

**ADITIO HEREDITATIS
AUCTORITATE
TUTORIS NON GERENTIS (*)**

(Sobre la supuesta antinomia entre Pomponio,
D. 26, 8, 4 y Juliano-Africano, D. 29, 2, 49)

por Rafael DOMINGO

(Universidad de Navarra)

La *aditio hereditatis* es uno de los supuestos típicos en los que se requiere la *auctoritas tutoris* para que el acto sea válido civilmente. Así lo expresa Gayo en el libro XII *ad Edictum provinciale* :

"Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum"
(D. 26,8,9,3).

También en Inst. 1,21,1 se recoge esta misma idea :

"Neque tamen hereditatem adire neque bonorum possessionem petere neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt nisi tutoris"

*) Comunicación presentada en la "XLI^e Session de la Société Internationale "Fernand De Visscher" pour l'histoire des droits de l'Antiquité" (San Sebastián-Vitoria, 1987).

auctoritate, quamvis lucrosa sit neque ullum damnum habeat".

La posible pregunta de si es suficiente la *auctoritas* de un *tutor non gerens* para adir la herencia parece que, a primera vista, no ofrece ninguna dificultad en su respuesta, ya que, por una parte, los textos citados se refieren al tutor en general, sin hacer distinciones - y de todos es sabido que lo que no está prohibido está permitido - y, por otra parte, Africano pone en labios de Juliano esta opinión :

"Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait " (D. 29,2,49).

Sin embargo, esta coherencia interna entre los textos mencionados puede quedar perturbada al leer Pomponio, D. 26,8,4, que transcribo a continuación :

"Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri : item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus : nec enim id ratum haberi ".

De una lectura superficial de ambos textos parece deducirse su insanable contradicción : Pomponio no admite la validez de la *auctoritas* del *tutor non gerens* y Africano sí. Por eso, el breve

fragmento de Africano ha sido considerado por la romanística como una *crux* (1), por la aparente antinomia que presenta respecto al de Pomponio.

Algunos autores como NOODT, FINESTRES, MONSALVO, PÜTTMAN, SCHULTING, VOORDA (2), siguiendo la interpretación de la Glosa intentaron compatibilizar los textos de Pomponio y Juliano, relacionando este último con D. 46, 3, 14, 1 (3).

En efecto, para estos autores la expresión que utiliza Pomponio *cui administratio tutelae concessa non est* debería entenderse en el sentido de prohibición expresa de administrar : *interdicta est*, forma verbal que se emplea precisamente en D. 46,3,14,1, al decir que a cualquier tutor, incluso aunque sea honorario, se le puede hacer válidamente el pago, salvo que el tutor le hubiera prohibido la administración. Aparte de que no deja de ser algo forzada la equiparación de *concessa est* con *interdicta est* (4), esta opinión doctrinal confunde los efectos civiles con los pretorios.

1) Así la llama PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, en ZS. 32 (1911) 232, con referencia a la historia de esta "*crux*"; y GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 26 (Milano 1906) 152 ss. y 678 ss., que da amplia noticia de las interpretaciones de la antinomia hasta su época.

2) Tomo estas referencias de GLÜCK, *op. cit.*, p. 162, n. 41.

3) "... *Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum etsi honorariis (nam et ad hos periculum pertinet), recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio : nam si interdicta est, non recte solvitur. Idem dico et si quis sciens suspectis postulatis solvat; nam iis interim videtur interdicta administratio*".

4) En ningún otro texto da Pomponio a la expresión *non concedere* el sentido de *interdicere* (vid. D. 38,17,10; D. 12,6,22; D. 8,2,27,1; D. 15,1,49

También CUYACIO había hecho un esfuerzo vano de armonización al establecer la distinción entre una cierta *auctoritas animi* y una *auctoritas facti* (5), de suerte que fueren nulos los diversos actos de administración del *tutor non gerens*, pero no los actos que no llevaran consigo una administración del patrimonio, como es el caso de la *aditio hereditatis* (6). Sin embargo, la aguda observación de CUYACIO tampoco resuelve el problema, pues la afirmación de Pomponio al comienzo del texto comentado es absolutamente tajante, y no da lugar a matizaciones o distinciones de ninguna clase, más teóricas que reales.

