

## FIDEICOMISO *SUB CONDICIONE*

### Y ADICIÓN *EX PEGASIANO*

por Ana G. BUSTELO

(*Universidad de Santiago de Compostela*)

1. Nos proponemos, en esta comunicación, plantear una nueva exégesis de un texto de Marciano, que puede tener una cierta incidencia sobre el régimen general de la sucesión intestada.

El fragmento en cuestión procede del libro 9 *institutionum* de Marciano y ha sido recogido por los compiladores en D. 36,1,32(31) pr.-1, bajo el título *ad senatusconsultum Trebellianum* :

*Si cui pure libertas et per fideicommissum sub condicione hereditas relicta est, cogitur heres adire hereditatem, si suspectam dicat, et restituere : et deficiente condicione libertas ei eripi non potest. (1) Si autem ei, qui in diem libertatem accepit, hereditas per fideicommissum relicta fuerit, suspectam eam interim non posse adiri divus Pius Cassio Hadriano rescripsit, cum non potest nondum libero hereditas restitui : nec*

*rursus contra voluntatem defuncti libertatem esse praestandam* (1).

Dice Marciano que si a un esclavo le ha sido dejada la libertad pura y simplemente y la herencia mediante un fideicomiso *sub condicione*, se obligará al heredero a adir la herencia, si la declara sospechosa, y a restituirla al fideicomisario. Y si se frustra la condición, no se podrá privar al esclavo de la libertad que ya ha alcanzado.

A continuación, en el § 1, Marciano contempla un nuevo supuesto : si la libertad se ha dejado a plazo (*in diem*) y la herencia mediante un fideicomiso puro, Antonino Pío estableció en un rescripto dirigido a Casio Adriano que no puede obligarse al heredero a adir esa herencia, si la declara sospechosa, pues no es posible restituirla a quien todavía no es libre, ni tampoco cabe dar la libertad al esclavo de inmediato, antes del plazo, en contra de la voluntad del difunto.

Para facilitar la explicación de nuestra hipótesis, comenzaremos el análisis de este fragmento por su § 1, postponiendo el comentario del pr. Ambos §§ se refieren a aplicaciones del principio de aceptación forzosa de la *hereditas fideicommissaria*, introducido por el SC. Pegasiano para evitar

---

1) Quizá no deba desecharse la propuesta de KRÜGER, *ad leg.*, de substituir *praestandam* por *repraesentandam*; vid. *infra* n.3.

que la falta de interés del fiduciario por esa herencia que ha de restituir pueda perjudicar al fideicomisario.

En el § 1, se trata de una manumisión testamentaria directa sometida a un *dies* y de un fideicomiso de herencia a favor del esclavo manumitido y a cargo del instituido heredero. Este declara la herencia sospechosa. Aunque en opinión de DONATUTI (2) la cuestión planteada en este parágrafo es la de si el heredero fiduciario puede ser obligado a manumitir al esclavo fideicomisario antes de la llegada del *dies*, sin embargo, por nuestra parte, entendemos que lo cuestionado en este texto es si puede obligarse al heredero fiduciario a adir la herencia, en virtud del SC. Pegasiano. Según Antonino Pío, no cabe aquí la adición forzosa *ex Pegasiano*, y esto, por dos razones : porque al estar la manumisión sometida a un plazo, todavía no hay persona libre a quien pueda restituirse la herencia (3), y, por otra parte, porque no puede adelantarse la libertad que el testador había dispuesto *in diem*. En consecuencia, la herencia permanecerá como *iacens* hasta el momento de la llegada del *dies* de la manumisión, momento en el que se obligará al heredero fiduciario a adir la herencia y a restituirla al esclavo -ahora libre- fideicomisario.

Interesa señalar, antes de seguir adelante, que la primera de las razones aducidas para negar la aplicación del Pegasiano nos

---

2) DONATUTI, *Lo Statulibero* (Milán 1940), p.191s.

