

TEMA 19

LA OBLIGACION.

La obligación: concepto y evolución histórica.

La obligación es un vínculo jurídico por el que se nos constriñe a cumplir algo según los derechos de nuestra ciudad.

Obligación y acción son conceptos y realidades inseparables para los romanos. Existe una obligación, en tanto una persona puede ejercitar una acción para reclamar algo que se le debe. El debitum de la obligación primitiva conduce, tras su previa comprobación judicial, a la ejecución de manus iniectio.

Contenido de la obligación.

La obligación consiste en el deber (oportere) de dar, hacer o prestar:

– Dar (dare): es hacer propietario o constituir un derecho real, también rendir o prestar unos servicios. Obligación divisible.

– Hacer (facere): es todo acto que implique el observar un determinado comportamiento, que comprende la abstención (facere o non facere) y el devolver una cosa a sus propietario (reddere). Obligación indivisible.

– Prestar (praestare): responder de algo o garantizar (en relación con praedes).

Obligaciones divisibles e indivisibles.

Se considera divisible la obligación cuando puede cumplirse por partes o fraccionadamente, sin alterar su finalidad económica, al ser divisible puede repartirse entre los varios sujetos acreedores y deudores. Si no puede cumplirse se considera indivisible.

En general, son divisibles las obligaciones que consisten en un dar (dare), pues la propiedad y la mayoría de los derechos reales pueden constituirse por partes. Las obligaciones de hacer (facere) son siempre indivisible.

Obligaciones naturales.

No existe una obligación donde falta la correspondiente acción personal. La obligación natural es la contraída por los esclavos y posteriormente por las personas sometidas a la potestad del paterfamilias. Estas obligaciones, que carecen de acción, producían el efecto principal de que, una vez pagada la deuda contraída por el sometido, no se puede pretender la devolución de lo pagado como indebido (soluti retentio).

Las obligaciones naturales tienen los siguientes efectos:

1. Pueden oponerse como compensación los créditos naturales a las obligaciones civiles.
2. Pueden ser objeto de novación y convertirse en obligación civil.
3. Pueden ser objeto de delegación y constitutum.
4. Pueden ser garantizadas con fianza, prenda o hipoteca.

5. Se tienen en cuenta a efectos del aumento o disminución del peculio.

6. La compra efectuada por el esclavo o sometido se considera como justa causa para la usucapión.

Cumplimiento y extinción de las obligaciones.

Las obligaciones son temporales y nacen para ser cumplidas. Por su misma función y naturaleza son relaciones no permanentes ni estables, que se extingue cuando se realiza la prestación. El cumplimiento de las que consisten en dar (dare), se denomina pago (solutio). El objeto de esta clase de obligaciones puede ser determinado (certum) o indeterminado (incertum). El cumplimiento de las de facere se denominan en general satisfactio y en especial según sea su contenido (tolerar, entregar, hacer una obra, etc.). El objeto de estas obligaciones de facere es indeterminado (incertum), aunque el resultado o finalidad de la obra a realizar se determine con anterioridad (ejemplo: el vestido ya confeccionado).

Extinción.

Aunque el pago es el modo más importante de extinción de las obligaciones, existen otros modos reconocidos por el ius civile. Además de la acceptilatio y la solutio per aes libram, Gayo examina la novatio y la litis contestatio. A estos modos hay que añadir otros, como son la compensación y concurso de causas, la confusión, la imposibilidad de cumplir la prestación y la muerte o capitis deminutio.

A los modos de extinción de las obligaciones admitidas por el ius civile, se agregan los reconocidos por el pretor. Este, que no puede modificar el ius civile, concede al deudor una exceptio contra la acción del acreedor, cuando existe un hecho que extingue la obligación.

Acciones civiles personales.

Puede establecerse el siguiente repertorio de acciones in personam:

* Las acciones penales:

- de hurto (actio furti).
- de daños causado (actio legis Aquilae).
- de daños causados por cuadrúpedo (de pauperie).
- de pasto del ganado (de pactu pecoris).
- de viga empotrada (de tigno iuncto).
- de sustracción de bienes por los tutores (de rationibus distrahendis).

* La acción de contención del agua pluvial (actio aquae pluviae arcendae).

* Las acciones derivadas de la stipulatio:

- de deuda cierta (actio certi) o condictio si se refiere a una datio que obligue a la restitución.
- de deuda incierta (actio incerti).

* Las acciones con litiscrecencia:

- acción ejecutiva (actio iudicati).
- acción de pago del fiador (actio depensi).
- acción de medición del campo (actio de modo agri).
- acción del testamento (actio ex testamento).

* Las acciones de buena fe (acciones bonae fidei):

- acción de la fiducia (actio fiduciae).
- acciones de los contratos consensuales (oportere ex fide bona).
- otras acciones no contractuales: acción de tutela (actio tutelae) o de la dote (actio rei uxoriae).

Acciones personales y fuentes de las obligaciones.

Las acciones civiles personales, completadas con las pretorias y las del procedimiento extraordinario, pueden clasificarse en :

- acciones penales, por delitos privados.
- acciones crediticias por prestamos.
- acciones por estipulaciones de objeto cierto o incierto.
- acciones de buena fe por contratos consensuales.

De este repertorio de acciones y de la ordenación de las mismas en el edicto y en los comentarios jurisprudenciales, concluimos que las correspondientes obligaciones proceden de :

- delitos.
- Prestamos.,
- estipulaciones.
- contratos.

Las clasificaciones escláticas de las fuentes de las obligaciones.

Clasificación de las instituciones de Gayo.

Gayo, concreta las obligaciones que nacen de contrato, clasificándolas en cuatro géneros; así se contraen por:

- la cosa (re): contratos reales. En este género incluye el mutuo y el pago de lo indebido.
- las palabras (verbis): contratos verbales. Incluye a la estipulación y otros contratos, como la promesa de dote (dotis dictio) y la promesa jurada del liberto.
- la escritura (litteris): contratos literales. Comprende el negocio crediticio (transcriptio nimum) y los

documentos de deudas (chirographa o syngrapha).

- El consentimiento (consensu): contratos consensuales. Comprende la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Clasificación de las res cottidianae.

En el tratado postclásico de la jurisprudencia de las cosas cotidianas o reglas de oro, atribuida a Gayo, se da una nueva clasificación de las causas de las obligaciones.

Las obligaciones nacen sea de un contrato, sea de un maleficio, sea de cierto derecho, por distintos tipos de causa.

Otras clasificaciones escolásticas prejustinianas.

El glosa postclásico atribuido a Ulpiano presenta una clasificación de las acciones en: unas nacidas de contrato, otras de un hecho y otras que son por el hecho (acciones in factum).

Clasificación de Modestino:

- por recibir una cosa: equivale a prestamos.
- Por una palabras: se refiere a la estipulación.
- Por recibir una cosa y cambiar unas palabras a la vez: se refiere al préstamo y a la estipulación (re et verbis).
- Por el consentimiento: basta el nudo consentimiento.
- Por la ley: algo conforme a lo preceptuado.
- Por derecho honorario: lo que el magistrado o el edicto perpetuo ordena o prohíbe hacer.
- Por necesidad: lo que no pueden hacer algo distinto de lo que está ordenado, como sucede con el heredero necesario.
- Por una falta: consiste en probar un hecho delictivo.

Clasificación de Justino y de los intérpretes.

Justiniano, de acuerdo con su concepción de que no hay contrato sin consentimiento, dividió las obligaciones contractuales en dos categorías: obligaciones de contratos y obligaciones como de contrato (quasi ex contractu), incluyendo en esta última los negocios no convencionales. Un deseo de simetría le llevó a distinguir entre obligaciones derivadas de delito y las que venían como de delito.

TEMA 20

DELITOS

Delitos privados.

Se llaman delitos a los actos ilícitos de los que derivan obligaciones que se sancionan con una pena. Junto a los delitos públicos (crimina), que suponen atentados al orden público y se castigan en la jurisdicción criminal

(quaestiones perpetuae), existen los delitos privados (delicta), que son objeto de acciones penales tramitadas en los juicios ordinarios, cuya finalidad es conseguir una condena pecuniaria.

Delitos de hurto.

PAULO: " el hurto es la sustracción fraudulenta con intención de lucro, sea de la misma cosa, es también de su uso o posesión lo que la ley natural impide hacer ".

GAYO: " Se comete hurto, no sólo cuando alguien sustrae una cosa ajena para quedarse con ella, sino, en general, siempre que alguien emplea una cosa ajena contra la voluntad de su dueño".

En estas y otras definiciones, se destacan las concepciones sobre el hurto, al que en general, se considera como la sustracción clandestina de una cosa ajena contra la voluntad de su dueño. En principio, se considera necesario el hecho del desplazamiento o sustracción material de la cosa (contrectatio); se equiparan a este hecho otros casos, como el abuso o uso ilícito (furtum usus) y la sustracción de la posesión de la cosa por el mismo propietario (furtum possessionis).

Delitos de daño.

El delito de "daño injustamente causado" (damnum iniuria datum) procede de la lex Aquilia de damno, plebiscito propuesto por el tribuno Aquilio, probablemente del año 286 a. C.

La ley aquilia tiene tres capítulos:

- El primero dispone que el que hubiese matado injustamente al esclavo ajeno o a un cuadrúpedo de cualquier clase de ganado, sea condenado a pagar al dueño el valor máximo que aquella cosa hay tenido en aquel año.
- El segundo capítulo se refiere al daño, que causa al acreedor, el acreedor adjunto (adstipulator) que se queda con el crédito cobrado.
- El tercer capítulo se refiere a toda clase de daño, "causado injustamente en cualquier otra clase de animal o en todas las cosas inanimadas ". Debía pagar el valor máximo alcanzado en ese mes.

Con la actio legis Aquilae, en las legis acciones se consigue una manus iniectio, para obligar al demandado al pago de la pena.

Delitos de lesiones u ofensas. (iniuriae)

En este sentido general, se habla de iniuria para referirse a todo comportamiento contrario al derecho. En el clásico, eran injurias (iniuriae) las lesiones sufridas por una persona, tanto en su integridad física como también en su dignidad moral.

El pretor crea la acción de injurias: "Actio iniuriarum".

Delitos de derecho pretorio.

MIEDO: Se considera miedo o intimidación la amenaza con un mal grave y actual, que un hombre sereno no puede rechazar. El derecho civil no concedía remedio alguno contra la intimidación, al considerar que en el coaccionado existe una voluntad.

DOLO: Servio definió el dolo malo: " como cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y hacer otra". Labeon lo define como: Toda malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de

otro, engañarle o defraudarle.

TEMA 21

PRESTAMOS.

El crédito y los negocios crediticios.

El préstamo o crédito (creditum) es la obligación nacida de la entrega de una cantidad de dinero (dare certum), que obliga a restituir. Esta obligación, que genera una condictio o acción de repetición, hace de la conducta del que retiene sin causa una cosa propiedad de otra persona. La entrega, que obliga a restituir, puede derivar de un convenio entre acreedor y deudor o de otras causas. La condictio tiene por objeto recuperar del demandado el enriquecimiento injusto que procede de una entrega o datio del demandante.

El mutuo (mutui datio).

GAYO: "La donación en mutuo consiste en las cosas que se identifican por el peso, número o medida: como el vino, el aceite, el trigo, el dinero; cosas que damos para hacerlas del accipiente y recibir luego otras del mismo género o calidad".

Se considera necesario en el Mutuo, el convenio o acuerdo entre las partes. Si la intención de las partes fue la devolución de la misma cosa que se entregó, no habrá mutuo sino comodato (préstamo de uso) o depósito.

Si se trata de restituir por lo entregado otra cosa distinta, estamos ante una permuta.

En una estipulación independiente, las partes pueden acordar el pago de intereses (usura).

Se trata de un préstamo de consumo o de cosas consumibles que el mutante entrega al mutuario, para que éste le devuelva otro tanto del mismo género o calidad. Se considera necesaria la datio o entrega.

El mutuo tiene por objeto dinero o cosas fungibles y el mutuario debe devolver la misma cantidad.

El mutuo es esencialmente gratuito.

El préstamo marítimo.

El préstamo que se hace al armador de una nave para que transporte el dinero o compre mercancías destinadas al tráfico marítimo se llama cantidad trayecticia (pecunia traiecticia) o préstamo naval (foenus nauticum).

El préstamo marítimo se diferencia del mutuo en que la restitución está subordinada a la llegada de la nave.

El pago (solutio), la compensación y la mora.

El acto de pagar (solvere) extingue la obligación del préstamo (credere). El pago, como el préstamo, consiste ordinariamente en la entrega del dinero (numeratio) por el mutuario. Así como el préstamo puede delegarse en otra persona, el pago también puede hacerse por el sujeto distinto del deudor obligado e incluso contra la voluntad de éste.

Compensación: un caso especial es el del crédito bancario. El banquero realiza la imputación del pago parcial; cuando reclama contra el cliente, debe limitarse al saldo que le resulte favorable. Si reclama sin realizar la debida compensación de los pagos o de las deudas que tenga con el cliente, incurre en petición de más (pluris petitio). La compensación sólo tiene lugar entre deudas vencidas y de la misma clase.

Mora: cuando el deudor no realiza el pago en el tiempo debido, incurre en mora (mora debitoris). Para que exista mora es necesario que sea ejercitable una acción a la que no se pueda oponer una excepción.

Existe la mora del acreedor (mora creditoris o accipiendi) cuando éste, sin causa que lo justifique, rechaza el pago que le ofrece el deudor.

Otras daciones crediticias.

Daciones para conseguir algo del accipiente. (Datio ob rem).

Es la entrega de una cosa con la finalidad de conseguir algo lícito del accipiente. Como no existe la posibilidad de hacer cumplir la prestación convenida, al no existir contrato, si el que recibe la cosa no cumple se considera que la recibe sin causa que lo justifique. Contra el que retiene lo entregado procede la *condictio recuperatoria*.

Daciones por una determinada causa. (Datio ob causam).

Se da esta dación en aquellos casos en que falta la causa para obtener la cosa entregada. Cuando se realiza la dación existe una causa concreta para ésta o resulta errónea, como el pago de lo no debido.

Ejemplo: entrega de dote cuando no se celebra el matrimonio.

Existe una numerosa casuística sobre la dación por causa determinada. En ella se incluyen:

- La donación mortis causa cuando no ocurre la muerte.
- La entrega de dote cuando no se celebra el matrimonio.
- La entrega de arras cuando el contrato se ha cumplido.

Daciones por circunstancias eventuales (daciones ex eventu).

Así se consideran una serie de casos, en los que se adquiere porque el que entrega carece de propiedad o no realiza el acto en la forma requerida y como consecuencia no puede ejercitar la reivindicatoria. Cuando ésta resulta imposible o difícil porque el objeto se consume o se confunde, se ejercita la *condictio*.

El caso más citado es el de la *condictio furtiva*, que ejercita el propietario contra el ladrón cuando éste no restituye la cosa hurtada y, por haberla consumido o perdido, no es posible reivindicarla.

Constitución de plazo (*constitutum*).

Es la promesa de pagar dentro de un plazo, una deuda preexistente de una cantidad de dinero. La promesa de fijar un plazo queda subordinada a la existencia de una obligación presente; que puede ser propia (*constitutum debiti propii*) o ajena (*constitutum debiti alieni*).

La asunción de deuda por el banquero (*receptum argentarii*).

Mientras que el *constitutum* supone una obligación precedente que se aplaza o se garantiza, el *receptum argentarii*, que el edicto trata junto a los otros casos de *recepta*, es abstracto o independiente de toda relación anterior.

Comodato.

Es un préstamo de uso en el que el comodante entrega una cosa inconsumible por tiempo determinado al comodatario, para que use de ella gratuitamente (commodum) y después se la devuelva. El comodato servía para las cosas muebles, mientras que lo "dato en uso" servía para los inmuebles.

El comodatario no recibe del comodante la posesión de la cosa, sino sólo la detentación.

TEMA 22

PRENDA E HIPOTECA.

La prenda (pignus): la acción personal.

La acción de la prenda (actio pigneraticia) es la última de las acciones incluida en el título XIX " de las cosas prestadas " (de rebus creditis) del edicto pretorio. Es una acción personal por el hecho (in factum), que se da contra aquel a quien se da una cosa en prenda (datio pignoris) para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Es por tanto, la entrega de una cosa del deudor pignorante al acreedor pignoraticio para que la retenga hasta que se cumpla la obligación. Puede considerarse, por ello, como un préstamo de garantía.

La prenda como garantía real objeto y contenido.

En la primitiva concepción de la prenda, la misma cosa entregada se consideraba obligada (obligatio rei o res obligata). La entrega o traspaso de posesión al acreedor pignoraticio era una garantía real.

Puede ser objeto de prenda las cosas específicas que pueden ser restituidas, pero si se pignora un patrimonio entero, la prenda comprende también las cosas genéricas comprendidas en él.

El contenido del derecho de prenda puede extenderse a otras facultades sobre la cosa pignorada mediante pactos, por los que el pignorante concede al acreedor pignoraticio:

- El derecho de vender la prenda y cobrar su deuda vencida con el precio obtenido (ius distrahendi o ius vendendi).
- El derecho de comiso (lex commissoria) o de hacerse propietario de la prenda si no se cumplía la obligación.
- El derecho a percibir los frutos en lugar de los intereses (anticresis).

Hipoteca.

La prenda (pignus) es una institución única y como una de sus modalidades puede constituirse por un pacto o convenio (pignus conventum) de que la cosa pignorada quede en poder del deudor pignorante y se considere vinculada al cumplimiento de la obligación. Entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal.

El origen de la prenda por simple convención o hipoteca se encuentra en la garantía inmobiliaria de los arrendamientos públicos y sobre todo en la prenda o garantía de los arrendamientos rústicos.

Objeto y constitución de la hipoteca. Hipotecas tácitas y legales.

Todas las cosas que pueden comprarse o venderse pueden ser objeto de hipoteca. Al no darse el desplazamiento de la posesión, pueden ser objeto de hipoteca no sólo las corporales que pueden poseerse, sino

también los derechos, los patrimonios en su totalidad y los bienes futuros. Objeto de prenda puede ser también un crédito (pignus nominis) y el mismo derecho de prenda (subpignus).

Para constituir la hipoteca es suficiente el simple acuerdo o convenio: también puede constituirse por disposición testamentaria.

La hipoteca se constituye también por la presunción de la voluntad del constituyente, o hipoteca tácita.

Las hipotecas legales, o constituidas por disposición de la ley, pueden ser especiales o generales.

Pluralidad de hipotecas.

A diferencia de la prenda, que al requerir la posesión sólo puede constituirse a favor de una persona, la hipoteca puede constituirse sucesivamente a favor de varios acreedores. Esta concurrencia de varias hipotecas se rige por el principio de la prioridad temporal.

Se ordenan según la fecha de su constitución, una vez realizada la venta de la cosa hipotecada cobra el primer acreedor, luego el segundo y así sucesivamente. Podía darse el caso de cobrar el primer acreedor y agotar la hipoteca, con lo que los demás acreedores se quedaban sin cobrar, por eso se prefería un régimen de garantía personal. En derecho romano no existe un sistema de registro de hipotecas, por lo que el sistema presentaba diversas dificultades.

El emperador León estableció que las hipotecas con intervención de notario y hechas en documento público se preferían a todas las restantes. Posteriormente Justiniano incluye la firma de tres testigos.

Extinción de la prenda.

El derecho de prenda se extingue:

- Por la completa extinción de la obligación garantizada.
- Por la pérdida o desaparición de la cosa pignorada.
- Por la venta realizada por el acreedor.
- Por renuncia expresa o tácita del acreedor.
- Por confusión cuando el acreedor se convierte en propietario.
- Por prescripción completada por un tercero que posee la cosa durante diez o veinte años, según se trate de presente o ausentes.

TEMA 23

ESTIPULACIONES.

Sponsio y stipulatio.

La sponsio en su estructura primitiva se presentaba como un negocio solemne de carácter promisorio, integrado por una pregunta y una respuesta (interrogatio responsio). La estipulación como acto abstracto que se adaptaba a los diversos negocios del tráfico comercial, se considera, como una de las más logradas creaciones del genio jurídico romano.

Ante todo, es necesario observar que la stipulatio presenta notables diferencia con la sponsio. En primer lugar la sponsio es un acto iuris civilis, accesible sólo a los cives; mientras que la stipulatio es una institución iuris gentium, que pueden utilizar romanos y peregrinos. En segundo lugar, mientras el formalismo de la sponsio tiene carácter esencial y se mantiene siempre en términos rigurosos, hasta el punto de que la ausencia o sustitución de las palabras rituales, de origen religioso, implica la nulidad del acto, la stipulatio presenta una evolución histórica en la que el formalismo se atenúa para dar paso a formas más abiertas y flexibles. La sponsio y la stipulatio se juntan en la "obligatio verbis".

Estructura clásica de la stipulatio y de la obligatio verbis.

La stipulatio, como la obligatio verbis en la que se encuadra, se fundamenta en la pronunciación de los verba de la interrogatio y de la responsio: "¿Prometes darme ciento? Prometo". En el derecho clásico se afirma este principio del valor vinculatorio de las palabras (verba).

Pocos eran los requisitos de la obligación verbal, pero debían observarse rigurosamente.

