebidamente del banquero fue a su riesgo; pero dice Octaviano que no tiene que entregar más que sus acciones, y que sólo por éstas se le puede demandar con la petición de herencia. A mí me gusta más la opinión de Labeón en lo que se refiere al poseedor de mala fe; y me parece que se deba seguir la opinión de Octaviano en cuanto al poseedor de buena fe).

El presente texto que tuvimos ocasión de analizar en relación con ciertos aspectos de la venta de herencia,<sup>12</sup> en el punto que tiene importancia en este momento son las dos diferentes posiciones de Labeón y Octaviano en lo referente a la medida de la responsabilidad del poseedor de la herencia, que la ha vendido y que después perdió el precio pagado, dejándolo en depósito de un banquero que había actuado como intermediario en el negocio. El primer jurista considera la responsabilidad en todo caso por parte del poseedor, mientras que el segundo considera la cesión de las acciones. En estas dos dife-

<sup>11</sup> Desde el punto de vista interpolacionístico, *cfr.* BESELER, *Beitraege* cit., 4, pp. 12 y ss., cuya posición es aceptada por F. SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, en TR, 24, 1956, pp. 301 y ss. Actualmente no existen dudas de su autenticidad: M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Memorie ANL, serie VIII, 6, 1954, 131 ss.; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., 93; G. PROVERA, *La vindicatio caducorum*, Torino, 1964, pp. 35 y ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, en Studi Scherillo, 1, Milano, 1972, 387; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991, pp. 232 y ss., y *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, pp. 55 y ss.; A. CALONGE MATELLANES, *Los iuris possessores legitimados pasivos a la hereditatis petitio*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor U. Álvarez Suarez*, 1978, pp. 35 y ss.; últimamente F. J. Andrés SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid, 1997, pp. 59 y ss., que interpreta el texto según nuestra opinión de modo erróneo, porque afirma: "Ulpiano presenta el caso de un poseedor de la herencia que la vende, y el precio obtenido lo deposita en manos de un *argentarius*, el cual lo pierde"; en verdad el pasaje dice únicamente que el vendedor deja el dinero, que constituye el precio de la venta de la herencia, depositado en las manos del banquero, el cual lo había obtenido como intermediario del negocio: *venditione per argentarium facta*.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, "Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 21, 1997, pp. 85 y ss.

rentes posiciones debemos observar la ausencia de cualquier distinción entre poseedor de buena y de mala fe, que por el contrario representa el punto clave en la opinión ecléctica de Ulpiano, aceptando la propuesta de Labeón para el poseedor de mala fe y aquella de Octaviano en el caso de quien hubiera actuado en buena fe.

Si bien Labeón crea que el poseedor es responsable hacia el efectivo titular de la herencia, no podemos afirmar con certeza que en su parecer la obligación del vendedor tenga por objeto la subrogación del precio a la herencia, porque la referencia indirecta de Ulpiano se limita a decir: *Labeo putat eum teneri*, sin especificar si se refiere al precio o a la misma cosa;<sup>13</sup> pero en el caso de Octaviano es más clara tal subrogación, porque, si el poseedor de la herencia es obligado a transmitir las acciones que tiene en contra del banquero, sin duda tales acciones corresponden al precio recibido y no a la cosa vendida.

Di Paola<sup>14</sup> considera la solución de Labeón demasiado ventajosa para el heredero, porque si el poseedor de buena fe creyó de afrontar un riesgo en relación a cosas que le pertenecían, de todos modos será responsable; si por el contrario el poseedor es de mala fe, la solución de Octaviano sería demasiado ventajosa para él, porque no solamente sabe que la cosa no es suya, sino que además se liberaría de su responsabilidad con la simple cesión de las acciones; por esto, la propuesta presentada por Ulpiano logra resolver en modo más o menos equo la responsabilidad del poseedor en base al criterio buena/mala fe, tomado en consideración.

El texto apenas observado es una prueba que ya antes del senadoconsulto Juvenciano existían vestigios de la subrogación del precio a la herencia, y que la pérdida del precio depositado con el banquero no era un obstáculo en su aplicación, porque quien vendió la herencia tenía todavía las acciones para pedir la entrega al mismo banquero.

En conclusión, en la visión de Ulpiano la pérdida del precio no causa enriquecimiento porque no ha llegado al poseedor de buena fe según lo establecido en D.5.3.23.pr (texto que veremos en el siguiente inciso); pero, si tal pérdida ha sido determinada por un tercero, en el caso mencionado en D. 5.3.18 pr, un banquero, si bien el poseedor

<sup>13</sup> En el mismo sentido Andrés SANTOS, *Subrogación real* cit., 60 y M. MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, Koeln, Weimar, Wien, 1998, p. 330.

<sup>14</sup> DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., p. 116.

puede ejercitar una acción, y obtener un enriquecimiento, debe en consecuencia transmitir las acciones al actor.

La subrogación del precio a la herencia puede encontrarse también en juristas contemporáneos al senadoconsulto como Celso, el cual es citado por Ulpiano en el mismo libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.18.1:

*Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit.*<sup>15</sup> (Si alguno no era poseedor de hecho, ni poseedor de derecho, cuando a él se demandó la herencia, pero después haya adquirido alguna cosa, se cuestiona si deba por esto ser sujeto a la petición de herencia. Razonablemente Celso escribe en el libro cuarto de los Digestos que él debe ser condenado, si bien desde el principio nada haya poseído).

El jurista tardoclásico presenta el problema si el demandado, el cual al pedirse la herencia no era poseedor de la cosa, ni poseedor de derecho, pero después adquirió alguna cosa, deba por esto ser obligado a la petición de herencia. Correctamente, Celso, en el libro cuarto de los Digestos,<sup>16</sup> escribe que debe ser condenado, si bien desde el principio no hubiera poseído nada.

<sup>15</sup> Críticas interpolacionísticas pueden verse en *Index Interpolationum*, *op. cit.*, p. 75; Beseler, *Beitraege*, *op. cit.*, 4, 13 *quia neque rei neque iuris velut possessor erat*, (e incluye *nihil possidebat*), así como *hunc condemnandum, licet initio nihil possedit*, porque según el autor no puede ser condenado un demandado que no tiene la cosa; en el mismo sentido, M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, ZSS, 51, 1931, pp. 103 y ss., pero después en *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, ZSS, 72, 1955, 100 cambia opinión y considera la posibilidad de la condena; LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, p. 128, observa que el texto no es genuino porque los justinianos han eliminado la respuesta a la cuestión que el jurista daba y sustituyeron la respuesta afirmativa por una negativa, lo mismo sucede, por ejemplo, en el caso de Próculo (D.6.1.27.1), al cual los compiladores le hacen decir que también no poseyendo, la condena es posible: *probanda est Proculi sententia ut omnimodo condemnentur*. Formalmente se puede observar la evidencia de un cambio debido a una segunda mano con los términos: *hunc condemnandum* que deberían referirse al *teneri* usado por Ulpiano en la propuesta de la cuestión, pero según nosotros tales posibles cambios formales no son decisivos, y como observa M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956, pp. 42 y ss., existen una serie de pasajes (entre los que se encuentra D.5.3.18.1), en que, bajo la visión de juristas proculeyanos, viene afirmada la legitimación pasiva del demandado en relación con la adquisición de la posesión después de la *litis contestatio* y antes de la condena.

<sup>16</sup> El libro cuarto de los Digestos de Celso según Lenel, *Palingenesia*, *op. cit.*, 1, 132 se encuentra bajo el título: *si hereditas petatur*.

En el pensamiento de Celso no es utilizada específicamente la palabra “precio”, pero se menciona en términos generales la adquisición de “alguna cosa”: *postea aliquid adeptus est*, pudiéndose incluir por este motivo también el precio.

Juliano específicamente en el libro *sexagensimo quarto digestorum*, título denominado por Lenel “*Ad legem Aeliam Sentiam*”,<sup>17</sup> en D.4.2.18 afirma:

*Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescriptis ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.*<sup>18</sup> (Si la misma cosa que llega a alguien se destruyó, no diremos que se haya hecho más rico; pero si se transformó en dinero o en otra cosa, no se debe más investigar cuál sea el resultado, porque en cualquier modo debe considerarse que él se enriqueció también si después la pierda. Ciertamente también el emperador Tito Antonino realizó un rescripto a Claudio Frontino, en relación con el precio de las cosas hereditarias, pudiéndose demandar la herencia, también en el caso en que las cosas que se encontraban en la misma, no las tuviera el demandado, sino su precio, o la especie en que se hubieran transformado, ocasionándole enriquecimiento, subsistiendo en tal caso la obligación en el mismo modo que si hubieran permanecido las mismas cosas siempre en la misma especie).

<sup>17</sup> *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472. En relación con el problema que si el mencionado pasaje corresponde efectivamente al libro *sexagensimo quarto*, Ch. APPLETON, *La date des Digesta de Julien*, RHDE, 34, 1910, pp. 783 y ss., es contrario, así como A. CARCATERA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, Roma, 1948, 2, pp. 147 y ss., y A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo biobibliografico*, Labeo, 1964, 10, 413, porque creen que el contenido del mismo no se refiere a la ley *Aelia Sentia*, como se menciona en la *inscriptio*; probablemente esto es un error del copista que al ver LBIV (es decir, libro cuarto) lo había interpretado como LXIV. En el libro IV el problema se adecua perfectamente al referirse a la *actio quo metus causa*. En sentido contrario CUYACIO (citado por APPLETON, *op. cit.*, p. 784 y CARCATERA, *op. cit.*, p. 147); LENEL, *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472; LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>18</sup> Crítica interpolacionística en *Index interpolationum*, *op. cit.*, p. 47; si bien la doctrina que veremos a continuación no niega su contenido clásico.

El problema que se presenta es el enriquecimiento del poseedor de la cosa hereditaria ajena, presentando dos hipótesis; la primera, que la cosa se destruya cuando se encontraba en manos del poseedor, en esta situación no es considerado como enriquecido (el término *alius* indica al poseedor que es "otro" en relación con el demandante; la segunda, si la transforma en dinero o en otra cosa (porque ha sido vendida o dada en permuta), existiría enriquecimiento también si se hubiera perdido el nuevo objeto con la consecuente responsabilidad frente al heredero.

Tal texto según parte de la doctrina,<sup>19</sup> mostraría que Juliano no había aplicado el Juvenciano porque falta la distinción entre la buena y mala fe, así como una cita expresa al mencionado ordenamiento.

En lo que respecta al primer punto no consideramos que haya sido necesario hacer tal distinción, porque bien sea que el poseedor hubiera actuado en buena o en mala fe, el heredero podrá pedir el dinero o la otra cosa (Ulpiano en D.5.3.20.12 era contrario a la subrogación de quien tenía conocimiento que las cosas hereditarias eran ajenas, pero su posición aceptaba excepciones a la regla); en cuanto al segundo punto, la falta de referencia al senadoconsulto no es decisiva, porque el término *et*, traducido como "también" con el cual se presenta la disposición imperial: *nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino* puede significar una referencia al senadoconsulto, o que además a la existencia de la presente disposición existían otras donde el criterio mencionado encontraba aplicación; según nuestra opinión no existen razones para creer que Juliano hubiera tenido necesidad de citar expresamente el Juvenciano, porque si la presente disposición había tenido importancia en diferentes materias, probablemente en el tiempo en que había escrito el texto, tenía más presente el rescripto de Antonino Pío porque era posterior al senadoconsulto.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> A. LEINWEBER, *Die hereditatis petitio*, Berlín, 1899, pp. 88 y ss.; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften Roemischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, zweite, Voellig neue Bearbeitung, Osnabrueck, 1965, 28; APPLETON, *La date des Digesta de Julien*, *op. cit.*, pp. 749 y ss.

<sup>20</sup> Si en el libro *XLII digestorum* D.40.2.5 JULIANO hace mención a su consulado con Antonino Pío, ciertamente el rescripto del mencionado emperador cronológicamente es más cercano al tiempo en que había escrito el libro *LXIV*; sobre el presente problema, ver FITTING, *Alter und Folge...* *op. cit.*, pp. 21 y ss.; con fuertes dudas, *cfr.* APPLETON, *La date del Digesta...* *op. cit.*, pp. 731 y ss.

Un pasaje de Ulpiano, en el mismo libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.33.1, puede también demostrar la aplicación de la subrogación del precio a las cosas hereditarias por parte de Juliano:

*Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestitutum, imputaretur enim ei, si non distraxisset; quodsi necessarium hereditati, si quidem vivit, ipsum praestandum, si decesserit, fortassis nec pretium. Sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit; et verius est.*<sup>21</sup> (Escribe Juliano, que si el poseedor hubiera vendido un esclavo, si en verdad no era necesario a la herencia, en la petición de herencia deberá entregar el precio, porque le sería imputado, si no lo hubiera vendido; pero si era necesario a la herencia, si es que vive, deberá entregar el mismo, pero si murió, a lo mejor ni siquiera el precio; pero el mismo escribe que el juez no debe soportar que el poseedor obtenga lucro con el precio, tal opinión es verdadera).

En el presente texto debemos antes que nada determinar el significado de los términos (*necessarium-non necessarium*) *hereditati* porque tal distinción es la razón de los diferentes criterios de responsabilidad propuestos; según nuestra opinión, de acuerdo con las recientes investigaciones de la romanística moderna sobre el papel de los esclavos en la gestión de las actividades económicas,<sup>22</sup> podemos con-

<sup>21</sup> Con referencia a la doctrina interpolacionista BESELER, *Beitraege...* *op. cit.*, 3, 114, considera no genuina la parte que va de *imputaretur* a *distraxisset*; así también en el volumen 4 de la misma obra, en la p. 18 incluye además: *sed non a verius est*; porque según el autor una buena administración puede sugerir pero no imponer la enajenación de una cosa no totalmente útil; en el mismo sentido CARCATERRA, *op. cit.*, p. 223; LONGO, *op. cit.*, p. 170; si bien acepta como interpolada la parte que va de *imputaretur* a *distraxisset* incluye también *fortassis nec pretium*; la primera frase porque en el desarrollo armónico del pasaje aparece como un elemento extraño, tiene el aspecto inconfundible de una explicación posterior hecha por quien trata de explicar el criterio que se encontraba mencionado en el texto clásico; según nuestra opinión no existen razones para negar que tal explicación fuera del mismo jurista, el cual sustituye inmediatamente una dudosa y reciente afirmación a la forma negativa originaria del texto; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, 176 sin negar las críticas textuales aceptadas su sustancia clásica.

<sup>22</sup> Bajo diferentes enfoques ver: I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, pp. 3 y ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, Milano, 1984, pp. 207 y ss.; del mismo autor, *Filius, servus, libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, en *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, a cura di M. Marrone,

siderar como hipótesis que un esclavo es necesario o no a la herencia según el papel que tenga en la administración de la misma, por esto Juliano tomando en consideración tal diferencia, es de la idea que si el esclavo no es necesario a la herencia, será suficiente que el poseedor entregue el precio al heredero; si por el contrario, resulta necesario, deberá entregar al mismo, porque como es notorio, una actividad comercial sin un dirigente que conoce la gestión difícilmente puede continuar a producir beneficios económicos a la herencia.