3) Este rescripto de Antonino Pío aparece también recogido en Papiniano 20 *quaest.*- D. 36,1,57(55),1 : *Imperator Titus Antoninus rescripsit in tempus directo data libertate non esse repraesentandam hereditatis restitutionem, quando persona non est, cui restitui potest.*

permite una conclusión importante : que la adición forzosa *ex Pegasiano* y la restitución efectiva al fideicomisario son simultáneas, y que no cabe separar temporalmente una de otra. En efecto, si ello fuera posible, no debería de haber inconveniente alguno en forzar la adición de inmediato y esperar la llegada del *dies manumissionis* para restituir la herencia al fideicomisario. Pero eso no parece admisible, y por ello se retrasa la adición forzosa, pese a la seguridad de que el *dies manumissionis* ha de llegar, salvo caso de muerte del propio esclavo manumitido.

2. Así las cosas, volvamos al principio de nuestro fragmento. Se trataba allí -recordémoslo- de una manumisión pura y simple y de un fideicomiso de herencia *sub condicione*. El heredero que declara la herencia sospechosa, dice Marciano, será obligado a adirla y a restituirla al fideicomisario.

Esta adición forzosa *ex Pegasiano*, según puede deducirse de la continuación del § (*et deficiente condicione...*), es llevada a cabo antes del cumplimiento de la condición del fideicomiso. La razón por la cual se fuerza al heredero a hacer adición de esa herencia sospechosa *pendente condicione* hay que buscarla en la existencia de esa manumisión testamentaria directa pura y simple. En efecto, si la manumisión fuese *in diem* -como hemos visto en el § 1-, el heredero no podría ser forzado a adir la herencia hasta la llegada de ese *dies*, como tampoco podría serlo, hasta el cumplimiento de la condición, cuando el testador no hubiese dispuesto ninguna manumisión, sino sólo un fideicomiso de

herencia *sub condicione*, según se deduce indirectamente de Africano 6 *quaest.*- D. 36,1,29(28) pr.-1 (4) y de Ulpiano 3 *fideic.*- D. 36,1,1,9 (5). Pero, en nuestro caso, para hacer posible que la manumisión sea efectiva de inmediato, se obliga al heredero a hacer adición sin esperar a que se cumpla la condición del fideicomiso. Por tanto, con esa adición forzosa, el esclavo manumitido *pure* adquiere de inmediato la libertad y se convierte con ello en fideicomisario condicional.

Ahora bien, según nos dice Marciano, la intervención del pretor va dirigida, no sólo a obligar al heredero a adir la herencia (*cogitur...adire*), sino también a restituirla al fideicomisario (...*et restituere*), entendemos que de inmediato, incluso antes de que se haya cumplido la condición del fideicomiso. Resulta así que el esclavo manumitido recibe la herencia fideicomisaria antes de que se cumpla la condición que afectaba al fideicomiso.

---

4) Africano 6 *quaest.*- D. 36,1,29(28) pr.-1 : *Ex asse heres institutus partem hereditatis mihi pure, tibi sub condicione restituere rogatus cum suspectam diceret, postulante me adit et mihi totam ex senatus consulto restituit : quandoque condicio extiterit, an fructus partis tuae restituere tibi debeam, non immerito dubitabatur. et plerisque placet non esse eos praestandos, quia nec ab herede praestarentur, si sua sponte adisset, sufficiat autem ius tuum tibi integrum conservari, non etiam meliorem condicionem tuam fieri.* (1) *Idem tamen existimabant, si ex asse heres institutus mihi quadrantem pure, tibi aequae quadrantem sub condicione restituere rogatus sit et, cum suspectam hereditatem diceret, cogente me adit, quandoque condicio extiterit, semissem tibi esse restituendum.*

5) Ulpiano 3 *fideic.*- D. 36,1,1,9 : *Sed et quotiens quis rogatus duobus restituere hereditatem, alteri pure vel in diem, alteri sub condicione, suspectam dicit : ei, cui erat rogatus pure vel in diem restituere, interim universam hereditatem restitui senatus censuit, cum autem extiterit condicio, si velit alius fideicommissarius partem suam suscipere, transire ad eum ipso iure actiones.*