1. La oralidad constituía la esencia del acto.
2. La presencia simultánea de las partes y la unitas actus.
3. Se exige la congruencia y la perfecta correspondencia entre interrogatio y responsio.

Contenido y modalidades de la estipulación.

En la promesa estipulatoria, el estipulante es el que determina el contenido y las modalidades de la obligación que el promitemte acepta. La obligación puede someterse a una condición, o hecho futuro e incierto del que se hace depender la existencia de la obligación. La condición debe insertarse antes del contenido de la obligación.

Hasta que no se cumple la condición o llega el término, la obligación no existe.

Reconocimiento de pago (acceptilatio).

Se trataba de una forma de cancelación verbal y abstracta, de signo contrario a la estipulación que creaba la obligación. En su función originaria, era el recibo o reconocimiento de un pago efectivo. Más tarde, se convierte en una forma general de cancelación de deudas, con independencia de que éstas se cumplan o no. Es un pago ficticio.

La aceptilación sólo extingue las obligaciones nacidas de las stipulatio, pero no las demás.

Decadencia de la estipulación.

La estipulación clásica era un acto esencialmente oral y abstracto y su decadencia se produce en una evolución paralela sobre la forma y sobre la causa. Por influencia de concepciones jurídicas extranjeras, pierde su estructura originaria y asume gradualmente la forma del contrato literal.

Transcripción de créditos (transcriptio nimirum) y deudas.

Se trataba de un negocio escrito que consiste en la inscripción creadora de obligaciones, que se realizaba en los libros de contabilidad de un paterfamilias o con más frecuencia de un banquero. Existía un libro de contabilidad de entradas y salidas (codex accepti et expensi) donde se anotaban en el acceptum: las cantidades entradas o recibidas y en el expensum: las cantidades entregadas o salidas.

Transcripción podía ser:

- cosa a persona (compra de una casa).
- Persona a persona (delega una deuda en otro).

Documentos crediticios subjetivos (chirographa) u objetivos (sygrapha).

GAYO, considera propios de los extranjeros unos documentos que se redactaban en primera o en tercera persona, en los que se escribe "que uno es deudor de algo o que uno ha de entregar algo". Un texto de PSEUDO ASCONIO considera el Chirographum como un documento único de reconocimiento de deuda que queda en poder del acreedor y atestigua el negocio que han celebrado. El singraphum se redactaba en término objetivos, en doble original que firman los interesados y cada uno de ellos conserva un ejemplar, y puede atestiguar negocios que no se han celebrado.

TEMA 24

ESTIPULACIONES INVALIDAS.

Estipulaciones inválidas.

Para que una estipulación se considere válida por derecho civil, debe reunir determinados requisitos de capacidad, contenido y forma. En las estipulaciones que no se consideran válidas, debe distinguirse dos clases:

- Las estipulaciones inexistentes (nullius momenti est), porque le faltan algunos de los requisitos exigidos (incongruencia, capacidad de las personas, a favor de un 3º).
- La estipulación ineficaz (inutilis), que nace como válida pero que no genera una obligación, por adolecer de algún vicio. Distinto el caso de estipulación inexistente es el de la estipulación ineficaz, en el que existe la estipulación pero no la obligación que debía producir (objeto inmoral o ilícito, error).

Estipulaciones de objeto indeterminado.

Las promesas con objeto que de ninguna manera pueden determinarse, se consideran inútiles. En cambio, las que consisten en un objeto que puede determinarse por un acto posterior a la estipulación son válidas y eficaces:

- Las estipulaciones de objeto genérico.
- Las estipulaciones alternativas (entre varios objetos).

Estipulación penal.

En la estipulación penal se trata de añadir una nueva promesa estipulatoria, que tenga por objeto el pago de una cierta cantidad de dinero que se condiciona al cumplimiento de la obligación anterior. Existe entonces una obligación principal que sigue existiendo y una segunda condicionada al cumplimiento de aquella. Si el deudor cumple, no produce efectos la segunda obligación; si no cumple, debe pagar la penal y puede defenderse por un exceptio doli, si el estipulante ejerce la acción que deriva de la obligación principal.

Novación.

La novación es la transformación y conversión de una deuda anterior en otra obligación civil o natural, es decir, cuando se crea una obligación nueva de otra anterior que se extingue. Novación viene de nuevo: de la obligación nueva.

Podía referirse:

- A los sujetos (cambio de acreedor, deudor).
- A los objetos:
- Cambio de causa (arrendamientos, comprar).
- Cambio de obligación (nuevo lugar de pago).

Pluralidad de sujetos y solidaridad.

En una estipulación intervienen normalmente un acreedor estipulante y un deudor promitente. Pero se daban también casos en que intervienen varios estipulantes y varios promitentes. Esta pluralidad de sujetos en la estipulación, o pluralidad inicial, es distinta de la sucesiva, que ocurre cuando una vez celebrada la estipulación se sustituye a una o las dos partes por varios sujetos. Esto sucede en caso de herencia de estipulante y promitente, cuando estos son sustituidos en la obligación ya nacida por sus herederos.

La solidaridad (cuando se trata de una cosa indivisible) también se daba en una estipulación que es formalmente única, aunque la obligación en que consista sea divisible y en la que intervienen varios estipulantes o varios promitentes. Nace una obligación solidaria activa cuando, después de hacer la pregunta estipulatoria todos los estipulantes (*correi stipoulandi*) el promitente respondía *prometo*. En la obligación solidaria pasiva, el estipulante se dirige a cada uno de los promitentes, que responde separadamente *prometo* o a la vez *prometemos*.

Fianza o garantía personal.

Para garantizar al que promete, se suelen obligar otras personas que reciben el nombre de garantes (*sponsores*), afianzadores (*fidepromissores*) o de fiadores (*fideiussores*).

Se distinguen ante todo la garantía que presta el fiador a favor del promitente (*adpromissio*), que supone la promesa de un nuevo deudor o copromitente, de la intervención de un nuevo acreedor coestipulante (*adstipulatio*), para el caso de estipulación para después de la muerte.

Las dos formas de garantías personal mediante estipulación son la *sponsio* y la *fideipromissio*.

La *fideiussio*.

El fiador debe responder de todo lo que puede reclamarse al deudor principal.

El fiador no dispone de la acción de regreso para demandas al deudor si éste no paga; pero puede valerse de la *actio mandati* (si recibió el encargo de pagar) o de la *actio negotiorum gestorum* (si lo hizo por propia iniciativa).

Es la forma más general y completa de garantía personal que se aplica a toda clase de obligaciones derivadas de contrato y tanto si se trata de afianzar obligaciones civiles como naturales.

Consiste en un acto oral, semejante a la estipulación, basado en la *fides* o lealtad personal, en la que el *fideiussor* promete el mismo objeto que debe el deudor principal. Al no tratarse de una promesa estipulatoria, no produce los efectos novatorios de ésta y la obligación parcial garantizada continúa existiendo.

A diferencia de las otras dos formas de garantía personal, la *fideiussio*

- Es transmisible a los herederos.
- No tiene plazo de caducidad. Como la *fideipromissio*, es un negocio de derecho de gente y puede

realizarse por los peregrinos.

La intercesión (intercessio). (Prestación de garantía personal. Acción de Hombres).

En general se entiende por intercesión la prestación de una garantía personal. Esta noción fue elaborada por la jurisprudencia en torno al senadoconsulto Velejano del año 46 de C.Este prohibía a las mujeres prestar el dinero e interceder por otros. La intercesión era una actividad propia de hombres, como los banqueros que lo hacen por oficio.

La fianza justiniana.

En derecho justiniano la fideiussio sustituye totalmente a la sponsio y la fideipromissio, y la fianza se considera en general como obligación subsidiaria y accesorio de la obligación principal. Una vez desaparecido el efecto consuntivo de la litis contestatio, la obligación permanece contra el deudor y frente al fiador.

Justiniano concede al fiador en general los siguientes beneficios:

- Beneficio de excusión: el acreedor debe demandar primero al deudor principal y el fiador puede negarse a pagar, mientras que pueda hacerlo el deudor.
- Beneficio de división: el acreedor debe dividir la deuda entre todos los cofiadores que sean solventes en el momento de la sentencia.
- Beneficio de cesión de acciones: el fiador que ha pagado la deuda dispone en todo caso de la acción que tenía el acreedor, a quién pagó contra el deudor, como acción de regreso.

TEMA 25

CONTRATOS DE BUENA FE.

Acciones de buena fe y contratos.

En las acciones o juicios de buena fe (iudicia bonae fidei) se concede al juez un amplio margen para valorar la pretensión del demandante conforme a la buena fe (oportere ex fide bona). Con excepción de las acciones de buena fe de la tutela y de la dote, las acciones que tienen una fórmula es fide bona son acciones derivadas de los contratos. Estas acciones nacen en el comercio internacional para proteger los contratos del derecho de gente que son tutelados por el pretor peregrino.

Culpa contractual.

En el cumplimiento de los contratos basados en la buena fe se exige una especial diligencia de los contratantes. La jurisprudencia clásica denominaba culpa a la falta de diligencia debida. Diligencia se aplicaba especialmente a las obligaciones derivadas de negocios de gestión, pero después se extendió a todos los de buena fe. La falta de cuidado o diligencia en los contratos se denomina culpa contractual, para distinguirla de la culpa aquiliana o extracontractual de los delitos de daños.

Fiducia.

Es un contrato formal por el que una persona fiduciante transmite a otra, fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable mediante mancipatio o in iure cessio y éste se obliga a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancias.

Según la distinta finalidad que cumple, se distingue la fiducia en:

- Fiducia con el acreedor (cum creditore): se transmite la propiedad para garantizar un crédito. Cuando se extingue la obligación garantizada el acreedor fiduciario debe restituir la cosa. Esta obligación limitaba su facultad de disponer de la cosa como verdadero propietario. Para hacerlo posible, se solía pactar que si el fiduciante no pagaba en el día señalado, sólo podía reclamar el excedente del precio obtenido por la venta de la cosa.
- Fiducia con un amigo (cum amico): servía para alcanzar distintas finalidades a las que se atendió después con particulares contratos como el depósito, comodato o mandato. Para preservar los bienes de confiscaciones o embargos, en tiempos difíciles, solía confiarse al amigo que por su función social o política diese mayores garantías de inmunidad. También se utilizaba esta clase de fiducia para transmitir la propiedad de un esclavo con la obligación de manumitirlo o para realizar donaciones.

Depósito.

Es un contrato gratuito, protegido por una acción de buena fe, por el que el depositante entrega una cosa mueble al depositario para que la custodie y se la devuelva cuando se la pida.

Depósito necesario o miserable.

En caso de catástrofe o calamidad pública (tumulto, incendio, ruina o naufragio), el pretor concedía al depositante una acción in factum con condena al doble (in duplum) contra el depositario que se niega a restituir.

Depósito irregular.

Es el depósito de una cantidad de dinero o cosas fungibles, no determinadas, para que el depositario disponga de ellas, y restituya otras del mismo género y calidad. Este era un contrato utilizado frecuentemente en los negocios de los banqueros. Se trataba en realidad de un mutuo o préstamo de dinero, con el que se transmite no la detentación, sino la propiedad de las cosas.

Secuestro.

Es depositado por varias personas.

En el caso del secuestro la restitución de la cosa depositada se hace a una persona determinada, con frecuencia al que resulte vencedor en el litigio, o en atención a otras circunstancias, como el que gane una apuesta.

El secuestro se diferencia del depósito:

- El secuestrario no es un simple detentador como el depositario, sino que es un poseedor y como tal puede ejercitar los interdictos.
- La restitución no se realiza a petición de los depositantes, sino sólo cuando se cumple la condición impuesta o se realiza la circunstancia prevista en el contrato.

TEMA 26

CONTRATOS CONSENSUALES. SOCIEDAD. MANDATO.

Los juristas atribuyen el origen de los contratos consensuales al derecho de gentes, que se aplicaba a las relaciones entre romanos y extranjeros tuteladas por el pretor peregrino. Posteriormente se encuadran en el derecho civil y pueden ser utilizados entre ciudadanos romanos.

Características de estos contratos es la reciprocidad, es decir, que de ellos nacen obligaciones recíprocas para

las partes contratantes, tuteladas por acciones que una u otra parte pueden ejercitar.

La ordenación de los contratos consensuales en el edicto era: mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento.

Mandato.

Es un contrato consensual y gratuito por el que el mandante encarga al mandatario la realización de una gestión o negocio en interés de aquel o de un tercero.

- Caracteres.

Es un contrato consensual, es decir, la obligación de mandato se establece por el consentimiento de los contratantes. Por ello puede ser aceptado el mandato por mensajero o por carta.

Es gratuito: el mandato es nulo, si no es gratuito, pues tiene su origen en los buenos oficios de la amistad, y esto es incompatible con el salario; así, si interviene una cantidad, el negocio se parece más a un arrendamiento.

Es necesario que el contrato se haga en interés del mandante o de otra persona. (No por interés del mandatario porque es una tontería).

El mandato puede tener como objeto una actividad o negocio de carácter jurídico o cualquier otro tipo de actividad, según que se realice gratuitamente, ya que de mediar compensación sería arrendamiento.

- Acciones.

ACTIO MANDATI: esta acción se ejercita por el mandante para que el mandatario le rinda cuentas de las gestiones realizadas por su encargo y le entregue lo que ha conseguido por ellas. Como acción contraria puede ejercitarla también el mandatario para reclamar los gastos y perjuicios ocasionados por el mandato.

- Origen y función social.

El mandato tiene su origen, en el oficio o deber moral de asistencia y en la amistad. El contrato se basaba en reglas y costumbres sociales que tienen en cuenta los juristas. La amistad se consideraba como una carga y al amigo podía exigírsele hospitalidad, patrocinio, gestión de negocios e incluso préstamo.

- El procurador.

En relación con el mandato, está la representación general que se confiere al procurator. Este era el administrador de un patrimonio (procurator omnium bonorum) cargo que solía confiarse a los libertos y que se distinguía del procurador nombrado para un asunto concreto (procurator unius rei).

- Obligaciones de los contratantes.

Las obligaciones del mandatario son:

- Realizar el encargo recibido conforme a las instrucciones del mandante y a la naturaleza del negocio confiado.
- Dar cuenta de la gestión al mandante y transferirles todas las adquisiciones que haga con motivo de ésta.
- Responder por el dolo.

El mandante tiene la obligación de responder de los gastos o daños causados al mandatario en el ejercicio del encargo.

- Extinción.

Cuando no se ha iniciado Todavía la gestión:

- Por la revocación del mandante, que sólo produce efectos cuando el mandatario la conoce.
- Por la renuncia del mandatario.

Cuando la gestión se ha iniciado, el mandante debe respetar las consecuencias del encargo y el mandatario debe continuarlas hasta su cumplimiento.

Por muerte del mandante o del mandatario. Si muere el primero, el segundo puede dirigirse contra los herederos del mandante, si ha continuado las gestiones ignorando que había muerto.

- Mandato de prestar dinero. (*mandatum pecuniae credendae*).

Consiste en el encargo que el mandante da al mandatario de prestar dinero o abrir un crédito a un tercero. Existe un mutuo entre el mandatario y el tercero al que se presta contra el que ejercita la *condictio* si no paga. El mandatario dispone de la *actio mandati contraria* para ejercitarla contra el mandante cuando el deudor no paga o es insolvente.

Cesión de Créditos y deudas.

Para la cesión de deudas, y poder sustituir un deudor por otro, había que contar con el consentimiento del acreedor, a quien el cambio podía perjudicar. Este podía exigir una *cantio iudicatum solvi*. También podía usarse con esta finalidad la *NOVACION* (*nuevo dudo*) o la constitución de deuda ajena.

Por medio de la representación procesal, el acreedor que quiere ceder su crédito a otro, le encarga a éste que ejercite las acciones contra el deudor. Esta representación se hace en beneficio del mandatario (*procurator in rem suam*). En la fórmula de la acción, la *intentio* se refiere al mandante, pero en la *condemnatio* figura el procurador o representante. La representación sólo produce sus efectos cuando se celebra la *litis contestatio*. Antes de ella el mandante puede reclamar directamente el crédito al deudor y puede revocar el mandato.

A partir de Antonio Pío la cesión de crédito se hace posible sin acudir a esta representación procesal.

Gestión de negocios.

Consiste en la actividad de una persona (*negotiorum gestor*) que, sin haber recibido mandato alguno ni estar obligado, gestiona negocios de otra (*dominus negotii*).

Sociedad.

Es un contrato consensual por el que dos o más socios se obligan a aportar recíprocamente bienes o trabajos, para formar una gestión unitaria y dividir las pérdidas y ganancias obtenidas.

- Caracteres.

Tres requisitos:

- Como contrato consensual, la sociedad se contrae por el consentimiento expresado de cualquier forma

al establecer una relación estable, el consentimiento debe ser permanente y continuado.

- La aportación de bienes o trabajos conseguidos. Esto no tiene por qué ser igual para todos los socios y puede consistir sólo en el trabajo de algunos de ellos.
- La gestión de cada socio tiene efectos en su propio nombre y las adquisiciones y ganancias deben comunicarse a los otros socios.

- Acciones.

De la sociedad nace la actio por socio de buena fe, que se ejercita para liquidar las deudas pendientes entre los socios, como consecuencia del contrato. Para la división de la copropiedad que podía producirse se utilizaba la acción de división de cosa común.

- Consorcio entre hermanos.

La sociedad más antigua era el antiguo consorcio familiar entre hermanos que se formaba a la muerte del paterfamilias. Esta sociedad antigua se regía por las reglas de la solidaridad, y cualquiera de los socios podía manumitir al esclavo común o vender las cosas de la comunidad.

- Clases.

Sociedad universal o de todos los bienes (societas omnium bonorum). En ella se aportan los bienes presentes o futuros.

Sociedad para un negocio determinado (societas unius rei o alicuius negotiationi): Puede tener como objeto uno o varios negocios de la misma clase con tal de que tenga un fin lícito. Podía tratarse de una sociedad para el cultivo de una finca, que parece ser el tipo más antiguo, pero los casos más frecuentes eran los de sociedades para el comercio de esclavos y las de banquero.

E) Obligaciones de los socios.

El socio debe aportar a la sociedad lo que prometió en los términos convenidos y comportarse de acuerdo con la buena fe.

Tiene la obligación de aportar al fondo común todo lo adquirido y tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en la gestión.

Responde por dolo y es posible que en derecho clásico responda también por culpa.

F) Extinción.

Por las personas: por la muerte o por capidiminución máxima o media.

Por las cosas: cuando se cumple en fin de la sociedad o se hayan perdido o sustraído del comercio las cosas comunes.

Por la voluntad: cuando llega el término o plazo establecido; por consentimiento unánime de los socios o por renuncia o rescisión por parte de un socio.

Por la acción: cuando por estipulación o mediante juicio se haya modificado la causa de la sociedad.

TEMA 27

COMPRAVENTA.

Compraventa: orígenes, caracteres y elementos.

Es un contrato consensual por el que uno de los contratantes, vendedor, se obliga a transmitir la pacífica posesión de una cosa al otro, comprador, en tanto que éste se obliga a pagarle una suma de dinero.

ORIGENES: La forma más antigua de compraventa consistía en el trueque o permuta de unas cosas por otras.

CARACTERES:

- La bilateralidad y reciprocidad de la relación: se trata de los actos recíprocos protegidos por dos acciones diversas: compraventa (actio empti–actio venditi).
- La obligatoriedad: el contrato crea sólo obligaciones de las partes y no transmite ni la cosa ni el precio.

ELEMENTOS: (consentimiento, la cosa y el precio).

- Consentimiento: La compra es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante el consentimiento y puede contratarse entre ausentes, por mensajero o por carta. (Prevalencia de la intención o voluntad en las partes).
- La cosa: el objeto del contrato mercantil es la mercancía (merx) que consiste en cosas fungibles, aunque de género limitado o determinado. Se admite la compraventa de cosas futuras, y en relación con ella se distingue:
- La compra de cosa futura (emptio rei speratae).
- La compra de esperanza (emptio spei).
- Precio: A principios del principado surgió, pues, una controversia doctrinal entre sabinianos y proculeyanos; mientras que los primeros sostenían que cualquier cosa servía de precio, los segundos afirmaban que no existía venta sin dinero. Prevalció la doctrina proculeyana que fue acogida por Justiniano.

Cuando no media un precio no existe compraventa, sino donación.

ACCIONES: Dos acciones de buena fe:

- actio empti (de compra).
- Actio venditi (de venta).

La actio empti: El comprador reclama con la acción de compra la cosa vendida y con ella puede exigir también del vendedor que le mantenga en el disfrute pacífico de la cosa (habere licere).

Actio venditi: La acción de venta compete al vendedor para conseguir lo que debe entregarle el comprador.

Obligaciones del comprador y del vendedor.

COMPRADOR: Está obligado a pagar el precio, es decir, a transferir al vendedor la propiedad de las monedas.

VENDEDOR:

- Entregar (tradere) la cosa vendida al comprador. Esta entrega supone la atribución de la pacífica posesión (habere licere).

- Responder por dolo y, probablemente en el derecho clásico, también por culpa en el cumplimiento de su obligación.
- Responder por evicción en caso de que el comprador resulte vencido en juicio por el verdadero propietario.
- Responder por vicios ocultos de la cosa.
- También responde por custodia antes de la entrega.