Según PETERS (7), la antinomia sólo se puede explicar suponiendo una interpolación de Justiniano en el texto de Africano, que respondería a la tendencia adoptada por el emperador de asimilar los *tutores gerentes* y *non gerentes* (8). Esta opinión fue bien acogida por los romanistas críticos (9).

Hay que observar, sin embargo, que lo que hizo Justiniano fue generalizar el régimen de los tutores testamentarios y *per*

pr.); sin embargo en D. 41,7,5 se utiliza este verbo en el sentido positivo de permitir.

5) Vid. CUYACIO, *Opera Omnia* I (Neapoli 1722) 1317.

6) Vid. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* I (Milano 1963) 609.

7) Vid. PETERS, *op. cit.*, p. 232. La idea de que puede bastar a veces la *auctoritas* de un solo tutor vuelve a encontrarse, según PETERS, por interpolación en Ulp., D. 26,8,5 pr. y 2 y frag. 7,1 : se trataría de nuevo de una adecuación a esa ley de Justiniano, pero éstos no se refieren al *tutor non gerens*, antes bien, en 5 pr. y 7,1 parece aludirse a un supuesto de cotutela ordinaria.

8) CJ. 5,59,5 del 531.

9) Vid. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, en *ZS.* 37 (1916) 73, n. 8; BONFANTE, *op. cit.*, p. 610, n. 1. También Alejandro GUZMÁN en su libro *Caución tutelar en Derecho Romano* (Pamplona 1974) 177, n. 7 considera que existe una itp. en este texto de Africano.

inquisitionem dati a todo tutor, de manera que así no se debería exigir la unanimidad que se requería de los tutores legítimos (10), salvo en el supuesto de actos que pusieran fin a la misma tutela, manteniendo siempre el régimen de *auctoritas* por separado cuando había reparto de administración entre los distintos tutores. Por eso, lo que parece afirmarse en el texto de Africano tendría valor al menos para los *tutores dati*, y Pomponio alude precisamente a ellos : *pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat* (11). Podría suponerse incluso que también Africano hacía una alusión parecida : *<pluribus tutoribus datis > pupillum etiam...*

Siendo tan complejas y tan diversas las interpretaciones que se han hecho sobre los textos mencionados, quizá podría parecer lo más prudente el adherirse a la postura ecléctica de DUARENO, según la cual los juristas romanos mantenían opiniones discordes entre sí sobre este caso particular; de ahí que Pomponio reconozca una mayor autoridad en la opinión de Ofilio (12).

Sin embargo, un análisis detenido de las distintas posiciones nos permite advertir un punto común en todas ellas : el hecho de intentar subsanar la aparente contradicción desde las perspectivas del derecho civil, olvidando el *ius honorarium*, cuya consideración, en cambio, es la que nos permite analizar la cuestión desde un nuevo plano, con relieve.

10) Cfr. *Epit. Ulp.*, 11,26.

11) También *Epit. Ulp.* 11,26 habla de *tutores dati* (que los editores reducen a los *t<estamento> dati* al decir que *vel unius auctoritas sufficit*).

12) Vid. GLÜCK, *op. cit.*, p. 163.

Pomponio no habla propiamente de nulidad civil del acto con *auctoritas* del *tutor non gerens*, sino que lo que hace es advertir al pretor que no debe reconocer en su propia jurisdicción semejante acto : *id ratum a praetore haberi non debet* (13). Habría que distinguir, por tanto, los efectos civiles de los pretorios, y el mismo Pomponio parece admitir los civiles : *etsi... unius auctoritas sufficiat, tamen...* Se trata, pues, de rectificar la validez civil mediante la rescisión pretoria.

Por último, la opinión de Ofilio que cita Pomponio se refiere a la mala fe de un comprador que compra con la *auctoritas* de un tutor que él sabe que no debe darla, o incluso de un tutor removido de la tutela. También en este caso extremo la invalidez de la *auctoritas* era pretoria y no civil, por la razón de que la *remotio suspecti tutoris* era también ella exclusivamente pretoria, como podía ser la interdicción de administrar decretada por el mismo magistrado. Se habla de que el comprador de mala fe no puede adquirir la propiedad (*dominum me non posse fieri*), y, respecto al caso aún más grave del tutor removido, de *ratum haberi* otra vez.

