

## UNA LECTURA DE DIGESTO 10,2,20,3

MARÍA DE LAS MERCEDES GARCÍA QUINTAS

*Universidad de León*

Nos fijamos en un texto del libro XIX *Ad Edictum* de Ulpiano <sup>(1)</sup> donde cita palabras del libro séptimo *Quaestionum* de Papiniano: Si un *pater familias* dividió de palabra los bienes entre sus hijos y distribuyó las cargas de las deudas en proporción a sus posesiones, dice Papiniano que no se considera simple donación, sino más bien una división por última voluntad. Ciertamente, dice, si los acreedores demandasen a los hermanos según sus porciones hereditarias y uno de los hermanos rehusara lo determinado, en caso de que se hubieran dividido todos los bienes puede ejercitarse contra el hermano no pagador la acción *praescriptis verbis*, como si hubieren hecho una permuta.

En cuanto a la posibilidad de interpolaciones en el texto se han pronunciado Beseler <sup>(2)</sup>, De Francisci <sup>(3)</sup> y Voci <sup>(4)</sup> detectando una alteración en “*praescriptis verbis*”. Voci afirma que el texto original contendría en ese lugar “*in factum*”. Rabel <sup>(5)</sup> considera un añadido “*plane, inquit, si creditores eos pro*

---

<sup>(47)</sup> D.28.3.

<sup>(48)</sup> Gai.2.144.

<sup>(49)</sup> D.38.6.1.8.

<sup>(50)</sup> A. GUZMÁN B., *Derecho*, cit., p. 460.

<sup>(1)</sup> D. 10, 2, 20, 3: “*Si pater inter filios sine scriptura bona divisit et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem papinianus ait. plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*”.

*portionibus hereditariis convenient et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*". Pero en lo que a nosotros nos interesa no presenta alteraciones sustanciales.

El jurista examina una *divisio parentis inter liberos* <sup>(6)</sup> en la que el *pater familias* también distribuyó las deudas en proporción a las posesiones. Utiliza el padre, por lo tanto, el posible privilegio paterno <sup>(7)</sup> de realizar la división entre los futuros herederos por indicaciones orales, de tal manera que el *arbiter familiae erciscundae* debía introducir esta división en la base de su sentencia. En el caso que nos presenta Papiniano, si, como parece, queda dividida toda la herencia, una *actio familiae erciscundae* carecía de sentido <sup>(8)</sup>.

La posibilidad de partición de los bienes en vida pervive en las regulaciones que se han ido ocupado de la sucesión *mortis causa*. En las Partidas, dice la ley 7, título 1, partida 6 que vale como testamento lo que el padre o el abuelo parte de palabra si se hace ante dos testigos rogados y llamados para ello. Asimismo, la Ley de Toro, 6, 3, 17: Quando el padre o la madre mejorare alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento o en otra postrimera voluntad, o por algún contrato entre vivos, 19: El padre o la madre y abuelos en vida o al tiempo de su muerte, puedan señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio y el quinto de mejora.

En la legislación actual viene previsto en el primer párrafo del artículo 1056 del vigente código civil — en relación con el 1271 — que conserva la redacción que previó García Goyena en su artículo 899; así como la ley 338 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, artículo 55 del Código de sucesiones catalán, artículo 134 de la Ley de Derecho Civil de Galicia y 134 de la Compilación del País Vasco.

La cuestión que queremos afrontar en esta sede se ciñe al comentario que del texto hizo Voci en su *Diritto ereditario* Vol. II <sup>(9)</sup>. Voci dice: "la división

(2) *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, 1911-1931) 159.

(3) *Synallagma I* (Pavía, 1913) 156.

(4) *La dottrina romana del contratto* (Milán, 1946) 261.

(5) *Grundzüge des römischen Privatrechts* (Munich, 1915), 514.

(6) Papiniano *libro II Responsorum* (D. 10, 2, 32); Scaevola *libro I Responsorum* (D. 10, 2, 39, 5); Papiniano *libro XVIII Quaestionum* (D. 30, 90); Papiniano *libro VIII Responsorum* (D. 31, 77, 8); Papiniano *libro VII Responsorum* (D. 34, 4, 23); Pomponio *libro XXXII ad Sabinum* (D. 41, 10, 4, 1).

puede venir dispuesta también por acto inter vivos. Se hace, por lo tanto, un pacto seguido de la entrega de las cosas: pacto al que Papiniano niega los extremos de la donación para acercarla a la permuta, ya que tiene por objeto todas las cosas hereditarias”. Reenvía a una nota en la que añade “El pacto no es de donación ya que se hace de cara a la futura sucesión: debe tener por objeto todos los bienes para que se pueda asimilar a la permuta, ya que cada hijo intercambia con el otro las cuotas que tiene sobre las cosas que vienen asignadas por entero a cada uno”. Por lo tanto, y para Voci, todos los herederos habrían permutado entre sí las porciones hereditarias que hipotéticamente les habrían correspondido de haber habido una sucesión testada con las que de hecho obtuvieron.