El riesgo de la pérdida de la cosa (periculum).

Cuando la cosa vendida se pierde por casos de fuerza mayor, los efectos de la pérdida debe soportarlos el comprador (periculum est emptoris). Es decir, éste pierde la cosa comprada y continúa obligado a pagar el precio. El riesgo no lo asume el comprador hasta que la venta no es perfecta.

En caso de venta sometida a condición, se considera perfecta cuando se cumple ésta, si se trata de cosas fungibles, cuando se cuentan, pesan o miden; si son cosas que forman parte de una masa, se considera perfeccionada la venta cuando se separan de ella.

Evicción.

Existe evicción (evitio) cuando el comprador de buena fe, que no ha completado el tiempo de la usucapión de la cosa vendida por quién no era dueño, resulta vencido en juicio (evincere) por el verdadero propietario. Por el ejercicio de la acción reivindicatoria del dueño, el comprador debe restituir la cosa o pagar su estimación.

- Actio auctoritatis: el mancipante estaba obligado a la indemnización del doble del precio.
- ESIPULACIONES:
 - HABERE LICERE: Estipulación sobre la pacífica posesión: el vendedor se obligaba a indemnizar la pérdida sufrida por la reclamación del mismo vendedor o de cualquier otra persona.
 - STIPULATIO DUPLAE: Estipulación del doble del precio: era la utilizada con más frecuencia en la compraventa de inmuebles o de cosas de elevado valor.

Vicios ocultos.

El vendedor responde por los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida.

Para que proceda exigir la responsabilidad por vicios ocultos era necesario:

- Que se trate de un defecto grave que disminuya el valor o la utilidad del esclavo o animal vendido.
- Que sea oculto, ya que si es aparente y todos pueden observarlo, no existe responsabilidad.
- Que sea anterior a la venta y que lo ignore el comprador.

Acciones que podía elegir el comprador:

- ACTIO REDHIBITORIA: para la resolución del contrato mediante la restitución de la cosa y el precio.
- ACTIO AESTIMATORIA O QUANTI MINORIS: para reclamar la rebaja o reducción del precio correspondiente al menor valor de la cosa vendida.

Pactos añadidos a la compraventa.

LEX COMMISSORIA (cláusula comisoria): Es el acuerdo por el que el vendedor, para asegurarse el cobro del precio, se reserva la facultad de tener el contrato por no celebrado si el precio no se paga en el tiempo

establecido.

IN DIEM ADDICTIO (adjudicación a término): Se utiliza especialmente en las subastas. Por este pacto se concede al vendedor la facultad de rescindir la venta, si en un determinado plazo recibía una oferta más ventajosa.

PACTUM DISPLICENTIAE (pacto de la cosa a prueba): el comprador se reserva la facultad de comprobar durante un cierto tiempo si la cosa o mercancía le interesa y, en caso contrario, de devolverla al vendedor.

PACTUM DE RETROEMENDO (pacto de retro compra): El vendedor se reserva la facultad de recuperar o volver a comprar la cosa vendida pagando el mismo precio que recibió.

Arras.

Es una institución propia de la compraventa griega que fue acogida en la práctica de los contratos romanos, especialmente en la compraventa y en el arrendamiento. En derecho clásico se utiliza para confirmar la perfección del contrato (arras confirmatorias): los que se da a título de arras es señal de que se ha efectuado una compraventa.

Permuta y contrato estimatorio.

PERMUTA: Los proculeyanos consideraban a la permuta como un contrato especial, consistente en el cambio de dos cosas, que se perfeccionaba por la dación o entrega de una de ellas, utilizándose la acción in factum para reclamar la cosa convenida como contraprestación.

CONTRATO ESTIMATORIO: (Datio in aestimatum): una persona entrega a otra mercancías por un precio determinado, con objeto de que las vuelva a vender por el precio que consiga, con la facultad de devolver las mercancías que no se vendieron.

TEMA 28

ARRENDAMIENTO.

Caracteres, finalidad y acciones.

Es un contrato consensual por el que una de las partes, arrendador (locator), coloca temporalmente una cosa o un trabajo a disposición de otra, arrendatario (conductor), que lleva la cosa y da como contraprestación una renta o merced.

Características:

- Es un contrato consensual.
- Consiste en colocar temporalmente una cosa o trabajo y recibir, en cambio, por ello una renta o merced.
- La finalidad del contrato suele ser muy variada y por eso surgen varios tipos de arrendamiento.

Acciones: dos ocasiones in ius y de buena fe:

- ACTIO LOCATI (acción de locación) a favor del arrendador (locator) para exigir la restitución de la cosa y otras obligaciones del arrendatario (conductor).

– ACTIO CONDUCTI (acción de conducción) a favor del arrendatario para exigir las obligaciones del arrendador.

Clases de arrendamiento.

I. Arrendamiento de cosa (locatio conductio rei) y de servicios (locatio conductio operarum).

En este contrato se cede el uso y disfrute de una cosa inmueble, o de mueble no consumible. El arrendatario de tierras se denomina colono, el de casas inquilino. El arrendamiento rústico, como las concesiones censorias, solía hacerse por un lustro o cinco años.

El arrendatario es un simple detentador.

El contrato de arrendamiento se transmite a los herederos.

En el arrendamiento de servicio, el arrendador debe realizar personalmente las obras convencidas, el arrendatario debe pagar la merced.

II. Arrendamiento de obra (locatio conductio operis).

Se trata del encargo de una obra por el arrendador (locator) que con este fin entrega una cosa al arrendatario (conductor) y le paga una cantidad para que este entregue la obra terminada.

Transporte marítimo de mercancías: ley Rhodia de la echazon.

Desde la época republicana, los juristas acudían, en caso de averías y daños en el transporte marítimo, a una ordenación helenística del comercio mediterráneo que se conoce con el nombre de lex Rhodia de iactu.

La responsabilidad del transportista y de los propietarios de las mercancías se exigía con las acciones del arrendamiento. El propietario de las cosas arrojadas por la borda para salvar la nave disponía de la ACTIO LOCATI que ejercitaba contra el transportista, para pedir la indemnización que le correspondía. El transportista se valía de la ACTIO CONDUCTI, para exigir que los otros dueños de mercancías contribuyesen con la respectiva cuota de indemnización, que debía ser proporcional a la mercancía que cada uno había salvado.

ACTIO ONERIS AVERSI (acción de la carga mezclada).

Existía también una especial asunción de responsabilidad por custodia (receptum res salvae fore), o declaración expresa de seguro por parte de los navieros (nautae), hospederos (caupones) o dueños de establos (stabularii).

TEMA 29

LA HERENCIA.

Sucesión mortis causa y herencia. Terminología.

"La herencia no es más que la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto". (Gayo).

En la terminología de los textos romanos encontramos las siguientes expresiones en relación con la sucesión o herencia de una persona:

- Adquisición en bloque o en la totalidad de un patrimonio.
- Sucesión en el lugar y en el derecho del difunto. (*sucessio in locum* o *in ius defuncti*): Ocupar la situación y la titularidad de los derechos del difunto. En la concepción clásica, la sucesión se refiere siempre a la totalidad de un patrimonio, es decir, *per universitatem*, o sucesión universal.

La sucesión universal, o el traspaso de todo su patrimonio en bloque de una persona a otra que comprende además de los créditos y las deudas, todos los bienes y derechos que lo componen, se produce de dos formas:

- Sucesión inter vivos: cuando una persona ocupa el lugar y la titularidad de los derechos de otra; según las reglas del *ius civile*, esta sucesión entre vivos se produce cuando el *paterfamilias* adquiere la potestad sobre una persona *sui iuris* y como consecuencia se transmiten en bloque sus bienes al padre: esto sucede en los casos de la arrogación (*adrogatio*), por la que una cabeza de familia se somete en adopción a la potestad de otro *paterfamilias*. Las deudas de los que pasan a la potestad del padre no se transmiten en virtud de la sucesión.
- Sucesión *Mortis causa*: a la muerte de una persona el heredero entra en la misma posición que aquella tenía y se sitúa en su lugar considerándose que lo hace sin interrupción alguna. La consecuencia a más importante es que la sucesión se produce tanto sobre los créditos como sobre las deudas.

Las concepciones sobre la herencia en las diversas etapas históricas.

En el antiguo derecho quirritario, la sucesión hereditaria era consecuencia de la estructura y naturaleza de la familia agnaticia. Al morir el *paterfamilias* debía sustituirle al frente de la familia un heredero (*heres*) o continuador en los cultos y en las relaciones personales y patrimoniales.

En derecho clásico, a medida que en el tráfico comercial adquieren una mayor importancia los bienes de cambio, la herencia adquiere un sentido exclusivamente patrimonial identificándose con *pecunia*.

Desde el final de la etapa clásica, la herencia se considera como una *universitas*, entidad propia independientemente de las cosas que la componen. Partiendo de esta concepción, los intérpretes consideran la herencia como *universitas iuris* distinta de la *universitas facti* (complejo de las cosas: un rebaño o una nave) y de la *universitas personarum* (una corporación o un municipio).

El objeto de la herencia.

La herencia comprende todas las relaciones jurídicas de que era titular el " *de cuius*" (difunto), salvo las de carácter personal o las que se extinguen con la muerte del titular y no pueden transmitirse. No eran transferibles las facultades de la patria potestad, la *manus* y la tutela.

En el ámbito de los derecho reales, estos en general son transmitibles, con excepción de aquellos de carácter personal, como son el usufructo y el uso y la habitación. En las obligaciones, es transmitible la *stipulatio* de *dare*, pero no la de *facere*, aunque se podía extender a los herederos en el acto estipulatorio.

En general, son transmisibles los derechos y obligaciones derivados de los contratos, excepto los que se realizan en consideración a una persona determinada como la sociedad, el mandato y el arrendamiento en algunos casos.

Hereditas y *bonorum possessio*.

El régimen hereditario del antiguo derecho civil estaba fundado sobre la familia agnaticia y los vínculos de potestad. Se adaptaba a una estructura patriarcal y a una economía agraria primitiva. Suponía un sistema

cerrado de normas y formalismos que pronto debieron considerarse insuficientes o injustos. Según el precepto de las XII Tablas, en caso de que el causante muriera intestado heredaban los hijos en potestad (sui) y en defectos de estos, el agnado próximo y los gentiles. La ley parte de la posibilidad de existencia de un testamento; sólo en su defecto hace los llamamientos legítimos.

La bonorum possessio tendría la función originaria de regular y atribuir la posesión de los bienes, en el caso de un litigio sobre la herencia. Al final de la República la posesión de los bienes tendría un sentido más amplio de protección generalizada del bonorum possessor, para convertirse durante el Principado en un verdadero sistema de sucesión hereditaria, legítima y contra el testamento, junto a la herencia civil. Según el testimonio de Cicerón, la bonorum possessio se concedía a los herederos civiles, pero también a otras personas unidas por parentesco natural o cognación.

A diferencia del heredero, sucesor del difunto a título universal, el bonorum possessor, sólo se considera poseedor de los bienes hereditarios. Por ello, no adquiere el dominio sino la posesión tutelada por la acción publiciana y los interdictos (quorum bonorum y quorum legatorum).

Se distinguen las siguientes clases de posesión de bienes hereditarios:

- BONORUM POSSESSIO EDICTALIS: cuando está comprendida en los supuestos contemplados en el edicto del pretor.
- BONORUM POSSESSIO DECRETALIS: cuando sin estar comprendida en el edicto la concede el pretor, después de haber examinado la petición y las causas que concurren (causa cognita, pro tribunali).

Como la herencia, también la bonorum possessio se clasifica atendiendo a sus causas de atribución:

- BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS: conforme al testamento.
- BONORUM POSSESSIO SINE TABULIS O AB INTESTATO: en los supuestos en que no existe testamento el pretor tiene en cuenta el parentesco de sangre o cognaticio que prevalece sobre el agnaticio.
- BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS: o contra el testamento. Se daba en favor de los hijos emancipados que no hubiesen sido contemplados, si desheredados en el testamento.

En terminología escolástica propia de Gayo se distinguen dentro de la bonorum possessio:

- BONORUM POSSESSIO SINE RE: sin efecto o atacable, cuando la posesión de los bienes está subordinada al derecho del heredero civil.
- BONORUM POSSESSIO CUM RE: cuando el poseedor de los bienes prevalece frente al heredero civil y puede retener los bienes hereditarios.

TEMA 30

PRESUPUESTOS DE LA SUCESION HEREDITARIA.

Presupuestos de la sucesión hereditaria.

Muerte de una persona que pueda dejar herederos. No puede existir herencia de una persona viva. Como los efectos de esta dependen de la muerte, el que es considerado beneficiario debe probar ese hecho.

En caso de deportación, especie de muerte civil, no existe herencia, ya que los deportados no podían tener

herederos al confiscarse todos sus bienes después de la condena. Tampoco tenía herencia el servus poena, o esclavo en virtud de condena penal.

La delación de la herencia.

La delación supone el ofrecimiento o el llamamiento al heredero para que acepte la herencia. La llamada actúa en los supuestos de herederos voluntarios, ya que si eran sui et necessarii, es decir, los hijos del causante, continuaban en la titularidad de los bienes desde el momento de la muerte del padre y no se efectuaba la llamada o delación.

Existen las siguientes causas de la llamada o delación:

- Por el testamento: el causante designa al futuro titular de su patrimonio para después de su muerte.
- Por la ley o falta de testamento: (ab intestato): Según el precepto de las XII Tablas si el causante moría intestado se llamaba a los hijos, la agnado y a los gentiles.

La declaración ab intestato suele denominarse también legítima, por estar atribuida por la ley.

- Sucesión legítima contra el testamento: Se da a favor de los hijos en contra de lo que dispone el testamento.

La transmisión de la herencia.

La delación o llamada a la herencia tiene un carácter personal, al hacerse en favor de determinadas persona. Por ello es intransmisible a los herederos del llamado y en principio no puede tampoco enajenarse. Sin embargo, en la sucesión intestada, antes de aceptar la herencia, el agnado puede hacer una in iure cesio a favor de otra persona, que en virtud de la declaración (addicere) del magistrado, se convierte en heredero. El heredero testamentario no puede realizar esta cesión de sus derechos antes de la aceptación de la herencia.

La regla de la no transmisión de la delación tiene en la práctica importantes excepciones. Cuando el llamado a la herencia muere sin poder aceptar por causas ajenas a su voluntad, el pretor concede una restitutio in integrum para que sus herederos puedan solicitar la bonorum possessio.

Adquisición de la herencia.

A efectos de la adquisición de la herencia, Gayo distingue tres categorías de herederos:

1. heredero necesario: (heres necessarius): es el esclavo instituido y libertado en el testamento al mismo tiempo. Se llama así porque en el mismo momento de morir el testador se hace libre y heredero.
2. Herederos suyos y necesarios (heredes sui et necessarii): son los hijos o hijas o los descendientes que se encontraban bajo la potestad del causante en el momento de su muerte.
3. Herederos extraños (heredes extranei o voluntarii): son los herederos que no estaban sometidos a la potestad del testador.

Aceptación o adición de la herencia.

Según Gayo, el heredero extraño o voluntario podía aceptar la herencia mediante tres formas:

- Declaración formal y solemne (cretio).

- Gestión de los bienes como heredero (*pro herede gestio*).
- Simple voluntad de tomar la herencia (*aditio nuda voluntate*).

La *cretio*, o aceptación, es la forma de posesión ante testigos de los bienes hereditarios, acompañada de una declaración solemne. (*Eam hereditatem cernoque*).

La gestión como heredero supone la toma de posesión de los bienes hereditarios, es decir, usar de las cosas hereditarias como si fuese heredero.

La simple voluntad de aceptar sin realizar acto alguno de gestión se considera suficiente para adquirir la herencia.

Herencia yacente.

Cuando los llamados a la herencia son herederos extraños o voluntarios puede darse un espacio de tiempo entre la delación o llamada y la aceptación. En este espacio de tiempo, los juristas dicen que la herencia estaba yacente. También se considera yacente la herencia en tanto no nace un heredero "suyo" póstumo o no se cumple la condición impuesta al suus en el testamento.

Usucapio *pro herede*.

Originariamente, los bienes hereditarios se incluían entre las demás cosas aunque se tratase de inmuebles, y bastaba la posesión durante un año. La especialidad de tan particular usucapio consistía en que era suficiente poseer cosas u objetos hereditarios para extender la usucapion a toda la herencia.

En la época clásica, la herencia adquiere un sentido patrimonial como entidad unitaria de bienes (*universitas*), considerada como cosa incorporal que no es susceptible de usucapio. Sin embargo, pervive una usucapio *pro-herede* limitada a cosas singulares de la herencia, que el poseedor puede usucapir en un año frente al heredero extraño que no haya aceptado, pero no frente al heredero necesario.

Confusión hereditaria y separación de bienes.

La adquisición de la herencia tiene como efecto la transmisión en bloque al heredero de todas las relaciones activas y pasivas que formaban el patrimonio del difunto. Al hacerse el heredero titular y responsable del nuevo patrimonio, se produce la llamada confusión hereditaria, porque a partir de la adquisición se confunden los dos patrimonios: el propio del heredero y el del causante.

Para salvaguardar los intereses de los acreedores del causante, el pretor concedió, en un *Edictum de suspecto herede* dos remedios o recursos:

- La garantía del heredero sospechoso de escasa solvencia (*satisdatio suspecti heredis*).
- La separación de bienes (*separatio bonorum*). El pretor, ante la petición de los acreedores del causante, puede decretar la separación de los bienes de la herencia para que los acreedores puedan realizar sus créditos como lo hubieran hecho en vida del difunto.

El beneficio de inventario.

Entre los efectos de la adquisición de la herencia está la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del difunto y por los legados y cargas impuestas por el testador. Para evitar estos inconvenientes, Justiniano, en una constitución del año 531, concede el llamado beneficio de inventario (*beneficium inventarii*); por éste

el heredero sólo responde en los límites del patrimonio hereditario. El heredero debe comenzar el inventario a partir de los 30 días siguientes al que tenga conocimiento de la llamada o delación y redactarlo en el plazo de 60 días, o dentro de un año desde la muerte del causante cuando la herencia o parte de ella se encuentra en lugar lejano de su residencia. El inventario se realiza con asistencia de tabulario (notario) y de testigos.

Como efectos de este beneficio, no tiene lugar la confusión hereditaria una vez hecho el inventario, comienza a vender los bienes hereditarios y a pagar a acreedores y legatorios, por el orden que se vayan presentando.

TEMA 31

LA SUCESION INTESTADA.

La sucesión ab intestato.

La sucesión ab intestato se abre en los siguientes casos:

- Si una persona ha muerto sin testamento.
- Si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo con posterioridad o era revocado.
- Si los herederos testamentarios no llegaban a adquirir la herencia.

La sucesión intestada en el antiguo derecho civil.

Si alguno muere sin testamento y no hay ningún heredero de derecho propio, tenga la herencia el más próximo agnado, si no hay ningún agnado tengan la herencia los gentiles. (Ley de las XII Tablas).

Según esta norma de la ley decenviral, se llamaba a tres clases de heredero:

- (SUI), herederos de derecho propio: son los hijos que estaban en potestad del difunto o todos aquellos que estaban en lugar de hijos.
- (ADGNATI), agnados: son aquellos que esta unidos por parentesco legítimo por línea de varón, es decir, los que estarían sometidos a una misma potestad si el común paterfamilias no hubiese muerto.
- Gentiles: los parientes de la misma gens, constituidas por las familias procedentes de un antecesor común, con el mismo apellido o nombre gentilicio.

La sucesión intestada en el edicto del pretor.

Para corregir las estrictas normas de las XII Tablas, el pretor establece un nuevo orden de llamadas a la herencia, basado en el parentesco de sangre o cognación para concederles la posesión de los bienes. En el sistema de edicto perpetuo, las categorías de personas llamadas son las siguientes: unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor.

- Hijos y descendientes (liberi): el pretor llamaba a todos los hijos con independencia de que estén o no sometidos a potestad.
- Legítimos (legitimi): son los herederos llamados a suceder por las XII Tablas. Son los agnados (hermanos, sobrinos, línea de varón).
- El marido y la mujer (vir et uxor). Se llama a la posesión de los bienes al cónyuge viudo, teniendo en cuenta la existencia de matrimonio válido (iustum matrimonium), con independencia de la manus.

Si no aparece ningún heredero de los llamados, el pretor decreta la venta de los bienes para pagar a los acreedores.

Reformas de la legislación imperial.

La reforma de la sucesión legítima iniciada en el edicto del pretor, es continuada por la legislación del senado y de los emperadores para imponer la prevalencia del parentesco natural sobre el agnaticio.

El S.C. Tertuliano, de la época de Adriano, llamó a la madre a la sucesión de su propio hijo, siguiendo un precedente de Claudio.

La sucesión intestada en el derecho justiniano.

En la última fase de la evolución de la sucesión intestada, Justiniano reelabora en la Novela 118 del año 543 d. C. y en la 127 del año 548, todo un nuevo régimen sucesorio. Las novelas aceptan definitivamente el fundamento de la llamada en la familia natural o parentesco de sangre y derogan el antiguo sistema de derecho civil. En el nuevo orden de sucesión se admite la plena capacidad de los hijos y de la mujer y se funden los dos sistemas de derecho pretorio y de derecho civil. El orden de las llamadas es el siguiente:

- Los descendientes en cualquier situación, emancipados o dados en adopción.
- Los ascendientes y hermanos/as de doble vínculo (de padre y de madre).
- Los hermanos/as de un solo vínculo (de padre o de madre).
- Los demás colaterales hasta el 6º ó 7º grado (5º el cónyuge viudo).