A Juliano no le interesa el problema de los medios que podrá usar el poseedor para poder entregar al esclavo vendido, pero ciertamente deberá entregarlo. En lo que se refiere a tal aspecto el jurista presenta la hipótesis que el esclavo hubiera muerto, y en tal caso la respuesta *fortassis nec pretium* ha hecho creer que el jurisconsulto adriano tuviera una posición diferente al Juvenciano,<sup>23</sup> porque el § 6b del senadoconsulto es claro en afirmar que los precios deberán ser pagados también si las cosas fueran destruidas: *et si eam ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*; pero tal opinión nos parece difícil de aceptar, porque como puede observarse en el texto, la respuesta de Juliano es precedida del término *fortassis* que da una idea de duda, la cuál inmediatamente se encuentra unida a un “*sed*” que se contrapone a la presente afirmación citando Ulpiano la efectiva idea de Juliano que acepta; esto es, el juez que conoce la controversia no debe permitir que el poseedor haya obtenido un lucro con el precio: *sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit* (Juliano).<sup>24</sup>

Palermo, 1992, pp. 231 y ss.; A. KIRSCHENBAUM, *Sons, slaves and freedmen in Roman commerce*, Nueva York, Jerusalem, 1987, pp. 31 y ss.; F. Gallo, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*, en *Imprenditorialità*, op. cit., pp. 133 y ss.; J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, Leiden, Nueva York, Koeln, 1994, pp. 64 y ss.; A. FOLDI, “Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law”, en *RIDA*, 1996, pp. 179 y ss.

<sup>23</sup> Así Fitting, *Alter und Folge...* op. cit., p. 26, presenta tal término como prueba que el libro sexto de los Digestos de Juliano había sido hecho antes del senadoconsulto, porque existiría una contradicción con el Juvenciano; SCHIPANI, *Responsabilità del convento...* op. cit., p. 178, aceptando la falta de coincidencia entre el senadoconsulto y la posición de Juliano en el aspecto práctico, es de la idea que tratar de armonizar estas disposiciones significaría esconder la originalidad de la aportación del jurista adriano.

<sup>24</sup> LONGO, *L'Hereditatis Petitio*, op. cit., p. 170, bajo un criterio interpolacionístico altera el texto considerando que probablemente Juliano afirmaba: *si decesserit <ne pretium quidem>*; así también cree inserida las frases: *<imputaretur enim ei si non distraxisset>*,

Ciertamente en el senadoconsulto falta cualquier distinción en lo referente al grado de responsabilidad del poseedor que dependa de la necesidad o no de la cosa vendida y que la solución de Juliano en D.5.3.33.1 presenta una sutileza científica mayor; pero debemos recordar que el Juvenciano es la decisión del senado en relación con un caso práctico, las *partes caducae* de la herencia de Rústico donde no son considerados tales aspectos.

Un caso similar al que hemos visto lo encontramos en Ulpiano en el libro décimo quinto *ad edictum*, D.5.3.20.1:

*Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire.*<sup>25</sup> (Pero no todas las cosas que han sido compradas con dinero de la herencia son consideradas en la petición de herencia. Finalmente escribe Juliano en el libro sexto de los Digestos, que si el poseedor hubiera con dinero de la herencia comprado un esclavo, y a él fuera pedida la herencia, va comprendido en la petición de herencia únicamente si fuera en el interés de la herencia que el esclavo fuera comprado; pero si lo había comprado por interés propio, se comprende el precio).

Como podemos observar, el presente pasaje trata una hipótesis contraria, el poseedor compró con dinero de la herencia un esclavo, su responsabilidad depende según Juliano que el esclavo sea o no de interés para la herencia; en el primer caso, deberá entregar al mismo, en el segundo se dará el precio. Como hemos afirmado antes, que un esclavo sea de interés o no para la herencia depende de la función que desempeñe en el mencionado patrimonio.

y *<fortassis nec pretium>*, porque según el autor en el pensamiento de Juliano si el esclavo había muerto y faltaba el dolo o la culpa, el jurista era de la idea de la absolución del demandado; pero nos parece difícil considerar que Juliano fuera de tal idea cuando el poseedor había recibido un precio por la venta de cosas ajenas, obteniendo una ventaja con el mismo sin que existiera una causa jurídica por la que hubiera podido conservarlo.

<sup>25</sup> La relación entre el presente texto y D.5.3.33.1 puede observarse en: LONGO, *L'Hereditatis Petitio...* op. cit., p. 169; SCHIPANI, *Responsabilità...* op. cit., pp. 175 y ss. BESELER, *Beitraege*, op. cit. 4, 14, considera clásico el contenido del texto y lo presenta como prueba que la decisión de Ulpiano y Juliano es notoriamente contraria al Juvenciano, pero como podemos observar del análisis del texto, esta posición es difícil de aceptar; más críticas al pasaje, sin alterar su contenido, se encuentran en SCHIPANI, *idem*, 176 núm. 7.

Que tales textos no sigan los mismos criterios del Juvenciano no nos parece adecuado, porque como podemos observar, se afirma la posibilidad de entregar el precio en lugar de la cosa vendida, aplicándose inclusive a la cosa comprada; ciertamente falta en el senadoconsulto la distinción entre *sui causa-hereditatis interesse*;<sup>26</sup> *necessarium-non necessarium*; pero como hemos dicho antes, estos criterios tienen relación con el papel y la importancia del esclavo en el ámbito de la herencia, y en el caso de la controversia de Rústico tales aspectos no tienen importancia.

Ciertamente en D.5.3.33.1 y D.5.3.20 falta la distinción entre buena y mala fe que Ulpiano usa como criterio de responsabilidad en relación con el Juvenciano, pero puede notarse que el poseedor actuando bien sea en uno o en otro modo, deberá entregar el esclavo o el precio; el problema de los intereses que representa la consecuencia práctica de la distinción del senadoconsulto no es tratado en estos textos porque no es el argumento central de la presente problemática; si el esclavo es necesario a la herencia deberá entregarse, bien sea que el poseedor hubiera actuado en buena o en mala fe; debemos recordar también que los presentes pasajes son referencias indirectas que Ulpiano había hecho del libro sexto de los Digestos de Juliano,<sup>27</sup> obra que al no llegar a nosotros de forma total, habría podido incluir cualquier referencia a los intereses percibidos; de todo esto podemos considerar que los criterios de responsabilidad *sui causa-hereditatis interesse* y *necessarium-non necessarium* no son alternativos al de buena o mala fe, sino complementarios, solucionando problemas específicos que el senadoconsulto no trata.

Carcaterra<sup>28</sup> había observado que el pasaje en D.5.3.33.1 aplica el criterio establecido en el senadoconsulto y en la *oratio*: "*possessorem* (de buena o de mala fe) *non facere lucrum*"; y por ello la entrega del

<sup>26</sup> ULPIANO en D.5.3.20.pr explica la presente expresión: *item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata*. (También vienen comprendidas en la herencia aquellas cosas que fueron compradas por causa de la herencia, por ejemplo, esclavos, animales y cualquier otra cosa que haya sido adquirida para las necesidades de la herencia). Sobre el esclavo habíamos explicado arriba que su necesidad depende probablemente de la importancia que tenga en la administración de la herencia, en el caso de los animales porque son objetos necesarios para la producción del patrimonio hereditario.

<sup>27</sup> Cfr. LENEL, *Palingenesia*, op. cit., pp. 329 y ss.

<sup>28</sup> CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, op. cit., pp. 226 y ss.

esclavo o del precio es un claro ejemplo que al poseedor no se reconoce el presente lucro.

Otro pasaje donde se encuentra incluido el pensamiento de Juliano con referencia a la subrogación del precio está en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.20.2:

*Simili modo, et si fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitione venire; quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium.*<sup>29</sup>  
(En igual modo, también si haya vendido un fundo hereditario sin causa, tal fundo y los frutos son comprendidos en la petición de herencia; si se haya hecho esto para extinguir una deuda hereditaria, únicamente será comprendido el precio).

El texto forma parte de una citación que había hecho Ulpiano a Juliano<sup>30</sup> en relación con un problema análogo a D.5.3.20.1 mencionado antes; en el presente caso se pregunta el jurista adrianeo sobre el grado de responsabilidad del poseedor de un fundo hereditario que lo había vendido (no especificando si había actuado en buena o en mala fe). En la solución distingue entre dos aspectos: el primero, si la venta había sido hecha sin causa deberá entregar el fundo y los frutos, pero si ha sido hecha para pagar deudas de la herencia deberá entregar únicamente el precio.

Según nuestra opinión quien hace la venta de un fundo con la finalidad de pagar deudas de la herencia es necesariamente un poseedor de buena fe, porque parecería difícil pensar que el *praedo* que conocía la ilegitimidad de su posesión y que había actuado únicamente en interés propio, venda tales cosas para pagar las deudas; por esto, si consideramos tal opinión encontramos que al mismo modo que el Juvenciano la responsabilidad del poseedor sería limitada al pago del precio (de acuerdo con la aplicación del §6b del senadoconsulto

<sup>29</sup> BESELER, *Beitraege...* op. cit. 14 afirmando el contenido clásico del pasaje cree que como presenta criterios diferentes al Juvenciano demostraría, según él, que el senadoconsulto no había sido aplicado en el periodo clásico a la petición de herencia; si bien también nosotros creemos en su claridad, no vemos que el texto sea contrario a las disposiciones del senadoconsulto; también SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...* op. cit. 175 n.6 con referencias a la doctrina interpolacionista afirma su contenido clásico.

<sup>30</sup> A este respecto ver LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1,329.

to); por otra parte, quien hace una venta *sine causa*, sin tener fundamento por el cual ha sido hecho el negocio, porque trata de satisfacer un interés personal no legítimo, es probablemente un *praedo*.

La posibilidad de la cesión de las acciones en relación con el precio es presente en el pensamiento de Juliano como demuestra Ulpiano, libro quinto decimo *ad edictum*, D.5.3.16.5:<sup>31</sup>

*Idem Iulianus ait, sive quis possidens sive non rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit sive petere possit, ut et hic actionibus cedat.*<sup>32</sup> (El mismo Juliano dice que si bien alguno que posee o no haya vendido la cosa, es obligado con base en la petición de herencia, bien sea que haya recibido el precio, bien sea que lo haya podido pedir, en modo que ceda las acciones).

El mismo Juliano afirma que, si alguno que posee o no, haya vendido la cosa, es obligado con base en la petición de herencia, bien sea que haya recibido el precio, bien sea que lo haya podido pedir, en modo que ceda las acciones; este hecho puede observarse también en la misma obra ulpiana en D.5.3.16.7:

*Idem Iulianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse, quia habet conditionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti iuris possessor*<sup>33</sup> *est. sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi*

<sup>31</sup> Si bien es cierto el presente pasaje de Ulpiano así como D.5.3.16.7 corresponden al libro décimo quinto *ad edictum*, tales no forman parte del comentario del jurista al Juvenciano, al respecto ver: LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 2, 499.

<sup>32</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 9, quita la referencia a la cesión de las acciones: *ut et hic actionibus cedat*, pero como podemos ver en el presente § el demandado puede transmitir las acciones que tiene en contra de los deudores del precio al demandante; otras críticas interpolacionísticas en *Index interpolationum*, op. cit., p. 75; pero su contenido no es discutido, así ver por último MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, op. cit., p. 229.

<sup>33</sup> La doctrina ha discutido el origen clásico de la expresión *iuris possessor*. Crean interpolados tales términos: BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 9; LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 149; pero tales se encuentran en otros pasajes que se refieren a la opinión de Juliano, por ejemplo D.5.3.16.4. Actualmente no existen dudas de su origen clásico: CALONGE MATELLANES, *Los iuris possessores*, cit., pp. 29 a 44; Pelayo DE LA ROSA DÍAZ, *Hereditatis petitio*, en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, 1988, 3, 1261; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 231 y 232, núm. 41; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, 324.

*solvit, peti hereditatem ab eo posse, quia repetere potest. sed his casibus actiones suas dumtaxat eum praestaturum, cum et res exstant et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare.*<sup>34</sup> (Escribe el mismo Juliano que si alguno entregó toda la herencia por causa de un fideicomiso, o dio cosas individualmente, se puede demandar la herencia en contra de él, porque tiene la *condictio* por aquellas cosas, que por tal causa han sido dadas, y es como poseedor de derecho. Se puede demandar la herencia contra de él, también si hubiera pagado por causa de fideicomiso el valor de las cosas que vendió, ya que puede repetir; pero en tales casos él será solamente obligado a transmitir sus acciones, ya que existiendo las cosas, el que demanda las puede reivindicar con la acción real).

Juliano presenta dos problemas:<sup>35</sup> el primero consiste en el hecho que el heredero en razón de un fideicomiso entrega la totalidad de la herencia o algunas cosas hereditarias al fideicomisario;<sup>36</sup> en este caso el titular podrá ejercitar la *petitio hereditatis* en contra del heredero, porque este último con base en la *condictio* puede exigir la devolución de los bienes (actúa como poseedor de un derecho); el segundo consiste en la hipótesis que el mismo heredero, una vez hecha la venta de las cosas hereditarias, transmite el precio al fideicomisario; también en este caso el efectivo titular podrá ejercitar en contra del heredero la petición de herencia con base en las mismas razones. La

<sup>34</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 9, y LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 158, sobre la base de criterios interpolacionísticos niegan que Juliano en origen aceptase el ejercicio de la acción, considerando por esto alteradas las palabras: *quia habet... possessor est*; *Sed his casibus... actionem eas vindicare*. Tal afirmación viene argumentada con el hecho que en D.5.3.13.2 se excluye la posibilidad del ejercicio de la *petitio hereditatis* en contra del fiduciario, únicamente cuando había actuado con dolo. CARCATERA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 18, no acepta tal posición porque afirma que el heredero fiduciario puede ser demandado con la acción hereditaria a condición que quien entregó la herencia tenga la posibilidad de la *condictio* en contra del fideicomisario; el *quia habet conditionem* es sintácticamente, lógicamente y jurídicamente la justificación de la decisión de Juliano.

<sup>35</sup> Sobre tales ver MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 230 y ss., exégesis del texto también realizada por M. KASER, "Controversiam movere", en *Studi in Onore di C. Sanfilippo*, 2, 1982, 257.

<sup>36</sup> Difícil nos parece la interpretación de A. SANTOS, *Subrogación real*, cit., p. 64, el cual cree que el caso haga referencia a "un poseedor hereditario que restituye la herencia completa, o determinados objetos hereditarios, en la creencia de estar dando cumplimiento a un fideicomiso, que en realidad se revela falso"; porque el jurista no afronta el problema si el fideicomiso sea o no verdadero, sino de la falta de titularidad de los bienes por parte del *de cuius*.

responsabilidad en los dos casos del demandado (poseedor de buena fe porque cumple una disposición testamentaria) es limitada únicamente a la cesión de las acciones, porque existiendo todavía las cosas hereditarias, podría también exigir las al fideicomisario.

Con base en las últimas palabras del presente texto *sed his casibus in rem actionem eas vindicare* puede considerarse que el titular de los bienes hereditarios tenga una facultad de opción en el ejercicio de la *petitio hereditatis*: la primera consiste en el ejercicio de la acción en contra del poseedor de la herencia, y en este caso el *praestare*<sup>37</sup> consiste en la cesión de la acción finalizada a pedir la herencia, las cosas hereditarias o bien el precio de las mismas; la segunda consiste en el ejercicio de la misma acción en contra del fideicomisario al cual se piden directamente los bienes, produciéndose los efectos de una acción real con efectos similares a la *reivindicatio*.