No parece posible que esos dos momentos -el de la adición y el de la restitución- puedan separarse cronológicamente. En caso contrario, habría que preguntarse en qué situación quedaría la herencia durante ese tiempo intermedio. Desechando la posibilidad de que se considere "yacente" -lo cual, en cambio, sí sucedía en el § 1, mientras se esperaba el *dies manumissionis* para forzar la adición-, pues ya ha sido adida, aunque sea *ex Pegasiano*, cabría otra posibilidad : la de considerar titular de esa herencia al propio heredero fiduciario. Pero esta solución parece inviable, si se tiene en cuenta que él ha declarado la herencia sospechosa y no ha querido adirla; que la adición se ha hecho *ex Pegasiano*; y que tal solución llevaría a admitir que el fiduciario ha de responder ante el fideicomisario, al cumplirse la condición, por la restitución de una herencia que él no quiso adir. En resumen, pues, no parece verosímil que la herencia *interim* pertenezca al heredero.

Así, pues, hay que pensar en una restitución inmediata a la adición forzosa : el fideicomisario, pese a no haberse cumplido aún la condición, recibirá los bienes hereditarios. Esta solución viene así a coincidir con la ya vista a propósito del § 1 de este fragmento (6).

---

6) Por lo demás, esta simultaneidad de adición y restitución aparece confirmada en muchos fragmentos en los que se habla de forzar al heredero que no quiere adir la herencia, a *adire et restituere hereditatem iussu praetoris*. Cfr., entre otros muchos, Ulpiano 4 *fideic.*- D. 36,1,4, y *h.t.* 11,2; 74 *ad ed.*- D. 42,6,1,6; Gayo 2,258; PS. 4,4,4. Sobre algunos de estos textos volveremos más adelante. No prueba lo contrario Gayo 2 *fideic.*- D. 36,1,10 (vid. *infra* n.12).

3. Una confirmación de todo esto la encontramos en un texto de Ulpiano 4 *fideic.*- D. 36,1,11,2 :

*Utrum autem praesenti an etiam absenti restitui possit procuratore adeunte praetorem, videndum est. ego puto absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire et restituere nec vereri heredem oportere, ne forte in damno moretur : potest enim ei per praetorem succurri, sive cautum ei fiat, sive non et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas. est enim huius rei exemplum capere ex rescripto divi Pii in specie huiusmodi. Antistia decedens Titium heredem instituit et libertatem dedit Albinæ directam eique filiam per fideicommissum reliquit rogavitque, ut filiam manumitteret : sed et Titium rogavit, ut manumissae Albinæ filiae restitueret hereditatem. cum igitur Titius suspectam diceret hereditatem, rescriptum est a divo Pio compellendum eum adire hereditatem : quo adeunte Albinæ competituram libertatem eique filiam tradendam et ab ea manumittendam tutoremque filiae manumissae dandum, quo auctore restituatur hereditas filiae statim, quamvis sic fuisset ei rogatus restituere, cum nubilem aetatem compleret. cum autem possit, inquit, evenire, ut ante decedat ea, cui fideicommissaria libertas et hereditas relicta est, nec oporteat damno adfici eum, qui rogatus adit hereditatem, remedium dedit, ut, si quid horum contigerit, perinde permittatur venundari bona Antistiae, ac si heres ei non exstisset. cum igitur*

*demonstraverit divus Pius succurri heredi instituto, qui compulsus adit, dici potest etiam in ceteris causis exemplum hoc sequendum, sicubi evenerit, < ne > restituatur fideicommissaria hereditas ei, qui compulsi adire et restituere sibi hereditatem (7).*

En la primera parte del fragmento, se plantea Ulpiano la cuestión de si es posible obligar al heredero fiduciario a adir la herencia y a restituirla, cuando el fideicomisario no está presente y lo representa un *procurator*. Según Ulpiano, también en este caso se puede obligar al heredero a hacer adición y a restituir la herencia a un fideicomisario ausente, pues no debe temer el heredero que le perjudique la mora del fideicomisario, dado que puede ser socorrido por el pretor, tanto si se le ha dado caución, como si, no habiéndosele dado, el fideicomisario hubiera muerto antes de que se le restituyera la herencia. Añade Ulpiano que la solución a este último caso -muerte del fideicomisario antes de la restitución- fue establecida por Antonino Pío mediante un rescripto en el que trataba de resolver el caso siguiente :

Una testadora, Antistia, instituyó heredero a Ticio y daba directamente la libertad a su esclava Albina, a la que dejaba por fideicomiso su propia hija, con el encargo de manumitirla. Por otra parte, Ticio, una vez que la hija de Albina hubiera sido manumitida por su madre, debía restituir la herencia a la hija, en

---

7) La introducción del *ne*, propuesta por FABER, facilita la comprensión de la frase final.

virtud de un nuevo fideicomiso. Así las cosas, Ticio declara la herencia sospechosa.