Ahora bien, Papiniano, según el texto, no dice que no haya donación, sino que no hay *simplex donatio*, afirma algo más: *potius*, con el tenue pero cierto sentido acumulativo que este adverbio tiene en latín. Y este algo más que a la simple donación se opone no es la permuta, sino el *supremum iudicium*, la *certa lex*, que se conjugan en el fragmento.

En cuanto a la *permutatio*, no comparece en el texto de modo terminante como tal contrato; a ello obstaría la ausencia de *datio rei* connatural al carácter de contrato real que, al parecer, (Paulo libro XIX ad Edictum D. 19, 4, 1) ostentaba ya la permuta. La *permutatio* aparece, más bien, como contenido del acuerdo: el indudable contenido permutativo justifica la utilización de la *actio praescriptis verbis*. A mi juicio, esto queda indicado por la conjunción *quasi* introducida en el texto: “*quasi... permutationem fecerint*”, “como si hubieran hecho una permuta”.

Además, el razonamiento de Voci no termina de explicar el mecanismo por el que las deudas entre acreedores y herederos quedan saldadas.

Retomando el texto, Papiniano dice que no se ha de considerar simple donación, sino más bien división de última voluntad. De manera que en el supuesto de que los acreedores intenten cobrar a los hijos según sus porciones hereditarias y uno de los hijos no esté de acuerdo con lo establecido por el *pater*, puede intentarse contra él la *actio praescriptis verbis* como si se hubiera hecho una permuta, suponiendo que todo haya sido ya repartido. En caso contrario, cabría la liquidación efectiva de las deudas en el *iudicium familiae erciscundae* que, como hemos dicho anteriormente, no tendría lugar.

En nuestra opinión, el caso se puede reconstruir de la siguiente forma: la primera parte del texto, “*Si pater inter filios sine scriptura bona divisit et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem papinianus ait*”, expone que un padre repartió en vida el patrimonio que ostentaba. Los hijos obtuvieron cada parte en con-

cepto de *peculio* <sup>(10)</sup> — *pro modo possessionum* — ya que al estar sometidos a la *patria potestas* las donaciones que recibe un *filius*, como reflejan las fuentes <sup>(11)</sup> y asimismo recuerda Voci en la misma obra que venimos aludiendo <sup>(12)</sup> son nulas a causa de la incapacidad negocial y para ejercer el *dominium ex iure quiritium*. Por lo tanto, todo aquello que recibieran o bien pasaría a componer un *peculio* o bien a engrosar el ya constituido. Asimismo, les repartió el padre las deudas proporcionalmente a cada parte que recibían.

Continúa, “*plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*”. Esta segunda parte plantea varias cuestiones interesantes para su estudio.

Muerto el padre, los acreedores se dispusieron a cobrar sus créditos. Tal como había quedado dispuesto por el fallecido, los hijos habrían de liquidar las deudas con los acreedores proporcionalmente a los bienes que habían recibido con anterioridad: “*onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit... si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant*”. Como se puede observar, el jurista expresa esta reclamación de la deuda con el término *conveniant*. Es necesario conocer el matiz que tiene esta palabra para Papiniano porque de ese modo podremos saber si la deuda fue reclamada por los acreedores a los hijos procesal o extraprocesalmente.

El verbo *convenio* tiene gran variedad de significados que se reflejan en las fuentes literarias y jurídicas. La mayor parte de ellos aluden a diferentes matices, según el contexto, de campos semánticos de reunirse, juntarse, agruparse, estar de acuerdo — reunir pareceres —. El último significado que señalan los diccionarios es el jurídico procesal de “llevar a juicio”. En el Digesto aparece utilizado en diversos sentidos, como son “ser procedente, convenir” en Ulpiano *libro I Opinionum* (D. 1, 18, 6, 1), “estar de acuerdo” en Ulpiano *Libro LXXVII ad Edictum* (D. 2,8,12), “reunir” en Ulpiano *libro LXXIV ad Edictum* (D. 2, 11, 4, 4), “acudir” en Ulpiano *libro L ad Edictum* (D. 29, 5, 1), “unirse” — en matrimonio — en Papiniano *libro IV Responsorum* (D. 23, 2, 15), así

(7) BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum parentum inter liberos* (Valladolid, 1991), 48 ss., con amplia reseña de fuentes y bibliografía.

(8) GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (Milán, 1909), T. 29, Vol. II, 217.

(9) *Diritto ereditario* II, 478.