TEMA 32

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

El testamento, concepto y características.

Concepto:

- Se trata de una declaración solemne ante testigos.
- Se destaca la voluntad (voluntas) o la intención (mens) del testador.
- Debe hacerse en forma solemne y conforme a lo establecido en el derecho.
- Es una disposición sobre lo que el testador quiere disponer que se haga después de su muerte.

Características:

- Es un acto conforme al derecho civil y con las solemnidades en él establecidas. Ello supone que sólo los ciudadanos romanos pueden otorgar testamento.
- Es un acto unilateral en el sentido de que sólo necesita de la voluntad del disponente y esencialmente revocable hasta el momento de la muerte de éste.
- Es un acto mortis causa, que sólo produce sus efectos después de la muerte del causante, en que tiene lugar la llamada a la herencia.

Formas antiguas y clásicas.

Las formas más antiguas son dos: el testamento ante los comicios curiados y ante el ejército.

- Testamento ante los comicios curiados: (testamentum calatiis comitis): se realiza en tiempos de paz en las reuniones que los comicios dedicaban dos veces al año a la confección de testamento.
- Testamento en procinto o en pie de guerra (in procintu): es decir, cuando se tomaban las armas para ir a la guerra; pues procinto se llama al ejército cuando está dispuesto y armado.

Se añadió después una tercera clase:

- Testamento por el bronce y la balanza (*testamentum per aes et libram*): consisten en el acto solemne de la *mancipatio*, por la que el disponente vendía sus bienes a una persona de confianza (*mancipatio familiae*), en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos.

Desaparecidas las dos formas más antiguas, que respondían a las necesidades de una comunidad reducida, sólo perdura en época clásica el testamento por el bronce y la balanza.

Desde el final de la República se admite el llamado Testamento pretorio: el pretor concede la posesión de los bienes, conforme al testamento (*bonorum possessio secundum tabulas*), al que se encuentre designado como heredero en tablillas o escritos sellados por las siete personas que intervenían en la *mancipatio* (cinco testigos más el *libripens* y el *emptor* –comprador–).

El testamento militar.

Se establece un régimen especial para el testamento de los militares, primero por concesiones temporales, que inició Julio César y concedieron después Tito y Domiciano, y después en forma definitiva y general por Nerva y Trajano. La especialidad consistía en que se admite que los soldados: hagan sus testamento como quieran y como puedan y basta la simple voluntad del testador para la distribución de sus bienes.

Pueden disponer parte de la herencia y otra parte *ab intestato*.

Tampoco se le aplica el principio una vez heredero, siempre heredero y puede instituir herederos bajo condición a término.

No le afecta la reducción de la Ley Falcidia para disponer legados etc.

El codicilo.

El testador podía completar su testamento con un documento separado o pequeño código, que se presentaba como un apéndice al testamento o se redactaba posteriormente. Los codicilos testamentarios se consideran como parte del testamento igual que si sus disposiciones se hubieran incluido en él y si la herencia no se acepta, los codicilos no tienen efecto.

Estos pueden referirse a un testamento que ya se ha hecho o se hará y también producen sus efectos en la sucesión intestada, a partir de Trajano, ya que ésta se abre para toda la herencia comprendida en el codicilo cuyas disposiciones debe respetar los herederos.

Los codicilos contienen legados, manumisiones, nombramientos de tutores o revocación de estas disposiciones. No puede contener institución o desheredación de heredero; sin embargo, puede hacerse en el testamento la declaración de que será válida la institución hecha en el codicilo.

Formas de testamento en derecho postclásico y justiniano.

Dos clases de testamentos: Abierto, que se hace ante cinco testigos, y cerrado, que se presenta con la firma de siete. Del testamento cerrado o escrito deriva el que Justiniano llama *tripartito*, por que tiene un triple origen.

Se admiten para casos especiales otras formas que se consideran extraordinarias:

- *Testamentum pestis conditum*: testamentos en tiempos de epidemia.
- *Ruri conditum*: testamento que se hace en el campo.

- Testamento del ciego: en época clásica podía testar en la forma oral del acto mancipatorio. Necesita siete testigos.
- Testamento del analfabeto: es necesario un octavo testigo que firme por el testador.
- Piae accusae: testamento en beneficio de la Iglesia o de obras pías.

Capacidad para testar (testamentifacio).

Se exige que el testador sea libre, ciudadano romano y sui iuris. Los sometidos a potestad o alieni iuris puede disponer mortis causa sólo del peculio castrense, o cuasi castrense. Con excepción de estos casos, el testamento del hijo no es válido.

Los impúberos se consideran que no tienen plenum iudicium y el loco o furioso no puede testar porque no tiene inteligencia.

La mujer si podía testar con la intervención del tutor. La que tenía un tutor agnado lo hacía cesar con el recurso a la coemptio fiducia causa y la liberación consiguiente de la manus.

El esclavo no puede testar, excepto si se trata de un servus publicus, que puede disponer de la mitad de su peculio.

Capacidad para heredar.

La institución de heredero de una persona incerta es nula. Se considera persona incierta aquella de la que el testador no podía dar referencias concretas y precisas.

Se consideran incapaces, como personas inciertas, los hijos póstumos, es decir, los que nacían después de la muerte del padre.

Pueden ser instituidos herederos:

- Los esclavos, que aunque no adquirirían para si mismo podía adquirir para el dueño.
- Los sometidos a potestad o alieni iuris, también adquieren por el mandato del paterfamilias y para él.
- Los latinos podían aceptar la herencia de un ciudadano romano, pero no los latini iuniani. Lo peregrinos, en cambio, no podían heredar.
- Las mujeres podían heredar, pero la Ley Voconia del año 169 a. C. las excluyó de las herencias de los ciudadanos que estuviesen en la primera lista del censo, es decir, que tuviera un patrimonio de más de 100.000 sestercios.

Disposiciones del testamento: la institución de heredero.

El testamento toma su fuerza de la Institución de heredero que se considera como principio y fundamento de todo el testamento.

La institución de heredero debe ser hecha en modo solemne que consiste en la atribución de la cualidad de heredero hecha en forma imperativa: Ticio sea heredero o ordeno que Ticio sea heredero. En todo caso la forma tenía que ser imperativa para distinguir la institución de heredero del fideicomiso, que se hacía en forma de ruego.

El patrimonio hereditario as se divide en doce parte u onzas. A efectos de la distribución del as se siguen las siguientes reglas:

- Si el testador instituye un heredero sólo en toda la herencia, o sólo en un parte de ella, adquiere todo

el patrimonio hereditario (heres ex asse)

- Si el testador instituye una pluralidad de herederos pueden darse los siguientes casos:
 - Si es sin atribución de partes, se consideran instituidos en las partes iguales que resulte de dividir el as por el número de herederos instituidos.
 - Si es con atribución de partes:
 - Si se agota el as hereditario, cada heredero recibe la cuota indicada.
 - Si no agotan el as, cada uno acrece con lo que quede en proporción a su cuota.
 - Si superan el as: se produce una reducción también en proporción a las cuotas.
- Si unos herederos tienen atribuida una parte y otros no:
 - Si no se completa todo el as: los herederos sin parte concurren al resto o asignado. Si uno de ellos no adquiere la herencia, su parte aumenta proporcionalmente a todos los herederos.
 - Si los herederos a quienes se atribuye una parte completan el as y hay otros herederos sin parte, se forman dos ases con toda la herencia: lo que equivale a dividir el as en dos, un as (o la mitad) viene dividido entre los herederos con designación de partes; otro as (o la otra mitad) viene distribuido en partes iguales entre los instituidos sin designación de partes.

La institución bajo condición o término.

Las reglas sobre la condición (condictio) se aplica especialmente en materia de interpretación del testamento. El término (dies) no se aplicaba a la institución de heredero, pero sí a las otras disposiciones del testamento. En la doctrina científica se llama condición al hecho futuro e incierto del que se hace depender el que una declaración relación jurídica produzca sus efectos.

Las condiciones se clasifican en positivas, cuando se trata de que ocurra un hecho o comportamiento, o negativas, cuando se considera la falta de un hecho o una abstención. Puede existir una condición contraria, es decir, que sea positiva para una persona y negativa para otra.

A diferencia de la condición, el término (dies) es un hecho futuro y cierto de cuya realización dependen los efectos del acto o relación jurídica.

Otra clasificación de las condiciones es:

- Potestativas: el hecho futuro depende de la voluntad de una persona.
- Causales: es extraña a la voluntad y depende del azar.
- Mixtas: responde por igual de la voluntad y del azar.

Las sustituciones.

El testador puede nombrar un sustituto (heres substitutus) para el heredero en el caso de que éste no llegase a adquirir la herencia. Se trata, pues, de una institución sometida a la condición de que el heredero no pudiese o no quisiese aceptar. Esta es la llamada sustitución vulgar, en la que se usaba la fórmula Sea heredero Cayo y si éste no lo fuese, que lo sea Ticio. Cayo sería heredero en primer grado y Ticio el heredero en segundo grado o sustituto.

Una nueva fórmula de sustitución es la llamada sustitución pupilar. El padre de familia instituía heredero a su hijo impuber, o también lo desheredaba, y le nombraba un sustituto para el caso de que muriese antes de llegar a la pubertad. Mi hijo Ticio sea heredero, si un hijo no llega a ser mi heredero, o si, siendo heredero muere antes de los catorce años, sea Sago mi heredero.

TEMA 33

CONTENIDO DEL TESTAMENTO. LEGADOS Y FIDEICOMISOS.

Concepto de legado.

El legado es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.

Se redactaba en términos imperativos, en contraposición al fideicomiso. El ámbito de aplicación se amplía hasta comprender cosas que no son propiedad del testador.

Clases de legados.

Legado vindicatorio: la forma del legado era *doy y lego*, Ejemplo: *Doy y lego a Ticio mi esclavo Estico*. Y se llama por vindicación, porque tan pronto es aceptada la herencia, la cosa se hace de la propiedad civil del legatario. La cosa se hace del legatario sin intervención del heredero, y aquel dispone de la acción reivindicatoria como propietario civil.

Legado damnatorio: La forma del legado era: que mi heredero esté obligado a transmitir mi esclavo Estico, El heredero quedaba obligado a entregar la cosa legada, que incluso podía ser una cosa ajena o que no existiese todavía. A diferencia del vindicatorio, el legatario adquiere un derecho personal contra el heredero.

Legado de Tolerancia o permisión (*sinendi modo*). La forma es: que mi heredero quede obligado a permitir. La finalidad de este tipo de legado era el respeto, impuesto por el testador al heredero, de una situación de hecho establecida a favor del legatario.

Legado de precepción (*legatum per praeceptionem*), la forma es: apoderarse con preferencia (*praecipitio*).

- *Praecipitio*: Sabinianos (elección de preferencia)

Proculeyanos (tomar, apoderarse).

Legado de opción (*legatum optionis*): la forma era *optatoria*: que Ticio opte por mi esclavo y tenía por objeto un esclavo de la herencia. La singularidad del legado consiste en que el acto solemne de la opción genera la adquisición de la propiedad sobre el esclavo elegido.

Legado de Participación (*legatum partitionis*): la forma es *divida mi heredero con Ticio mi herencia*. Originariamente fue un recurso al que acudió la jurisprudencia pontificial para evitar las cargas que suponía la condición de heredero, entre ellas, las *sacras familiares*.

Sujetos y objeto de los legados.

En el legado intervienen tres sujetos: el testador o el que lega, el heredero o gravado, y el legatario o beneficiado con el legado.

Objeto del legado puede ser cualquier cosa, tanto cosas corporales como incorporales o derechos. El legado puede consistir en creación de derechos a favor del legatario o en modificación o extinción de relaciones ya existentes.

Siguientes legados:

- De usufructo, incluso de usufructo universal, o sobre todos los bienes de la herencia.
- De peculio o de bienes que se legan a los hijos o a los esclavos.
- De servicios de un esclavo (operae servi).
- De la dote (legatum dotis) que el testador había recibido de la mujer.
- De los objetos que formaban parte de un ajuar de la mujer o las cosas que el marido había destinado durante el matrimonio (parata): legado de provisiones y objetos de despensa (penus); de adornos y útiles de tocador (mundus), y de ornamentos, joyas y vestidos.
- De los regalos que el marido hacía a la mujer durante el matrimonio.

El objeto del legado podía consistir también en obligaciones:

- Legado de un crédito del testador (legatum nominis) que el heredero debía ceder al legatario.
- Legado de crédito al deudor (legatum liberationis) para que el heredero no lo reclame o proceda a cancelarlo.
- Legado de una deuda al acreedor (legatum debiti) con alguna ventaja para él.

Existían también tipos de legados con objeto indeterminado:

- Legado de objeto alternativos o de elección de una cosa entre varias.
- Legado de objeto genérico.

Adquisición del legado.

El legatario no puede hacer suyo el legado hasta que el heredero no adquiera la herencia. Para evitar el riesgo de que el legatario muriese antes de la aceptación del heredero voluntario, los juristas entendieron que, desde el momento de la muerte del testador o de la apertura del testamento, el legatario adquiere una expectativa, transmisible a los herederos. A efectos, los juristas distinguen el tiempo en que cede el día (dies cedens), es decir, cuando se inicia la expectativa del legatario, y el día que hay que esperar para que venga (dies veiens), que es cuando el heredero adquiere definitivamente la herencia y el legatario el legado.

Limitaciones legales a los legados.

Una Ley Falcidia del año 40 a. C. reserva al heredero la cuarta parte de la herencia, calculada sobre el valor que tenía en el momento de la muerte del testador y una vez deducidas las deudas hereditarias.

Justiniano abolió prácticamente la Ley Falcidia, al permitir que el testador excluya este límite e impone al heredero, que lo hace valer, la obligación de hacer inventario.

Augusto limita la libertad de manumitir por testamento mediante la ley Fufia Caninia, del año 2 a.C., en número proporcional al de esclavos del testador y nunca más de 100, y la ley Aelia Sentia del año 4 a.C., que prohíbe la manumisión a los testadores insolventes salvo para instituir un heres necessarius.

Fideicomisos: concepto.

Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla; se trata de encargos de confianza por los que se dispone de todo o parte de la herencia. Se hacía en términos de petición o ruego.

Fideicomiso de herencia.

A partir del principado el fideicomiso de herencia o universal sirve para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero fiduciario recibía el encargo del testador de que transmitiese la herencia al

fideicomisario. El heredero podía transmitir las cosas hereditarias, pero no ceder su cualidad de heredero, en virtud de la regla: una vez heredero siempre heredero.

Sustitución fideicomisaria.

Se puede supeditar el fideicomiso, y también el legado, a la no adquisición por parte de otro fideicomisario, o a la muerte de otro adquirente, o a llamamientos sucesivos, que dependen ordinariamente del día de la muerte del fideicomisario anterior o supeditarlos a condición o término. En estos casos se trata de sustitución fideicomisaria propiamente dicha.

Fideicomiso de familia y de residuo.

El fideicomisum familiae relictum es el encargo de disposición por la que el testado pedía a su heredero que conservase el patrimonio hereditario y que a su muerte fuese transferido a personas pertenecientes a su familia, o que tuviesen determinado grado de parentela como el hijo primogénito.

Fideicomiso de libertad.

El testador podía rogar al heredero que manumitiese a un esclavo propio o ajeno. El esclavo no podía exigir su propia libertad por causas de capacidad, pero se admitió que actuase en el procedimiento extraordinario, solicitando el cumplimiento del fideicomiso.

TEMA 11

LA FAMILIA.

La familia.

Ulpiano nos describe a la familia, en sentido estricto (proprio iure), como un núcleo o conjunto de personas que están sometidas a la única potestad del paterfamilias por razones naturales y jurídicas. La concepción originaria es la que considera el fundamento de la familia en la potestad o parentesco civil (agnatio) que predomina sobre el vínculo de sangre y filiación o parentesco natural (cognatio). Pertenecen a la familia todos los sometidos a la potestad del paterfamilias por haber nacido dentro del grupo y los que se han incorporado a él por actos jurídicos o religiosos.

Junto a esta concepción agnaticia de la familia, los juristas consideran otra nueva, que tiene como base los vínculos naturales de parentesco (cognatio). La familia natural y cognaticia prevalece sobre la familia agnaticia.

Parentesco. Líneas y grados.

Se distinguen las líneas de los grados, y dentro de las líneas, la recta y la colateral. La línea recta que une con los descendientes (hijos y nietos) se llama descendiente y la que une con los ascendientes (padre y abuelos) se llama ascendente. La colateral es la que une a los parientes con un ascendiente común, al que hay que remontarse para determinar el parentesco. Los grados hacen referencia al número de generaciones o engendramientos que existen entre dos personas de la misma familia.

Las relaciones de potestad.

El paterfamilias tiene un poder pleno e ilimitado sobre todos los miembros de la familia.

El poder del padre se manifiesta en las formas siguientes:

- El poder del padre sobre los hijos es la patria potestas.
- El poder sobre la mujer que entra en la familia es la manus.
- Sobre los esclavos en la dominica potestas.

Están sometidos a la potestad del padre: los hijos y las esposas de estos in manu (loco neptis), las hijas, la mujer in manu (loco filiae) y los esclavos.

El poder absoluto y pleno del padre (patria potestas) comprende los siguientes derechos:

- Ius vitae et necis: Derecho de vida y muerte.
- Ius vendendi: derecho de vender como esclavo al hijo de familia en territorio extranjero.
- Ius noxae dandi: derecho del padre de entregar el hijo de familia al perjudicado por un acto ilícito cometido por el hijo, con la finalidad de liberarse de la responsabilidad contraída.
- Ius exponendi: derecho a exponer o abandonar al hijo recién nacido.

Adquisición de la patria potestad.

Existen varios, modelos o formas de adquirir la patria potestad, regulados por el ius civile:

- a) Por el nacimiento en justas nupcias.
- b) Por arrogación (adrogatio).
- c) Por adopción (adoptio).

A) Los hijos nacidos de justas nupcias, con una ciudadana libre, entran bajo la potestad del padre de familia. Este acepta al hijo como suyo en una ceremonia de carácter religioso que suponía la entrada del hijo en el culto gentilicio. (tollere liberos).

B) La arrogación (adrogatio) consistía en una antigua ceremonia realizada con la finalidad de proporcionar una familia y una descendencia al que carecía de ella.

DEDESTATIO SACRORUM: ceremonia por la que el arrogado renunciaba a sus cultos para participar en los del arrogante.

El pretor, para evitar que los acreedores se vieran defraudados, les concedió distintas acciones:

- Capitis deminutio: contra el arrogado, una acción útil con la ficción de que no hubo pérdida de estado.
- La acción de peculio o la in integrum restitutio: contra el arrogante.

C) El adoptado sale de su familia originaria y rompe todos los vínculos que le unieron con ella. En cambio, adquiere la condición de hijo en la familia del adoptante y tiene derecho al nombre familiar y gentilicio y a la herencia de éste. La adopción fue utilizada sobre todo con fines hereditarios.

– Adopción plena: es la realizada por el abuelo paterno o materno que no tiene descendientes en potestad. Supone todos los efectos de la adopción romana con el cambio de familia y la ruptura de los vínculos con la

familia natural.

– Adopción menos plena: es la efectuada por un extraño que no supone ni el sometimiento a la patria potestad de éste, ni la separación de la familia originaria, ni la pérdida de sus derechos hereditarios. Su finalidad es atribuir derechos sucesorio ab intestato a la herencia del adoptante.

Extinción de la patria potestad y emancipación.

La patria potestad se extingue por la muerte del paterfamilias. Cuando el padre de familia pierde la ciudadanía romana, por caer en esclavitud o por adquirir otra ciudadanía (capitis deminutio máxima o media), también se extingue este derecho y los hijos se hacen sui iuris.

También se extingue cuando el padre es arrogado o da al hijo en adopción.

La emancipación es el acto solemne por el que el padre de familia libera al hijo de su potestad para hacerle sui iuris.

Defensa procesal.

El padre de familia puede accionar contra un tercero que retiene al hijo mediante una VINDICATIO.

También tenían carácter público los interdictos de:

- Liberis exhibendis: para solicitar del pretor la presentación del hijo perdido.
- Liberis ducendis: para solicitar la entrega del hijo.
- Exceptio: a favor de la madre, que ante la reivindicación del padre retiene al hijo con justa causa.

La manus.

El paterfamilias tenía sobre la mujer una potestad marital denominada manus. La institución de la conventio in manum, acto por el que la mujer entraba bajo la manus del marido, toda mujer casada entraba bajo el poder del marido o del padre de familia de éste.

La conventio in manum se realizaba de tres formas:

- Confarreatio: ceremonia religiosa necesaria para que los hijos pudieran acceder a determinadas dignidades sacerdotales.
- Coemptio: consistía en una mancipatio de la mujer, que requería la presencia de los cinco ciudadanos y del libripens. La mujer entraba bajo la manus del marido, que adquiría también su patrimonio, pero continuaba siendo libre y ciudadana romana.