Para estas situaciones Antonino Pío estableció que el heredero debía ser obligado a adir la herencia, de modo que, mediante esa adición forzosa, Albina alcanzase la libertad y se le entregase a su hija, a la cual debía manumitir, habiendo de proceder a continuación al nombramiento de un *tutor* para la *filia*. Nombrado éste, y con la intervención de su *auctoritas*, Ticio debería restituir la herencia a la hija fideicomisaria inmediatamente, aunque el fideicomiso se le hubiese rogado de tal modo que sólo tuviera que restituir cuando la hija llegase a la edad núbil.

En ese supuesto, dado que la hija, a quien se dejó la libertad y la herencia de ese modo, podía morir antes, dispuso Antonino Pío que, si ello ocurría, se vendieran los bienes de Antistia, como si no hubiera habido heredero (*ac si heres ei non exstitisset*), puesto que no debía de causarse perjuicio alguno al heredero fiduciario que hizo adición de la herencia contra su voluntad.

Finalmente, concluye Ulpiano que este remedio establecido por Antonino Pío para el heredero que fue forzado a adir la herencia, podrá aplicarse también en otros casos en los cuales no sea posible restituir la herencia fideicomisaria a aquel que exigió que se forzase al heredero a adir la herencia y a restituírsela.

Dejando al margen otras cuestiones que el texto plantea, nos limitaremos a la consideración de aquellos aspectos que interesan a nuestro propósito.

Respecto al fideicomiso de herencia encomendado por Antistia a Ticio en favor de la hija de Albina, puede ser dudoso si había sido ya rogado "*cum (filia) nubilem aetatem complisset*", o si esta cláusula corresponde a una variante hipotética introducida por Ulpiano, sobre la base de un fideicomiso puro y simple. De todos modos, la solución jurídica sería en ambos casos la misma : adición forzosa y restitución inmediatea.

Esta cláusula "*cum nubilem aetatem complisset*", este *dies pubertatis* de la hija al cual se supeditan los efectos del fideicomiso de herencia, es una condición, puesto que, aunque se sabe la fecha exacta en que la *filia* alcanzará la pubertad, se ignora si realmente llegará a cumplir esa edad, ya que puede morir sin alcanzarla. El fideicomiso de herencia "*cum nubilem aetatem complisset*" es, por tanto, un fideicomiso *sub condicione* (8).

---

8) Que las cláusulas relativas a un *dies pubertatis* y, en general, a cualquier *dies aetatis*, son condiciones, pues implican la supervivencia (*condicio superviventiae*), parece evidente a la luz de los textos. Son muchos los pasajes en los que tales cláusulas, o son expresamente calificadas de *condiciones* (o *dies incerti*), o tienen un régimen jurídico de verdaderas condiciones. Sobre la condicionalidad de este tipo de cláusulas, vid. Ana G. BUSTELO, *Dies incertus*, Tesis doctoral (inérita), (Santiago de Compostela 1987).

4. Nos encontramos, pues, en este texto de Ulpiano, con un supuesto esencialmente análogo al planteado por Marciano en D. 36,1,32(31) pr., aunque con ciertas diferencias que consideramos accidentales. Se trata, en ambos supuestos, de una manumisión directa pura y simple -a la que se añaden en el texto de Ulpiano un fideicomiso y una manumisión fideicomisaria- y un fideicomiso de herencia *sub condicione* -dispuesto, en uno y otro caso, a favor de personas distintas : en el caso de Marciano, a favor del mismo esclavo manumitido; en el de Ulpiano, a favor de la hija beneficiaria de la *fideicommissaria libertas* encomendada a la madre manumitida directamente-. En ambos casos el heredero no quiere hacer adición de la herencia, declarándola sospechosa, pese a lo cual se le obliga *ex Pegasiano* a adirla y a restituirla al fideicomisario -con la intervención de la *auctoritas* de su tutor, en el supuesto de Ulpiano, pues se trata de una fideicomisaria impúber-. Esta restitución de la herencia debe hacerse *statim*, sin esperar a que se cumpla la condición del fideicomiso.