(10) COSTA (*Papiniano III*, Roma, 1964, Edición anastásica, 57-59) y VISMARA (*Storia dei patti successori*, Milán, 1986, 129, nt. 1) lo ven como un fideicomiso. Sin embargo, con los datos que da el texto resulta difícil el concebir una institución fideicomisaria ya que Papiniano no alude ni se puede derivar de sus palabras que el testador así lo hubiera

como, en numerosas ocasiones, según acabamos de decir, “llevar a juicio” Papi-  
niano *libro XXIX Quaestionum* (D. 35, 2, 11, 6).

Se abren, por lo tanto, tres hipótesis.

I — Si le damos un sentido no procesal a *convenient*, nos llevaría a interpretar el texto de la siguiente manera: tras la muerte del padre, los acreedores reclaman a los hijos el pago de sus deudas. Uno de ellos rehusa — “*detrectet*” —. A causa de ello, los acreedores tendrían que utilizar las acciones nacidas de la relación jurídica habida con el padre. En este punto se planteaba otro problema: ¿Contra quién y por qué cantidad ejercerían esa acción teniendo en cuenta que en principio los obligados a pagar la deuda eran todos los hermanos — “*et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit*” —? Téngase en cuenta que a partir del momento en que uno de los hermanos rehusa el obligado es uno solo y por aquella parte que queda sin satisfacer. Al tener la acción que nace del negocio celebrado entre el padre difunto y el demandante se podría incurrir en una *pluris petitio* y en un error en los demandados <sup>(13)</sup>.

En la hipótesis, por ejemplo, de que los acreedores trataran de cobrar lo que se les debía por un mutuo, la fórmula sería aproximadamente la siguiente: “*Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio et Claudio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio et Claudio sestertium decem milia condemnato, si non paret, absolvito*”.

Es posible también que uno de los hermanos hubiera decidido suplir la falta de pago. Los acreedores quedarían satisfechos disponiendo el hermano que pagó, en vía de regreso, de la posibilidad electiva entre la *condictio* recuperatoria de lo que dio, *re non secuta*, y la exigencia de responsabilidad contractual por la prestación incumplida mediante la *actio praescriptis verbis* propia del contrato de permuta.

II — También puede leerse “*convenio*” como reclamación procesal: Los acreedores obtienen una sentencia en la que se condenaba a pagar a los hermanos tras el ejercicio de la acción típica del negocio que había originado el crédito a su favor. Uno de ellos no lo hizo “*et unus placita detrectet*” y otro

---

deseado.

<sup>(11)</sup> Vat. 294, Juliano *libro XLIV Digestorum* (D. 41, 5, 2, 2); Paulo *libro LIV ad Edictum* (D. 41, 6, 1, 1); Pomponio *libro XXXII Ad Sabinum* (D. 41, 6, 4).

<sup>(12)</sup> *Diritto ereditario* II, 475.

<sup>(13)</sup> Aunque pudiera evitarse este efecto pernicioso haciendo uso del edicto moni-



decidió suplir el pago en vez de ir a una ejecución de la sentencia. Aquél que había soportado la parte no pagada reclama lo que había adelantado como si hubiera habido una permuta en la que, como en la interpretación anterior, se había producido el *do* y sin embargo no la contraprestación, dando lugar, por lo tanto, a una *actio praescriptis verbis*.

III — Podría abrirse una tercera vía para la lectura de este texto, interpretando “*posse cum eo praescriptis verbis agi*” para los acreedores. Sin embargo en caso de darle a *convenient* un significado técnico procesal, incurrirían en intentar dos veces una acción por la misma causa.

En conclusión, ofrezco la siguiente lectura del pasaje: Si un padre dividió su patrimonio entre sus hijos sin redactar un documento y distribuyó la carga de las deudas a prorrata de las posesiones, dice Papiniano que no parece haber una simple donación sino algo más: una división por medio de una resolución última. En efecto, dice, si los acreedores se ponen de acuerdo con ellos (los herederos) y solo uno se separa del acuerdo, puede procederse contra él con la acción *praescriptis verbis* de modo semejante a como si, con su decisión terminante, hubieran hecho una permuta, entiéndase así si se hubiera dividido todo el patrimonio.

## BIBLIOGRAFÍA

BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, 1911-1931).

BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum parentum inter liberos* (Valladolid, 1991).

COSTA, *Papiniano III* (Roma, 1964).

DE FRANCISCI, *Synallagma I* (Pavía, 1913).

GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (Milán, 1909) T. 29, vol. II.

RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (Munich, 1915).

VISMARA, *Storia dei patti successori* (Milán, 1986).

VOCI, *Diritto ereditario II* (Milán, 1963); *La dottrina romana del contratto* (Milán, 1946).