Usus: después de un año continuo de matrimonio, el marido adquiría la manus sobre la mujer. Para impedirlo, la mujer recurría al expediente de la usurpatio trinoctium (ausencia del domicilio conyugal durante tres noches al año).

Los esclavos y la dominica potestas.

- El esclavo formaba parte de la familia y de las cosas en propiedad (mancipia) y estaba sometido a la dominica potestas del padre de familia.

- El esclavo, que no puede ser titular de derechos, interviene en el ámbito negocial y realiza actos que revierten en el patrimonio de su dueño.
- En el derecho hereditario no puede desconocerse la atención que se presta a los esclavos y libertos.

Etapas

A) Derecho antiguo y preclásico.

Originariamente, los esclavos que se encontraban en la Roma primitiva procedían de las capturas de prisioneros en las guerras con las poblaciones itálicas vecinas. El antiguo derecho quiritarario castigaba con una pena pecuniaria al que lesionaba al esclavo con una fractura.

B) Derecho clásico.

El número de esclavos aumenta a medida que las legiones romanas someten nuevos territorios y envían a roma numerosos séquitos de esclavos que acompañan a los vendedores.

El esclavo tiene sus cultos propios y venera a sus dioses (*dis manibus servilibus*); su sepultura tiene la consideración de *locus religiosus*.

El dueño responde de los delitos privados y daños de los esclavos mediante una *actio noxalis*.

Se consideraron causas de esclavitud las siguientes:

a) La prisión de guerra (*captivitas*).

Los juristas acudían a la llamada *fictio legis corneliae*, por la ficción de que la muerte ocurría en el momento anterior de ser hecho prisionero.

b) El nacimiento de madre esclava.

c) La condena a la pena de esclavitud.

Se consideraban *servi poenae* o esclavo sin dueño, los condenados a trabajar en las minas o a luchar en el circo.

C) Derecho postclásico justiniano.

Continúan las tendencias en favor de la libertad, inspirada ahora en las ideas cristianas de que todos los hombres son libres e iguales ante Dios.

La manumisión y sus formas.

La manumisión es la concesión de la libertad al esclavo por su dueño.

El antiguo derecho conocía tres formas de manumisión:

- *Manumissio vindicta*: consiste en un proceso ficticio de libertad, en el que un ciudadano romano provisto de la *vindicta* como símbolo de potestad hacia una declaración de libertad a favor del esclavo. A esta no se opondría el dueño y el magistrado realizaría una *adictio in libertatem*.
- *Manumissio censu*: se efectuaba por la inscripción del esclavo en el censo como ciudadano.

– Manumissio testamento: la manumisión efectuada en el testamento del dueño por el que autorizaba al esclavo a vivir como libre (lib erum esse iubeo).

El pretor admitía otras formas:

– Manumissio inter amicos: entre amigos.

– Manumissio per mensam: en una comida.

– Manumissio per epistulam: por carta. A diferencia de las manumisiones iure civile, estas manumisiones no atribuían el estado de ciudadanía.

Augusto dictó una legislación limitadora de las manumisiones:

– la lex fufia caninia (año 2 a. C.): impuso la obligación de mencionar nominalmente en el testamento al manumitido.

– La lex aelia sentia (año 4 d. C.): exigía que el manumisor tuviese por lo menos veinte años y el manumitido 30.

Los libertos y el patronato.

El esclavo, una vez que ha sido manumitido, continúa vinculado a su dueño en virtud del derecho de patronato. Consiste en un deber de reverencia y asistencia al patrono, que impone determinadas obligaciones al liberto. Entre ellas, la prestación de determinadas jornadas de trabajo (operae), asistencia al patrono en caso de enfermedad, etc.

Los libertos forman la clase social de los libertini, que se distinguen de los nacidos libres o ingenui.

El patrono también tiene determinadas obligaciones hacia el liberto, al que debía prestar su fides, considerada como un deber sagrado.

El liberto, que no cumple sus obligaciones con el patrono, puede ser obligado con distintas medidas, que pueden llegar incluso a la revocación de la manumisión por ingratitud.

Situación patrimonial de los hijos y esclavos. El peculio.

Según el principio que se mantiene en el derecho clásico, los sometidos a la potestad del padre (hijos e hijas, mujer in manu, esclavos) no pueden tener bienes propios y todas sus adquisiciones revierten al padre. La regla general es que los sometidos pueden mejorar, pero no empeorar con sus actos la situación del patrimonio.

En las concepciones jurisprudenciales, el peculio se considera como un patrimonio autónomo y separado de los restantes bienes del paterfamilias, gozado o administrado por el esclavo o por el hijo de familia.

– Peculium profecticiu: es el concedido por el padre o dueño.

– Acciones de peculio o de in rem verso: el pretor protege al padre y a los acreedores del hijo o esclavo.

– Actio tributaria: los acreedores que se considerasen perjudicados por una distribución injusta podían accionar contra el padre por la pactio tributaria.

Masas de bienes del hijo:

- a) El peculio formado por los bienes que provienen del padre y que el Emperador denomina *peculium paganum*.
- b) Los dos peculio especiales *castrense* y *cuasi castrense*.
- c) Todos los restantes bienes que el hijo recibe no procedentes del padre.

Las acciones *adyecticias*.

El pretor concedía en su edicto varias acciones, con las que podía demandar también al padre de familia por las deudas y negocios por los sometidos.

El padre de familia se obliga solidariamente y puede ser demandado a causa de los negocios realizados por los sometidos con las siguientes acciones:

- *Actio quod iussu*: cuando el padre notificó al que contrató con el hijo o esclavo que éste estaba autorizado para celebrar negocios con él.
- *Actio exercitoria*: cuando el padre pone al frente de un negocio marítimo o nave (*magister navis*) a un sometido a su potestad (*praepositus*).
- *Actio institoria*: cuando el padre pone al frente de su negocio terrestre (*insitor*) a un sometido a su potestad.
- *Actio de peculio*: si el padre entrega un peculio al sometido, responde de las obligaciones que contraiga en la media del activo del peculio.
- *Actio in rem verso*: por esta acción el padre responde de lo que ha conseguido, es decir, de lo que se ha enriquecido como consecuencia del negocio realizado por el sometido.

Estas dos últimas acciones se dan sólo dentro del plazo de un año, desde que el hijo o esclavo sale de la patria potestad.

TEMA 12

EL MATRIMONIO ROMANO. RELACIONES PATRIMONIALES.

La concepción clásica del matrimonio.

El matrimonio se considera por los prudentes como un hecho social, que para tener relevancia jurídica debe ser conforme al derecho (*iustum matrimonium* o *iustae nuptiae*) o a la ley (*legitimum matrimonium*).

La doctrina romanista distingue dos elementos en la concepción romana del matrimonio:

1. El elemento subjetivo o intencional (*consensus* o *affectio*).
2. El objetivo y material, la convivencia (*coniunctio, individuae vitae consuetudo*), reflejada en la consideración social de unión estable y permanente (*honor matrimonii*).

Para la iniciación del matrimonio, se fijan especialmente en el acompañamiento de la mujer a la casa del marido (*deductio in domum*).

Los *esponsales*.

Los esponsales son petición y promesa de futuras nupcias.

Los esponsales se celebran mediante dos estipulaciones convenidas entre el paterfamilias de la desposada y el prometido o su paterfamilias. Por ellas el primero se obligaba a entregar a la mujer y el segundo a recibirla en matrimonio. El que faltaba al compromiso se exponía a una posible condena por los perjuicios sufridos, que se solicitaba mediante una acción *ex sponsu*.

Constantino establece que en caso de esponsales celebrado ósculo interviniente, si muere uno de los prometidos el superviviente tiene derecho a la mitad de las donaciones que le hizo el otro desposado.

Los requisitos del matrimonio clásico.

Para que el matrimonio pueda considerarse conforme a derecho (*iustae nuptiae*) tienen que darse determinados requisitos:

a) Los cónyuges tienen que haber llegado a la pubertad, es decir, a la capacidad natural para las relaciones sexuales. Los juristas exigían la edad de 14 años para el varón y 12 para la mujer.

b) El matrimonio debe celebrarse entre personas que tengan, uno en relación con el otro, el derecho de *conubium*. Este derecho, que sólo tienen los ciudadanos romanos y algunos extranjeros, a quienes se les concede, se contempla en relación con el titular del derecho a contraer justo matrimonio y también con la persona con quien el matrimonio se celebra.

c) Debe existir entre marido y mujer la recíproca voluntad de permanecer unidos en matrimonio (*affectio maritalis*).

La disolución del matrimonio y el divorcio.

El vínculo matrimonial puede cesar por las siguientes causas:

1. Muerte de uno de los cónyuges.

2. Incapacidad sobrevenida: la falta de libertad por prisión de guerra disuelve el matrimonio. La condena de una pena que tiene como consecuencia la reducción a la esclavitud (*servitus poenae*) también disolvía el matrimonio, así como si uno de los cónyuges pasa a ser esclavo.

3. El divorcio: la unión conyugal era una plena comunidad de vida, de actos y de cultos, por lo que las causas del divorcio habían de ser graves afectando a la unidad familiar y a la dignidad del paterfamilias. Para librar a la mujer de la *manus* era necesario una *remancipatio* o una venta en la que el marido renunciaba al poder sobre la mujer. En la unión solemne con los ritos de la *confarreatio*, la separación y cesación de la *manus* tenía lugar por otro acto de ritual solemne, la *diffarreatio*, en cuya virtud la mujer renunciaba al culto y a los dioses de la familia de su esposo. Los casos de divorcio eran muy escasos en los primeros tiempos.

Al final de la República, los divorcios serán muy frecuentes. No se considera necesario ningún acto formal.

El matrimonio supone un elemento material, la *coniunctio*, reflejada en la consideración social (*honor matrimonii*), y un elemento espiritual, la *affectio maritalis* o recíproca voluntad de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio.

La *lex Iulia papia* prohíbe a las libertas divorciarse del propio patrono.

4. Las segundas nupcias: un nuevo matrimonio con una mujer con la que se tiene el derecho de *conubium*

tiene por efecto la disolución anterior.

La *lex papia poppaea* establece la obligación de contraer matrimonio para los hombres entre los 25 y los 60 años, y las mujeres entre 20 y 50.

El concubinato.

La unión estable del hombre y la mujer sin la recíproca intención de estar unidos en matrimonio, se considera por los juristas como concubinato. En el caso de personas que no tienen el derecho de *conubium*, su unión se considera como matrimonio injusto o como concubinato.

El matrimonio en derecho postclásico.

Justiniano dicta nuevas disposiciones contra el divorcio y distingue las siguientes formas y causas:

1. Divorcio con justas causas: el adulterio o las malas costumbres de la mujer, el abandono de la casa del marido, la provocación por parte del otro cónyuge, el lenocinio y la relación sexual del marido con otra mujer.
2. Divorcio sin causa: Cuando el repudio se produce sin que medien las justas causas.
3. Divorcio por el acuerdo de ambos cónyuges (*communi consensu*).
4. Divorcio *bona gratia*. Fundado en una causa independiente de la voluntad o culpabilidad de uno de los cónyuges como puede ser: incapacidad para engendrar, cautividad de guerra, esclavitud, locura, elección de vida claustral o voto de castidad.

En el deseo de favorecer a los hijos nacidos de concubinato, la legislación del bajo imperio admite tres formas de legitimación de los hijos naturales:

- Por subsiguiente matrimonio (*per subsequens matrimonium*): cuando la relación de concubinato se convierte en matrimonio legítimo.
- Por ofrecimiento de los hijos a la curia (*per oblationem curiam*): para facilitar la aceptación de los gravosos deberes que se imponían a los decuriones.
- Por decisión imperial (*per rescriptum principis*).

LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONYUGES.

Régimen tradicional del patrimonio familiar.

Cuando la mujer entra en el domicilio del marido aporta un patrimonio más o menos cuantiosos, integrado por la dote, que en el supuesto más frecuente, el paterfamilias de la mujer entregaba al nuevo cabeza de familia de ella como aportación definitiva, o formado también por todos los bienes de la mujer en el caso de que fuese *sui iuris*. Estos bienes se hacen propiedad del titular de la *manus*, integrando el patrimonio familiar. De éste dispone libremente el paterfamilias, que suele atribuir a la mujer determinando bienes para su uso. En las costumbres romanas se solía dejar el uso y cuidado de su ajuar, que llevaba al matrimonio a título de *peculio*, y que era incrementado durante el matrimonio por los regalos que el marido le hacía o por los esclavos o útiles que ponía a su servicio.

Régimen clásico de separación de bienes.

Dote.

Se entiende que es una masa particular de bienes destinada al matrimonio. La mujer nace y vive para el matrimonio y a él destina la parte más importante de sus bienes.

a) Constitución de la dote.

Se constituye por las siguientes formas:

– dotis datio: entrega efectiva de los bienes que la integran al marido.

– Obligación de entregar los bienes dotales mediante los siguientes actos:

* Dictio dotis: declaración solemne del que constituye la dote, que puede ser la mujer si es sui iuris o el padre o el abuelo paterno o alguien que intervenga por mandato de la mujer.

* Promissio dotis: es la promesa de dote que puede hacer cualquier persona en forma de estipulación.

En terminología de los juristas postclásico, la dote se distingue en:

– Dos profecticia: que procede del padre o del ascendiente que ejerce la patria potestad sobre la mujer.

– Dos adventicia: que procede de una persona distinta o de la misma mujer. La dote adventicia se llama también recepticia cuando el que la constituye hace expresa reserva de su restitución a la disolución del matrimonio.

Los bienes comprendidos en la dote solían ser objeto de valoraciones o tasación (dos aestimata). Esta se podía hacer con dos finalidades:

– Taxationis causa: o como medio de tasación; se trata de fijar el importe máximo del que debe responder el marido en caso de devolución de la dote.

– Venditionis causa: o como medio de fijar su valor en dinero; en este caso se considera al marido como deudor del precio, como si fuese el comprador de los bienes dotales.

b) La dote durante el matrimonio: (leer en libro).

c) Restitución de la dote.

Puede hablarse de un derecho de la mujer sobre su dote, sobre todo, con respecto a la restitución, para cuyo fin la mujer acciona con la actio ex stipulatu, si se estipuló la restitución con la actio rei uxoriae, en cualquier caso.

Bienes extradotales.

Son los bienes de la mujer no entregados en dote.

a) Bienes de uso o ajuar que la mujer lleva al domicilio conyugal (illatio).

b) Bienes propios (predios, créditos, etc.) que la mujer entrega al marido (traditio) o que administra ella misma o confía a él en administración.

Donaciones nupciales.

Se encuentra recibido en nuestras costumbres que no valgan las donaciones entre cónyuges. Esto se introdujo para que no se expoliaran recíprocamente con donaciones sin medida, movidos por el mutuo amor conyugal, y por la facilidad para hacerse tales donaciones. (Ulpiano).

TEMA 13

TUTELA Y CURATELA.

La tutela originaria.

La tutela es un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de edad no puede defenderse por sí mismo.

La tutela originaria era consecuencia de la unidad del patrimonio familiar bajo la suprema autoridad del paterfamilias. Cuando éste falta es necesario que nombre otra persona para proteger y defender a los sometidos que carecen de capacidad para administrar el patrimonio familiar.

La tutela de los impúberos.

En los impúberes sometidos a tutela (pupilli) se distinguen dos clases:

- a) Los infantes que son los que no pueden hablar razonablemente (menos de 5 ó 7 años), por lo que no pueden obligarse civilmente ni tienen responsabilidad por los delitos que cometen.
- b) Los infantes mayores, que son responsables de los delitos y pueden intervenir en actos jurídicos en los que el tutor les asiste mediante la auctoritas.

Sucesivamente se admitieron varias clases de tutela:

– Tutela legítima: Es la forma más antigua que surge junto a la sucesión legítima o ab intestato, contemplada en las XII Tablas. Esta ley confiere la tutela, igual que la herencia, al adgnatus proximus, es decir, al pariente varón y puer más próximo o, en su defecto, a los gentiles.

Al finalizar su gestión puede darse contra él una acción por el doble del daño que haya ocasionado a los bienes del pupilo: Actio rationibus distrahendis.

– Tutela testamentaria: Es la designación del tutor hecha en su testamento por el paterfamilias para asistir a los impúberes y a las mujeres.

– Tutela dativa: es el nombramiento del tutor efectuado por el pretor, en los casos en que faltaba el tutor legítimo (legitimus tutor) y testamentario (iustus tutor). Esta forma de tutela fue introducida por una lex Atilia.

Funciones y responsabilidad del tutor.

Las funciones del tutor en la tutela de los pupilos impúberes se concretan en las dos más importantes: la gestión de los negocios del tutelado (negotiorum gestio) y la asistencia a los actos del pupilo mediante la interposición de su autoridad (auctoritatis interpositio).

– Negotiorum gestio: Consiste en la gestión de los negocios del pupilo que realiza el tutor en nombre propio y

también en la administración de sus bienes.

- Interpositio auctoritatis: era el acto complementario realizado por el tutor para dar eficacia al negocio realizado por el pupilo mayor de 7 años. Mediante la presentación de su auctoritas el tutor coopera para dar validez o eficacia jurídica al acto del pupilo.

La responsabilidad del tutor se exige por el ejercicio de las siguientes acciones:

- Actio de rationibus distrahendis: en los supuestos de tutela legítima tenía carácter penal y con ella se conseguía el doble de los defraudados por el tutor.

- Accusatio suspecti tutoris: En los casos de tutela testamentaria. Consisten en una acción pública en la que cualquiera podía actuar como acusador contra el tutor.

Actio tutelae: aplicada originariamente a la tutela dativa se generaliza después para toda clase de tutela; era una acción de buena fe e infamante con la que se perseguía la conducta dolosa del tutor contraria a la fides. El tutor respondía originariamente por dolo. Actio utilis tutelae: contra el tutor que se muestra negligente o inoperante.

El tutor podía reclamar del pupilo los gastos o desembolsos hechos en la gestión de la tutela mediante una actio tutelae contraria.

Tutela de las mujeres.

- Originariamente, la tutela mulieris respondía al carácter del primitivo ordenamiento familiar, centrado sobre la autoridad del paterfamilias y configurado en torno a la potestas, que éste ejercía sobre los miembros del grupo.

- A medida que la antigua comunidad familiar se disgrega y se produce una paralela liberación de la mujer en todos los órdenes, el régimen de la tutela mulieris pierde su razón de ser.

La curatela.

Consiste en un encargo de administración, tanto de bienes públicos, con especiales competencias administrativas (curator viarum, aquarum) como de bienes privados.

En la relación con los incapaces, las formas más antiguas de curatela, recordadas ya en la ley de las XII Tablas, son la de los locos y de los pródigos:

- Cura furiosi: la ley decenviral encomienda la curatela del patrimonio del loco, cuando carece de paterfamilias y de tutor, al agnado próximo o a los gentiles.

- Cura prodigi: Recae sobre aquellas personas que por dilapidar sus bienes han sido declarados incapacitados para administrar su propio patrimonio (interdicto bonis).

- A estas clases de curatela se añadió en derecho clásico la llamada curatela de los menores (cura minorum).

El pretor concedió una exceptio legis Plaetoriae contra la acción que se ejercitase contra el menor por un negocio en que hubiese resultado engañado.

TEMA 34

INTERPRETACION, INEFICACIA Y REVOCACION DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

Interpretación del testamento.

La eficacia del testamento tiene su fundamento en la voluntad del disponente. Los juristas elaboran una serie de reglas sobre la interpretación de las cláusulas testamentarias en las que debe prevalecer siempre la voluntad del testador. En la jurisprudencia republicana se da la mayor relevancia a las voluntades defuncti, y según Tuberon: "las palabras son sólo un medio de expresión de esa voluntad".

El error en las disposiciones testamentarias.

En principio el error del testador causa la ineficacia de la disposición, conforme al principio "es nula la voluntad del que yerra". Para el derecho civil la declaración del testador es eficaz, es decir, produce los efectos jurídicos pretendidos, o es nula y ineficaz, es decir no produce ningún efecto. Cuando el pretor concede la exceptio doli, para dejar sin efecto una disposición que es válida según el derecho civil, nos encontramos ante un acto que puede ser anulado. Es la llamada nulidad pretoria o anulabilidad en la dogmática moderna. Los juristas tratan de salvar siempre que sea posible la voluntad del testador que ha sufrido error, procurando que se cumpla lo que realmente quiso.

Ineficacia del testamento.

A efectos de la invalidez del testamento hay que distinguir la ineficacia inicial, es decir, el testamento que es nulo desde el momento de su confección, por carecer de alguno de los requisitos exigidos, de la invalidez sobrevenida, es decir, del testamento que después se hace ineficaz por alguna causa que aparece con posterioridad.

Se distinguen, los siguientes supuestos de invalidez o ineficacia:

- Testamento no confeccionado conforme al derecho (non iure factum).
- Testamento nulo o inútil (nullis momenti o inutile), cuando el pater familias no ha contemplado en el testamento al heres suus, o heredero de derecho propio para instituirlo o desheredarlo.
- Testamento irrito (fit irritum o infirmatur) o inicialmente válido que se hace posteriormente nulo, cuando el testador después de la confección del testamento sufre una capitis diminutio.

Revocación del testamento.