Igual que ocurría en el texto de Marciano, parece evidente que, en el caso planteado por Ulpiano, el motivo por el cual se fuerza al heredero fiduciario a hacer adición de esa *hereditas suspecta* y a restituirla a la fideicomisaria *pendente condicione* vuelve a ser la existencia de disposiciones de libertad cuya eficacia depende de la adición de la herencia por el instituido heredero. Para salvar tales libertades, se le fuerza a adir, y para evitar al fiduciario cualquier perjuicio, a restituir *statim*.

Por otra parte, plantea también alguna dificultad exegética la palabra *ante* (*cum...possit...evenire, ut ante decedat...*), en el sentido de si debe referirse sólo al momento de la efectiva restitución, o además al del cumplimiento de la condición "*cum nubilem aetatem complisset*". La primera interpretación (muerte de la fideicomisaria antes de la restitución) parece indudable, pese a la dificultad de intercalar la muerte entre la adición forzosa y la restitución *statim* (9). La segunda interpretación no es tan clara, y no resulta indiscutible que proceda la venta de los bienes hereditarios cuando la fideicomisaria fallece después de la restitución del fideicomiso, pero antes del cumplimiento de la condición.

Así, pues, las distintas situaciones que pueden plantearse son las siguientes : a) que el fiduciario no tenga a quien restituir el fideicomiso, sea este puro o condicional, por premoriencia del llamado a ser fideicomisario; y b) que el fiduciario haya restituido efectivamente antes del cumplimiento de la condición, y luego ésta se frustre. En el primer supuesto, Antonino Pío estableció que, para evitar el perjuicio del fiduciario, se procediera, a instancias de éste o de sus acreedores (10), a la venta de los

---

9) En el caso concreto que se plantea, esta dificultad sería menor pues entre una y otra deben mediar el cumplimiento del fideicomiso a favor de Albina, la manumisión fideicomisaria y el nombramiento de tutor para la hija de Albina, una vez manumitida.

10) Vid., a este respecto, Ulpiano 74 *ad ed.*- D. 42,6,1,6 : *Sed si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire. et ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios subveniemus : hoc et divus Pius rescripsit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus*

bienes hereditarios, como si la herencia no hubiese sido adida (11). Esta parece ser la novedad introducida por el rescripto de Antonino Pío.

En cambio, cuando la condición se frustra después de que al fideicomisario ya le hubiesen restituido los bienes hereditarios, entonces la solución nos parece del todo distinta, por cuanto, en estos supuestos de adición forzosa *ex Pegasiano*, se aplica también simultáneamente el SC. Trebeliano, en virtud de cuya ficción el fideicomisario es considerado heredero, de modo que puede reclamar y ser reclamado como tal (12). Por lo tanto, si ya hay un heredero a todos los efectos, no hay necesidad alguna de proceder a la venta de los bienes.

5.- Llegados a este punto, volvamos de nuevo sobre el texto de Marciano : si, después de que el heredero ha sido forzado a adir la herencia y a restituirla al esclavo manumitido directamente

---

*hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur.*

11) Es evidente, por otra parte, que en estos supuestos, no se sigue el régimen general que llevaría en todo caso a la apertura de la sucesión intestada, sino que se pasa directamente a la venta de los bienes a nombre del testador.

12) No ocurre lo mismo en Gayo 2 *fideic.*- D. 36,1,10 : *Sed et si ante diem vel ante condicionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. plane posteaquam exstiterit condicio vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est intellegi tunc translatas videri actiones.* En este caso parece que se trata de una adición voluntaria, y no forzosa, seguida de una restitución también voluntaria *ante diem vel ante condicionem*; por esta razón, *non transferuntur actiones.*

y designado fideicomisario condicional, la condición se frustrase, entonces *libertas ei eripi non potest*. Según Marciano, pues, aunque se frustrase la condición, no puede privarse al esclavo de la libertad, es decir, la libertad adquirida es irrevocable y el esclavo manumitido seguirá siendo libre. Pero ¿qué sucede con los bienes?