Sobre tal conclusión el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.13.2, presenta una solución diferente:

*Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.*<sup>38</sup> (Pero el que entrega la herencia no puede ser obligado a la petición de herencia, siempre que no haya actuado con dolo; esto es, si conocía tal situación y entregó; ciertamente también el dolo pasado viene en la petición de herencia, como si con dolo dejó de poseer).

Según las palabras del jurista, el heredero que debe dar el fideicomiso no se encuentra obligado con base en la *petitio hereditatis* a menos que no haya actuado con dolo, observándose en este modo una solución diferente a la mencionada en D.5.3.16.7. Ulpiano no explica las razones de esta exclusión, sino más bien trata del problema referente a la conducta contraria a la buena fe: el poseedor sabía

que la cosa era ajena, pero de todos modos había cumplido con la disposición testamentaria.

La doctrina ha tratado de explicar la contradicción en diferentes modos; Longo piensa que la afirmación en D. 5.3.13.2 es clásica mientras que D.5.3.16.7 es el resultado de una modificación de los compiladores, olvidando que en el caso del primer texto había aceptado una opinión contraria;<sup>39</sup> por otro lado, Santos,<sup>40</sup> admitiendo el contenido clásico de D. 5.3.13.2, piensa que Ulpiano en este texto enuncia una novedad existente en su época, que coincide con la extensión de la *hereditatis petitio* en vía *utilis* en contra del fideicomisario, una innovación que todavía no conocía Juliano, el cual utilizaba un criterio rígido del ejercicio de la acción en contra de quien obtenía alguna cosa por causa de la herencia.

Mientras que la opinión de Longo nos parece difícil de aceptar, faltan pruebas que los compiladores hubieran modificado D.5.3.16.7 y no D. 5.3.13.2 (hipótesis que sería igualmente posible en línea teórica), nos parece más interesante la solución propuesta por Santos, porque se encuentra fundada en una diferencia de opiniones entre los juristas que efectivamente podía existir, la citación de Juliano que hizo Ulpiano en D.5.3.16.7 no significa necesariamente que haya aceptado su opinión. La idea que tiene el jurista tardoclásico en relación a que el poseedor hereditario que cumple el fideicomiso no se encuentra obligado podría tener como causa la misma razón indicada en D.5.3.13.5,<sup>41</sup> que permitía el ejercicio de la *hereditatis petitio* en vía *utilis* en contra del fideicomisario y no directamente en contra del poseedor hereditario que había recibido un pequeño precio por la transmisión de la herencia: *ab herede enim peti non expedit perexi-*

<sup>39</sup> LONGO, *L'hereditas petitio*, cit., p. 158.

<sup>40</sup> Andrés SANTOS, *Subrogación real*, cit., p. 65.

<sup>41</sup> ULPIANO, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.13.5: *Idem erit dicendum (acción útil de la herencia) et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.* (Lo mismo deberá decirse también si el heredero por orden vende la herencia a Ticio por un pequeño precio; ciertamente Papiniano opina que se debe dar la acción en contra del fideicomisario, ya que no era conveniente la petición de herencia en contra del heredero que consiguió un precio tan pequeño). Con referencia al mismo *cfr.* nuestra *Propuesta sobre la venta de herencia...* cit., pp. 87 y ss., con referencias bibliográficas.

<sup>37</sup> El término *praestare* en Juliano ha sido analizado por R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli, 1972, 37.

<sup>38</sup> BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 9, y LONGO, *L'hereditas petitio*, cit., 158; ven alteraciones sustanciales en el pasaje en las partes: *quia-possessor est; sed his casibus-actionem eas vindicare*, pero siguiendo tales posiciones el texto queda sin contenido.

*guum pretium habente*; así, en tal situación a Ulpiano le parecía correcto excluir la responsabilidad del heredero siempre que no hubiera actuado con dolo.

Ulpiano acepta la responsabilidad del poseedor hereditario sólo en el caso que hubiera actuado con dolo, porque sabía que las cosas que se transmitían al fideicomisario eran ajenas, sin explicar el contenido de la misma, y dejando así abierta la cuestión si tenía por objeto la transmisión de la respectiva acción o bien las cosas transmitidas. Que el poseedor de mala fe hubiera podido liberarse de su responsabilidad transmitiendo la acción nos parece poco probable, porque el mismo Ulpiano cuando trata del argumento lo limita a quien actuó en buena fe como se demuestra en D.5.3.20.17; más segura nos parece la segunda solución porque el mismo jurista afirma en D.5.3.20.12 que, si alguno sabía que la herencia no le pertenecía, se comprendían ciertamente en la petición de herencia las cosas hereditarias y no sus precios, y los frutos de las mismas (*ceterum si quis sciens, ad se hereditatem non pertinere, distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum*).

Según nuestra opinión, la posición de Ulpiano que excluye la responsabilidad del heredero fiduciario, considerando obligado únicamente el fideicomisario ocasiona ciertos problemas; si bien es cierto parece injusto que el fiduciario, que recibió un precio pequeño por la transmisión de la herencia, fuera demandado por el efectivo titular, como se dice en D.5.3.13.5, también es verdad que estos fideicomisos que se transmitían mediante la venta *nummo uno* eran raros en la época en que escribía el jurista, además que con base en el senadoconsulto Pegasiano el beneficio económico que el heredero obtenía consistía en retener la cuarta parte del patrimonio hereditario transmitido.<sup>42</sup> Si el fideicomisario se encontraba obligado a en-

<sup>42</sup> Como puede ser demostrado en GAYO, 2.254: *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur...* (Pero antes, como los herederos instituidos a los que se rogaba restituir toda o casi toda la herencia, rehusaban aceptarla por el nulo o escaso lucro de la misma, quedando sin efecto los fideicomisos, el senado, siendo cónsules Pegaso y Pusión, decidió que el heredero pudiese retener una cuarta parte, tal como la ley Falcidia le autorizaba tratándose de legados...).

tregar al efectivo titular la totalidad de los bienes recibidos, no debemos olvidar que el fiduciario podía encontrarse con una parte de los mismos (la cuarta parte que podía retener); por ello, la posición de Juliano nos parece más adecuada, porque en este modo el demandante tiene dos posibilidades en el ejercicio de la *petitio hereditatis*: interponerla como una acción con efectos personales en contra del poseedor hereditario o como acción real en contra del fideicomisario.

En conclusión, podemos afirmar que la subrogación del precio a las cosas hereditarias es anterior al senadoconsulto Juvenciano (D.5.3.18.pr), así también podemos observar que juristas como Celso (D.5.3.18.1) y Juliano (D.4.2.18.1; D.5.3.33.1; D.5.3.20.1-2) habían considerado tal posibilidad. La cesión de las acciones en relación con el precio afirmada por Ulpiano en D.5.3.20.17 encuentra antecedentes en Octaviano (D.5.3.18.pr) y era aplicada por Juliano (D.5.3.16.5; D.5.3.16.7).

### III. ULPIANO Y EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA *PERVENISSET*

Los problemas que corresponden al término *pervenisset* utilizado en el §6b del senadoconsulto Juvenciano son presentes en D.5.3.20.18-20, así como en D.5.3.23pr-1, pero para afrontar la cuestión comencemos con D.5.3.23.pr porque en tal texto Ulpiano expresa la dificultad de interpretación de su significado:

*Utrum autem omne pretium restituere debet bonae fidei possessor, an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum; finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse.*<sup>43</sup> *Et verbum quidem pervenisse*

<sup>43</sup> La doctrina interpolacionísta ve los términos *finge-vel donasse* sospechosos; así BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 38, que para llegar a tal posición debe sustituir *omne pretium* con *omni modo pretium*; también H. NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen roemischen Recht*, Weimar, 1953, 157, con referencia a más autores; posición aceptada por F. SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, op. cit., 304. LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., 144 nt. 2, la considera una "innocua interpolazione didattica" introducida con la palabra *finge*; pero sin problemas creemos que sea posible atribuir la frase al mismo jurista, sobre todo porque ULPIANO en diferentes pasajes que veremos inmediatamente, toma en consideración problemas en que el precio no ha causado enriquecimiento por los motivos expuestos. Sin dudas de su contenido clásico ver: S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità. Ambigere Ambiguitas, Ambiguus*, Bari, 1998, 76.

*ambiguum est*,<sup>44</sup> *solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id, quod durat; et puto sequentem clausulam senatusconsulti, etsi haec sit ambigua, ut ita demum computet, si factus sit locupletior*.<sup>45</sup> (Se debe examinar si el poseedor de buena fe sea obligado a entregar todo el precio proveniente de la cosa hereditaria enajenada, o bien esto de lo que se hubiera enriquecido. Supongamos que el precio recibido se haya consumido, perdido o donado. La frase que haya llegado es ambigua; ¿se debe tal referir solamente al precio recibido en origen, o bien también a aquel que permanece? Yo pienso que la cláusula del senadoconsulto, si bien es ambigua, se debe interpretar en el sentido que el poseedor sea obligado a dar cuenta de cuanto se haya hecho más rico).

El jurista tardo clásico se pregunta si el poseedor de buena fe deba en cualquier modo dar al demandante todo el precio o sólo la parte que le hubiera causado enriquecimiento, ya que si bien normalmente el precio produce tal efecto, no siempre sucede esto, *v.gr.* si el dinero obtenido se perdió, consumió o donó. La respuesta a la cuestión depende del significado que se atribuye al término *pervenisse*, mencionado en el § 6b de D. 5.3.20, cuya ambigüedad, en su opinión, daba lugar a dos interpretaciones: el precio recibido en origen

<sup>44</sup> BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 38; NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., 157; SCHWARZ, *Studien zur Hereditatis Petitio*, cit., 305, consideran interpolados los términos *ambiguum est-locupletior*, pero tal posición encuentra como dificultad que en otros pasajes (que veremos inmediatamente) el jurista trata de resolver la ambigüedad del concepto *pervenire*; también si DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, op. cit., 110, propone ciertos cambios en el pasaje, el autor no tiene dudas que Ulpiano hacía referencia a la ambigüedad de la palabra *pervenire*; correctamente TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità*, op. cit., p. 76, observa que ULPIANO en el presente pasaje presenta los aspectos más típicos de una *quaestio ex ambiguo*: por una parte un término (*pervenisse*) que tiene diferentes significados, dos exactamente, por otra parte (el jurista) que considera la validez de una de las dos interpretaciones afirmando que la propia solución presentaba mayor conformidad con el texto normativo (*sequentem clausulam senatus consulti*); en relación con su doble significado, véase MUELLER EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., p. 358.

<sup>45</sup> LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., pp. 143 a 144, observa "guasti formali" en el presente pasaje que no tienen importancia en su sustancia; así cree que debería leerse *omnimodo* en lugar de *omne pretium*; la palabra *omne* es a lo mejor causado del deseo de adaptar el fragmento a una mayor explicación interpretativa de las palabras que siguen; pero a nosotros nos parece que el término *omne* tenga una función específica en el texto, y por esto puede considerarse que pertenezca a Ulpiano. Otra modificación según el autor se encontraría en lugar de "*competat*", *computet*; pero es simplemente un error del copista. Estos cambios del texto han sido correctamente considerados por DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, cit., 110, núm. 59, como simplemente formales.

o bien aquello que permanecía posteriormente. La primera interpretación tenía como consecuencia que en el *restituere* se comprendía la totalidad de la cantidad recibida, pero tal solución no parecía compatible con la normativa de la cláusula sucesiva del senadoconsulto, referida en D. 5.3.20.6c, porque no tomando en consideración el efectivo enriquecimiento de quien había actuado en buena fe, se dejaría sin efectos; por esto, la opinión del jurista, con base en tal cláusula, es de la opinión de la segunda interpretación del término *pervenisse*, con base en la cual el poseedor era responsable únicamente en la medida del enriquecimiento duradero, si bien la redacción del texto presenta una cierta oscuridad.

Ulpiano encuentra en el concepto de *pervenire* la llave de acceso que permite la armonía entre las dos disposiciones de los §§ 6b (subrogación del precio a la herencia) y 6c (responsabilidad del poseedor de buena fe en el límite de su enriquecimiento).

Como se entiende en sentido general el enriquecimiento se explica en Gayo, *libro secundo ad legem duodecim tabularum*, D.50.16.234.1, en que se afirma:

*'Locuples' est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit*.<sup>46</sup> (Es "rico" el que tiene lo suficiente con arreglo a la importancia de la cosa que el actor pide que se haya de restituir).

En tal texto se considera el enriquecimiento en relación con lo que el demandado haya conseguido respecto de la cosa pedida por el actor, y su monto se determina con base en tal pretensión; de todo esto

<sup>46</sup> Con base en el presente texto podemos observar la existencia de una disposición de las doce tablas que contenía el término *locuples*, en relación con una regla relativa al modo de actuar en juicio como adecuadamente afirma B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 1.4*, Index, 26, 1998, 31; el autor cree que en la parte "*Locuples' est, qui satis idonee habet*, probablemente el texto haya sufrido una modificación y propone los términos: *satis idoneus habetur* (pero de todos modos el contenido no cambia). Seguramente en su origen el presente pasaje no tiene nada que ver con el Juvenciano (trataba probablemente del *vindex* a favor del *iudicatus* y del *confesus* como piensa Albanese), pero ciertamente si el presente texto se encuentra en la compilación en el título XVI de *verborum significatione*, esto significa que el término *locuples* presentado por GAYO no puede limitarse en el período justiniano al contexto que tenía en origen, sino que sirve como llave de acceso a la propia obra, y por esto sirve a la interpretación de los términos usados en los textos clásicos si bien corresponden a problemas diferentes.

podemos considerar que en la especie que originó el senadoconsulto es el precio el principal elemento del enriquecimiento que tiene derecho el actor, porque el demandado no tiene la cosa, sino un subrogado de la misma que ha producido en su favor un beneficio económico.<sup>47</sup>

El significado del concepto *pervenire* viene nuevamente explicado por Ulpiano, *libro septuagensimo nono ad edictum*, D.50.16.71, así como *libro quinto decimo ad Sabinum*, D.50.16.164.2. En el primero se dice:

*Aliud est 'capere', aliud 'accipere'. capere cum effectu accipitur: accipere, et si quis non sic accepit, ut habeat. ideoque non videtur quis capere, quod erit restitutus: sicut pervenisse proprie illud dicitur, quod est remansurum.* (Una cosa es "adquirir", y otra "recibir"; adquirir se entiende con efecto; recibir, aunque alguno no haya recibido para tener; y por lo tanto no parece que uno adquiere lo que hubiere de restituir, así como propiamente se dice que "llegó a poder de uno", lo que ha de permanecer en él).

El contexto original en el que se encontraba el texto corresponde a un comentario a la *lex Falcidia*,<sup>48</sup> en un punto donde se subraya la fundamental diferencia entre adquirir en forma definitiva (*capere*) y recibir (*accipere*); por esto el segundo término, diferente al primero, se utilizaba para las adquisiciones, que después en un segundo momento se debían restituir (...*non videtur quis capere, quod erit restitutus*). Al mismo modo, observa el jurista, el término *pervenire* implica que una cosa sea destinada a permanecer en poder de quien la tiene.