El testamento es un acto esencialmente revocable, lo que equivale a decir que el testador mientras viva puede hacer un nuevo testamento, que revoca al anterior o a los anteriores. Los interpretes destacan la regla: "la voluntad del disponente puede mudarse hasta el fin de la vida". La posibilidad de la revocación deriva de su carácter de disposición mortis causa, que supone que el testamento adquiere la consistencia del acto jurídico sólo con la muerte del disponente.

Ineficacia y revocación de los legados.

La disposición sobre los bienes u objetos particulares de la herencia sigue la suerte del testamento donde se contiene, de forma que cuando éste es ineficaz el legado tampoco produce sus efectos.

El legado puede ser nulo inicialmente si falta la capacidad para recibir del legatario, por ser de objeto inmoral, ilícito o imposible, o por recaer sobre una cosa propiedad del legatario.

Pluralidad de herederos y legatarios.

Derecho de acrecer.

Cuando varias personas son llamadas a la misma herencia o al mismo legado, en el caso de que alguna de ellas no llegue a adquirir, su parte pasa a los coherederos o colegatarios por derecho de acrecer (ius adcrendi).

El acrecimiento es una institución de carácter general que tiene lugar en caso de comunidad jurídica, cuando el mismo derecho pertenezca solidariamente a una pluralidad de personas. Por ello el derecho de acrecer se aplica también al condominio.

El derecho hereditario, a efectos del acrecimiento, se distingue la llamada a herederos o legatarios conjuntamente, o en grupo (coniunctim), o separadamente (disiunctim)

Las colaciones.

Se trata de aportaciones de los bienes del heredero, para evitar situaciones de manifiesta injusticia en relación con otros herederos en potestad o con otros descendientes. Los distintos casos examinados por los juristas se pueden agrupar en: colación de los bienes, colación de la dote y colación de los descendientes. En los dos primeros supuestos del derecho clásico, la colación se da en la sucesión intestada y contra el testamento; sólo en el tercer supuesto Justiniano extiende el deber de colación a la sucesión testamentaria.

– Colación de los bienes (collatio bonorum): El pretor llama a la posesión hereditaria a los hijos emancipados, junto con los que permanecieron en potestad.

– Colación de la dote (collatio dotis): Al ser la dote un bien o patrimonio propio de la mujer, ésta, ya estuviera bajo potestad o emancipada, debía aportar también o colacionar su dote al caudal hereditario.

– Colación de los descendientes.

TEMA 35

SUCESION CONTRA EL TESTAMENTO.

La sucesión contra el testamento en el derecho civil.

Bajo la expresión de sucesión o herencia contra el testamento, se encuadran aquellos casos en que el derecho civil reconoce preferencia a determinados descendientes, contra la voluntad testamentaria. Los interpretes lo llaman también sucesión legítima, porque se establece por la ley, y necesaria porque se da necesariamente por el hecho de existir los descendientes.

Reformas pretorias.

Cuando el pretor llama a los emancipados a la posesión de los bienes, se extiende a ellos el principio de derecho civil de que debían instituirse o desheredarse igual que los sui heredes. Para los varones la desheredación debía hacerse nominalmente; para las mujeres bastaba una declaración colectiva.

El testamento inoficioso y la legítima.

Un testamento que excluyese a los hijos del patrimonio hereditario era considerado contrario al officium pietatis, es decir, al deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones sociales romanas. El

testamento en que no se cumplía este deber era considerado contrario al officium (inofficiosum).

Costanzo, para evitar que todo el testamento sea nulo, introduce la acción para suplir la legítima (actio ad supplendam legitiman), con la que se pedía la integración de la cuota de legítima cuando el testador hubiese declarado explícitamente que quería asignarla por el arbitrio de un hombre justo (boni viri arbitratu).

Reformas de Justiniano.

El emperador bizantino realiza importantes reformas tanto en el sistema de desheredación de los hijos y parientes cercanos como en la nueva institución de la legítima. En el primero, Justiniano requiere en todos los casos la desheredación nominalmente.

Justiniano determina las causas por las que es posible desheredar, que son 14 para la legítima de los descendientes (entre ellas: la ofensa grave, el atentado y la injuria contra el testador) y 8 para los ascendientes.

TEMA 36

ACCIONES HEREDITARIAS.

Petición de herencia (hereditatis petitio).

El heredero disponía de una acción de aplicación general para reclamar la herencia en su conjunto o universitas, que es la petición de herencia. Podía incluso verse forzado a entablar esta acción con la que se discutiría su condición de heredero, cuando el demandado con la acción particular le oponía una excepción para que no prejuzgue la cuestión de la herencia. Si el demandado se opone a intervenir en el litigio, el heredero puede ejercitar el interdictum quam hereditatem, por el que se le ordena restituir las cosas hereditarias.

El interdicto " de cuyos bienes" (interdictum quorum bonorum).

El heredero pretorio o bonorum possessor, para reclamar los bienes de la herencia contra el que los poseía como heredero (possessor pro herede) o como poseedor sin causa (possessor pro possessore), disponía del interdictum quorum bonorum.

El interdicto lo que por legado (interdictum quod legatorum).

Este interdicto es de adquirir la posesión y consiste en que lo que se ocupa a causa de legado sin el consentimiento del heredero debe restituirse al heredero. En efecto ha parecido muy justo al pretor que no se adjudique uno por si y ante si los legados por ocupación de los mismos, sino que los pida al heredero: El pretor devuelve, pues, a los herederos por medio de este interdicto, lo que alguien posee en concepto de legado, para que luego puedan demandarle los legatarios.

El interdicto tendría como especial finalidad el impedir que el que poseía como legatario se convirtiera por usucapión en propietario. Activamente legitimados: el poseedor hereditario y el heredero; pasivamente legitimados: tanto el poseedor como legatario, como todo aquel que tiene la facultad de restituir.

Acción de partición de herencia.

Cuando varios herederos son llamados a la herencia, mientras ésta no se divide, existe entre ellos una comunidad de bienes, donde cada uno tiene un derecho proporcional a su cuota, como en el condominio.

Pueden demandar por esta acción los herederos que han aceptado la herencia y que se reconozcan mutuamente

como herederos.

Esta acción de división es doble, en el sentido de que cada uno de los herederos es demandante y demandado a la vez.

El objeto es toda la herencia o patrimonio hereditario, con todos sus aumentos (colaciones) y disminuciones (gastos, deudas).

Si se habla de división entre los herederos, de cosas concretas se demanda con la acción de división de cosa común (actio communi dividundo).

TEMA 37

DONACIONES.

La donación.

En una etapa originaria, con anterioridad a la ley Cincia del año 204 a. C., existía la llamada donación real, consistente en la transferencia de una cosa del donante al donatario por medio de los actos formales de transmisión de la propiedad.

De esta donación real se llega a la concepción general de la causa de la donación (causa donationis), por obra de una elaboración jurisprudencial que se distingue la donación como causa general del hecho concreto en que se actuaba. Se concibe la donación como acto de liberalidad que supone un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario.

La ley Cincia y los límites de las donaciones.

La lex Cincia de onis et muneribus, del año 204 a. C. prohibió las donaciones que superasen un cierto límite (modus donationis).

Se exceptúan los parientes cognados hasta el séptimo grado, los afines, tutores y pupilos, y los esclavos y los libertos.

El pretor concede al donante una exceptio legis Cincia para oponer a la reclamación del contrario que pide el cumplimiento de la donación, o una replicatio cuando el donante reclama una res Mancipi, entregada por traditio, o pide el crédito cancelado por simple pacto.

Régimen postclásico y justiniano.

Con la reforma de Constantino, la donación se transforma en un negocio típico que asume la estructura jurídica del contrato que implica la transferencia de la propiedad.

Constantino exige tres requisitos de forma: acto escrito, entrega en publico y registros en los archivos públicos, que pueden concretarse en el elemento común de la publicidad.

Justiniano distingue entre las donaciones superiores e inferiores de 500 sueldos. Sólo para las primeras se exige la escritura y el registro en los archivos públicos. No se exige la traditio o entrega. La donación se basa ahora exclusivamente sobre la voluntas o animus donandi.

La donación modal.

Es aquella donación que impone al donatario la carga (modus) de realizar una determinada prestación a favor del mismo donante o de un tercero. Puede concederse al donante una *condictio* para la repetición de lo donado, en caso de que el donatario no cumpla el modo, considerando que en este caso existe una *datio ob causam*.

El *modus* no constituye una contraprestación (liberalidad, gratuidad).

En derecho justiniano es un contrato innominado tutelado por la acción de palabras prescritas o con una *condictio* para conseguir la revocación.

La donación *mortis causa*.

Hay donación a causa de muerte cuando el donante prefiere tener él a que tenga el donatario, y que tenga su donatario a que tenga su heredero.

Era una donación con vistas a una muerte próxima o futura. Por ella se podían realizar atribuciones patrimoniales de carácter particular.

TEMA 10

PERSONAS.

Persona y capacidad.

Persona es aquel que es reconocido como tal por el derecho. En los términos postclásicos, es el que tiene capacidad para actuar con juicio como demandante o como demandado.

Para actuar en derecho son tres los requisitos: ciudadanía, libertad y *paterfamilias* o *sui iuris*. Con el tiempo también se reconoce la capacidad a los extranjeros, a los esclavos en determinados casos y a los sometidos a *alieni iuris*. *Commercium* es el derecho de comprar y vender, *conubium* capacidad de contraer matrimonio.

Nacimiento, existencia y muerte del hombre.

Para que el derecho tenga en cuenta al nacido, es necesario que el ser vivo tenga forma humana y total desprendimiento de la madre.

Nasciturus era el concebido pero no nacido.

De los textos clásicos de la constitución de Justiniano, los juristas medievales consideran al concebido como nacido.

La muerte pone fin a la existencia de la persona física, requisito fundamental para que se abra la sucesión testamentaria.

El cambio de estado o *capitis deminutio*.

Existen tres casos de *capitis deminutio*:

- Máxima, cuando la persona pierde la libertad y se convierte en esclavo.
- Media, cuando se pierde la ciudadanía romana.

– Mínima, cuando cambia su situación en relación con la familia, bien por pasar a depender de un paterfamilias, o ser liberado de la patria potestas y hacerse sui iuris.

Ciudadanos, latinos y peregrinos.

Ciudadano: son los que integran las civitas. Cives eran los habitantes libres de la ciudad de Roma. Los ciudadanos se distinguen por el nomen romanus.

En virtud de los pactos o foederas, las ciudades latinas conservaron su propia organización política. Los latinos coloniarii eran los pertenecientes a colonias latinas que Roma crea con latinos.

Latini iuriarii son latinos libres por la lex Iuria Norbena pero carecían de ciudadanía.

El extranjero era enemigo o peregrino; no se les reconocía ningún derecho y podían ser esclavos. Había dos clases de peregrinos:

– Los peregrini alimius que formaban parte de alguna ciudad que Roma deja su organización.

– Los llamados dedititios que eran los pertenecientes a pueblos que se rinden a Roma y no tienen organización.

La concesión de la ciudadanía podía hacerse individualmente o a una colectividad o comunidad. Justiniano confirmó la plena ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio.

Las personas jurídicas.

Son sujetos de derechos y obligaciones distintos a las personas físicas. Se distinguen entre asociaciones, corporaciones, y fundaciones.

El populus romanus y los entes públicos.

La capacidad patrimonial del pueblo romano están incluidos dentro del derecho público. Se reconoce, así pues, la capacidad jurídica de las ciudades, municipios y colonias; cada una con su lex municipatis o coloniae.

Las corporaciones y asociaciones.

Existen leyes que regulan a las asociaciones, como son por ejemplo: un edicto pretorio como en el caso de las municipes que regula la representación procesal. Las asociaciones y corporaciones pueden solicitar la posesión hereditaria. Existían asociaciones de pobres, de carácter religioso, de profesiones, panaderos, navieros, etc., cada uno de ellos con sus estatutos o lex collegi.

Las fundaciones.

Fueron patrimonios destinados a fines permanentes como por ejemplo: las fundaciones sepulcrales.

Otros son las fundaciones alimenticias imperiales, consistían en capitales que se entregaban a las ciudades destinados a los niños, pobres. Más cercanos a las fundaciones modernas fueron las liberalidades para atender a fines benéficos, los cuales su capital se destina a casas, asilos, hospitales, orfanatos etc.

TEMA 5

EUROPA Y LA TRADICION MEDIEVAL DEL DERECHO ROMANO.

Europa y la tradición medieval del derecho Romano.

Europa es un fenómeno cultural de elementos romanos, cristianos y germanos del año 800. Mientras en Oriente la tradición romana se inicia con el Corpus Iuris de Justiniano, en Occidente pervive la lex Romana Visigothorum.

La recepción de derecho Romano en el siglo XII se debe a los glosadores de Bolonia, los canonistas y los comentaristas.

Los glosadores: eran maestros y profesores de la escuela de arte que junto a otros estudios incluyeron los de jurisprudencia.

Para ellos aún pervivía el imperio romano en su imperio cristiano. El glosador era un docente que se propone desarrollar un derecho universal mediante los principios jurisprudenciales del Digesto. El jurista medieval es intérprete de un texto.

Los canonistas:

La supremacía de la "Lex Dei" sobre la "lex Romana" tiene una gran influencia en el nuevo derecho de los canonistas. Iglesias, monasterios, etc., fueron centros de enseñanzas de los dos derechos: el civil y el canónico.

Las VII Partidas: En la época medieval tuvieron especial importancia la obra de Alfonso X El Sabio "Las VII Partidas". Debe considerarse como fuente en la recepción del derecho romano e influyó en la formación de juristas europeos.

Derecho común y derecho Romano actual.

Los creadores del derecho común europeo son los comentaristas o consiliatores, los cuales marcan un tránsito hasta el derecho moderno.

– Los comentaristas: son los verdaderos fundadores de la jurisprudencia europea, y convirtieron el derecho justiniano en el derecho común de toda Europa. Supieron superar las contradicciones entre derecho romano y canónico. A igual que los juristas clásicos, hacían respuestas (respondere) a los consultos de los particulares y de los jueces.

– Los humanistas: nace en el siglo XVI en el Renacimiento. El humanismo se centra en el hombre. El humanismo se valoriza el estudio histórico, liberándolo de influencias religiosas. Los humanistas pretenden liberar de la jurisprudencia clásica todas las modificaciones introducidas por los compiladores justinianos (interpolaciones) y por los glosadores medievales. Aunque los humanistas no llegaron a crear una historia del derecho, dieron al derecho romano un carácter científico.

Los iusnaturalistas: en los siglos XVII y XVIII se llegó a postular la existencia de unas leyes naturales de la convivencia social. El iusnaturalista defiende los ideales de justicia e igualdad entre los hombres que llevan a la libertad y a la tolerancia. En esta corriente, los juristas continúan empleando conceptos romanísticos pero criticaban la ausencia de sistematización de las obras.

La escuela histórica alemana (savigny): fue la fundadora del derecho romano como " derecho actual". Considera al derecho como historia y como sistema. Alcanzó una gran perfección elaborando teorías como derecho objetivo y subjetivo, el negocio jurídico etc. Pensaban que los comentaristas habían corrompido el derecho romano. Los pandectistas del siglo XIX: éstos elaboran ciencia y dogmática jurídica mediante la interpretación actualizada del Corpus Iuris.

Jurisprudencia romana y sistemas jurídicos actuales.

Con la publicación de los códigos civiles, puede considerarse la tendencia práctica o del *ius italicus*, de la actualización del derecho romano. A diferencia de la actual la jurisprudencia romana era una actividad libre y consultiva como también lo era el de los comentaristas del derecho común.

Actualmente existen dos modelos: el abierto y el cerrado.

El modelo del tipo abierto sería el *case law method* del derecho angloamericano y el cerrado sería el de los códigos civiles.

Códigos civiles: basado en el *iusnaturalismo* y en la igualdad de los ciudadanos ante la ley, culmina en 1804 en Francia, el Código Civil de Napoleón. En él se incluyen sistemas derivados de principios romanos. El Código Civil alemán (BGB), es el fruto de los *parectistas*.

Tanto en los sistemas abiertos como en los sistemas cerrados, la jurisprudencia juega un papel importante, como así lo recoge nuestro actual código civil en su artículo 1 apartado 6.

– Derecho Inglés (*Common law* y *Equity*).

En su historia tiene caracteres propios que la hace diferente de los derechos continentales. En el siglo XI comienza la historia del *Common Law*. La jurisdicción se centralizaba en la corte del *Curia Regis*. La jurisdicción real se hacía por medio del *Sheriff*. El procedimiento que se seguía era el sistema de los *writ* o *brevia*, que era un pergamino que incluía fórmulas determinadas. El *Common Law* fue desde el principio derecho positivo.

El término *Equity* se designa al sistema jurídico que se contrapone al *Common Law*, y se aplica en la *Court of Chancery* o Corte de la Cancillería. La finalidad de la *Equity* era realizar una justicia más sustancial que formal. Hubo pues varios conflictos entre la *Common Law* y la *Equity*. En el siglo XIX se produce una fusión entre ambas dándose una definitiva consagración al criterio del precedente.

La jurisprudencia inglesa y romana coinciden en el carácter casuístico de sus decisiones, derivaciones de principios y reglas, así como la técnica de las analogías.

Las actuales orientaciones y la enseñanza del derecho romano.

Una vez finalizada la vigencia del derecho romano por los Códigos Civiles, la labor de los romanistas se orientan hacia la investigación histórica de las distintas épocas de ordenamiento jurídico, centrándose en el periodo clásico, es decir, desde la República (últimos siglos) hasta el Principado (130 a. C. – 230 d. C). Intentan sacar de los textos romanos las corrupciones que en él se encuentran como las interpolaciones, comentarios y glosemas, ayudándose de nuevas técnicas.

TEMA 6

CONCEPTOS GENERALES.

Ius y *justitia*. *Directum*.

Ius: significa lo justo, justicia.

Fas: significa lo justo religioso, *ius divinum*.

Ius civile: derecho propio de los ciudadanos romanos.

Ius civile, ius honorarium.

Ius civile es el derecho que se aplica a los ciudadanos romanos. Formados al principio sólo por la interpretatio de los juristas y a las normas de las XII tablas, su ámbito se extendió por las leyes, plebiscito, senadoconsultos y decretos de los príncipes.

Ius honorarium: derecho honorario o pretorio que introdujeron los pretores para corregir o suplir el derecho civil.

El pretor al iniciar el año de su mandato, en virtud de su ius edicendi, publicaba un edicto anunciando las cosas en las que concedía acción. Estos edictos se fueron estabilizando hasta que en el año 130 d. C. recibió el nombre de Edictum Perpetuum

Ius novum.

Es el que se forma a partir de las constituciones imperiales. Así pues en derecho clásico coexisten tres sistemas: derecho civil, honorario e imperial.

Ius civile, ius gentium, ius naturale.

Ius civile: es el derecho propio de las cívitas.

Ius gentium: normas e instituciones jurídicas reconocidas en las relaciones entre los extranjeros y entre éstos y ciudadanos romanos. Nace como consecuencia del tráfico comercial. Para conocer los litigios se crea el praetor peregrinus en el año 242 a. C.

Con la condición de la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio en el año 212 por Caracalla, la distinción entre ius civile y ius gentium pierde su sentido originario.

Ius naturale: son las instituciones que los juristas consideraban nacidos por la razón natural.

Ius publicum, ius privatum.

La diferencia entre ambos, va en función de las utilitas, que es el fundamento del derecho. En el privado viene considerada la de los particulares y en el público la de la colectividad. El derecho público prevalece ante el privado, así pues, el derecho público no puede ser alterado por los particulares.

Ius commune, ius singulare, privilegium.

Derecho singular es alguna norma o regla especial que se introduce en el derecho común. El derecho singular no puede ser objeto de interpretación analógica y el jurista no se puede servir de éste para elaborar una norma o regla general. Ejemplo de derecho singular es el testamento militar.

Privilegium: es un trato diferente a un particular. Este podía ser favorable o desfavorable dependiendo de las circunstancias y de las épocas; por ejemplo en época de la República tenía un sentido desfavorable al igual que en el Principado. Pero en la época del Bajo Imperio significa favor a una persona.

TEMA 7

ACCIONES. EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY.

La acción.

En el derecho postclásico, se generaliza el principio de que es necesario acudir ante los órganos judiciales para el reconocimiento y sanción de los hechos.

Actio y actione.

Es el acto del demandante para conseguir en juicio una sentencia favorable. Se distinguen las siguientes clases de acciones:

- Acciones civiles y pretorias. Todas las acciones son civiles o pretorias. La primera proviene del antiguo ius civile, y la segunda del poder jurisdiccional del pretor y suelen ser:
 - Acciones ficticias, es cuando el pretor ordena al juez que juzgue fingiendo un hecho.
 - Acciones in factum: creadas por el pretor para reprimir conductas dolosas.
 - Acciones con transposición de personas: la utiliza el pretor para conseguir un fin justo.
- Acciones in rem y acciones in personam: Los primeros son reales, para reclamar cualquier cosa (res), y los segundos son personales, es decir, demandan al deudor acciones arbitrarias: permite al demandado restituir la cosa reclamada antes de la condena.
- Acciones de buena fe y de derecho estricto: en los primeros, el pretor ordena al juez que juzgue en término de equidad. Los segundos el juez debe de atenerse estrictamente a la fórmula de acciones penales, reipercutorias y mixtas: son los derivados de actos ilícitos.
- Acciones temporales y perpetua: la prescripción. Las temporales deben ser ejercitadas en un plazo y los perpetuos no tienen plazo. El emperador Teodosio II estableció la prescripción en 30 años.
- Acciones Privadas y populares: Todas las acciones, exceptuando los delitos que afectan directamente al pueblo romano son privados.

