

**NOMINA HEREDITARIA
IPSO IURE DIVISA SUNT INDIVISA
PIGNORIS CAUSA
Confluencia de dos *regulae iuris* en D.20,4,19**

por Encarnació RICART

(Universitat Rovira i Virgili, Tarragona)

1.- Planteamiento

A través del *responsum* del jurista Cervidio Escévola comentaré alguna de las cuestiones que se suscitan cuando diversos herederos deben asumir una deuda cuyo cumplimiento está garantizado con garantía real, en nuestro caso hipoteca. El régimen de división *ipso iure* de deudas y créditos es incompatible con el régimen de indivisión del *pignus*; ambos regímenes están contenidos en las *regulae iuris* citadas en la rúbrica de este trabajo.

1.1.- *Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*

En caso de pluralidad de herederos, los *nomina*¹ de la herencia, es decir, créditos y deudas, se dividen *ipso iure* entre los coherederos, en proporción a su cuota de participación en la herencia. El origen de este régimen es atribuido por las fuentes a

¹ *Nomen* en las fuentes jurídicas, y referido a elementos patrimoniales de la masa hereditaria, se refiere a relaciones jurídicas protegidas por *actiones in personam*, y en muchas ocasiones lo encontramos opuesto a *singularum rerum dominium*, o a *quod in corpore constat*, o a *corpora hereditaria*. KASER alude a la etimología de *nomen* en *Das römische Privatrecht* I, §129 p.544 y n. 10, Munich (1971). Vid. también THILOR. M. en *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, p. 306 y ss., Göttinga (1980), quien sostiene que el *nomen* del ciudadano concreto, que individualizaba cada uno de los asientos del “libro” del *pater familias*, puede estar en el origen de la utilización del término en el ámbito hereditario.

las XII Tablas², aunque ello ha sido objeto de debate entre la romanística. No es el objeto de este trabajo, pero hay que dejar constancia de que el origen del régimen de división *ipso iure* de los *nomina* entre los coherederos está íntimamente conectado con el origen de la propia *actio familiae erciscundae*. Algunos textos predicán que esta acción sólo se refiere a *res hereditariae*, excluidos créditos y deudas³, pero otros parece que van en la dirección opuesta.

El fundamento del régimen de división *ipso iure* también está sometido a debate; adviértase que con su aplicación, el acreedor del causante pasa a tener distintos deudores, de los que hay que suponer comportamientos variados, y frente a los que el acreedor deberá seguir estrategias distintas. Tampoco esta cuestión puede abordarse aquí, pero hay que señalar ya que la alternativa de la transmisión a los coherederos de las deudas divididas, es la extinción de las deudas (como ocurre en la sucesión *inter vivos* por *adrogatio* o *conventio in manu*⁴), no la solidaridad entre los coherederos.

² Explícitamente puede encontrarse en los siguientes textos: D.10,2,25,9 y 13, ambos del jurista Paulo 1.23 *ad edictum*; C.3,36,6 Gordiano (año 234 o 244), C.8,31(32),1 Valeriano y Galieno (año 257); C.2,36,26 Diocleciano y Maximiano (año 294), y C.4,16,7 de los mismos emperadores (año 300 o 305); para referirse a ello, aunque no explícitamente, sino utilizando la expresión *lex antiqua* puede encontrarse C.8,35(36),1 de Antonino Caracalla (212).

³ El problema tiene una conexión más profunda, que se concreta en la dificultad de admitir o no, en la época arcaica, una transmisión *mortis causa* de responsabilidad por deudas.

⁴ Vid. Gayo Inst. 3,84 en donde queda patente la extinción, aunque matizada por la posibilidad de la *actio utilis* planteada por los acreedores contra el que adquiere la potestad o la *manus*, o la concesión pretoria de la *venditio bonorum* a los acreedores: ... *tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitae deminutione, et si aversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit*; también en Gayo Inst. 4,38 y como planteamiento pedagógico para la comprensión de las acciones ficticias: *Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitae deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

Los estudiosos que han dedicado trabajos monográficos sobre el tema, han convenido paulatinamente en aspectos importantes, pero quedan todavía zonas en las que continuar reflexionando. El trabajo de Korosec de 1927 es un hito fundamental en la cuestión; dio lugar a numerosas recensiones, en general críticas, pero es un punto de inflexión ineludible⁵. Kaser afirma con Korosec la dificultad de determinar el origen de la transmisibilidad de la responsabilidad, y aporta una reflexión comparativa de distintas situaciones en las que se pone en marcha el expediente sucesorio; distingue la titularidad sobre *res* que puede ser ejercitada *iure dominii* por todos los coherederos, y la titularidad sobre relaciones jurídicas que interesan dinero, titularidad más dúctil y apropiada a la división automática. Voci (1967) aporta la idea de que la división *ipso iure* entre coherederos, de deudas y créditos del causante, sin solidaridad entre ellos, fue una elección del legislador fundada en la idea de que el *consortium* debía afectar sólo a los herederos, no a terceros.