Dejando a un lado el concepto de *capere* que no presenta interés en nuestro problema, si aplicamos la presente interpretación al caso del Juvenciano, llegamos a la conclusión que el precio, si bien haya

<sup>47</sup> Correctamente afirma C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943, p. 58, que el enriquecimiento consiste en un resultado económico, y precisamente en un aumento patrimonial complejo, el cual no se refiere necesariamente a cada adquisición.

<sup>48</sup> Así, véase LENEL, *Palingenesia*, cit., 2, 874; también si en origen el presente pasaje no tiene nada que ver con el Juvenciano, el texto como se encuentra en la compilación, en el título XVI *de verborum significatione*, no puede limitarse en el periodo justiniano al contexto que tenía en origen, sino que sirve como llave de acceso a la propia ópera, y por esto sirve a la interpretación de los términos usados en los textos clásicos también si se refieren a problemas diferentes.

sido recibido por los poseedores de buena fe, no se puede en todo caso considerar como "llegado", ya que puede ser consumido, perdido o donado, y por esto no permanecer en poder de los mismos; de tales circunstancias es necesario tener cuenta al momento de valorar la efectividad del enriquecimiento.

El segundo texto, D. 50.16.164.2, que clarifica tal término menciona:

*'Habere' sicut pervenire cum effectu accipiendum est.* ("Tener" como llegar a poder de uno, ha de ser entendido con efecto).

Su contenido, que se refiere a una materia diferente a la nuestra,<sup>49</sup> crea un paralelismo entre los dos conceptos de *habere* y *pervenire* y considera que en ambos se hacen referencias a efectos adquisitivos definitivos.

A la luz de los dos pasajes apenas mencionados, encuentra por ello confirmación lo que se expresa en la parte final de D. 5.3.23 pr., según el cual el poseedor de buena fe demandado no debe necesariamente dar todo el precio recibido de la venta de la herencia, sino únicamente lo que permanece en su poder (*id, quod durat*); con la consecuencia que el mismo produce enriquecimiento únicamente en el caso en que hubiera "llegado" también si las cosas hereditarias se hubieran perdido o disminuido. Ulpiano distingue dos situaciones en relación con el enriquecimiento; la primera en D.5.3.20.18 y 19 donde el precio no ha causado enriquecimiento porque no llegó, y la segunda en D.5.3.23.1 en donde el enriquecimiento es superior al precio recibido.

### 1. El precio no causó enriquecimiento

Ahora que hemos observado el significado del término *pervenire* podemos analizar D.5.3.20.18:

*Sed si vendidit et evicta re restituit quod accepit, non videbitur ad eum pervenisse: quamquam possit dici nec ab initio pretium venire, quia non fuit res hereditaria quae distracta est: sed etsi senatus rerum ex hereditate*

<sup>49</sup> LENEL, *Palingenesia*, op. cit. 2, 1054 incluye el presente pasaje bajo la rúbrica *de legatis*.

*distractarum, non hereditiarum fecit mentionem, restitui tamen non debet, quia nihil apud eum remanet. nam et Iulianus libro sexto digestorum scribit quod indebitum exegit restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit.*<sup>50</sup> (Pero si vendió una cosa, y reivindicada ésta restituyó, no se entenderá que fue a su poder lo que recibió, aunque pueda decirse que ni desde el principio estaba comprendido el precio, porque no fue cosa de la herencia la que se vendió; pero aunque el senado hizo mención de las cosas vendidas procedentes de la herencia, no de las de la herencia, no debe sin embargo restituirse, porque nada queda en su poder. Ciertamente, escribe también Juliano en el libro sexto de los Digestos, que no debe él restituir lo indebido que cobró, y que tampoco ha de poner en cuenta lo que pagó no siendo debido).

El presente pasaje es la directa consecuencia y confirmación de las conclusiones a las que había llegado el mismo jurista en relación al término *pervenire* en D.5.3.23 pr. y D.50.16.71. El precio recibido no permaneció en poder del vendedor porque tal tuvo que restituirlo al comprador en razón de una evicción. El actor no tiene derecho al precio por dos motivos: el primero, porque el demandado, regresando la cantidad recibida no obtuvo enriquecimiento; el segundo, en cuanto, si la cosa sufrió evicción por un tercero, obviamente el titular de la misma no es quien demandó sino otra persona. Que el vendedor había actuado en buena fe deriva del mismo contexto en que se trata el problema, ya que el jurista está analizando, en referencia a este tipo de poseedor, el concepto *pervenire* de la cláusula del Juvenciano citada en el § 6b de D. 5.3.20.

La precisión que realiza Ulpiano en el sentido que no deberá entregarse el precio sin considerar la mención hecha por el senado de las cosas vendidas que provenían de la herencia y no de las hereditarias (*sed etsi senatus rerum ex hereditate distractarum, non hereditiarum fecit mentionem...*) es importante porque, como en otra ocasión tuvimos oportunidad de notar,<sup>51</sup> podía suceder que ciertos

<sup>50</sup> Según BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 37, el pasaje debía decir, después el término *quamquam*, "*ille libro-scribit ideo pretium non venire in populi petitionem*"; pero justamente afirma LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 137, que tal autor modifica los textos para tratar de demostrar su tesis (según la cual el Juvenciano jamás se aplicó en edad clásica a las peticiones privadas), pero que faltan fundamentos para considerarla válida.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta*, cit., p. 244.

bienes comprendidos en la herencia no formaran parte de la misma, porque pertenecían a otro; tal situación habría producido el absurdo que una aplicación literal de la norma habría podido consentir al actor de tener derecho a un precio de cosas de las que no era titular.

La posición de Ulpiano tiene como fundamento el pensamiento de Juliano expuesto en el libro sexto de sus Digestos cuando afirma: el demandado no debe entregar aquello que indebidamente ha obtenido, y no puede considerar en la entrega lo que pagó indebidamente,<sup>52</sup> porque, habiendo claramente el poseedor recibido el precio de una cosa que era de un tercero diferente al actor, este último no puede pretender el correspondiente beneficio económico.

La última referencia del jurista adrianeo *nec imputaturum, quod non debitum solvit* necesita de una explicación más amplia, que requiere previamente del análisis de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.31 pr., en que se dice:

*Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitoem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. et ideo Iulianus libro sexto digestorum scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se petitoem defensum iri. sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo quod solvit non videtur locupletior factus: nisi forte habeat conditionem et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore: conditionem tamen praestare debet. sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debet.*<sup>53</sup> (Si el poseedor pagó alguna cosa a los acreedores, la pondrá en cuenta, aunque de derecho no haya liberado al demandante de la herencia; porque lo que uno paga en nombre propio, no en el del deudor, no libera al deudor; y por esto escribe Juliano en el libro sexto de los Digestos, que el poseedor pondrá esto en cuenta, si

<sup>52</sup> Sobre tal problema ver SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto*, cit., pp. 163 y ss., así también MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 220 y ss.

<sup>53</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 17, elimina más de la mitad del pasaje: *sed an et ...uti debet*; por el contrario su contenido clásico ha sido considerado por LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., pp. 180 y ss.; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto*, op. cit., p. 165, núm. 4 (con amplias referencias a la doctrina interpolacionista) no tiene dudas que el pasaje sea remanejado, pero de todos modos en su exégesis parecería aceptar su contenido sustancial.

hubiere dado caución de que el demandante habrá de ser defendido por él. Pero se habrá de ver si también el poseedor de buena fe deberá dar caución de defenderse, porque en aquello que pagó no se entiende que se hizo más rico, a no ser que acaso tenga la *condictio*. Y se entiende que por esta razón se hizo más rico, porque puede repetir; porque imagínate que él, considerándose heredero, hubiese pagado en su nombre. Y a mí me parece que sólo respecto del poseedor de mala fe opinó Juliano que diese caución, no también respecto al poseedor de buena fe; pero deberá ceder la *condictio*. Pero también el que reclama, si fuera demandado por los acreedores, deberá usar de la *exceptio*).

El poseedor pagó a los acreedores de la herencia, pero no era el verdadero titular, el problema consiste en saber si haya liberado al heredero *petitor hereditatis*; la respuesta es en sentido negativo porque existe la regla que quien paga a nombre propio y no a nombre del deudor no absuelve al deudor mismo: *quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat*.<sup>54</sup> El poseedor, para computar cuánto pagó, debería, según lo que había escrito Juliano en el libro sexto de los Digestos, prometer mediante *cautio* de defender el heredero de cualquier molestia. Se pregunta entonces Ulpiano si este criterio debería valer también para el poseedor de buena fe. Para responder el jurista desarrolla el siguiente argumento: si bien el pago a los acreedores no ocasiona enriquecimiento, tal podría llevarse a cabo

<sup>54</sup> Mismo criterio en POMPONIO, *libro vicensimo secundo ad Sabinum*, D.12.6.19.1: *Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit: quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit.* (Aunque alguien reciba lo que se le debe, sin embargo, si el que lo da, da lo no debido, compete la repetición, por ejemplo, si el que considerándose en forma errada, heredero o poseedor de los bienes hubiere pagado a un acreedor de la herencia; porque en este caso, ni quedará libre el verdadero heredero, y aquél podrá repetir lo que dio; porque aunque alguien reciba lo que se le debe, sin embargo, si el que lo da, da lo no debido, compete la repetición); y en Africano, *libro septimo quaestionum*, D.46.3.38.2: *...quod, cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberetur, tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet.* (...cuando el poseedor de la herencia hubiere pagado creyendo que es heredero, no se libera el heredero; porque entonces acontece esto, porque dando él en su propio nombre dinero no debido tendría acción para repetirlo). Sobre tal problema *cfr.* MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 129 y ss.

igualmente mediante la petición de restitución del mismo mediante una *condictio*, y por esto, si el poseedor que actuó en buena fe quisiera tomar en consideración tal pago, debería ceder la acción al actor; esta última interpretación ulpiana, respecto al poseedor de buena fe, parecería ser también la de Juliano: *et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore*.

El poseedor tiene la *condictio indebiti* en contra de los acreedores de la herencia porque efectuó un pago no debido;<sup>55</sup> si él quisiera deducir de la herencia tal pago, debería garantizar al heredero de defenderlo en juicio o cederle la acción de repetición. Así el heredero con la colaboración del poseedor, en el caso en que fuera demandado por los acreedores, podría interponer una excepción, que según la opinión de la doctrina sería la *exceptio doli*.<sup>56</sup>

Después de tales aclaraciones podemos entender de manera mejor los términos *nec imputaturum, quod non debitum solvit* mencionados en D.5.3.20.18, porque, cuando el poseedor hubiera pagado a los acreedores, no puede considerar lo dado en la entrega, si antes no prometió con una *cautio* o no cedió la *condictio* al heredero.

Otro texto donde la presencia del precio no determina un enriquecimiento porque “no llegó” puede observarse en D.5.3.20.19:

*Sed si res sit redhibita, hic utique et hereditaria est, et pretium non veniet, quod refusum est.*<sup>57</sup> (Pero si la cosa hubiera sido devuelta, en este caso es también ciertamente hereditaria, y no se comprenderá el precio, porque fue devuelto).

<sup>55</sup> Así, *cfr.* v.gr. PAULO, *libro septimo decimo ad Plautium*, D.12.6.65.9: *Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat.* (No debido es no solamente lo que en absoluto no se debe, sino también lo que se debe a uno, si se pagara a otro, o si lo que uno debía lo pagara otro, cual si el mismo lo debiera).

<sup>56</sup> En tal sentido G. H. MAIER, *Regress wegen Zahlung fremder Schulden, wenn nicht nomine debitoris gezahlt ist?*, en ZSS, 50, 1930, 493, con base en JULIANO, *libro quinto digestorum*, D.5.1.74.2; así también SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., 164 nt.2.

<sup>57</sup> BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 37, incorpora en el pasaje después de *non veniet*: “*in populi petitionem, sed ipsa res*” y después quita los términos *quod refusum est*; pero no existen razones para considerar probable tal hipótesis, porque el Juvenciano había sido aplicado también a la petición en que intervenían los particulares; interesante nos parece la propuesta de reconstrucción de G. IMPALLOMENE, *L'editto degli Edili Curuli*, Padova, 1955, p. 269, que sustituye el término *mancipium* al de *res* y en lugar de *redhibita* usa la palabra *redhibitum*, porque según el autor los compiladores trataron de extender la aplicación de la acción *redhibitoria*, su opinión no puede pasar inobservada sobre todo porque en Bas. 42.1.20.14-15 encuentra fundamento.

En el presente caso la cosa vendida tenía vicios ocultos y por esto fue restituida al comprador. La misma cosa continúa a considerarse hereditaria, pero la subrogación del precio a la cosa no puede aplicarse porque el precio recibido no llegó al poseedor.

Como podemos observar, si bien el precio se recibió, no puede considerarse que el poseedor haya obtenido un enriquecimiento, ya que la restitución al comprador elimina tal efecto; por el contrario, desde el momento que el demandado permanece con la cosa viciada, deberá después entregarla a su titular; después en D.5.3.20.20 continúa el pensamiento de Ulpiano:

*Sed et si ob venditionem obstrictus sit emptori possessor hereditatis, dicendum erit prospici ei cautione.* (Pero si también por razón de la venta hubiera quedado obligado el poseedor de la herencia al comprador, se habrá de decir que se le ampara con caución).

El poseedor que ya no tiene el precio, sino la cosa que había sido restituida por vicios ocultos, en el caso en que haya permanecido obligado hacia el comprador por tales motivos *v.gr.* había hecho una *stipulatio* con la cual garantizaba la ausencia de tales vicios, al restituirla al efectivo titular tendrá derecho a exigir una *cautio*, con la cual deberá garantizar el resarcimiento del daño patrimonial sufrido.

El poseedor de buena fe no está obligado al precio que no le llegó a él; pero en el caso en que el titular no pudiera satisfacer su pretensión en contra del vendedor, nos podemos cuestionar si podría actuar en contra del comprador con respecto a las cosas hereditarias. La respuesta se encuentra en un pasaje de Ulpiano en el mismo libro décimo quinto *ad edictum* en D.5.3.25.17, si bien se encuentra demasiado lejos del grupo de textos que estamos analizando, creemos que en este momento sea necesario tomarlo en consideración para no dejar sin revolver el problema:

*Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usuptae sint, vindicare petitor ab emptore possit; et si vindicet, an exceptione non repellatur, quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen, si is, qui vendidit,*

*paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde, atque si possideret, conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res venierint, et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum summoveri. Nam et si id, quod a debitoribus exegit possessor, petitori hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor, sive praedo fuit, qui debitum ab his exegerat; et ipso iure eos liberari.*<sup>58</sup> (Asimismo, si el poseedor de buena fe vendió la cosa, y con el precio no se hubiera hecho más rico, podrá el demandante vindicar del comprador cada una de las cosas, si aún no hubieran sido usucapidas; y si las vindicara, no será repelido con la excepción, “porque entre el actor y el que vendió no se cause perjuicio a la herencia”, puesto que el precio de ellas no parece que se comprende en la petición de herencia, aunque, vencidos los compradores, deben repetir contra el que vendió. Y yo opino que pueden vindicarse las cosas, si los compradores no tienen la repetición contra el poseedor de buena fe. Pero que se dirá, si el que vendió estuviera dispuesto a defender la herencia para que sea demandado lo mismo que si poseyese. Comienza a tener lugar la excepción por parte de los compradores. Ciertamente, si las cosas hubieren sido vendidas por menor precio, y cualquiera que fuese el precio, lo hubiera conseguido el actor, con mucha más razón podrá decirse, que es éste repelido con la excepción. Porque también si lo que el poseedor exigió de los deudores, lo pagó al que pide la herencia, escribe Juliano en el libro cuarto de los digestos, que quedan libres los deudores, ya si fue poseedor de buena fe, ya si de mala, el que había cobrado de ellos la deuda; y que éstos quedan libres por el mismo derecho).