Iurisdictio, cognitio y iudicatio.

Iurisdictio: actividad del pretor.

Cognitio: conocimiento de la causa, dar o denegar una acción.

Iudicatio: actividad del juez que decide y emite sentencia.

Las partes.

Son las personas que litigan en un proceso. En Roma, para poder ejercitar una acción, es necesario ser ciudadano romano y paterfamilias, pero además los litigantes tienen que estar legitimados. Las partes pueden estar representados por el cognitor o procurador.

El proceso romano.

Es una sucesión de actos jurídicos, que empiezan con la acción y termina con la sentencia. Los procedimientos civiles son los que sirven para la defensa de los derechos privados. Existen tres tipos de procesos civiles:

- La legis acciones: se utiliza hasta el siglo II a. C.
- Procedimiento formulario (per fórmulas): época clásica.
- Procedimiento extraordinario: a partir de Augusto, para determinados casos por ejemplo: para los fideicomisos.

Las acciones de la ley.

El procedimiento de las legis acciones:

Es un procedimiento antiguo para ejercitar acciones del ius civile antiguo.

Acción de apuestas sacramentales (legis actio sacramento).

Es la más antigua, con ella se reclamaba tanto cosas (in rem) como a personas (in personam).

Acción de ley por petición de juez o árbitro (legis actio per iudicis arbitria postulationes)

Es la que se utiliza para la división de las cosas comunes por ejemplo: la herencia.

Acción de ley por condición (legis actio per conditionem).

Es la menos antigua de las legis acciones. Se utiliza para reclamar deudas ciertas de dinero (certos pecunios), y para reclamar cualquier otra cosa.

Fase ante el magistrado (in iure).

- Citación (in ius vocatio): es la citación del demandado para que acuda al pretor. Vindex es un fiador que garantiza la comparecencia del demandado.
- Litis contestatio o designación del juez o jueces: es la acreditación de las declaraciones ante testigos que se hacía en esta fase. Después hecho esto, se procedía a la designación del juez o árbitro.

Fase ante el juez (apud iudicem): la prueba.

- Los hechos deben ser probados.
- Los litigantes deben aportar pruebas.
- Estos medios son: las declaraciones de las partes, los testigos posteriormente fueron también los documentos.

La sentencia.

El juez jura que fallará; cuando tenga una opinión clara de la veracidad de las alegaciones por las partes, emitiendo su opinión o iudicatum, es decir, la sentencia. Como los jueces o árbitros son ciudadanos particulares, sin conocimientos jurídicos, acuden con frecuencia a consultos de un jurisconsulto.

La ejecución de la sentencia: acción por aprehensión corporal (legis actio per manus iniunctionem).

Es un procedimiento ejecutivo que procedía cuando el deudor no cumplía la sentencia dictada por el juez. Se podía ejecutar pasado los 30 días a partir del pronunciamiento de la sentencia. El demandante tenía que solicitarlo al magistrado (in iure) en entrega del deudor, si no había presentado éste un fiador o vindex.

Acción por toma de prenda (legis actio per pignoris cupiorem).

Consisten en el apoderamiento de algunos bienes del deudor sin necesidad de una previa condena, y constituye un procedimiento ejecutivo.

TEMA 8

EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO. LA FORMULA.

Origen y caracteres del procedimiento formulario.

Se fue desapareciendo el procedimiento de la legis actiones. Las formas rígidas de este procedimiento se van sustituyendo por otras más flexibles y evolucionadas, coincidiendo con el periodo preclásico del derecho romano. Son varios los factores que contribuyen a este cambio entre ellos la creación de la pretura peregrina. La jurisdicción internacional del pretor peregrino adquiere los cauces del arbitraje. A estos elementos se le añaden también un factor espiritual la fides. El pretor urbano tiende a imitar a su colega peregrino mediante la práctica de las arbitria honoraria. En esta época coexisten pues los iudicia legitima (acciones de ley: index), de los arbitria honoraria (las fórmulas nuevas: arbitro). Dos leyes regularon este procedimiento:

- Una ley Ebuca hacia el año 130 a. C.
- Dos leyes Julias, una de derecho público y otra de derecho privado en épocas de Augusto, el cual abole definitivamente las legis actionem.

Son características de este procedimiento:

- Tipicidad de las fórmulas escritas.
- Creación de la acceptio: medio procesal del demandado que destruye la alegación del demandante.
- Las condenas son pecuniarias.
- Consta de dos partes: in iure, ante el magistrado y apud iudicem ante el juez o jueces.

Fase ante el magistrado (in iure).

La citación del demandado en el proceso formulario se diferencia de la in ius vocatio de la legis actiones, en que la dureza fue atenuada. En caso de incomparecencia del demandado el pretor podía poseer y vender sus bienes. En el acto de la comparecencia ante el pretor, el demandante puede interrogar al demandado de algunas cuestiones, mediante las interrogaciones in iure. El procedimiento formulario, podía también terminar en la fase in iure por diversas causas.

Naturaleza y caracteres de la fórmula.

La fórmula es un acto de las partes, pero no es un contrato.

Es una instrucción del magistrado dirigido al juez.

Partes de las fórmulas.

- Partes ordinarias:
 - Nombramiento del juez.
 - Intentatio: derecho que pretende el demandante, es la pretensión del actor.
 - Demonstratio o designación: es aquella parte de la fórmula al principio para designar el asunto de la demanda.
 - Condemnatio: es la parte de la fórmula en la que el juez condena o absuelve.
 - Adiudicatio: es la parte en la que el juez adjudica algo a algunos de los litigantes.
- Partes extraordinarias.
 - Excepción (exceptio): es la que el demandado opone a la acción del demandante, paralizándola.
 - Praescriptio: destinada a concretar el objeto del litigio.

Clases de fórmulas: fórmulas civiles y pretorias.

Las fórmulas son civiles o pretorias.

- Actio certae creditae pecuniae.
- Acción reivindicatoria.
- Actio depositi.
- Acción publiciana (fórmula con ficción).
- Actio insitoria (fórmula con transposición de personas).

La litis contestatio y sus efectos.

Es el momento procesal central; es el atestiguamiento del litigio, verificándose la fijación definitiva de la fórmula. Es cuando ya se han practicado todas las pruebas por ambas partes y éstas se someten a la futura decisión del juez. La litis contestatio se produce una sola vez.

Fase ante el juez (apud iudicem).

Los litigantes han asumido la obligación de comparecer ante el juez. Ambas partes tienen que estar presentes ante el juez y seguir actuando. En esta fase intervienen los abogados con la exposición de pruebas. Estas pruebas podían ser:

- Declaraciones de las partes o confesiones.
- Testigos.
- Documentos.
- Inspección ocular del juez y prueba de peritos.

La sentencia.

El juez puede abstenerse de juzgar si no tiene las ideas claras, mediante el juramento non liquere.

La sentencia es la verdad para ambas partes, ya que ambos han aceptado la decisión del juez.

Cuando la sentencia contiene acciones divisorias se llama constitutiva y el resto son declarativas (condenan o absuelven). En el procedimiento formulatorio las sentencias son inapelables ante otro juez superior. Si el demandado se opone a la actio indicati (acción del juez de juzgar), se tramita un nuevo proceso cuya pérdida le condenaría al doble. El pretor decreta la missio in bona y el acreedor toma posesión de los bienes del ejecutado. El magister sonorum redacta las condiciones de venta de los bienes.

- La distractio bonorum: venta de los bienes por partes, para pagar a los acreedores.
- La cessio bonorum: cuando el deudor solicitaba la posibilidad de ceder sus bienes.

Recursos complementarios de la jurisdicción del pretor.

El pretor en virtud de su iurisdictio y su impasivo, podía realizar otros actos. Estos últimos los hace sin dar conocimiento al juez:

- Las estipulaciones pretorias: son contratos verbales que el pretor realiza a dos personas o partes.
- Missiones in possessionem: el pretor autoriza que una persona tome posesión de los bienes de otro.
- Interdictos: son órdenes del pretor, prohibían, restituían, realizan etc.
- Restitutiones in integrum: declaración del magistrado de no conocer los efectos de un hecho o acto jurídico.

TEMA 9

EL PROCEDIMIENTO COGNITORIO.

El procedimiento de la cognitio extra-ordinem.

En este proceso, los jueces funcionarios, ordenan el proceso entero. Estos realizan todos los actos de cognitio en una sola fase. Comenzó a ser utilizado en el Principado con carácter extraordinario.

El proceso cognitorio extraordinarium de la época clásica presenta diferencia sustancial con el procedimiento extraordinarium de la época postclásica. Estas sentencias podían ser impugnadas por un recurso ante un superior jerárquico. Aquí la citación del demandado reviste un carácter oficial. Tanto el demandante como el demandado pueden solicitar la interrupción del proceso para aportar nuevas pruebas. La litis contestatio no consume la acción.

En cuanto a las pruebas el magistrado aprecia libremente éstas.

La sentencia. Impugnación y ejecución.

La sentencia es leída en audiencia pública y es escrita. Aquí el propio actor o demandante puede resultar condenado. La sentencia (appellatio) puede ser objeto de impugnación o recurso ante un magistrado de rango superior. Pasado el tiempo de impugnación ésta era firme.

La sentencia es res iudicata (cosa juzgada), pero en este procedimiento, puede ser alegado ante un futuro litigio mediante la praescriptio rei iudicatae.

La ejecución de la sentencia en este proceso procede cuando es firme. Consiste en el embargo sobre bienes del ejecutado.

Procedimiento cognitorio postclásico: caracteres.

La reorganización de Diocleciano repercute en el derecho procesal. Sólo existe ya la cognitio extra ordinem, pero ya no es extraordinaria sino ordinaria. Los órganos administrativos son también judiciales. Se crea el defensor civitatis para los abusos de los funcionarios. Características:

- La citación del demandado sólo con autorización judicial.
- La litis demantatio es ahora obligatoria.
- La interrupción del juicio para aportar pruebas se regula.
- La demanda se llamará libellus conventionis.
- Si el demandado no comparece, el proceso continúa, pero éste no podrá interponer recurso de apelación.
- Para las pruebas, el juez puede investigar o traer pruebas al proceso.
- La sentencia no es obligatoriamente pecuniaria.

El procedimiento por rescripto del príncipe.

Podía ser de dos formas:

- Cualquier particular solicita del emperador la resolución sobre cuestiones jurídicas particulares de difícil interpretación.
- Cualquier magistrado puede mandar al tribunal imperial sus actuaciones, solicitando una consultatio.

Audiencia episcopal (episcopalis audientia).

Procedimiento seguido por los cristianos a partir del siglo III. Eran decisiones arbitrales del obispo de acuerdo con ambas partes.

Tema 4.- LAS OBRAS JURISPRUDENCIALES Y LA ELABORACIÓN CASUÍSTICA DEL DERECHO.-

El casuismo en las obras jurisprudenciales se refiere al caso concreto que motiva al jurista a dar una respuesta o decisión. Se establecen reglas y ppios. que se deducen de estos supuestos concretos. Así se establece una práctica a la hora de encontrar la acción más oportuna. Así pues, se puede establecer una clasificación de las obras jurisprudenciales:

- Obras de casuística o problemática jurídica: Respuesta, Quaestiones o Diputaciones. Contenido:
 - Respuestas orales dadas por los juristas a los consultantes o a sus discípulos y que éstos mismos redactaban.
 - Respuestas por carta o escrito a particulares, o a magistrados y jueces.
 - Quaestiones o casos hipotéticos planteados con fines didácticos o científicos.
 - Disputas o controversias sobre decisiones jurídicas que se tenían en los tribunales o auditorio del jurista.
 - Libros de reglas o enunciaciones de ppios., a los que se llega en el análisis del caso. Las reglas resultan de un proceso de simplificación de las circunstancias del caso.
- Obras sistemáticas: se dedican al orden o sistema al exponer los casos y decisiones: Digestos y Monografías.
 - Digestos: el orden tradicional a seguir es: la 1ª parte contiene materias de dcho. civil, la 2ª materias relacionadas con leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales. Los digesta eran tratados completos de dcho. civil, que se referían a las instituciones más que a las acciones y medios judiciales; en ellos el autor complementaba su respuesta con las de otro jurista o con reflexiones más extensas.
 - Monografías: son obras que contienen tratados sobre instituciones especiales (usucapión, estipulación, sponsales..., etc.), o sobre determinadas leyes, senadoconsultos o constituciones.
- Comentarios a otras obras: son las obras más extensas de la literatura jurisprudencial. Clasificación:
 - Comentarios al dcho. civil.
 - Notas y comentarios a las obras de otros juristas.
 - Comentarios al edicto del pretor y de los ediles curules.
 - Comentarios a leyes y senadoconsultos.
 - Comentarios al edicto del gobernador de la provincia.
- Obras institucionales y didácticas: entre ellas las famosas Instituciones de Gayo, con su innovador sistema de dividir la materia civilística en personas, cosas y acciones.
- Libros de definiciones, diferencias, sentencias y opiniones: obras que se destinan a la enseñanza o a la

práctica del dcho., reúnen máximas o ppios derivados de las decisiones jurisprudenciales que facilitan su cita ante los tribunales.

En definitiva, la jurisprudencia romana no fue nunca encaminada a la creación de una doctrina del dcho., sino a la práctica del mismo.

- **EL CASO Y LAS TÉCNICAS DE DECISIÓN CASUÍSTICA: CASO, CASO-GUÍA, REGLAS Y AXIOMAS**

El jurisconsulto utiliza múltiples medios y recursos de técnica jurídica en la elaboración de la casuística. Existen casos modelos para otros similares. Por encima de las decisiones particulares están las antiguas instituciones del ius civile y los ppios. morales que inspiran el ordenamiento jurídico.

Orden de proceder de la actividad jurisprudencial:

Antiguas instituciones y ppios.

|

Acciones y medios procesales

casos casos-guías figuras jurídicas

reglas jurídicas

Nuevas instituciones

Grados de elaboración jurisprudencial:

Caso

nuevas figuras e instituciones acción caso-guía

reglas y axiomas

- Caso. Supuesto de hecho que el jurista analiza. El caso se presenta exponiendo los hechos y las dudas que suscitan, dándose una respuesta posteriormente.
- Caso-guía. Casos o supuestos de hecho que se utiliza como patrón o modelo para la solución de cosas parecidas.
- Reglas y axiomas jurídicos. Son el sentido técnico y las decisiones que los juristas formulan sacándolos de los casos-guías.
- **COMPARACIÓN DE CASOS Y ESTRATOS CASUÍSTICOS. GEMINACIONES Y SIMILITUDINES**

El estudio de los casos permite observar que los juristas los repiten con excesiva frecuencia y que los textos presentan diferentes versiones de un mismo caso.

- Geminaciones. Son las coincidencias literales entre los textos. Otras coincidencias, aunque no literales se llamaron casos semejantes.
- Similitudines. Son las similitudes que existen entre los textos del Digesto, por ejemplo.
- Estratos. Son las diferentes redacciones de un mismo caso, a lo que se llama estratos casuísticos.
- **LAS MOTIVACIONES Y FUNDAMENTOS DE LAS DECISIONES**

En el estudio de las respuestas y elaboraciones casuísticas de los juristas se encuentran los motivos y fundamentos que ellos mismos dan de sus decisiones.

Las principales motivaciones que fundamentan las decisiones son:

- Argumentaciones de carácter lógico o gramatical.
- Motivaciones basadas en argumentos ya utilizados por otros juristas y comúnmente admitidas.
- Fundamentos en reglas jurídicas.
- Interpretaciones del lenguaje común o de la voluntad de la persona que realiza el acto jurídico.
- Motivaciones basadas en la analogía o en argumentos lógicos.
- Motivaciones basadas en ppios. inspiradores del orden jurídico.

• PRINCIPIOS GENERALES: REGLAS DE DERECHO Y DEFINICIONES

Dependiendo del caso o supuesto para los que nacen pueden existir las siguientes formulaciones de ppios. generales:

- Decisiones generales referentes a casos semejantes. Sobre estas decisiones se deducen determinadas ideas o conclusiones.
- Máximas jurisprudenciales reiteradas en obras de los juristas.
- Reglas, de alcance general y de objetivo limitado a la explicación del dcho., para facilitar la práctica de los tribunales.
- Definiciones, entendidas como formulaciones de ppios. jurídicos o como explicación de una palabra o de una cosa. La definición puede ser peligrosa cuando, por su generalidad o excesiva brevedad, puede ser atacada en la exposición o defensa de la causa o supuesto que la motiva.

• LA ANALOGÍA

La utilizaban frecuentemente los juristas para extender las decisiones a otros casos parecidos. Con ella se crean reglas, instituciones y acciones, a medida que surgen nuevos problemas y es necesario arbitrar nuevas soluciones jurídicas.

• LA FICCIÓN

La jurisprudencia no utilizó la ficción, entendida como corrección de una realidad concreta encaminada a hacer posible la aplicación de una regla o ppio. jurídico. Los juristas no podían imponer la ficción por ser un recurso alógico y de carácter imperativo. Se distingue de la analogía en que es un medio técnico que conduce a una inexactitud lógica o jurídica.

A ella recurre el pretor o legislador como medio técnico jurídico para resolver un obstáculo que se opone a la concesión de una acción o a la aplicación de una ley. Así, pues, se encuentran ficciones pretorias, impuestas por la ley o por los senadoconsultos, pero no jurisprudenciales.

• LAS DECISIONES CASUÍSTICAS EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

Los casos resueltos por el emperador se consideran como casos-guía y los jurisconsultos los aceptan como superiores a las decisiones suyas. En las decisiones imperiales se utiliza la analogía jurisprudencial. Los rescriptos imperiales (respuestas de la cancillería imperial) constituyen auténtica jurisprudencia, ya que nacen y se desarrollan en íntima unión con la actividad de los jurisconsultos.

• LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACIÓN POSTCLÁSICA

Se produce un dcho. centralizado en la legislación imperial. En ello influye:

- La desaparición de los jurisconsultos y su sustitución por los maestros de dcho.
- Las nuevas ediciones y la práctica de la recitatio ante el juez, lo que lleva a la vulgarización y confusión de las respuestas jurisprudenciales y los rescriptos imperiales.
- La ley de Citas, al establecer una lista cerrada de juristas.
- Los libros y colecciones escolásticas de leges e iura contribuyen a una confusión de las distintas fuentes del dcho., simplificando el dcho. en reglas y ppios. de distinta procedencia que se canonizan como leyes válidas para la solución de nuevos casos.

TEMA 15

PROPIEDAD Y POSESION.

Dominio, propiedad y posesión. Terminología romana.

El término dominium se refiere al poder o facultad del propietario como dominus o señor de las cosas.

Proprietas, se refiere a la propiedad sin el usufructo.

Posesión, revolución del hombre con las cosas (possessio). Los juristas clásicos diferencian la posesión de la propiedad. El poseedor con el tiempo se podía hacer propietario.

Clases de propiedad.

En el derecho antiguo y quiritario el paterfamilia era el propietario sobre las cosas que integran el patrimonio agrícola. Con el desarrollo de la riqueza mobiliaria se produce una decadencia de la propiedad familiar. En el derecho clásico se distinguen las siguientes clases de propiedad:

- Dominium ex iure quiritium: propiedad sobre cosas muebles o inmuebles y se ejerce sobre ella la acción reivindicatoria (actio reivindicatio).
- Propiedad pretoria o bonitoria (in bonis haberes): se da cuando el pretor protege sobre las cosas mancipables, concediendo la actio publiciana.

Posesión civil.

Es la que se produce por el derecho civil, en el que el poseedor pasa a ser propietario en virtud de la usucapión. Se necesita para la adquisición y pérdida de la posesión, dos elementos, el corpus o tenencia efectiva de la cosa y el animus o intención de comportarse como propietarios. Dentro de la posesión está la de buena y mala fe.

- Propiedad de los peregrinos: son los que realiza el pretor con acciones ficticias a los extranjeros, ya que éstos no pueden ser titulares de dominium.
- Propiedad provincial: Es la possessio del ager publicus, territorio conquistado. En el derecho justinianeo sólo se concede verdadera protección al poseedor de buena fe; en cuanto al contenido de la propiedad hay que señalar el uso, el disfrute y la disposición.

TEMA 14

COSAS (RES).

Cosas son objetos del mundo exterior susceptibles de apropiación y disfrute por el hombre. No se reclama la

propiedad sino la cosa (rei vindicatio). Los que son de una persona forma sus bona o patrimonium. Estos pueden ser:

- Corporales: un fundo, un esclavo, un vestido, objeto de oro etc. (tangibles).
- Incorporales (no fungibles): herencia, usufructo, obligaciones, etc.
- Divisibles: se pueden dividir sin causar daño.
- Indivisibles: ejemplo: un animal.
- Simples: un esclavo.
- Compuestas: un edificio.
- Genéricas: dinero, vino.
- Específicas.
- Fungibles.
- No fungibles.
- Consumibles o inconsumibles.

Las cosas que no son susceptibles de apropiación se llaman extracomerciales. Las cosas comunes son las que pertenecen a todos los ciudadanos, ejemplo: el mar. Los públicos son los que pertenecen al pueblo.