⁵ KOROSSEC, *Die Erbenhaftung nach römischen Recht*, Leipzig (1927); SIBER H., *Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden* en *Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae comparativae*, vol 1, Berlin, Paris, Londres (1928); BONFANTE P., *La transmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell'antico Diritto Romano*, AG 100 (1928); MONIER R., Rec. A la monografía de KOROSSEC en RH (1929) p.345 a 355; RABEL E., rec. A la monografía de KOROSSEC en SZ 49 (1929) p.580 a 585; id. *Die Erbrechtsstheorie Bonfantes SZ 50 (1930)*, republicado en *Gesammelte Aufsätze IV*, Tübingen (1971) p.409 ss.; KRELLER H., rec. a la misma monografía en GNOMON 7 (1931)p.375 a 379; PRINGSHEIM F., *Die archaische Tendenz Justinians*, en *Studi Bonfante*, Milan (1930) p.565 y ss; BERGER A. voz *Tabulae Doudecim* en RE vol. IV A2 (1932); id. *Vi sono nei Digesti citazioni interpolate della legge delle dodici Tavole?* En *Studi S.Riccobono*, vol. 1 p.585 y ss, Palermo (1936); VON LUBTOW U., *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundalgen des römischen Erbrechts* en *Studi de Francisci 1*, Milan (1956); ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico*, *Annali Palermo XX* (1949) p.127 ss; KASER M., *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Gotinga (1949); id., *Die altrömische Erbenhaftung*, AHDO-RIDA (1952) p.507 a 544; COLI U., *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, IURA VII (1956) p.34 y ss; VOCI P., *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milan (1967) p.733 y ss, y vol II p. 46 y ss; VARELA MATEOS E., *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en la época arcaica*, en *Estudios Alvarez Suarez*, Madrid (1978) p.535 y ss; entre los trabajos anteriores a la monografía de KOROSSEC cabe destacar BONFANTE P., *La "Successio in universum ius" e l'"universitas"*, Milan (1905), recogido también en *Scritti Giuridici varii I, Famiglia e Successione* p.290 a 298; BERGER A., *Die Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar (1912).

La expresión *ipso iure* del enunciado de la *regula*⁶ hace referencia a la automaticidad con que opera; es por ello que los coherederos, como consecuencia inmediata a la adquisición, asumen la titularidad activa o pasiva de créditos y deudas, en proporción a sus cuotas, *sive nolint sive velint*. Aun así, el acrecimiento, que tiene como presupuesto la vacancia de cuotas, y que se rige por la máxima *portio portioni ad crescit non personae* (de D.7,1,33,1 Papiniano 1.17 *quaest.* aunque no literalmente), interpela frontalmente la división *ipso iure*.

Tanto la división de créditos y deudas como el acrecimiento, actúan independientemente de la voluntad del causante, e independientemente de la voluntad del heredero⁷, con la diferencia que la división *ipso iure* de créditos y deudas afecta a los coherederos, y el acrecimiento afecta a la cuota hereditaria⁸.

La expresión *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt* indica la división proporcional y automática de créditos y deudas, como efecto inmediato de la adquisición de la herencia, y es indicativa también de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* de cada coheredero, sólo en la porción de deuda o crédito correspondiente.

1.2 *Indivisa pignoris causa*

Indivisa pignoris causa, es una secuencia de carácter técnico, lacónica, que aísla, de manera “normativo-descriptiva” el régimen

⁶ En la tecnicidad y abstracción del término *nomen* y de la expresión *ipso iure* han basado algunos autores la improbabilidad del origen decenviral de la *regula*; vid. p.ejemplo BERGER A., *op.cit.* (1936) p.608 a 614; KASER M., *op.cit.* (1952) p.542.

⁷ El acrecimiento actúa *etiam ignorante et invito testatore*; sobre el acrecimiento vid. VACCARO DELOGUOR., *L'accrescimento en el diritto ereditario romano*, Milan (1941), y la interesante rec. de GUARINO A. en SD 2 (1943); ROBBE, *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione nel diritto romano classico* (1953); ZIMMERMANN R., “*Coniunctio verbis tantum*”, SZ 101 (1984) p.234 y ss.

⁸ El régimen del acrecimiento quedó sensiblemente modificado a raíz de las limitaciones o prohibiciones de suceder para los previstos en las leyes matrimoniales de Octavio Augusto, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (17 aC) y *Lex Papia Popaea* (9 dC): las cuotas vacantes por falta de *capacitas* del instituido como heredero o beneficiario como legatario, no seguían el régimen ordinario del acrecimiento, sino que podían ser “reivindicadas” (*ius caduca vindicandi*) por los herederos o legatarios que gozaban del *ius patrum*.

que se aplica en los casos de división de la titularidad del objeto pignorado, y que comporta que a los efectos del *pignus*, y mientras no se extinga, la titularidad sobre el objeto permanezca indivisa.

Aunque la aplicación del régimen de indivisibilidad de la prenda es indiscutido en los textos, sólo en un conocido texto de Papiniano puede encontrarse la mención explícita a la *regula iuris*⁹; D.21,2,65 Papiniano l.8 *quaestionum*.

Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiae erciscundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? Cum coheredis neglegentia damnosa non debet esse alteri

Beseler, Schulz, Guarenieri Citati y otros romanistas¹⁰ han tachado el texto de interpolado al destacar, entre otras cuestiones, que indivisa pignoris causa no es la respuesta coherente a la pregunta del texto "*quaerebatur an uterque heredeum conveniri possit?*" Para estos autores, la respuesta hubiera debido plantearse en otros términos al ser negativa¹¹. Mas recientemente, autores como Nardi o Wacke han defendido la autenticidad de la expresión transmitida en el Digesto, basándose sobre todo en que es el directo fundamento de la cuestión planteada sobre la evicción.

⁹ Sobre *regulae iuris* vid. STEIN P., *Regulae Iuris*, Cambridge (1966), y SCHMIDLIN, *Die römische Rechtsregeln, Versuch eine Typologie*, Zurich (1970).

¹⁰ Vid *Index Interpolationum*; los fragmentos de toda la rúbrica *de evictionibus et duplae stipulatione*, D.21,2 son objeto de sospecha interpolacionística.

¹¹ ANKUM H., *Pap. D.21,2,65: The legal Position of two heirs who sold a Thing mortgaged by the deceased*, publicado en el Vol.X de *Historia del Derecho privado*; Trabajos en Homenaje a Ferran Valls i Taberner, Barcelona (1989) p.2785 a 2812, destaca esta cuestión. El profesor de Amsterdam, citando a BESELER, *Beiträge IV*, destaca que en el texto, desde *idque* hasta *causam* es probablemente una glosa a *dixi posse*, y que en todo caso *indivisa pignoris causa* es el fundamento de *rem creditor evicit* no de *uterque heres propter evictionem conveniri potest. Idque causam*. Sobre *pignus* en Derecho Romano, es fundamental KASER M., *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli (1982), obra que recoge dos estudios sobre la materia publicados en *Tijdschrift* 44 (1976) y *SDHI* 45 (1979).

Ankum trabaja el texto apoyándose en un ejemplo: los herederos, por ejemplo dos hermanos, H1 y H2, venden el fundo pignorado a B, y, le garantizan, por medio de estipulación¹², la responsabilidad por evicción según su parte en la herencia¹³, pro parte sua¹⁴; H1 paga al acreedor pignoraticio, C, 5.000, ya que la deuda garantizada es, en el ejemplo del profesor de Amsterdam, de 10.000; el acreedor pignoraticio, al no poder cobrar el resto de la deuda, interpone la *actio Serviana (in rem)* contra B; en trámite de *litis aestimatio* el acreedor pignoraticio puede valorar el fundo, p.ej. en 12.000, lo que evidentemente no interesa al comprador, a quien resultará más ventajoso pagar las 5.000 adeudadas, y reclamarlas después a los herederos vendedores mediante *actio ex stipulatu*, con la particularidad de que interpondrá una reclamación única contra ambos herederos por el *quantum id erit quod ita evictum erit*. Así se entiende en toda su plenitud la quaestio de Papiniano: *an uterque heredum conveniri possit*, y es en esta contextualización que el argumento del jurista Papiniano *indivisa pignoris causa*, fundamenta coherentemente su respuesta.¹⁵ No debe olvidarse que el texto fue colocado por la comisión compilatoria en sede de *evictionibus et duplae stipulationibus* por lo que el problema que preocupaba y en el que la comisión fijó su atención, fue el alcance de la promesa estipulatoria por evicción.

¹² ANKUM H., *op.cit.*, pag.2791 destaca que la garantía de evicción por medio de *stipulatio* no necesariamente ha de ser del doble del valor.

¹³ ANKUM H., *op.cit.*, nota 22, y WACKE A., *Ungeteilte Pfandhaftung*, en INDEX 3 (1972) p.454-502 que cita al respecto D.10,2,25 14, y 13, recordando que era frecuente que los coherederos garantizaran el cumplimiento de obligaciones personales del causante, mediante estipulación.

¹⁴ ANKUM, *op.cit.*, p.2793 y n.31 cita la glosa de Accursio a la expresión *pro parte: pignus dicitur liberari pro parte non quia pars tantum tenetur, insolidum enim tenetur, sed quia pro parte debiti, quae soluta est, pignus non tenetur, sed pro parte alia non soluta tenetur insolidum*.

¹⁵ El profesor Hans ANKUM plantea su espléndido análisis del texto mediante una división interna del mismo que le permite focalizar la atención en los múltiples aspectos que el texto aborda; primera parte, a) desde *rem hereditariam* hasta *conveniri possit* es la parte del texto en la que Papiniano plantea la *quaestio*; b) desde *idque a causam*, exclusivamente la secuencia que recoge la expresión *indivisa pignoris causa*, que resume la respuesta a la *quaestio* planteada; c) desde *nec* hasta *proponerentur*, apartado en el que se excluye la excepción de dolo como instrumento de resarcimiento del coheredero cumplidor; d) desde *sed* hasta *alteri*, apartado en el que el jurista plantea la *actio familiae erciscundae* útil como forma de resarcimiento.

El ejemplo del profesor Ankum es muy ilustrativo de la situación, aunque tal vez explicaría mejor las secuencias *pro partibus hereditariis* y *pro parte sua*, si se propone que los coherederos lo son en partes desiguales, H1 y H2 ; emerge así de manera más evidente que la aplicación del régimen de indivisibilidad puede crear situaciones de desprotección; de esta manera, y siguiendo con el ejemplo de Ankum, H2 habría pagado tres partes de la deuda básica, es decir, 7.500, y sería demandado por 2.500, es decir, una deuda mucho menor que la que había afrontado correctamente. En el caso inverso, H1 habría pagado su parte, 2.500, y sería demandado por una cantidad muy superior a la que le correspondía, incluso del total valor de su cuota.