El jurista tardoclásico presenta las siguientes cuestiones: en el caso en que el poseedor de buena fe no haya tenido un enriquecimiento

<sup>58</sup> La doctrina interpolacionista consideró no clásicos los términos: *nec pretio factus sit locupletior*, por ejemplo BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 26 y NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 159, nt.18; pero tal hipótesis encuentra como obstáculo los textos en D.5.3.25.11; 15; 16: véanse al respecto LONGO, *hereditatis petitio*, cit., p. 192, y CARCATERA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 180. A. PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956, p. 41, considera que la construcción de la parte *quia-distraxit* y la forma como se explica, expresada en sentido contrario (*quia... quamquam...*) harían pensar en una intervención de los compiladores, y continúa el autor diciendo que tal hecho es evidente también en la siguiente referencia a una acción de regreso del comprador hacia el *bonorum possessor*, que además está en contraposición con la afirmación anterior *quamquam-reversuri*, pero según nosotros, si bien existen posibles cambios formales del pasaje que sufrió una reducción respecto al original (como veremos a continuación), su contenido debe considerarse clásico.

con el precio de la cosa vendida, podrá el demandante de la herencia ejercitar la *vindicatio* en contra del comprador de las cosas individuales que no hayan sido usucapidas. Y en tal hipótesis podrá ser repelido con la excepción "que no se haga un *praeiudicium* a la herencia entre el actor y quien vendió" (*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*), porque en la acción de petición de herencia no entra el precio de aquellas cosas, aunque, vencidos los compradores, deben repetir contra el que vendió. Ulpiano piensa que pueden ser reivindicadas las cosas, si los compradores no han tenido una acción de regreso hacia el poseedor de buena fe. Pero si quien vendió está dispuesto a defenderse contra la petición de herencia y sea llamado en juicio como si poseyera todavía, los compradores pueden utilizar la excepción con la cual<sup>59</sup> se constreñía al heredero a intentar la *petitio hereditatis* en contra del poseedor de la misma. Y también si las cosas hubieran sido vendidas a menor precio del justo y el heredero actor lo hubiera conseguido, dirigiéndose después en contra del comprador, éste podría interponer una excepción, que en doctrina se considera que sea la excepción de dolo.<sup>60</sup> El pasaje se concluye con una citación de Juliano, el cual en el libro cuarto de los digestos escribía que, si el poseedor había pagado a quien pide la herencia, es decir, a quien había recibido de los deudores, éstos se encontraban liberados de pleno derecho, bien sea que el pago hubiera sido realizado por el poseedor de buena fe, bien sea que lo hubiera efectuado quien actuó de mala fe.

El pasaje probablemente sufrió una reducción respecto al texto original del comentario, porque como hizo notar Hackl,<sup>61</sup> su lengua-

<sup>59</sup> Respecto a la excepción *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*, cfr. GAI 4.133; D. 5.3.5.2 (ULP., libro cuarto decimo ad edictum); D.44.1.13 (Iul. libro quinquagesimo digestorum); C. 3.31.12 pr. (a. 531). En doctrina se pueden ver: DÉNOYEZ, *Le défendeur á la pétition d'héritié privée*, cit., pp. 133 y ss.; y *Commentaire du D.5.3.25.17*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Verona 27-28-29 IX-1948, 3, 103. referencias a su pensamiento se encuentran en B. BIONDI, *Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, BIDR, 54, 1948, 448; K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen roemischen Recht*, Salzburg-Muenchen, 1976, pp. 76 y ss., y por último MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 271 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. DÉNOYEZ, *Le défendeur á la pétition d'héritié privée* cit., p. 58, nt. 25 y 133, nt. 48.

<sup>61</sup> HACKL, *Praeiudicium im klassischen roemischen Recht*, cit., 84.

je es accidentado cuando se pasa del singular al plural en relación con la cosa que se vendió. Respecto al punto que mayormente nos interesa, es importante observar que el jurista no hace mención a las razones por las que el poseedor de buena fe no obtuvo un enriquecimiento con el precio, situación por la que creemos sea necesario manifestar las posibles causas.

Seguramente el problema no se refiere a la hipótesis de la evicción hecha por un tercero mencionada en D.5.3.20.18, porque, como hemos visto, independientemente de la falta de enriquecimiento del vendedor, el actor no habría tenido ningún derecho hacia el comprador de las cosas singulares, siendo tales de propiedad de un tercero.

Suponer que el precio no fue pagado, y por esto el vendedor no obtuvo todavía un enriquecimiento con el mismo, daría al heredero actor la posibilidad de decidir si pedir la cesión de la acción, como vimos anteriormente, o bien actuar directamente en contra del comprador para pedir la restitución de la cosa; esta última hipótesis encuentra como límite el transcurso del tiempo de la usucapión y la posibilidad que el mismo comprador pueda actuar con la repetición en contra del vendedor: *et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*.

Parte de la doctrina, sin embargo, piensa que la frase *nisi-habent* sea interpolada;<sup>62</sup> en particular, Longo<sup>63</sup> piensa que el término *nisi*, el cual enuncia una restricción, dejaría sin efectos la opinión de Ulpiano referida antes, y que los eventuales casos en los que la repetición se podían negar eran raros, quitándose al heredero un derecho que a cualquier *dominus* las fuentes permiten. En realidad, como ha sido correctamente observado,<sup>64</sup> aquí el jurista quiso subrayar que la eficacia de la *exceptio praeiudicii* se excluye únicamente en el limitado caso de imposibilidad de una acción de regreso hacia el vendedor por parte del comprador que sufrió la evicción.

<sup>62</sup> Así ver la edición del Digesto de Mommsen, cfr. LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., pp. 193 y ss., y CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 180; mayores referencias a tal posición con mención de otros autores, pero sin aceptarla en Hackl, *Praeiudicium*, cit., pp. 88 y ss.

<sup>63</sup> *L'hereditatis petitio*, cit., pp. 193 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. HACKL, *Praeiudicium*, cit., p. 89.

Una hipótesis de falta de enriquecimiento podría ser la propuesta por Hackl,<sup>65</sup> el autor, en defensa de la autenticidad de D. 5.3.25.17 refiere la hipótesis de Javoleno referida en D.18.4.10 (y ya considerada por Kaser),<sup>66</sup> que corresponde a una compraventa de herencia en la forma de *emptio spei*, donde las partes del contrato podían establecer la cláusula: *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri* (que si hay algún derecho del vendedor, sea vendido ni después algo será prestado).<sup>67</sup> Esta posición, si bien se refiere a un caso diferente (*venditio hereditatis* y no venta de cosas hereditarias) aparece fundamentada, porque Ulpiano en D.5.3.20.7 consideraba aplicable la normativa del Juvenciano también en este caso: *sed et si ex asse fiat, senatus consultum locum habebit*; así el comprador no tendría ninguna pretensión en contra del vendedor porque había aceptado el riesgo que las cosas no le pertenecieran.

Podemos también considerar otro ejemplo diferente al que apenas hemos mencionado: la venta hecha con un pacto comisorio. En esta hipótesis la falta del pago del precio deja sin efectos el contrato, y por esto la petición del heredero al comprador no permitiría a este último de actuar en contra del vendedor. Ciertamente aquí la hipótesis de dirigirse al comprador de la cosa es probable únicamente en la eventualidad en que ésta no hubiera sido todavía restituida al vendedor.

Una vez que hemos podido observar el pequeño campo de aplicación del problema mencionado en D.5.3.25.17, del precio que no determina un enriquecimiento, podemos proseguir en el estudio de otras cuestiones que se encuentran en el mismo.

<sup>65</sup> HACKL, *Praejudicium*, cit., p. 89.

<sup>66</sup> M. KASER, "Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf", en *BIDR*, 74, 1971, pp. 54 y ss.

<sup>67</sup> El texto completo del pasaje de JAVOLENO, *libro secundo ex Plautio*, es el siguiente: *Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.* (Que si en la venta de herencia se ha hecho esto, que si hay algún derecho del vendedor, sea vendido ni después algo será prestado; aunque la herencia no habrá pertenecido al vendedor, sin embargo, nada será prestado por éste porque es manifiesto que se ha hecho esto, que como la ganancia del negocio así el peligro correspondería al comprador). En nuestro libro *Propuesta sobre la venta de herencia*, cit., pp. 77 y ss., analizando la venta de esperanza de herencia, hemos examinado tal texto de Javoleno junto a otros que admiten tal posibilidad bajo diferentes enfoques, como ULPIANO, *libro trigensimo secundo ad edictum*, D.18.4.11 y PAULO, *libro quarto decimo ad Plautium*, D.18.4.13.

En relación con el primer problema si el *petitor hereditatis* puede reivindicar del comprador las cosas individuales, que todavía no son usucapidas, la respuesta, como se vio, es afirmativa a condición que los compradores no tengan una acción de regreso hacia el poseedor de buena fe (compraventa efectuada en la forma aleatoria de *emptio spei* o si el contrato ha sido hecho con una *lex commissoria*, el precio no fue pagado y no se ha realizado todavía la restitución de la cosa).

En lo que se refiere a la excepción *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*, esa se configura como el remedio procesal a favor de los compradores, si el vendedor se encuentra dispuesto a defenderse contra la *petitio hereditatis*.<sup>68</sup> Esta situación producía un resultado interesante, porque el vendedor que no tenía la cosa o el precio aceptaba el juicio como un *fictus possessor*.

Cuando el vendedor estuviera dispuesto a defenderse en contra de la petición de herencia los compradores se encontraban protegidos con la *exceptio*, pero en tal situación el actor no satisfacía su pretensión, porque el precio, como no había enriquecido al poseedor, no debería entregarse. Un caso diferente sería que las cosas hubieran sido vendidas a un menor precio y el actor hubiera conseguido la cantidad recibida del vendedor, en tal caso se habría podido oponer con la excepción de dolo. Esta posición de Ulpiano toma como fundamento la opinión expresada por Juliano en el libro cuarto de los digestos: si el poseedor de buena o mala fe pagó al actor el precio recibido de los deudores, éstos son liberados *ipso iure*.

En conclusión podemos ver que, si el poseedor de buena fe no recibe un enriquecimiento con el precio, no se puede autorizar al actor de ejercitar una acción en contra del comprador de las cosas, porque este último tiene la facultad (casi siempre) de oponer la excepción *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*.

## 2. El enriquecimiento es superior al precio obtenido

Como hemos podido observar, el término *pervenire* se refiere normalmente al precio, pero Ulpiano ha demostrado que no siempre

<sup>68</sup> Cfr. la doctrina citada en la nota 59.

cuando se recibe un precio, tal efectivamente “llegó”; en D.5.3.23.1 el jurista presenta un caso diferente, en el *pervenire* no únicamente el precio, sino también otros elementos diferentes al mismo:

*Proinde si non solum pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto pervenerit, poterit dici, quia locupletior in totum factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus.*<sup>69</sup> (Por consiguiente, si a su poder hubiere llegado no solamente el precio, sino también la pena por haberse pagado tardíamente el precio, podrá decirse, que, puesto que en todo se hizo más rico, debe venir comprendida, aunque el senado haya hablado solamente del precio).

El presente pasaje representa una aplicación de las conclusiones a las que había llegado el jurista en cuanto a la relación entre precio y enriquecimiento en D.5.3.23.pr: la cantidad que proviene de una cláusula penal, que tiene como causa el retraso en el pago debido, se comprende en el *restituere* porque ocasiona un enriquecimiento, también si el senado se refiere únicamente al precio.

Así podemos observar que en el *pervenire* se encuentran comprendidos también otros elementos diferentes al precio, como la cantidad recibida por motivo de una cláusula penal, pero esta posición no es únicamente de Ulpiano, porque Juliano, *libro sexagensimo digestorum*, D.5.3.55, probablemente en referencia a un comentario realizado en relación con el Juvenciano,<sup>70</sup> presenta otro caso en que

<sup>69</sup> BESELER, *Beitraege* cit., 4, 38, elimina el término *totum*; idéntica es la posición de SCHWARZ, *Studien zur Hereditatis Petitio*, cit., 28. Actualmente la doctrina no duda el contenido clásico del presente pasaje: así DI PAOLA, *Saggi*, cit., p. 101, nt. 49, cree también que si bien existen probables interpolaciones su contenido clásico es inatacable. LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 146, no toma en consideración tal problemática, como tampoco DÉNOYER, *Le défendeur*, cit., p. 142, nt. 11.

<sup>70</sup> Observando LENEL, *Palingenesia*, op. cit., 1, pp. 464 y ss., es posible constatar que del libro LIX al XC los argumentos que trata JULIANO corresponden a las leyes y a los senadoconsultos: *liber LIX De legibus senatusque consultis: praefatio; ad legem duodecim tabularum: de hereditate legitima; ad SC Tertullianum; liber LX ad SC quod dicitur Iuventianum?; ad legem Cinciam: de donationibus; liber LXI ad legem Falcidiam; liber LXII ad legem Corneliam: de captivis et postliminio; liber LXIII ad legem Aeliam Sentiam 1; liber LXIV ad legem Aeliam Sentiam 2; liber LXV ad legem Aeliam Sentiam 3; libri LXVI, LXVII (no se conservan textos); liber LXVIII ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 1; liber LXIX ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 2; libri LXX-LXXXV ad legem Papiam; liber LXXXVI ad legem Aquiliam; Rhodiam de iactu; Iuliam de adulteriis; ad senatus consultum Libonianum; liber LXXXVII?; liber LXXXVIII ad legem Corneliam de*

el poseedor recibió un beneficio económico que tenía como causa la herencia:

*Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.*<sup>71</sup> (Evicta la herencia el poseedor de buena fe restituirá, no sencillamente, sino en el doble, lo que hubiese percibido por la ley Aquilia; porque no debe realizar lucro con lo que por causa de la herencia hubiere recibido).

El caso trata del problema del poseedor de buena fe que sufrió un daño en la herencia por parte de un tercero, que con base en una injustificada resistencia, la *infinitatio*, ha causado su condena en el doble;<sup>72</sup> al realizarse la evicción de la herencia, el mencionado poseedor deberá entregar a su titular no únicamente tal, sino además el beneficio obtenido con base en la *lex Aquilia*, porque según Juliano no debe conseguir ningún beneficio por motivo de la herencia.

Según Lammfromm,<sup>73</sup> en el presente texto Juliano se refiere al poseedor de buena fe, porque únicamente éste y no el *praedo* tiene la posibilidad del ejercicio de la acción de la ley Aquilia con base en

*adpromissoribus?; liber LXXXIX ad legem Appuleiam de sponsu?; liber XC ad legem Publiliam de sponsu?; si bien Lenel considera que el libro LX probablemente corresponda al Juvenciano (dejando la duda), según nosotros su posición parecería encontrar fundamento en el hecho que en D.5.3.55 se presenta el principio que el poseedor de buena fe no debe obtener un lucro: *bonae fidei possessor...lucrum...facere non debet*, y este principio se encuentra en la *oratio* que originó el senadoconsulto: *possessore non facere lucrum* (D.5.3.22).*

<sup>71</sup> Según BESELER, *Beitraege... op. cit.*, p. 31, los compiladores han incluido la referencia a la buena fe; así también acepta la tesis de M. ROTONDI, *Scritti giuridici*, 2, 1923, 209 que la mención del *duplum* es una idea posclásica, pero como veremos en el presente análisis tal posición no puede ser aceptada.