Cosas mancipables y no mancipables.

Son res mancipi: los fundos, los esclavos y los animales de tiro o carga. Para la transmisión de las cosas mancipables se requería las formas de la mancipatio o de la in iure cesio, para la no mancipatio era la traditio, o simple entrega.

Así pues, la familia estaba formada por las cosas mancipables, mientras que la pecunia eran bienes de cambio.

Cosas muebles e inmuebles.

Se distinguen entre ellos según se puedan desplazar o no. Las cosas muebles pueden ser partes accesorios de otras. Cuando una cosa mueble o conjunto de mueble se destina permanentemente a servir a un inmueble se habla de pertenencias.

Frutos.

Son los productos naturales a cuya producción periódica está destinada la cosa que lo produce.

Pueden ser naturales, ejemplo: las cosechas, las crías de los animales; y civiles, ejemplo: las rentas que producen los arrendamientos.

TEMA 16

ACCIONES EN DEFENSA DE LA PROPIEDAD.

La acción reivindicatoria (actio reivindicatio).

Es una acción que tutela al propietario civil contra alguien que tiene algo de su posesión.

Es el propietario el que tiene que probar su propiedad en el juicio. Cuando el demandante vence en el juicio, consigue la restitución de la cosa. El juez debe determinar si el poseedor era de buena o mala fe. Con una exceptio doli el poseedor de buena fe, le permitía retener la posesión hasta que el actor abonase unos gastos necesarios.

El interdictum quem fundum y la acción exhibitoria.

En el caso de que el demandado se niegue a defenderse (de su posesión), el propietario dispone de éstos dos mandatos que le concede el pretor:

- Un interdictum quem fundum, para pedir la posesión de un inmueble.
- Una acción exhibitoria, para la presentación de la cosa mueble.

La acción publiciana.

Es una acción paralela a la reivindicatio que concede el pretor al propietario bonitario que ha perdido la posesión, para recuperarlo. Contra ésta la exceptio iusti domini.

La acción negatoria.

Son acciones que ejerce el propietario civil para negar derechos que limitan su propiedad.

Acciones sobre relaciones de vecindad.

Son acciones que se conceden a los propietarios de fundos rústicos para resolver los litigios que se suscitaban entre ellos por razones de vecindad.

La acción división de cosa común (actio communi dividundo).

Con esta acción el socio o codueño puede solicitar la división de la cosa común.

Acciones penales para delitos privados.

- Acciones de hurto (actio furti).
- Acciones de daños (actio legis aquiliae y actio de pauperies).

Limitaciones legales de la propiedad.

Pueden ser como consecuencia voluntaria de su propietario por ejemplo: la servidumbre. Otras impuestas por el derecho, limitaciones por razones religiosas, limitaciones por razones edilicias, los impuestos a los fundos ribereños, a los de explotación de minas, etc.

El condominio (copropiedad).

Cuando varias personas son propietarios de una misma cosa y se da una situación de condominio o copropiedad.

La comunidad de bienes, puede ser voluntaria, es decir, por medio de contrato e involuntaria o incidental, que se da por la adquisición conjunta de una misma cosa por ejemplo: la herencia. Cada codueño tiene pleno poder de disposición sobre la totalidad de la cosa. Por ello esta facultad sólo puede ser vetada por los demás codueños por la que se denominan el ius prohibendi. Justiniano llama a las formas de comunidad involuntaria o incidental cuasi contrato.

Interdictos.

Interdictos: el pretor protege, mediante interdictos, determinadas situaciones de hecho (possessio ad interdictos). Pueden ser: de retener, de recuperar y de adquirir la posesión.

- Interdictos de retener la posesión: el pretor a petición del poseedor ordena al que perturbaba se abstuviera de realizar estos actos. Se hacen interdictos en las cosas de depositarios, arrendatarios, comodatarios y usufructuarios. Los interdictos uti possidetis y utrubi son de retener posesión. En el primero prevalece el que tiene actualmente el inmueble, y en el segundo el que tiene la cosa mueble más tiempo en su poder durante los últimos siete años. El precaristas es un cliente a quien el patrono ha concedido un terreno para que lo disfrute gratuitamente.

Interdictos de recuperar la posesión: sirven para reintegrar en la posesión a quién ha sido despojado.

TEMA 17

ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD.

Dos clasificaciones:

- De derecho natural o de gentes:
 - La ocupación.
 - La accesión.
 - La especificación.
- De derecho civil:
 - Mancipatio.
 - In iure cessio.
 - Usucapio.
 - Traditio.
 - Adiudicatio.
 - Lege.

Ocupación.

Se trata de actos de apropiación de las cosas que no tienen dueño. Entre ellos la ocupación por caza o pesca como posesión natural. También se incluyen en la ocupación, las cosas abandonas por sus propietarios, y el botín de guerra capturado al enemigo.

Tesoro: era un incremento del fundo en que se encontraba y se hacía de su propietario, si no es de nadie, ya que si fuese así sería un hurto.

Adquisición de frutos: se adquieren los frutos no por derecho a siembra sino de propiedad.

Especificación (specificatio).

Es cuando una persona hace una forma nueva o cosa distinta con materia perteneciente a otro, se hace de su propiedad.

Accesión.

Cuando una cosa se incorpora definitivamente a otra principal, el propietario de ésta adquiere lo que se le une.

Entrega (traditio).

Es un modo de transferir la propiedad entregando la cosa. En el derecho antiguo era necesario la entrega material. En el derecho clásico se podía hacer sin el traspaso material de un sujeto a otro, de una forma simbólica. Si la entrega se hace como consecuencia de una compraventa y el comprador no paga el precio, el vendedor puede oponerse a la acción del comprador, era exceptio o replicatio doli.

Mancipatio.

Es un negocio muy antiguo, utilizado para transmitir la propiedad de la res Mancipi. En la época antigua, se utilizaba la Mancipatio no sólo para adquirir la propiedad, sino para tener la potestad de las personas que formaban la familia.

En el acto Mancipatorio podía intervenir sólo los ciudadanos romanos, latinos y los peregrinos con ius comercio. La Mancipatio como acto o rito se acaba sustituyendo por los documentos escritos como es la traditio.

In iure cesio. Cesión ante el pretor.

Se trata de un proceso fingido de reivindicación, en el que el propietario de la cosa no contesta ante la declaración del demandante de que es suyo, y con ello la abandona o cede.

Otros actos de atribución (addictio) o adjudicación (adiudicatio).

Acto realizado por parte del magistrado en subastas públicas al mejor postor. También en los juicios divisorios, el juez adjudica la propiedad a cada copropietario o vecino.

Usucapión (usucapio) y prescripción de largo tiempo (largo temporis praescriptio).

Es la adquisición del dominio por la posesión continuada durante un tiempo. Este régimen atraviesa por una larga evolución desde el régimen primitivo de las XII Tablas, época clásica, prescripción de largo tiempo y por último régimen del derecho postclásico y justiniano.

El poseedor le protege la actio publiciana.

Son requisitos para la usucapión y la prescripción de largo tiempo, la buena fe y la justa causa.

En la época Justiniana se unifican los dos sistemas de usucapio y praescriptio.

TEMA 18

SERVIDUMBRE Y USUFRUCTO. ENFITEUSIS Y SUPERFICIES.

Servidumbre: son servicios permanentes que se constituyen entre dos fundos vecinos por la voluntad de sus propietarios. Es un derecho sobre los fundos. Las servidumbres se transmiten con el fundo y no pueden enajenarse con independencia de él.

Hay servidumbres rústicas, prediales y urbanas.

Nadie puede crear una servidumbre sobre cosa propia. Entre las servidumbres prediales rústicas se encuentran los de paso de ganado, senda, camino y acueducto.

Contra el propietario o poseedor sirviente se acciona mediante la vindicatio servitutis.

Las servidumbres se extinguen por:

- Por confusión (cuando los dos feudos se hace del mismo propietario).
- Por renuncia del titular.
- No uso.
- Exclusión y demolición del predio dominante o sirviente.

Usufructo: es el uso o tenencia de la casa ajena y la facultad de percibir sus frutos, respetando la natural entidad de los mismos. El titular del derecho se llama usufructuario o dueño del usufructo, mientras que el dueño de la casa es el nudo propietario. En el caso de usufructo de esclavos, los hijos de los esclavos pertenecen al propietario. El nudo ordinario de constituir el usufructo es el legado vindicatorio.

La restitución de la cosa se reclamaba por la actio ex stipulatio. Se denominaba cuasi usufructo, a este derecho sobre cosas destinadas al consumo. El usufructuario puede ejercitar la defensa de sus derechos mediante la vindictio usufructus. Aunque no se considera al usufructuario como poseedor, el pretor le concede los interdictos posesorios uti possidetis y unde vi.

Uso: es el derecho a usar una cosa ajena para atender sus necesidades propias y de la familia, sin percibir sus frutos.

Habitación: el derecho de habitar una cosa ajena o de arrendarla.

Eufiteusis y superficie.

La eufiteusis sólo fue reconocida como derecho real en la legislación postclásica y justiniana. Es un derecho sobre cosa ajena con la obligación de pagar un canon anual. Es un contrato especial distinto del arrendamiento y de la venta.

El concesionario o efiteta, tiene sobre el fundo un derecho dominical que puede enajenar o transmitir a los herederos.

Superficie: igual que la efiteta, es un derecho real que otorga el superficiario al goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido sobre suelo ajeno, tiene también que pagar una renta o canon anual.

Tema 2.- FUENTES DEL DERECHO.-

Con la palabra fuente se designan los medios de producción del Dcho. Son fuentes de producción los órganos que tenían que creaban las disposiciones jurídicas; en cuanto se materializan en textos o documentos son también fuentes de conocimiento.

El jurista Gayo presenta como fuentes del dcho. romano las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los príncipes, los edictos y las respuestas prudentes.

Estas fuentes tienen un valor distinto según la etapa histórica.

• LAS FUENTES DEL DERECHO ANTIGUO Y PRECLÁSICO

- Las antiguas costumbres de los mayores antepasados. Consistían en usos sociales y en normas religiosas tradicionalmente aceptados, encontrándose en ellos las normas jurídicas. La regulación jurídica (ius) estaba estrechamente relacionado con el fas (ordenación de relación de los dioses; lo que se puede hacer).
- Código de las XII Tabas. Aparece la separación entre fas e ius. Contienen preceptos de un marcado

formalismo que se referían: al proceso de sometimiento y vinculación del deudor al acreedor, disposiciones hereditarias, relaciones de vecindad y servidumbres, delitos, regulación de funerales y sepulturas y prohibición de matrimonios entre patricios y plebeyos. A Esta ley se le atribuye toda la fundamentación del dcho. antiguo y establecía el ppio. de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, así como supuso la publicación y divulgación de preceptos que hasta entonces los pontífices habían ocultado celosamente. Es también la base para la labor de interpretación jurisprudencial, de esta ley comenzó a fluir el dcho. civil.

- LAS FUENTES DEL DERECHO CLÁSICO

- Ley y Plebiscito. La ley es una declaración de potestad autorizada por el pueblo que vincula a todos los ciudadanos. La ley pública la realiza el magistrado ante los comicios, que conceden su autorización y se expone ante el público. La ley privada es aquella que declara el que dispone sobre sus bienes en un negocio privado. La ley tenía que ser ratificada por los senadores. Partes: la praescriptio, que contiene el nombre del magistrado que la propone; la rogatio, que es el texto sometido a votación; y la sanctio, que es la parte final en la que se declara que ésta no puede ser contraria a leyes anteriores, caso contrario sería nula.

Los Plebiscitos son propuestas de los tribunos aprobadas por la plebe reunidos en asambleas o comicios. Éstos llegan a equipararse con las leyes con la misma vinculación para todos los ciudadanos.

- Senadoconsultos. La función del Senado era muy discutida a la vez que varía en determinados épocas. Son senadoconsultos lo que el Senado autoriza y establece, y tiene fuerza ley. La función legislativa del Senado va desde simples ratificaciones de las leyes comiciales hasta una actividad propia legislativa al final de la época republicana.
- Constituciones Imperiales. Son las que, con fuerza de ley, dictaba el emperador por medio de decretos, edictos o epístolas. Éstas aparecen a finales de la época clásica y se generaliza en la postclásica para designar la legislación imperial. La actividad legislativa más importante del Príncipe eran los Recriptos, respuestas sobre cuestiones jurídicas de la cancillería imperial, formada por juristas destacados.. los recriptos sirven para que los juristas los apliquen por analogía a otros casos, extrayendo reglas y ppios.
- Edictos. Son los dictados por los magistrados en el ámbito de su competencia. Se crea la figura del pretor con la finalidad de administrar justicia. el edictum del magistrado, que contenía el programa de su mandato, se llamaba edictum perpetuum, y el que dictaba para cosas concretas se llamaba edictum repentinum.
- FUENTES DEL DERECHO POSTCLÁSICO

Este período de caracteriza por la tendencia al vulgarismo. Frente al clasicismo, el vulgarismo representa la reacción popular. Se produce una corrupción del dcho. clásico. Se produce una separación entre el dcho. oficial y la práctica, apareciendo así las costumbres como fuente del dcho. que en algunas cosas va contra la ley y llega a derogarla. Se producen reediciones de los iuras u obras jurisprudenciales y de leyes imperiales, produciéndose alteraciones y corrupciones de los textos clásicos. La ley de citas es un ejemplo de obra vulgarizada. Otro ejemplo son las llamadas Pauli Sententia, de finales del s.III d.C., que Constantino da fuerza de ley.

IV EL CORPUS IURI DE JUSTINIANO

A partir del s.V la evolución jurídica de oriente frente a la de occidente se caracteriza por el clasicismo. El helenismo supone un estudio profundo del dcho. que termina con el vulgarismo. Ello fue posible gracias a la conservación de los volumina. Se crea una obra magna compilatoria apoyada por Justiniano, constando ésta de las siguientes partes:

- Instituciones: introducción destinada a la enseñanza.
- Digesta: selección o antología de textos jurisprudenciales.
- Códex: codificación de leyes imperiales.
- Novellae: leyes posteriores a Justiniano.

Primero se hacen compilaciones que son un total de 12 libros, divididos en títulos, llamándose Códex Iustinianus, que es lo que nos ha llegado.

El Digesto es una compilación de 50 libros donde se recogen obras de los juristas de la etapa clásica, central y tardía.

Las novelas o leyes posteriores a Justiniano son un total de 168, redactadas la mayoría en griego.

En las compilaciones de Justiniano se realizan muchas modificaciones de textos clásicos llamadas Interpolaciones.

- **LA LITERATURA DIDÁCTICA Y LOS LIBROS DE INSTITUCIONES**

Han llegado libros de Instituciones de Paulo, Ulpiano, Gayo, etc. La obra de Gayo es de gran importancia por ser la única obra clásica completa que se ha conservado, casi entera, ofreciendo instituciones clásicas y antiguas, en materia de procedimiento. Ésta ha tenido gran influencia en los códigos civiles europeos.

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FUENTES

Tema 1.– EL DERECHO Y LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ROMANA EN SUS ETAPAS HISTÓRICAS.–

El Dcho. Romano es el ordenamiento jurídico vigente en Roma.

Comprende 13 siglos hasta la muerte del Emperador Justiniano.

Constitución política en Roma:

- Monarquía, 753 a.C. al 510 a.C.
- República, 510 a.C. al 27 a.C. Principado, 27 a.C. al 284 d.C.
- Dominado, 284 d.C. al 565 d.C.

Etapas en la Jurisprudencia:

- Período del dcho. antiguo y quirritario (Monarquía y principios de la República 753–130 a.C.).

1ª etapa clásica

- Período del dcho. clásico (130ª.C.–230 d.C.) etapa central

etapa clásica tardía

(esta etapa coincide con el final de la República y el Principado)

- Período del dcho. postclásico (Dominado)
- Período del dcho. justiniano ()
- La civitas primitiva y la Monarquía .–

Roma se forma por la unión de aldeas, en buena situación estratégica. Se adopta la forma de Ciudad–Estado. Ciudad amurallada fundada por Rómulo y habitada por latinos.

Órganos de gobierno:

- El Rex (rey). Jefe militar y político con poderes mágicos–religiosos. Hubo 7 reyes.
- El Senado. Ancianos que asesoraban al rey. En él se incluía los patres o jefes de familia.
- El pueblo y las asambleas populares. El pueblo lo formaban los patricios y los plebeyos. Los patricios gozan de dchos. políticos y civiles, los plebeyos no. El pueblo se reúne en asamblea y comicios. Las más antiguas eran las comitia curiata (agrupaba a los ciudadanos por curias) y las competencias eran nombrar al nuevo rex. Los comitia centuriata (agrupaba a los ciudadanos por clases según su fortuna). Las centurias eran unidades de reclutamiento del ejército y ejercían el dcho. al voto.

- La civitas patricio–plebeya y la República.–

El último rey fue expulsado y sustituido por dos magistrados. Se nombra a diez ciudadanos para realizar la ley de las Doce Tabas. Se establece el consulado como supremo órgano. Se nombra un pretor (jefe supremo del ejército). Existen luchas entre patricios y plebeyos por la desigualdad de dchos. Varias leyes van reconociendo dchos. a los plebeyos. Con las leyes licinia Sextiae se aceptó que uno de los dos cónsules fuera plebeyo. Con el final de las luchas se consolida la constitución de la civitas patricio–plebeya.

Órganos de gobierno:

- Los Magistrados. Los magistrados republicanos son elegidos por los comicios y por un plazo de un año. A los cónsules se les confirma por el poder de mando supremo para interpretar la voluntad de los dioses.
- Magistraturas ordinarias:
 - Permanentes: – El Consulado. Dos cónsules. Mando en caso de guerra y en la paz.
 - La pretura. Admón de justicia.
 - La cuestura. Ayudantes de los cónsules. Administran la hacienda pública.
 - La edilidad. Policía urbana, aprovisionamiento de trigo y alimentos, etc.
 - El Tribunado de la plebe. Auxilia a los ciudadanos.
- No permanente: – La censura. El censor realizaba el censo de los ciudadanos durante un período de tiempo.
 - Magistratura extraordinaria:
 - La dictadura. el dictador nombrado era nombrado en caso de peligro público y ostenta durante seis meses el poder.

Los censores y dictadores tenían que haber sido cónsules.

- El Senado. Órgano de gobierno estable. Entre sus funciones están: declarar la guerra y la paz, administrar las finanzas, nombrar mandos militares, etc. Estaban formados por senadores patricios y los agregados o senadores plebeyos.
- Las Asambleas Populares. Entre ellas se encontraban los comicia centuriadas para la votación de las leyes, los concilios plebeyos que votaban los plebiscitos (equiparados a las leyes) y los comicios por tribus. Son los magistrados mayores los que convocan los comicios, siendo convocados los plebeyos por los tribunos.

En esta época Roma consolida su constitución republicana y emprende una política imperialista, que la convierte en una potencia dominadora y universal. Esto trae consigo una crisis causada por facturas políticas motivadas por las nuevas circunstancias económicas y sociales. La antigua economía agraria se ve sustituida

por un sistema capitalista de latifundios. Se producen crisis en las clases sociales. Tras años de guerra, en el año 31 a.C., Octavio establece la nueva constitución política del Principado.

- El Imperio Universal y el Principado.–

Con la victoria de Octavio sobre sus enemigos se abre en Roma un nuevo sistema política. Se produce una progresiva reforma política. El Senado le concede el título de Augustus (nuevo fundador de Roma). Adopta el nombre de Emperador César Augusto. Se nombra príncipe y asume el mando del ejército y de las provincias imperiales. Con el principado aparece la burocracia imperial. El príncipe delega sus funciones en cargos jerarquizados y retribuidos. Los de mayor poder eran:

- Praefectus pretorio: ejercían funciones militares.
- urbi: policía y jurisdicción penal.
- vigilum: seguridad nocturna e incendios.
- annonae: abastecimientos.
- vehiculorum: comunicaciones y correos.

En este período el Dcho. llega a su máxima apogeo y se considera clásico o modelo. Con el problema de la sucesión se produce una nueva crisis y ruptura. Existían tres formas de sucesión:

- Designación o cooptación realizada en vida del rey.
- Por el Senado.
- Por el Ejército.

Se abre un largo período de anarquía y crisis que representan el final del Principad.

- El Dominado.–

Con el nuevo sistema político el princeps se convierte en dominus y los ciudadanos en súbditos. De una democracia autoritaria se pasa a una monarquía absoluta o autocracia. Se producen profundos cambios sociales y económicos, originados, entre otras causas, por las invasiones continuas de los bárbaros. Se produce la división del Imperio. Constantino dicta el famoso edicto de Milán, que configura la tolerancia a la religión cristiana, que posteriormente se hará oficial. El Imperio de Occidente es tomado por los bárbaros. El de Oriente continua hasta que es tomado por los turcos en 1456, siendo el emperador Justiniano, quien realizó una compilación del Corpus Iuris en el que reúne los iura, obra de los juristas clásicos y las leges o constituciones imperiales.

LAS OBLIGACIONES

LA HERENCIA

DERECHO DE PERSONAS Y FAMILIA

CONCEPTOS GENERALES.

LAS ACCIONES Y EL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO.

COSAS, POSESION Y PROPIEDAD