En esta interpretación, la *exceptio doli*, cuya adecuación el jurista rechaza: *nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem...* cobra todo su sentido; H1 p.ej., que ha pagado la cuarta parte de la deuda, a causa de la indivisibilidad de la prenda no puede quedar al margen del proceso, y tampoco puede plantear contra el comprador *exceptio doli* reclamándole la transmisión de la acción por la parte de su coheredero: *actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur*, porque esta acción individualizada no ha existido nunca. El comprador no hace más que ejercer su derecho de acuerdo con el régimen jurídico aplicable: los vendedores son responsables *in solidum* frente al comprador, ya que han asumido la responsabilidad por evicción *pro parte sua*, pero ello no ha tenido la virtualidad de dividir lo que estaba sometido a régimen de indivisión, que no otra cosa quiere decir la secuencia *quia non duo rei facti proponerentur*¹⁶. Dicho de otra manera, la responsabilidad por evicción asumida por los coherederos es indivisible porque el gravamen que pesaba sobre la cosa era también indivisible y la liberación del gravamen no ha modificado el régimen por el que en su momento se prometió por estipulación. Un texto en sede *de verborum significatione*,

¹⁶ ANKUM, *op.cit.*, p.2790 se suma a las propuestas que ven en esta secuencia una clara referencia de Papiniano a la incorrección de considerar que los coherederos se han convertido por la fuerza de los hechos en deudores correales; sobre la superación de la divergencia entre la expresión deudas correales o deudas solidarias para referirse a una realidad única, vid. MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, Madrid (1992) p. 265 en tema de clasificación de las obligaciones por razón de los sujetos.

D.45,1,139 Venuleyo 1.6 *stipulationum*¹⁷, aporta el razonamiento necesario par entender la secuencia subrayada:

Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est. Sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit

Venuleyo plasma en el texto la clara distinción entre la postura de las partes en el proceso y la división pro parte de la prestación; en el proceso debe haberse demandado a todos los coherederos y todos deben constituir validamente la relación jurídico-procesal como parte demandada; la prestación con la que deberán compensar al comprador-demandante podrán afrontarla *pro parte hereditaria*.

El problema es que el coheredero cumplidor no tiene acción de regreso contra el otro coheredero, ya que en la época clásica, el procedimiento formulario no tenía prevista protección para esta situación¹⁸. A partir de aquí el texto manifiesta evidentes huellas de intervención. En primer lugar, por su controvertido contenido: el regreso de un coheredero frente a otro a través de la *actio familiae erciscundae*? No es propio de la época de Papiniano¹⁹, y en cambio sí lo es de la evolución posterior²⁰; así resulta llamativo que el jurista manifieste que la *actio familiae erciscundae* es el medio correcto para que un coheredero pueda exigir el resarcimiento de lo que ha debido pagar por el otro. El jurista intercala en la secuencia el término útil, que puede llevar al lector a pensar que el jurista se refiere a conceder la *actio familiae erciscundae* con carácter de útil precisamente para conseguir una finalidad para la que no está prevista, pues por medio de esta acción el árbitro sólo puede dividir

¹⁷ La mención a la *stipulatio duplae* permite sospechar modificaciones en relación al texto originario.

¹⁸ Con Justiniano, también hubiera cabido la *actio praescriptis verbis* para esta finalidad.

¹⁹ Vid también en ANKUM, *op.cit.*, n.58 y n.65.

²⁰ Una extensión de la función del *arbiter* de la *actio familiae erciscundae* puede encontrarse en dos textos del jurista Cervidio Escévola en D.20,5,11 y 14.

y asignar, pero no puede intervenir sobre *nomina*. Ankum con acierto destaca la glosa acursiana al término útil: *id est efficax*.

De ahí que pensemos que efectivamente el texto hubo de ser remodelado en la época posclásica, o ya en la misma comisión compilatoria. La *actio familiae erciscundae* clásica no admite deudas y créditos, en primer lugar porque se entiende que ya están divididos, y en segundo lugar porque es una acción que pretende la *adiudicatio* del *arbiter*, a partir de la que los coherederos pasaran a tener la titularidad del dominio, de manera individual, de aquello que les haya sido adjudicado, y sólo en algunos casos deberán compensarse entre ellos deudas *ex communione*. En su evolución posclásica y justiniana, la acción de división de herencia, al igual que la *actio communi dividundo* o la *actio finium regundorum*, tienen una estructura menos rígida, y las respectivas pretensiones pueden sobrepasar los límites de la pura división.