Así, lo que parece indicarse es que el pretor debe impedir los efectos civiles del acto mediante una *restitutio in integrum ob dolum*. Con todo, en determinados casos, incluso los efectos civiles podían no producirse, precisamente por la mala fe que toca a la justa causa de la *traditio* -eventualmente de la *usucapio* (14)-

13) Así lo había visto ya UBBELOHDE, en *Grünhuts Zeitschrift* 4, p. 682, n. 4, cit. por PETERS, en *ZS.* 32 (1911) 232.

14) Respecto de la *usucapio*, Ulp., D. 26,8,4,2 dice que cuando hay mala fe del comprador en lo referente a la validez de la *auctoritas*, la venta es nula

que es el mismo contrato afectado por el dolo del comprador. Por eso, el efecto de la adquisición de la propiedad queda civilmente impedido, sin necesidad de *restitutio in integrum* (15).

En el supuesto de *aditio hereditatis* que plantea Africano, el efecto civil se produce desde luego, pues basta la *auctoritas* de cualquier tutor, pero no se plantea el problema de la posible *restitutio in integrum*, antes bien, el efecto positivo parece favorecido por el mismo pretor. Sin duda, en este caso, la rescisión quedaba inhibida por el mismo pretor, en interés de los acreedores hereditarios.

De este modo, no hay propiamente contradicciones entre el texto de Pomponio, D. 26,8,4 y el de Africano, D. 29,2,49. Se puede observar, una vez más, cómo la aparente antinomia se explica por el juego del *ius civile* y los expedientes pretorios rectificativos de aquél.

(*nullius momenti*), y falta entonces la justa causa de usucapir (*nec usucapere potest*): lo mismo vale respecto de la *traditio*.

15) BESELER, en ZS. 45 (1925) 471 considera que en D. 26,8,4 debe suplirse la expresión *<iure civili>* entre *auctoritas* y *sufficiat* y, en este sentido, aunque no estemos de acuerdo con la necesidad de suplir, coincidimos en su interpretación del texto. Sin embargo, el autor opina que la expresión *dominus* se refiere al propietario civil y, por consiguiente, el hecho de negar la adquisición del dominio en el caso del que compra de mala fe está en contradicción con la tajante afirmación que hace Pomponio al comienzo del texto. Lo que no advierte BESELER es que esta aparente incongruencia no existe, ya que en el supuesto de Ofilio se añade un dato nuevo, la *mala fides*, que vicia la *iusta causa*, por lo que la negativa de dominio se produce también *ex iure civili*. Por otra parte, BESELER suprime el verbo *auctorari* y corrige el texto en este sentido. Aunque el verbo *auctorari* aparezca solamente en dos ocasiones en el *VIR.* significando *interponere auctoritatem*, nos parece que la crítica de BESELER es innecesaria.

La posibilidad de inhibición de la rescisión puede servirnos como punto de apoyo para una consideración general acerca de las auto-regulaciones del propio derecho pretorio. En efecto, si bien es cierto que la función del derecho honorario es completar y limitar el *ius civile*, no lo es menos que también cumple una función rectificativa de su propio orden rectificativo del *ius civile* a través de expedientes de la jurisdicción pretoria, por la vía negativa de la posible inhibición de sus propios recursos como medio de protección de una posición justa, de un derecho amparado en el *ius civile*.

Un ejemplo claro de auto-regulación lo tenemos en el juego de las *exceptiones* y correspondientes *replicationes*, que pueden neutralizar el hecho alegado tanto por el demandante como por el demandado. Así la *exceptio iusti dominii* puede ser paralizada por una *replicatio rei venditae et traditae*, también concedida por el pretor, y ésta, a su vez, neutralizada por una *triplicatio doli*.

De este modo, el *ius praetorium* no consiste solamente en los expedientes rectificativos del *ius civile*, sino también en la misma inhibición pretoria de tales expedientes. En este sentido debe explicarse lo que leemos en el Pap. Ant. 22 : *Qu(od) si, sciens eu(m) pup(illum), e(ger)it s(ine) t(utore) a(uctore), repel<l>et(ur) iure pr(aeto)rio* ⁽¹⁶⁾.

16) Se trata de la transcripción que ofrece GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revisión de Pap. Ant. 22*, en *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro d'Ors* (Pamplona 1987) 557-577.