<sup>72</sup> GAYO 4.9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae...*; sobre la responsabilidad aquiliana la literatura es gigantesca, además de la obra de S. CHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, pp. 1 y ss., últimamente encontramos varias monografías: G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, pp. 3 y ss.; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine*, Genève, 1997, pp. 15 y ss.; F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, Bari, 2000, pp. 11 y ss.; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, Milano, 2002, pp. 3 y ss.

<sup>73</sup> H. LAMMFROMM, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, Tuebingen, 1887, pp. 99 y ss.

una *actio in factum*.<sup>74</sup> Ciertamente la *bona fides* es un presupuesto indispensable que permite que el poseedor hubiera podido obtener el resarcimiento del daño (con independencia del hecho que la acción hubiera sido ejercitada de forma directa o *in factum*);<sup>75</sup> además de tal constatación, debemos notar que los términos: *lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet* demuestran la aplicación del principio establecido en el Juvenciano con el cual se debe quitar todo el lucro, bien sea al poseedor de buena como de mala fe, según la *oratio* que había originado nuestro senadoconsulto en D.5.3.22: *possessorem non facere lucrum* (el poseedor no haga lucro) y cita de Paulo, libro XX *ad edictum* D.5.3.28: *Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est*. (Porque después del senadoconsulto se ha de decir, que se ha de quitar todo lucro tanto al poseedor de buena fe, como al de mala).<sup>76</sup>

De tales textos se puede observar que el enriquecimiento incluye, además del precio, cualquier aumento que exista en la herencia, como la penal causada por la mora en el cumplimiento de la obligación (D.5.3.23.1) o la cantidad recibida por motivo de la responsabilidad aquiliana (D.5.3.55), pero esta posición de la jurisprudencia encuentra origen antes del senadoconsulto, porque como puede observarse en un pasaje de Javoleno, *libro tertio ex Cassio*, D.5.3.48 en el *restituere* no es considerado únicamente el precio, sino además otros elementos:

*In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis causa veniit:*

<sup>74</sup> Sobre el ejercicio de la acción de la ley Aquilia por parte del poseedor de buena fe ver en doctrina G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, pp. 303 y ss., específicamente sobre el presente texto ver pp. 491 y ss.; E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, p. 73, núm. 109 y p. 74, núm. 110.

<sup>75</sup> Parecería prevalecer en doctrina la idea que el poseedor de buena fe hubiera podido ejercitar la acción de la ley Aquilia de forma directa y no *in factum*, así VALIÑO, *Acciones pretorias... op. cit.*, p. 73, núm. 109; VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei...*, *op. cit.*, pp. 491 y ss; confront. ULPIANO, *libro octavo decimo ad edictum*, en D.9.2.11.8 y D.9.2.17.

<sup>76</sup> En el mismo sentido CARCATERRA, *L'azione ereditaria... op. cit.*, p. 158.

*sin autem ex fideicommissi causa, nihil amplius quam quod bona fide accepit.*<sup>77</sup> (En la estimación de la herencia de tal modo viene comprendido el precio de la herencia vendida, que también se agrega el aumento que hubo en la herencia, si ésta fue vendida para hacer un negocio; mas si lo fue por causa de fideicomiso, nada más que lo que recibió de buena fe).

El pasaje que forma parte de los comentarios de Javoleno Prisco a la doctrina de Casio Longino, puede demostrar así como D.5.3.18 pr. que vimos *supra*, § 1.1, que la subrogación del precio a las cosas hereditarias encuentra aplicación en la jurisprudencia antes del Juvenciano. En la *aestimatio* de la herencia vendida no se comprende únicamente su precio, sino también *quod plus fuit in hereditate*, es decir, el enriquecimiento que hubiera llegado al poseedor por motivo de la herencia, si ésta había sido vendida por fines especulativos (*negotiationis causa*). Si por el contrario había sido vendida por causa de fideicomiso, el vendedor debía restituir aquello que había recibido en buena fe.

Tuvimos ocasión de precisar en otro lugar<sup>78</sup> que prescindiendo de la emanación de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, se procedía a la *venditio hereditatis* no únicamente para obtener un beneficio económico, sino también para cumplir los fideicomisos; en este último caso el vendedor, según las palabras de Javoleno, se encontraba obligado a entregar al titular de la herencia solamente lo que había recibido en buena fe. Nos podemos preguntar si con tal expresión se hace referencia al precio simbólico que el fiduciario recibía para cumplirlo,<sup>79</sup> o bien a la cantidad que el testador le dejó por haberlo cumplido. En nuestro parecer, una respuesta puede encontrarse en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* en D.5.3.13.5:

<sup>77</sup> Difícil de aceptar nos parece la posición de DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'héritité privée en Droit Romain*, cit., p. 213, que el término *bona fide* sea una innovación bizantina porque el fiduciario, al cumplir la voluntad del *de cuius*, actúa necesariamente en buena fe; su contenido clásico ha sido considerado por CARCATERRA, *L'azione ereditaria, op. cit.*, pp. 1, 56, y DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio, op. cit.*, p. 93, núm. 38.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta*, cit., p. 244.

<sup>79</sup> GAYO 2.252 hace referencia a un precio ficticio: *...Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire...* (ya que entonces estaba en uso al que era entregada la herencia, que le fuese vendida aquella herencia por así decir por una moneda).

...et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.<sup>80</sup> (...también si habiéndose mandado venderla por un pequeño precio hubiere el heredero vendido la herencia a Ticio, ciertamente opina Papiniano que se ha de decir, que se da acción contra el fideicomisario, porque no conviene que se reclame al heredero que percibió un precio tan exiguo).

Mientras la posición de Papiniano, referida por Ulpiano, es en el sentido que la responsabilidad corresponde al fideicomisario (Ticio), ya que es él quien recibió el beneficio de la herencia y no el heredero que únicamente recibió, bajo disposición del testador un precio mínimo, Javoleno en D.5.3.48 afirma que el vendedor (poseedor hereditario) únicamente deberá restituir *quod bona fide accepit*. La confrontación entre estos dos pasajes podría hacer pensar en una diferencia de posición entre los dos juristas, porque Javoleno cree que también el poseedor hereditario (o el heredero) debería dar el precio, mientras que Papiniano no ve tal necesidad porque es exiguo; según nosotros, sin embargo, la diferencia es más aparente que real, ya que la opinión del primer jurista debe entenderse en un sentido más amplio respecto al literal, porque si el precio recibido del comprador fideicomisario es tan pequeño al grado de no tener importancia, "lo que recibió en buena fe" no puede referirse al mismo, sino a la cantidad que el *de cuius* había dejado al heredero para él con la finalidad que cumpliera el fideicomiso (o que el fideicomisario había dado al poseedor hereditario en la medida establecida por el *de cuius*) y que pertenecía al actor de la *petitio hereditatis*.

Como hemos podido observar la jurisprudencia identificó diferentes elementos que pueden incluirse en el *pervenire* además del precio, diferente por el contrario es el caso presentado por Paulo, libro vigesimo ad edictum, D.5.3.24 en que presenta ejemplos de beneficios percibidos por el poseedor que no deberán restituirse al titular de la herencia:

<sup>80</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 10, deja sin contenido el presente pasaje, porque quita la referencia "parvo pretio", así como *adversus-habente*; en el mismo sentido LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., p. 44, más referencias a la doctrina interpolacionista en MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, op. cit., p. 302; pero nosotros no tenemos dudas de su contenido clásico.

*At ubi vi deiectus fuit, non debet restituere poenam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec poena restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad iudicium non venerit.*<sup>81</sup> (Mas cuando fue despojado por la fuerza, no debe restituir la pena en que por esto se incurrió, porque el actor no puede obtenerla; así tampoco debe restituirse la pena que el adversario le prometió para el caso de que no hubiere comparecido en juicio).

Cuando el demandado haya sido despojado de la posesión con violencia (ciertamente por parte de un tercero) no deberá inserirse en el *restituere* la pena pagada a él, ya que no corresponde al actor; así tampoco debe ser entregada la pena que el adversario haya prometido de pagar en el caso en que no hubiera comparecido en juicio.

Los ejemplos presentados por el jurista demuestran que no pueden considerarse en el enriquecimiento del poseedor de buena fe beneficios económicos que no provengan de la herencia. Si él fue despojado sin derecho, la cantidad recibida de la persona que lo despojó de forma violenta pertenece únicamente a él, porque el pago de la pena o la cantidad prometida tiene como fundamento la protección de la posesión, y no la titularidad que el actor tiene sobre la cosa que forma parte de la herencia, como sucede en los casos mencionados anteriormente.

#### IV. INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS *DEPERISSENT DEMINUTAEVE*

Quedan todavía por explicar los conceptos *deperire* y *deminuere*, mencionados en el texto del senadoconsulto. El primero ciertamente corresponde a una situación de tipo natural,<sup>82</sup> mientras que el segun-

<sup>81</sup> No se puede excluir que los términos *at ubi* hayan sido inseridos por los compiladores con la finalidad de presentar el pasaje como complementario al precedente: cfr. BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 24 y LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 146. Estamos de acuerdo con el segundo autor que no pueden considerarse interpoladas las palabras *quod eam actor habere non potest*, como afirma BESELER, porque es una terminología propia de los juicios privados. En el mismo sentido se había ya expresado CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, cit., p. 191.

<sup>82</sup> En este sentido presentamos los siguientes ejemplos: ULPIANO, libro trigesimo quarto ad Sabinum, D.23.3.10.5: *Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint...* (Por esto puede preguntarse, si en el caso de que hubieren fallecido antes de las nupcias los esclavos estimados). MECIANO, libro octavo fideicommissorum in

do comprende también el aspecto jurídico; sobre los mismos se refiere Ulpiano en D.5.3.20.21, así como Gayo, *libro sexto ad edictum provinciale*, D.5.3.21 (que los compiladores han incluido inmediatamente después del pasaje de Ulpiano) en relación con el comentario del Juvenciano;<sup>83</sup> como el segundo presenta una explicación conceptual creemos sea necesario comenzar por este último:

*Deperditum intellegitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum vero, quod usucaptum esset et ob id de hereditate exiit.* (Entiéndase por perdido, lo que dejó de existir, y por disminuido, lo que hubiese sido usucapido, y que por esto salió de la herencia).

La interpretación gayana nos confirma que lo que se perdió es *quod in rerum natura esse desiit*, mientras que la disminución de las cosas hereditarias presupone que tales han dejado de pertenecer a la *universitas* porque fueron usucapidas, como sucede en el caso del comprador que las posee en buena fe. La pérdida es casual,<sup>84</sup> y, si bien con base en el principio *periculum est emptoris* al vendedor no puede imputarse tal hecho, su responsabilidad por el precio subrogado continúa existiendo a favor del titular de la cosa. El texto de Ulpiano en D.5.3.20.21 afirma:

*Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sunt res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emptorem extant, nec deperditae, nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor, aut si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset iuratum. at ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium*

D.35.2.30.4: "*pecuniam quam in illa arca, vinum, quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo*", *si sine culpa heredis deperierunt...* ("el dinero que tengo en aquella arca, el vino que tengo en aquellas tinajas, la cantidad de plata que tengo en aquellos almacenes" si perecieron sin culpa del heredero...).

<sup>83</sup> Que Gayo conocía el Juvenciano y lo aplicase puede demostrarse con el presente pasaje; cfr. LENEL, *Palingenesia, op. cit.*, I, 201, que lo incluye bajo la rúbrica *si hereditas petatur*, en la nota 1 el autor confronta el texto con el §6b del Juvenciano; en el mismo sentido, LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 242; MUELLER EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., p. 387.

<sup>84</sup> En el mismo sentido CARCATERA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, cit., pp. 126 y ss., porque no se trata de actos voluntarios cumplidos por el poseedor, sino de hechos; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, cit., p. 115.

*debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet.*<sup>85</sup> (Pero el poseedor deberá restituir los precios, aunque las cosas se hayan perdido, o disminuido. Pero las restituirá solamente si es poseedor de buena fe, o también si de mala fe. Y si en realidad existieran las cosas en poder del comprador, y no se han perdido, ni disminuido, sin duda que el poseedor de mala fe debe entregar las mismas cosas, o si de ningún modo pudiera recobrarlas del comprador, tanto cuanto para el pleito se hubiese jurado. Mas cuando se han perdido o disminuido, debe entregarse su verdadero precio, porque, si el demandante hubiese conseguido la cosa, la habría vendido, y no perdería el verdadero precio de la cosa).

En tal texto se presentan cuatro problemas: si también el poseedor de mala fe deberá entregar los precios en el caso en que las cosas hereditarias vendidas se hubieran perdido o disminuido, como sucedía con el poseedor de buena fe; cual sea la responsabilidad del poseedor de mala fe, si las cosas existen todavía en manos del comprador y no se hubieran perdido o disminuido; que deberá dar el poseedor de mala fe al actor, en caso que no pueda recuperar las cosas del comprador; cuál es la medida de la responsabilidad del poseedor (sin especificar a cuál de los dos hace mención), si las cosas se perdieron o se disminuyeron en poder del comprador.

Con referencia al primer problema, ciertamente la subrogación del precio a las cosas hereditarias vendidas que correspondía al poseedor de buena fe, se había extendido también al de mala fe; por

<sup>85</sup> BESELER, *Beitraege*, cit, 4, 37, cree interpolados los términos *et si quidem...sunt* y *si recipere... possit*; pero LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., p. 137, niega tal hecho: los primeros, porque se hace referencia a la pérdida y a la disminución de las cosas en relación con el Juvenciano; los segundos, porque la distinción entre la responsabilidad a la misma cosa o a su estimación con base en el *iusiurandum* del actor prueba que, según Ulpiano, el poseedor de mala fe no responderá por el valor de la misma cosa si no cuando no se encuentre en condición de darla; en caso contrario se procederá a la *litis aestimatio*. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem, op. cit.*, p. 299, considera imposible el contenido del presente pasaje que atribuye relieve jurídico a la venta y a los precios en relación con la obligación de restituir del *praedo* y al monto de la condena, porque según él es contrario al principio establecido por el mismo Ulpiano en D.5.3.20.12 que afirma con singular energía: si el *praedo* vende cosas hereditarias, *sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis* (sin duda no los precios de las cosas, sino las mismas cosas vienen en la petición de herencia), pero tal objeción no podemos aceptarla porque el principio subrogatorio se aplicaba también al poseedor de mala fe, como lo demuestra la constitución mencionada por Ulpiano en D.5.3.20.12 (C.6.35.1).

esto, si las cosas se hubieran perdido o disminuido, deberá ser entregado al demandante la suma del dinero recibida.