Sobre el último párrafo del texto, desde *nam* hasta *alteri*, además de todas las sospechas de interpolación que ha suscitado²¹ puede decirse que tiene una finalidad explicativa, de la que un jurista lacónico como Papiniano hubiera podido prescindir, ya que simplemente fundamenta las opiniones vertidas antes sobre el tema, pero no aporta ninguna idea procesal nueva sobre la *quaestio* planteada. Aun así hay que destacar que el jurista insiste en que a los efectos del *pignus* es irrelevante que un coheredero asuma la totalidad de la deuda garantizada o que la asuman los dos coherederos en proporción a su cuota, por tanto aplicación del principio *indivisa pignoris causa*; en cambio, el jurista afirma que debe buscarse una fórmula para proteger al heredero cumplidor frente al heredero negligente. Este último párrafo, al menos en parte, parece añadido o modificado en relación con el texto primigenio; destaca también el hecho de que el jurista busca argumento de apoyo a una decisión a todas luces no clásica como es la de ampliar el ámbito de la *actio familiae erciscundae*. Por todo ello, desde *sed familiae erciscundae* hasta el final del texto ha sido tachado justificadamente como producto de interpolación.

Con todo, la frase *indivisa pignoris causa* es propia del jurista Papiniano, pues es la que informa toda la *quaestio* planteada, y se

²¹ Vid. *Index Interpolationum*; BESELER y GUARNERI CITATI consideran espúrea toda la secuencia.

ajusta, en esencia, al régimen del *pignus*²². El jurista se había propuesto destacar en esta *quaestio* la vinculación entre responsabilidad por evicción y naturaleza de la carga o gravamen sobre la cosa; de la misma manera que si un tercero hubiera obtenido el reconocimiento de la titularidad sobre una servidumbre de paso, el comprador hubiera debido interponer demanda de responsabilidad por evicción contra ambos coherederos, y cualquiera de los dos hubiera debido indemnizar. Otra cosa es el instrumento procesal por el que el coheredero perjudicado hubiera podido reclamar con una acción de regreso; ese instrumento no existía en la época clásica, pero sí que lo pudo desarrollar el derecho posclásico o justiniano con un procedimiento mucho más abierto.

Sobre la indivisibilidad del *pignus* Frezza, en 1963, dice “*Il carattere di indivisibilità del rapporto pignoratizio viene espresso con la formula: “indivisa pignoris causa”; e questa formula significa che “la divisione o la soluzione parziale del credito garantito non porta come conseguenza la divisione (del contenuto) del rapporto pignoratizio.*”²³

El régimen romano de indivisibilidad del *pignus*²⁴ se ha transmitido a muchos de los ordenamientos jurídicos de influencia romana; en ello se apoyaban estudiosos para afirmar que la característica de indivisibilidad formaba parte de la esencia del *pignus* pues su función económico-social de garantía, es única; sin embargo, modernamente, se ha superado esta concepción; Wacke, p.ej. (1972) defiende con sólidos argumentos, que en los ordenamientos jurídicos actuales de influencia romana, *romanischen Rechtskreis*, debe proponerse la superación del

²² Pueden consultarse las siguientes constituciones: CI 8,30(31),1 (año 206); CI 8,31(32),1 (año 257); CI 8,31(32),2 (año 294).

²³ FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni*, vol.2 (*le garanzie reali*), Padova (1963).

²⁴ En Derecho Romano la indivisión del *pignus* se aplica desde todas las perspectivas, incluso cuando la *convenio pignoris* de un copropietario es anterior a la división de la cosa común; sobre la cuestión tiene gran interés un texto del jurista Gayo libro *singulari ad formulam hypothecariam*, en D.20,6,7,4, en sede de *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.*

régimen de indivisibilidad²⁵, ya que existen otros supuestos de división de créditos y deudas a los que no se les aplica la rigidez de la indivisibilidad, y sin embargo su funcionamiento es correcto en el tráfico mercantil.

Es indudable la vinculación entre la indivisibilidad de la garantía pignoraticia y el régimen en la sucesión *mortis causa* de créditos y deudas; los ordenamientos que mantienen el régimen romano de división *ipso iure* entre coherederos, deben disponer de manera pormenorizada sobre la sucesión plural en las garantías pignoraticias, mientras que los ordenamientos en que créditos y deudas se adscriben a la masa hereditaria y se afrontan de manera solidaria entre coherederos, no tienen necesidad de disponer sobre la cuestión de manera tan contundente, ya que la frecuencia de situaciones en las que acontece una desintegración subjetiva de los *nomina*, es mucho menor²⁶.

²⁵ WACKE A., *op.cit.*, (1972) y Paulus D.10,2,29: *zur Pfand-Adjudikation im Erbteilungsprozess*, en Festschrift für M.Kaser z.70 Geb., Munich (1976) p.499-532. WACKE conoce bien los regímenes de indivisibilidad de ordenamientos jurídicos europeos, y los analiza individualizadamente, pp. 483 a 487 del trabajo de (1972); el profesor de Colonia inicia este apartado con un recorrido histórico del régimen de indivisibilidad, y cita la glosa *pro parte* a D. 21,2,65 en nota 86a *Pignus dicitur liberari pro parte, non quia pars tantum teneatur, in solidum enim tenetur, sed quia pro parte debiti, quae soluta est, pignus non tenetur, sed pro parte alia non soluta, tenetur in solidum*; cita también la conocida expresión de Dumoulin: *Omnis hypotheca ... est tota in toto, et in qualibet parte* (en nota 184). El Código Civil español, art. 1860, plasma la indivisibilidad de la hipoteca: *La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor...* Más contundentemente, el art. 122 de la Ley Hipotecaria española (1946) plasma la indivisibilidad repitiendo prácticamente la máxima de Dumoulin citada: *la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados ... y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido*". Sólo en un caso la legislación española se ha apartado de la indivisibilidad para dar preferencia a la especialidad; se trata del caso en que varias fincas garantizan el pago de una deuda única (art. 119 Ley Hipotecaria, y art. 216 Reglamento Hipotecario (1947)). En derecho catalán, el art. 10.2 de la Ley 22/1991 de garantías posesorias sobre cosa mueble, declara la indivisibilidad de la garantía: *La garantía és indivisible encara que es divideixin les posicions jurídiques de crèdit i de deute*.