Ciertamente, no resulta cuestión del todo ociosa la planteada por Marciano. En efecto, su pensamiento podría justificarse en el sentido siguiente : al frustrarse la condición del fideicomiso ya no tiene razón de ser la adición forzosa *ex Pegasiano*, puesto que el fiduciario ya no tendrá que transmitir esa herencia a ningún fideicomisario; y si se revoca esa adición forzosa *ex Pegasiano*, que dio eficacia a la manumisión testamentaria del frustrado fideicomisario, también habría de revocarse dicha manumisión, pues se trataría de una concesión de libertad dispuesta en un testamento que ha resultado *desertum* por falta de heredero. Esto sería precisamente lo que el texto establecía que no debía suceder : no se privará al esclavo de la libertad ya conseguida.

Pero sorprende que la cuestión patrimonial, que parece constituir el principal motivo de preocupación de los otros textos citados que tratan de situaciones análogas, sea absolutamente ignorada por Marciano, que se ocupa, en cambio, de un aspecto del problema -el de la libertad- que en los otros lugares no provoca la menor duda. Así, Ulpiano, en D. 36,1,11,2, parece dar por supuesto que ni la manumisión de Albina, ni el fideicomiso a favor de ésta, ni la libertad que ella da a su hija,

pueden ser cuestionados. El único problema es el de evitar que el heredero fiduciario sufra perjuicios como consecuencia de la adición forzosa *ex Pegasiano*, decidiéndose a tal efecto la venta de los bienes hereditarios. La protección del fiduciario constituía así la *ratio* fundamental del rescripto de Antonino Pío.

Es más, cuando Ulpiano, recogiendo ese rescripto de Antonino Pío, se refiere a la venta de los bienes, dice que *perinde permittatur venundari bona Antistiae, ac si heres ei non exstisset*, es decir, como si no hubiese habido un heredero. Si, por otra parte, tenemos presente que Ulpiano, en D. 42,6,1,6 (13), se refiere de nuevo al mismo rescripto utilizando casi las mismas palabras (*hoc et divus Pius rescripsit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset*), podemos sospechar fundadamente que ésa era también la expresión utilizada por el rescripto de Antonino Pío. Pero la construcción *perinde...ac (atque) si* indica, como ya demostró GARCÍA GARRIDO (14), que no estamos ante una verdadera ficción, sino simplemente ante una mera equiparación de situaciones. Así, pues, no se anula (por vía de ficción) la adición (forzosa) de la herencia, sino que se equipara analógicamente al caso de que no hubiese habido esa adición. Pero la adición se mantiene como existente, y las consecuencias de ella, también (15).

---

13) Vid. *supra* n.10.

14) GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano*, en *AHDE*. 27-28 (1957-58), 333 ss.

15) Quizá por esta razón no se declare *desertum* el testamento y se proceda en consecuencia a la apertura de la sucesión intestada, como cabría esperar, de anularse la adición, sino que se adopta un expediente algo

Y si la irrevocabilidad de la adición (forzosa) y, con ella, de las manumisiones es ya en semejantes casos cuestión obvia para Ulpiano, no parece probable que Marciano, más o menos coetáneo, se cuestione tal problema.

En nuestra opinión, cabe una posibilidad de armonizar este texto de Marciano con el de Ulpiano, si bien exige una ligera modificación del primero. Recordemos la frase en cuestión : *et deficiente condicione, libertas ei eripi non potest*. Esto es lo que dice el tenor actual del fragmento. Pero si substituimos en esa frase la palabra *libertas* por *hereditas*, entonces el texto adquiere un sentido nuevo : aunque se frustre la condición, la herencia no le será quitada al esclavo manumitido que la recibió *pendente condicione*. Dicho en otras palabras, se prescinde de la condición para considerar a ese esclavo manumitido como heredero, en virtud del SC. Trebeliano, definitivo. En consecuencia, aunque se frustre la condición, *hereditas ei eripi non potest*; no se procederá a la venta de los bienes del testador, ni mucho menos, como es obvio, se abrirá la sucesión legítima sobre aquellos bienes, sino que se permitirá que ese fideicomisario siga reteniéndolos, como heredero ficticio, pese a haberse frustrado la condición.