El segundo problema se resolvió en el sentido que, si las cosas existen todavía, el *praedo* deberá entregar al *petitor hereditatis*, según lo que ya había afirmado el mismo Ulpiano en D.5.3.20.12, pero esta solución en su aplicación concreta puede encontrar la dificultad prevista en el tercer problema, es decir, la imposibilidad de recuperar del comprador las cosas que se deben restituir. El pasaje no indica las razones de tal imposibilidad, pero podemos pensar en diferentes situaciones: por ejemplo, el comprador no quiere devolverlas, o bien las cosas ya no se encuentran en su poder porque se perdieron o se vendieron nuevamente. En tal hipótesis el demandante tiene la facultad de proceder mediante un juramento (*iusiurandum in litem*) para determinar el valor en dinero de la responsabilidad del demandado.

El cuarto problema se relaciona con el primero: la pérdida o la disminución de las cosas que se encuentran en poder del comprador no puede servir como pretexto para que el poseedor que las vendió entregue el precio en la medida correspondiente al efectivo valor de las mismas; el fundamento de esta última solución por parte de Ulpiano aparece a primera vista poco claro: si el demandante hubiera tenido la cosa, la habría vendido al verdadero precio, no perdiéndolo después. La finalidad del heredero en la petición de herencia no es necesariamente la de tener la cosa para venderla una vez que ha sido entregada (esta es una hipótesis demasiado específica que no puede valer para un contexto general). Más comprensible aparece tal fundamento, si se coloca en el ámbito de una *vindicatio* del fisco, ya que, como sabemos normalmente el objetivo del *fiscus*, una vez obtenidos los *caduca*, era el de venderlos y de obtener así un precio.<sup>86</sup>

En conclusión, hemos podido observar que la pérdida o disminución de las cosas hereditarias no es un obstáculo en la restitución de los precios para el poseedor de buena fe y en el caso del que actúa en mala fe si bien debería entregar las mismas cosas, como las *res* se perdieron o disminuyeron, se deberán restituir los precios así como

<sup>86</sup> Como hemos hecho notar en nuestra *Propuesta*, cit., pp. 233 y ss. Esta interpretación de los términos: *at ubi... non perderet* no nos permite aceptar la posición de BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 37 y de LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., 136, según la cual deberían ser eliminados del contexto clásico.

el poseedor de buena fe aplicándose también en este caso el §6b del senadoconsulto.

## V. CONFLICTO PRECIO-COSA

El problema es mencionado por Ulpiano en D.5.3.25pr:

*Sed et si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum lucrum, quod sensit lege commissoria, praestaturum.*<sup>87</sup> (Pero si se vendió con pacto comisorio, también se habrá de decir lo mismo, que ha de entregar el lucro que obtuvo por el pacto comisorio).

Si se hizo la venta de una *res* hereditaria con pacto comisorio, el lucro que el poseedor había recibido del negocio deberá entregarlo. Normalmente tal lucro coincidía con el precio, pero en el caso en que éste no hubiera sido pagado y el contrato hubiera permanecido sin efectos, la utilidad a que hace referencia el jurista debía ser la misma cosa. En este caso es claro que el poseedor deberá dar el precio o la cosa dependiendo la solución del cumplimiento de la obligación del comprador.

Un problema surge cuando el poseedor de buena fe tiene en su poder el precio y la cosa, de tal se ocupa Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.22:

*Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in praedone dicimus electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere licet deteriore factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id quod amplius habet ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in oratione divi Hadriani ita est... Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est.*<sup>88</sup> (Si el poseedor de buena fe tuviera así la cosa como el precio, por

<sup>87</sup> BESELER, *Beitraege*, op. cit., p. 38, elimina el contenido de los términos *lucrum praestaturum*, pero así queda sin sentido; su contenido clásico ha sido considerado por LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., p. 143.

<sup>88</sup> La doctrina interpolacionfística individua ciertas alteraciones; el más radical como siempre es BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 22 y ss, que al inicio agrega: *si bonae fidei possessor*

ejemplo, porque hubiere comprado la misma cosa, deberá ser oído, si quisiera dar la cosa, y no el precio. Respecto al poseedor de mala fe decimos que la elección debe ser del actor. Ha de verse, si este poseedor haya de ser preferentemente oído, si quisiera entregar la cosa, aunque se haya deteriorado, y no el demandante, si pretendiese el precio, porque no sea honrada tal pretensión, o si es que deba restituir también lo que por razón del precio tiene de más, porque sea más rico por virtud de la cosa de la herencia. Ciertamente en la oración del divino Adriano se dice así... Conviene por lo tanto que el poseedor restituya al demandante así la cosa, como lo que por la venta de la misma cosa ha ganado).

El presente texto presenta la hipótesis que el poseedor de buena fe tenga bien sea el precio así como la cosa, *v.gr.* porque después de la venta la había readquirido; tal situación presenta la duda si él pueda escoger entre dar la cosa (que en tal periodo sufrió un deterioro) en lugar del precio. Mientras que en el caso del poseedor de mala fe la opción corresponde al demandante, la solución que propone Paulo con respecto a quien había actuado en buena fe, se fundamenta en el espíritu de la *oratio* de Adriano que contenía las directivas seguidas en el senadoconsulto, que negaba la posibilidad de obtener un lucro: *possessorem non facere lucrum...*; por esto el demandado poseedor de buena fe debe dar la *res* y todo lo que le hubiera causado utilidad.

La respuesta del jurista parte de la consideración de dos posibles soluciones: la primera, se debe escuchar la propuesta del demandado, que quiera restituir la cosa en lugar del precio, encontrándose todavía en la posesión de la misma; la segunda, si por el contrario

*rem hereditariam vendiderit, mox eandem minore pretio redemerit*, y quita gran parte de su contenido: *si et rem-desiderium*; también LONGO, *L'hereditatis petitio*, cit., 138, 140, elimina *in praedone-desiderium* y ve un probable glosema explicativo en las palabras *puta, quod tandem redemerit*, pero según nuestra opinión, tales pueden pertenecer al mismo jurista para aclarar su propio pensamiento. Nos parece que la posición de CARCATERRA, *L'azione ereditaria...* v. 2, *op. cit.*, p. 187, sea convincente: *habeat*, además de ser sinónimo de *possideat*, resulta necesario por el hecho que la idea del *possidere* corresponde al sujeto *possessor*, y así se evita la fastidiosa e inútil repetición *possideat possessor*. *Dare* es un término necesario y preferible al técnico e unívoco *restituere*, porque sostiene bien sea la palabra *rem* así como *pretium* y si se restituye la *res* no se restituye el *pretium* que resulta fungible y objeto de una relación de obligación. *Dicimus* es un glosema (en este punto no estamos de acuerdo), y el *nam* sirve como justificación a Ulpiano para fundamentar la posibilidad de decidir el caso previsto en las cuestiones que preceden.

deba entregar además de la cosa la ganancia que tuvo con el precio. La última solución es la que adopta Paulo, fundamentándose como se ha dicho, en la prohibición de enriquecimiento establecido en la *oratio* adrianea para el poseedor de buena fe. Así podemos ver que en el presente caso el *restituere* incluye dos elementos: la *res* y la parte del precio que lo hubiera enriquecido.

Aquí el principio subrogatorio encuentra reflejo únicamente en la medida del enriquecimiento porque el demandado el cual es obligado a la cosa exigida con base en la acción, deberá entregar la parte del precio que le había producido enriquecimiento.

Ulpiano, en D.5.3.25.1, afronta el problema del demandado que había adquirido una cosa con el precio recibido de la venta de una *res* hereditaria:

*Item si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit. Sed si res minoris valet, quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet, quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.*<sup>89</sup> (Asimismo, si vendió una cosa, y con su precio compró otra, vendrá comprendido el precio en la petición de herencia, y no la cosa que incorporó a su patrimonio. Pero si la cosa vale un precio menor que aquel en que fue comprada, se entenderá que se hizo más rico sólo en tanto cuanto vale la cosa, a la manera que si lo hubiese consumido, no se entenderá que en nada se hizo más rico).

Si la cosa se vendió y con el precio el poseedor compró otra, es el precio y no la nueva cosa que entró en su patrimonio a ser considerada en la petición de herencia; pero si la cosa comprada tiene un valor menor, se considera que su enriquecimiento coincide con el valor efectivo del objeto, mientras si consumió las cosas adquiridas, no resulta que se haya enriquecido.

Como se ha dicho varias veces, cualquier beneficio económico percibido por el poseedor de buena fe (que tiene como fundamento la conclusión del negocio) debe entregarse al *petitor hereditatis*. Un

<sup>89</sup> Los términos *sed si res-non videbitur* son interpolados según BESELER, *Beitraege*, cit., 4, 38, y NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 158, este último limita la interpolación a la frase *si res-comparata est*, pero tales suposiciones encuentran como obstáculo el contenido clásico de D.5.3.23 pr, que hemos visto anteriormente.

problema surge cuando el precio ya no existe porque con tal cantidad el poseedor demandado había adquirido otra cosa. La solución propuesta por el jurista demuestra que la utilización que el poseedor hace del precio para comprar otro objeto es diferente a los casos del precio consumido mencionados en D.5.3.23, porque tal utilización no se considera como una forma de extinción del mismo; consecuentemente debe considerarse como si se encontrara el precio en su poder.

El problema no termina aquí porque Ulpiano hace una distinción todavía más sutil, considerando la hipótesis que la cosa adquirida haya tenido un valor menor del precio que sirvió para el pago; en tal caso, el efectivo enriquecimiento no será el precio recibido, porque con la adquisición posterior el poseedor tuvo una disminución en el enriquecimiento consistente en el efectivo valor de la cosa comprada.

Según Schwarz,<sup>90</sup> el término *non* que se encuentra al final está en contraste con un texto de Juliano, *libro sexagesimo quarto digestorum*, D.4.2.18,<sup>91</sup> porque en este último pasaje se afirma que la cosa que se transformó en dinero o en otra cosa de todos modos produce enriquecimiento, también si después se perdió: *sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit... sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat*; en contraposición al presente que contrariamente afirma: *quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur*; por esto es interpolado o fue modificado antes de Justiniano.

<sup>90</sup> SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, cit., 305, nt.104; esta posición no es aceptada por MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., pp. 363 y ss.

<sup>91</sup> *Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiolem dicimus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.* (Si pereció la cosa misma que llegó a poder de otro, no diremos que éste es más rico; pero si fue convertida en dinero o en otra cosa, no ha de buscarse ya cuál sea el resultado, sino que de todos modos se entiende que aquel se ha enriquecido, aunque después la pierda. Porque también el emperador Tito Antonino manifestó por rescripto a Claudio Frontino respecto a los precios de las cosas de la herencia, que por esto mismo se puede reclamar de él la herencia, porque aunque no estén en su poder las cosas que habían sido de la herencia, sin embargo, el precio de ellas, enriqueciéndose con él, o más frecuentemente con la transformación en otra especie, le obliga de igual manera que si las mismas cosas hubieren permanecido en su propia forma).

Nosotros creemos que D.4.2.18 es conforme al §6b del Juvenciano: *etsi eae ante petitam hereditatem deperissent diminutaeve fuissent, restituere debere*, por esto su clasicidad es evidente; sin embargo, no consideramos que la afirmación en D.5.3.25.1 deba considerarse contraria al senadoconsulto, porque, como hemos dicho el precio recibido produce enriquecimiento, y el término *quemadmodum* no se refiere a la enajenación, sino que corresponde a las diferentes hipótesis en que las cosas se consumieron pero no fueron vendidas.

El jurista no analiza el caso contrario, que la cosa adquirida con el precio tuviera un valor superior al mismo, pero en nuestra opinión, la solución del problema podría ser idéntica: el demandado debería entregar el precio así como el beneficio obtenido con la adquisición de la nueva cosa.

#### VI. CONCLUSIONES RESPECTO AL CONTENIDO DEL §6B DEL SENADOCONSULTO

Como hemos observado el §6b del Juvenciano presenta la posibilidad que los demandados entreguen los precios recibidos de las cosas hereditarias vendidas: *a quibus hereditas petita fuisset... pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent... restituere debere*; Ulpiano, en su comentario lemmático al texto del senadoconsulto, afirma (en singular) que el poseedor de buena fe deberá entregar el precio e incluye la posibilidad de ceder las acciones: *bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non quia habet actionem, debet pretium praestare: sed ubi habet actionem, sufficit eum actiones praestare*. La restitución de los precios (o del precio) en lugar de las cosas hereditarias no es una innovación de la disposición del senado porque D.5.3.18.pr demuestra que la jurisprudencia anterior al 129 d. C había considerado no únicamente la restitución del precio, sino también la transmisión de las acciones, así el Juvenciano simplemente reconoció un criterio ya establecido anteriormente. Como sabemos tal disposición en origen tenía la finalidad de resolver un problema de *vindicatio* fiscal en relación con las *partes caducae* de la herencia de Rústico y no una petición de herencia como expresa D.5.3.18.pr: *petitione hereditatis teneatur*, por ello es importante afrontar la cuestión si la subrogación del precio (o de los precios) aplicado a la materia fiscal haya sido una innovación del Juvenciano.

Provera<sup>92</sup> cree posible que ya antes del 129 d. C. los representantes del *aerarium* hubieran considerado la subrogación del precio a los *caduca* con base en la gran ventaja que era dada al perseguirse al mismo heredero aunque hubiera enajenado los bienes hereditarios; la definitiva certeza de tal posibilidad, si bien posibles contrastes iniciales, se habría dado mediante el reconocimiento del senado con base en el Juvenciano.

La presente hipótesis, si bien no encuentra fundamento en fuentes que puedan demostrar la aplicación del precio a las cosas hereditarias por parte del *aerarium* o del *fiscus* antes del Juvenciano, es de considerarse, según nuestra opinión válida, ya que si se tiene en cuenta además de lo que dice el autor, que si el heredero podía exigir del poseedor el precio en lugar de las cosas hereditarias, evitándose así un enriquecimiento de este último en perjuicio del primero, con mayor razón la autoridad que protegía un interés público.

También puede aceptarse la suposición del autor sobre la confirmación definitiva de la subrogación del precio a las cosas hereditarias gracias al senadoconsulto Juvenciano, sobre todo si tomamos en consideración el momento histórico en que viene aprobado, periodo en que al fisco se le atribuyen mayores poderes. Se podría demostrar que antes de nuestro senadoconsulto todavía no se había consolidado la posibilidad de entregar los precios en la *vindicatio* de los *caduca* con la afirmación que en la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 se observa que el emperador propone la aplicación a la presente materia para evitar que el poseedor obtuviera un beneficio con el precio recibido: *dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere...*; si el principio se hubiera consolidado antes, no existirían razones para poner en duda su aplicación.<sup>93</sup>

A partir del 129 d. C. podemos afirmar con suficiente certeza que la entrega de los precios en lugar de las cosas hereditarias encontraba aplicación en la *vindicatio* de los *caduca* en el caso de los que se consideraban herederos (poseedores de buena fe); así se evitaba que la autoridad fiscal (como ya había sucedido en materia hereditaria), tuviera necesidad de ejercitar acciones en contra de cada uno de los

<sup>92</sup> PROVERA, *La vindicatio caducorum*, cit., 36.

<sup>93</sup> Así PROVERA, *ibidem*, 37.

compradores de los bienes hereditarios simplificando el procedimiento y realizándose una evidente economía procesal.<sup>94</sup> Además se debe tomar en cuenta, como habíamos dicho en otro lugar,<sup>95</sup> que los *caduca* normalmente se vendían en nombre del fisco para obtener un precio, y por ello la posibilidad de pedirlo facilitaba a la autoridad llegar a tal objetivo, sin necesidad de proceder a una nueva venta de tales bienes después de haberlos recuperado.