²⁶ El *Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya* (1991), art. 1.2 dispone que los coherederos adquieren el patrimonio hereditario en proporción a sus respectivas cuotas, y en el concepto de patrimonio hereditario hay que entender incluidos los créditos; en cambio para las deudas, se aplica el régimen del Derecho romano: *... Nogensmenys, les obligacions i les càrregues de*

2.- D.20,4,19 Scaevola *l. quinto responsorum*

Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere. Respondi posse videri non iniustum postulare

El *responsum* de Cervidio Escévola expone una cuestión problemática, casuística, como corresponde a este género de literatura jurídica: El jurista plantea el caso de una mujer que entrega a su marido en dote una finca pignorada; la mujer instituye herederos al marido, a los hijos comunes, y a otro; aunque no está explicitado en el texto, es evidente que la mujer fallece, y que el débito garantizado con el gravamen de la finca continua subsistiendo; el acreedor pignoraticio pretende ejecutar su garantía, y entre las diversas alternativas de que dispone (*cum posset heredes convenire idoneos*), decide ejercitar la *actio in rem* derivada del *pignus* (*ad fundum venit*); la pregunta sobre la que se centra el texto es la siguiente: ¿Puede ser obligado el actor a ceder la titularidad de las acciones contra los demás coherederos, si el *iustus possessor* ofreciese el pago correspondiente? La respuesta del jurista es que la exigencia del demandado está ajustada a derecho.

El texto ha interesado a la romanística; Bonfante, p.ej. propuso una interesante *emendatio*, al considerar que el *posse* conjugado de la última frase debe convertirse en un sustantivo declinado: *possessorem*; esta conjetura de Bonfante es perfectamente aceptable desde todos los puntos de vista, y debe ser aceptada sin reservas, aunque no representa una aportación para la comprensión del

l'herència es divideixen en proporció a les respectives quotes sense solidaritat entre els hereus. Por el contrario, el Código Civil español, art.1082 otorga a los acreedores de la herencia la facultad de oponerse a la partición hasta que no se les pague o afiance, y el art. 1084 faculta a los acreedores para que, una vez hecha la partición, puedan exigir el pago a cualquiera de los herederos, permitiéndose al coheredero-demandado “hacer citar y emplazar a los coherederos” para que coadyuven en la defensa de la causa. Resulta ilustrador conocer el debate sobre la cuestión que se suscitó en la comisión preparatoria del Proyecto de Código Civil de 1851, relatado por GARCÍA GOYENA sub. art.932, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Madrid (1852). Puede consultarse la siguiente monografía sobre el régimen del derecho catalán con profusión de referencias sobre la glosa en VAQUER ALOY A., *La comunitat hereditària i les obligacions del causant*, Barcelona (1992).

texto²⁷. Wacke trata este texto sobre todo preocupándose del alcance que debe darse a la expresión *iustus possessor*²⁸.

La comisión compilatoria colocó el *responsum* de Escévola en sede de *qui potiores in pignore, vel hypoteca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt*, y lo cierto es que el texto, aparentemente, no parece tener relación con problemas de rango hipotecario, ya que el nudo problemático central se encuentra en si el poseedor demandado puede o no exigir del actor la cesión de la titularidad de las acciones contra los demás coherederos. Aparentemente el texto plantea la existencia de una sola finca, gravada como garantía de una sola deuda, cuyo titular es un único acreedor; la pluralidad se encuentra sólo en el lado pasivo, el de la deuda, y como consecuencia del expediente sucesorio de la mujer²⁹.

Puede pensarse, como creo que es la hipótesis de que debe partirse, que Escévola, aunque no explícitamente, está planteando un caso en el que el marido es titular de una segunda hipoteca, que le garantizaría el mejor derecho frente a terceros, con exclusión del titular de la primera hipoteca, sobre la dote de su mujer³⁰. Esta hipótesis permite explicar todo el texto, y desvelar su enigma, ya

²⁷ Vid. *Index Interpolationum*

²⁸ WACKE A., *op.cit.*, (1976) p.517 n.80 explicita su opinión sobre la enigmática expresión *iustus possessor*. Wacke cita a MACCORMACK, TRG 1974 (74). Ambos comparan la expresión citada con la utilizada en otros textos *qualiscumque possessor*. El alcance de la expresión *iustus possessor* no llega a entenderse, al menos hasta la época del emperador Decio, en la constitución que citamos *infra*.