Esta corrección armoniza ambos textos en lo referente a las cuestiones planteadas, no a las soluciones, pues éstas es natural que sean distintas, por tratarse también de supuestos diversos, si

---

ambiguo, precisamente para no perjudicar al heredero forzoso : la venta de los bienes, como si ese heredero forzoso no existiese.

bien tienen ambas un común denominador. Téngase en cuenta, a este respecto, que si la venta de los bienes hereditarios es una forma de evitarle perjuicios al heredero fiduciario, también lo es la de permitir la retención de los mismos por el fideicomisario, pese a la frustración de la condición (16). Más aún, esta solución tiene, con relación a la otra, la ventaja de evitar la *venditio bonorum* a nombre del testador (*permittatur venundari bona Antistiae*, en D. 36,1,11,2; *testatoris bona venirent*, en D. 42,6,1,6) (17).

Por otra parte, esta interpretación explica además otra circunstancia del texto de Marciano : que éste, siempre tan dado a citar las constituciones imperiales, haya silenciado en nuestro caso el rescripto de Antonino Pío, mencionado, en cambio, por otros juristas (18). Si, como hemos dicho, la *ratio* de la novedad introducida por el rescripto de Antonino Pío era la de defender los intereses del heredero fiduciario, cuando el fideicomisario muere antes de que se haya procedido a la restitución, evitándole los posibles perjuicios derivados de la adición forzosa, ese rescripto no tiene aplicación en el caso planteado por Marciano, desde el momento en que tales perjuicios se salvan con la decisión de permitir que el fideicomisario retenga los bienes de la herencia.

---

16) A esta posibilidad podrían oponerse los acreedores de la herencia pidiendo la *separatio bonorum* para proceder a la venta de esos bienes, y también, según se deduce de D. 42,6,1,6, los acreedores del heredero, mediante una *quasi separatio bonorum*. Pero, en nuestro caso, al tratarse de un esclavo manumitido, ninguna de las anteriores situaciones tendría razón de ser.

17) Lo mismo que se consigue cuando el testador insolvente manumite a su propio esclavo para instituirle heredero.

18) En D. 36,1,32(31),1, Marciano cita un rescripto de Antonino Pío, pero es evidente que este rescripto y el que aparece mencionado en los dos textos de Ulpiano - D. 36,1,11,2 y D. 42,6,1,6- son diferentes. Vid. *supra* n.3.

Por lo tanto, al no haber ningún riesgo de que el heredero fiduciario quede perjudicado, no tiene sentido la aplicación del rescripto y por ello no es invocado por Marciano.

Finalmente, la substitución de la palabra *hereditas*, que figuraría en el texto original de Marciano, por *libertas*, que aparece en su tenor actual, podría obedecer, a nuestro juicio, a un simple error mecánico de transcripción. Por lo demás, esta corrección que proponemos puede verse avalada por el hecho de que la expresión *eripere libertatem* es ésta la única vez que aparece en el Digesto. Con un sentido contrario aparecen en Paulo : *ad libertatem eripitur* (19). En cambio, *eripere hereditatem* se encuentra, de diversas formas, en Marcelo, Juliano, Paulo y Florentino (20).

---

19) Cfr. Paulo 5 *quaest.*- D. 40,8,9.

20) Marcelo 30 *dig.*- D. 48,10,26 : *iustissime tota hereditas paterna heredi eius eripietur*; Juliano 25 *dig.*- D. 38,2,20,6 : *extraneo pars (sc. hereditatis) eripitur*; Marcelo 7 *dig.*- D. 37,10,10 : *ne...ius ordinarium eripiat pupillo*, a propósito de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*; Paulo *lib. sing. de tacit. fideic.*- D. 49,14,49 : *quadrans autem qui heredi imponitur ipsius eripiat*; y Florentino 10 *quaest.*- D. 38,2,28 : *eripiendum non est a los patronos el ius, quod in bonis eius (sc. libertini) habituri essent*.