La distinción entre posesión de buena o de mala fe en materia de petición de herencia parece que no tiene importancia en el caso de la subrogación del precio en el periodo anterior o contemporáneo al Juvenciano; así en D.5.3.18 pr., pudimos observar que Labeón y Octaviano no la toman en consideración, sino Ulpiano que tenía presente la distinción establecida en el Juvenciano. El primer jurista afirma que el poseedor demandado "está obligado" (*tenetur*), sin mayores explicaciones, mientras que el segundo manifiesta la transmisión de las acciones relativas al precio de las cosas hereditarias vendidas, también si el precio se había perdido por causa del banquero; por esto, en la visión de Octaviano cualquier tipo de poseedor podía simplemente ceder las acciones para la restitución del precio. Javoleno y probablemente Casio creen en D.5.3.48 (*cfr. supra*, § 3.b) que la subrogación del precio sea posible si la venta se hubiera concluido para fines especulativos (*negotiationis causa*) o para cumplir un fideicomiso.

Más compleja es la situación de Juliano; si bien en algunos textos respectivamente examinados (D.4.2.18 y D.5.3.16.5) resulta aplicada la subrogación del precio bien sea para el poseedor de buena fe

<sup>94</sup> Sobre la función práctica de la subrogación de los precios (o del precio) a las cosas hereditarias (o a la herencia) *cfr.* CARCATERA, *L'azione ereditaria*, cit., pp. 6 y ss., si bien no podemos aceptar su posición según la cual los clásicos consideraban que aquel heredero en realidad, que debe responder de los precios en sentido técnico de la palabra, no posee: "*nihil possidet*", porque el texto en el cual el autor se fundamenta (D.5.3.13.13), se refiere a los que invadieron los bienes y no a las personas que vendieron: *...dolo enim facere eum qui se offert petitioni...*

<sup>95</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta*, cit., 156; pp. 233 y ss. Una constitución de los emperadores Severo y Caracala en C.4.39.1, si bien posterior al 129 d. C., menciona una práctica que podría corresponder a tal periodo: *aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.* (Vendida una herencia en nombre del fisco, es cierto y absoluto que las deudas pertenecen a cargo del comprador de los bienes, y que el fisco no les responde a los acreedores de la herencia).

como para el de mala fe, falta cualquier distinción entre las dos categorías de poseedores, en otros casos la solución que el jurista adopta aparece fundada en otros criterios; así en D.5.3.33.1, si el esclavo era necesario a la herencia, viene preferida la entrega del mismo al titular en lugar del precio de la venta; en D.5.3.20.2, como la venta del fundo fue efectuada *sine causa*, el heredero puede pedir la entrega del mismo y no su precio, mientras que, si se hubiera hecho para extinguir una deuda hereditaria, la petición habría tenido por objeto este último.

Con referencia a Juliano, además de los textos que vimos en relación con el principio subrogatorio, se puede incluir uno de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.31.5, en el que parecería que tal jurista (y Casio) utilizaran tal principio en la siguiente situación:

*Quod autem possessori solutum est an restituere debeat, videamus: et si bonae fidei possessor fuit sive non, debere restituere placet, et quidem si restituerit, ut Cassius scribit et Iulianus libro sexto, liberari ipso iure debitores.*<sup>96</sup> (Pero lo que se pagó a un poseedor, veamos si es que deba restituirlo; y parece bien que debe restituirlo, tanto si fue poseedor de buena fe, como si no; y a la verdad, si lo hubiere restituido, según escribe Casio, y Juliano al libro sexto, de derecho quedan libres los deudores).

Si bien aquí no se hace referencia expresa al principio subrogatorio porque se habla genéricamente del pago hecho al poseedor (*possessori solutum est*), tal podría de todos modos encontrar aplicación bien sea a los deudores de la herencia como a los compradores de las cosas hereditarias. La cantidad pagada debe ser restituida al *petitor hereditatis*, no importando que se haya recibido por el poseedor de buena o de mala fe; esta era la opinión de Casio y de Juliano en el libro sexto de sus digestos (y también en el cuarto, como puede verse en D.5.3.25.17, examinado *supra*, § 3.a), los cuales consideraban que los deudores con el pago se liberaban de pleno derecho, y por esto el actor no habría podido actuar en contra de ellos.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> BESELER, *Beitraege*, *op. cit.*, 18, considera interpolados los términos *si bonae fidei possessor fuit sive non*, pero NIEDERLAENDER, *Die Bereicherungshaftung*, *op. cit.*, 160, cree que la presente distinción corresponda a ULPIANO; también LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, 185, no cree necesario eliminar las presentes palabras.

<sup>97</sup> BESELER, *Beitraege*, *cit.*, 18, cree que el presente pasaje es una prueba que la petición de herencia no sufrió influjo del Juvenciano; según nosotros tal posición es de ex-

Examinando la hipótesis en que el pago tuviera como causa la venta de las cosas hereditarias, como los deudores son liberados *ipso iure*, el demandado es llamado a entregar la cantidad recibida bien sea que hubiera actuado en buena o en mala fe; en este modo podemos observar que en materia de petición de herencia la subrogación del precio era considerada también por Casio y Juliano en cualquier situación, también si el demandado era un *praedo*.

Una específica aplicación de la subrogación del precio a un poseedor de mala fe en materia de *rei vindicatio* siempre por parte de Juliano se encuentra contenida una vez más en un pasaje de Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum*, D.6.1.17.1:<sup>98</sup>

*... ut Iulianus libro septimo scribit ... quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere, et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor ...*<sup>99</sup> (que escribe Juliano en el libro séptimo ...pero si el mismo poseedor hubiere con dolo malo dejado de poseer, y alguien hubiere matado con injusticia al esclavo, será obligado a entregar o el precio del esclavo, o sus propias acciones, lo que de estas dos cosas hubiere querido el actor...).

cluirse, porque el texto simplemente confirma que los dos juristas (Juliano y Casio) consideran el pago del deudor hecho a los poseedores de la herencia liberatorio *ipso iure* no importando si hubieran actuado en buena o en mala fe. Contra la posición de BESELER ver CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, *cit.*, pp. 176 y ss.

<sup>98</sup> LENEL, *Palingenesia*, *op. cit.*, 2, 510, incluye el presente pasaje de ULPIANO bajo la rúbrica *de rei vindicatione*, así como el libro séptimo *digestorum* de JULIANO (LENEL, 1, 331).

<sup>99</sup> Considera CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, *op. cit.*, 58 que la decisión de Giuliano es clásicamente imposible, porque según él la misma opción atribuida al actor no es armónica con el procedimiento formulario. Además, la pérdida dolosa de la posesión lleva directamente al *iusiurandum in litem*: lo que significa que el actor determinará el valor del *quanti ea res est*, por ello se debe excluir que el demandado deba dar únicamente el *pretium hominis*. Por otra parte, la estimación jurada presupone la falta de restitución, y excluye por lo tanto la cesión, que es un elemento de la *restitutio*; pero según nosotros, el presente criterio presenta ciertas dudas, porque, como observamos, la jurisprudencia aceptaba la cesión de la acción en alternativa a la prestación del precio en el caso del poseedor de buena fe, y si bien en la presente hipótesis se refiere al que actúa en mala fe, ciertamente el demandado se encuentra en la imposibilidad de entregar el esclavo porque se murió, esta situación permite al actor de escoger entre el precio y la cesión, si bien la pérdida dolosa de la posesión lleva al *iusiurandum in litem*, tal tiene como parámetro el valor del esclavo que corresponde al precio recibido.

Aquí el jurista admite que el poseedor de un esclavo, que había cesado de poseer con dolo, pueda liberarse de su responsabilidad, en el caso en que un tercero hubiera en modo ilegítimo matado tal esclavo, pagándole el precio o cediendo al actor la acción en contra del asesino, según la opción efectuada por el mismo actor. En esta hipótesis encuentra necesaria aplicación la subrogación del precio porque el esclavo se murió. El poseedor no puede obtener un lucro con el precio como había dicho el jurista en D.5.3.33.1 (*sed non passurum iudicem qui cognoscit possessorem pretium lucrari [Iulianus] scribit*), y la facultad de decisión en el contenido del *restituere* es del demandante; difícilmente podría corresponder al demandado ya que su comportamiento era contrario a la buena fe. Si bien el presente texto se refiere a la *rei vindicatio* y no a la petición de herencia, según nosotros su aplicación debería corresponder también a la presente materia, porque nos parecería difícil pensar que en el pensamiento de Juliano quien actúa en mala fe en el caso de la *rei vindicatio* deba entregar el precio o ceder la acción, mientras que en la *hereditatis petitio* el jurista considere una situación diferente cuando las dos acciones tienen afinidad entre ellas.

Si bien de los pasajes apenas examinados pudimos observar que en la petición de herencia la posibilidad de entregar el precio se aplicaba también al poseedor de mala fe por los juristas anteriores o contemporáneos al Juvenciano, una solución diferente la presenta Ulpiano en D.5.3.20.12: *ceterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis* (pero si sabiendo alguno que la herencia no le pertenecía, la vendió, sin duda que no los precios de las cosas, sino las mismas cosas y sus frutos se comprenden en la petición de herencia). Nos podemos preguntar por qué Ulpiano afirma una total e incondicionada responsabilidad del poseedor de mala fe por las mismas cosas y no por los precios recibidos por su venta, cuando en los pasajes anteriores hemos comprobado que antes del Juvenciano cualquier tipo de poseedor podía ser llamado a responder por la suma de dinero recibida.<sup>100</sup> El jurista tardoclásico tiene

<sup>100</sup> La misma pregunta se hace CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, cit., 142, llegando a la conclusión que la afirmación de ULPIANO puede demostrar que el

una propia opinión, los poseedores de mala fe pueden entregar los precios cuando las cosas eran agravantes y no producían un beneficio: *nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant* (a no ser que acaso nos refiramos a aquellas cosas que habían convenido que se vendieran, y las cuales más bien gravaban la herencia, que le eran lucrativas), pero según nosotros tal posición encontraba dificultad en su aplicación, ya que un poseedor de mala fe no puede tomar nuevamente la cosa vendida sin el consentimiento del comprador para darla al verdadero titular, y probablemente el propio jurista se había dado cuenta de tal dificultad, porque en el mismo libro décimo quinto *ad edictum* D.5.3.16.1 afirma sin distinguir entre buena y mala fe: *sed et is qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur* (pero también el que posee los precios de las cosas hereditarias vendidas es obligado por la petición de herencia y asimismo el que cobró de un deudor de la herencia).<sup>101</sup>

El senadoconsulto afirmaba que en la *vindicatio* de las *partes caducae* de aquellos que se consideraban herederos podían entregar los precios (así como sucedía en la *petitio hereditatis*), pero la disposición no resolvía el problema de aquellos que habían actuado en mala fe, entrega de los precios o los *caduca*. La epístola del emperador Septimio Severo del 204 mencionada por Ulpiano en D.5.3.20.12 = C.6.35.1 resuelve en modo seguro la cuestión, así también los poseedores de mala fe pueden entregar los precios al mismo modo de aquellos que actuaban en buena fe en el caso de la *vindicatio* al fisco: *sed imperator Severus epistola ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus* (pero el emperador Severo parece que en su epístola a Celer determinó lo mismo también respecto a los poseedores de mala fe).

§6a del Juvenciano corresponde al problema de la herencia de Rústico mientras que el §6b y §6c son normas genéricas en relación con la *cognitio*, pero según nosotros en el §6b se continúa a hacer referencia a los vendedores de las *partes caducae*, como podemos observar quienes creen de ser herederos no están obligados a las *usurae* del precio de las cosas hereditarias (§6a), pero deben entregar los *pretia* como continúa afirmando el §6b del ordenamiento; el §6c corresponde a otro aspecto de la controversia.

<sup>101</sup> No existen dudas de su contenido clásico, ver por ejemplo BESELER, *Beitraege, op. cit.*, 8, y LONGO, *L'hereditatis petitio, op. cit.*, 57.

La idea de la parte del Juvenciano referida en el §6b de D.5.3.20, que los precios de las cosas hereditarias vendidas deban pagarse también en el caso en que las mismas se hubieran perdido o disminuido parecería ser una innovación del senadoconsulto, porque si bien Juliano en D.4.2.18 considera este hecho (§2), el presente criterio lo fundamenta en una constitución del emperador Tito Antonino a Claudio Frontino: *nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino*, esto es, en una disposición posterior, que al mismo modo que el senadoconsulto afirmaba la subsistencia de la responsabilidad también si las cosas se hubieran destruido.

La más importante aportación del Juvenciano en el caso de la subrogación del precio a las cosas hereditarias se refiere a su campo de aplicación, porque si en la petición de herencia ya existía anteriormente, la extensión a la materia fiscal se debe al Juvenciano, inicialmente con limitación a los poseedores de buena fe (D.5.3.20.12) y después a todos los casos (C.6.35.1).

La jurisprudencia clásica, con base en el senadoconsulto afrontó y resolvió diferentes problemas referentes a la relación entre precio, cosas hereditarias vendidas y enriquecimiento. La posibilidad de entregar el precio encuentra origen en la petición de herencia y por esto sería difícil preguntarnos cuándo se dio la extensión del senadoconsulto a la materia privada en relación de tal punto, porque como vimos, sucedió lo contrario, la disposición del senado recibió el influjo de la petición de herencia; pero todavía debemos resolver la cuestión del porqué de la subrogación.

El vendedor que recibió un precio, si bien ya no se encuentra en posesión de las cosas hereditarias obtuvo un enriquecimiento con base en una cosa ajena, y por esto debería entregar tal cantidad al verdadero titular; así el demandante por economía procesal demandaba al vendedor y no a los demás poseedores de las cosas hereditarias, evitando en este modo que el poseedor de buena fe fuera responsable hacia los compradores que habían sufrido la evicción. La herencia es un patrimonio que conserva una identidad distinta de las cosas individuales que la componen como sabemos, por esto transformar las cosas hereditarias en su precio no puede causar sorpresa.

La aplicación del principio subrogatorio en el caso de la *vindicatio* de los *caduca* gracias al Juvenciano significó un beneficio al fisco, porque si el objetivo del mismo, una vez obtenidos los bienes, sería

el de venderlos y así obtener un precio, se permitiría en este modo que el demandado al entregarlo obtuviera ventaja la autoridad, porque de tal manera no debía hacer varias *vindicationes* en contra de cada uno de los compradores.

La subrogación encuentra como fundamento el enriquecimiento como claramente lo establece la oración del príncipe mencionada por Paulo en D.5.3.22: *dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere...* (examinad padres conscriptos, si acaso sea más justo que el poseedor no realice lucro, y devuelva el precio que por cosa ajena hubiere percibido...), y como es lógico pensar el precio es el principal elemento del enriquecimiento; por esto si el mismo no produce el mencionado efecto, el poseedor de buena fe no puede ser obligado a entregarlo como recuerda Ulpiano en D.5.3.23 pr y D.5.3.25.17, e inclusive el demandado puede ser obligado a una cantidad superior al precio recibido siempre que los beneficios económicos provengan de la propia herencia.