²⁹ En la misma rúbrica se encuentran otro texto de Escévola de los *libri responsorum*, el 18; el texto 18 plantea un problema de rango hipotecario entre Lucio Ticio y Mevio: *Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit; quaero, an Titius non tantum sortis et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potioem esse*. En este *responsum* el jurista Escévola pretende evidenciar la construcción de la figura de la pluralidad de hipotecas, y en ella, destacar la posición preminente del primer acreedor pignoraticio.

³⁰ *El pignus* en sentido amplio, es decir prenda e hipoteca, normalmente tiene función de garantía de cumplimiento de una deuda, pero puede también garantizar *aliae causae*, así D.13,7,9,1 Ulpiano l.28 *ad ed*: *Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest, veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fideiubeat*.

que así se entiende que el marido ejerza el *ius offerendi*, se entiende incluso que el marido sea calificado de *iustus possessor*, y se entiende que el marido necesite la cesión de las acciones del titular de la primera hipoteca frente a los otros coherederos, pues con el ejercicio del *ius offerendi* ha extinguido la primera hipoteca, y por tanto no puede más que ejercer una acción de regreso. Se entiende finalmente también que el texto esté colocado en la rúbrica sobre rango hipotecario, elemento interpretativo al que la romanística no le había dado la relevancia necesaria, y que, en este texto, es el determinante³¹.

Se puede reconstruir el *iter* fáctico aquí propuesto:

Primero: la mujer garantiza el pago de una deuda, por ejemplo de 90.000, gravando el predio con hipoteca

Segundo: la mujer entrega la posesión del predio al marido en dote, y le garantiza la entrega de la propiedad y el mejor derecho frente a terceros, gravando el predio con una segunda hipoteca.

Tercero: la mujer instituye herederos en testamento al marido, a un (por ejemplo) hijo común, y a un hijo de matrimonio anterior (también por ejemplo).

Cuarto: La mujer fallece sin haber podido liberar la deuda de 90.000; se pone en marcha el expediente sucesorio, adquiriendo la herencia los instituidos. En el patrimonio hereditario se encuentra el predio gravado, ya que el marido mantenía sólo la posesión; subsiste la deuda de 90.000; por la primacía en este caso del principio *indivisa pignoris causa* frente a *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*, dicha deuda permanece concentrada y unida.

³¹ El emperador Gordiano, mediante una constitución, probablemente un rescripto, recogido en CI 4.16.1 decide sobre una cuestión de gran paralelismo con la planteada por Escévola en el texto que nos ocupa: *Pecuniam, quam tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus eius, coheredibus tuis, pro parte tibi competente petere debes. Sed et res, si quae tibi ob idem debitum obligatae sunt, persequi non prohiberis* (año 241). Obsérvese que el paralelismo se encuentra en el hecho de que se refiera a un coheredero, que a la vez es acreedor de la causante, y cuyo crédito está garantizado hipotecariamente sobre bienes de la masa hereditaria.

Quinto: el acreedor de la primera hipoteca decide ejecutar su derecho sobre la finca, derecho que en este caso se materializa en el ejercicio de la *actio Serviana in rem* (por eso el texto habla de *ad fundum venit*), contra el marido; aunque los deudores son los tres instituidos, el marido es el que está poseyendo la cosa (*iustus possessor*), y por tanto el único contra el que se puede interponer la acción reipersecutoria. En este contexto, el marido ejerce el *ius offerendi* de la totalidad de la deuda.

De acuerdo con la reconstrucción de Lenel, para que el acreedor pignoraticio pueda ejercer la *actio Serviana in rem* deberá estar en disposición de probar que³²: a) acordó con la deudora que el predio garantizaría el pago de la deuda de 90.000 (*S.P. inter Am Am et L. Titium convenisse, ut ea res q.d.a. Ao Ao pignori esset propter pecuniam debitam*); b) que el predio, en su momento, había estado *in bonis* de la deudora (*eamque rem tunc, cum conveniebat in bonis Lucii Titii fuisse*; C) que la deuda no se había pagado ni garantizado de otra manera su pago, y que él mismo no era en absoluto responsable de la subsistencia del débito (*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quo minus solvatur*). La típica fórmula pretoria continua con la cláusula arbitraria: a no ser que la cosa sea restituida según el arbitrio del *iudex* (*nisi ea res arbitrio iudicis restituatur*); y continua: condena al marido a pagar al acreedor pignoraticio la cantidad que corresponda al valor que tendrá la cosa (*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex NmNm AoAo condemna*). Sobre el alcance de la *condemnatio* de la fórmula hipotecaria existe una controversia ya antigua: Bachofen y Rudolf, citados por Lenel, consideran que en esta acción la cláusula de restitución debe tener carácter alternativo, alternancia que permitía al demandado restituir o pagar la deuda, mientras que Lenel mantiene en su propuesta la sola cláusula de las acciones *in rem*. Un conocido texto del jurista Marciano, de su obra *ad formulam hypothecariam*, en D.20,1,16,3 comenta esta cuestión, aunque mezclada con la buena o mala fe del poseedor que deja de poseer, por lo que a nuestros efectos la conclusión no es relevante; sin embargo el jurista Marciano añade un argumento que

³² LENELO., *Edictum Perpetuum*, 3ª edición (1927), §267

probablemente es en el que se basan los autores que sustentan la alternancia de la cláusula: *nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur*. El argumento de Marciano es netamente discutible, ya que la función de la hipoteca está cumplida con la coacción que representa para el deudor o para quien de él trae causa; en otro caso la hipoteca no representaría mas que un agravamiento de los intereses.

Otros textos pueden traerse a colación sobre el tema: en el párrafo 6 del mismo texto, D.20,1,16, Marciano; se plantea aquí si el deudor, una vez condenado a pagar la *litis aestimatio*, continua disponiendo de la alternativa de pagar la deuda:*an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca*; el propio jurista, fundándose sobre todo en la fuerza de la sentencia, entiende que ésta es la que debe imponerse: *Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiae, non probo; semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi...* ; sigue después en el texto una frase totalmente contradictoria, pero que al iniciarse con las palabras *sed humanius est* y estar al final del fragmento y del texto, tiene todos los elementos para ser sospechosa de interpolación. También en D.20,1 en el texto 21 de Ulpiano 73 *ad ed. párrafo 3*, se distingue, a efectos de condena, que el poseedor demandado de la *actio serviana* sea a la vez el deudor o no lo sea; si es el deudor sólo puede ser condenado en el montante de la deuda; si no es el deudor la condena puede ser superior, pero el actor deberá restituir al deudor el *superfluum*: *nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessores etiam pluris, et (Haloandro propone quia) quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione*.

Desde mi punto de vista, los textos refuerzan la hipótesis de Lenel; la cláusula arbitraria de la acción Serviana es la general de todas las acciones *in rem*, y sólo en caso de que el demandado no restituya, y dependiendo de si el demandado es o no el deudor, se podrá agravar más la condena o no.

En nuestro texto, el acreedor de la primera hipoteca debe aceptar la oferta de pago, y con el pago se extinguirá la deuda de 90.000 y también la garantía hipotecaria. La eficacia de la segunda

hipoteca, está subordinada a la extinción de la primera hipoteca. El problema estriba en que el consiguiente *ius succedendi* que tendría el marido como segundo hipotecario que ha ejercido el *ius offerendi*, no podrá materializarse porque la deuda se ha extinguido: la primera deuda se ha extinguido cuando el marido ha ofrecido pagar 90.000 y el acreedor ha debido aceptar este pago; la segunda deuda, que consistía en garantizar al marido su mejor derecho para obtener la transmisión de la propiedad del fundo dotal, se ha extinguido también por haberse disuelto el matrimonio y porque el marido es titular de una cuota indivisa sobre la finca, y nadie puede tener hipoteca sobre cosa propia³³. De hecho el *ius offerendi* del marido a que nos referimos es especial, ya que no tiene la virtualidad de confirmar la segunda hipoteca, pues ésta ha dejado de existir³⁴. Es por todo ello que el marido reclama (*compellendus sit*) del primer acreedor que le transmita las acciones contra los otros coherederos.

Como se ha dicho, esta interpretación del texto de Escévola viene dada sobre todo por tener en cuenta la colocación sistemática del mismo, que sin duda es la perspectiva que permite el enfoque más completo, y cuando hablamos de enfoque completo nos referimos a que esta interpretación da sentido a términos y expresiones que de otra manera permanecen incomprensibles.

En el texto, Escévola califica a algunos herederos como *idoneos* utilizando un término habitual en la jurisprudencia que hace

³³ Ello forma parte de los caracteres esenciales del *pignus*, confirmado en un conocido texto de Ulpiano 1.30 *ad ed.*: *Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest.*

³⁴ El requisito para que tenga lugar el *ius succedendi* es el ejercicio del *ius offerendi* por parte del titular de la segunda hipoteca; ambos forman un binomio inseparable en la concepción juliana de la figura, ya que fué el jurista Salvio Juliano el que desarrolló de manera más intensa la garantía real hipotecaria. Un texto del jurista Africano 1.8 *quaestionum* puede ilustrar sobre la vinculación entre *ius succedendi* y *ius offerendi*: *Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio, deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit; si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, quum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, quum Maevio obligaretur neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. ...* Sobre la cuestión vid. MIQUEL J., *El rango hipotecario en el Derecho romano clasico*, AHDE XXIX (1959) p.240 y ss.

referencia a la solvencia de aquellos a quienes el acreedor se dirige. Implícitamente, el jurista tiene en cuenta la solidaridad que la indivisión de la prenda crea entre los coherederos: *indivisa pignoris causa* prevalece frente a *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt* y por eso hemos de suponer que en el ánimo del jurista se constata que unos herederos son más solventes que otros, y sobre todo, se constata que el jurista quiere destacar expresamente que el acreedor, de entre las diversas alternativas de que dispone, elige la de interponer la acción reipersecutoria.

La expresión *iustus possessor* requiere atención especial; En algún texto puede encontrarse la expresión *iustus possessor* referida a aquel que tiene la acción Publiciana, como p.ej. en un texto de Ulpiano 16 *ad edictum* D.6,2,7,3 en sede de *publiciana in rem actione*³⁵: *Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit; est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem*³⁶ *accepit*. En el caso que nos ocupa el marido no podría tener la acción Publiciana ya que no tenía la propiedad bonitaria, pues su mujer se había reservado el dominio, transmitiéndole solamente la posesión; además el marido no había perdido la posesión; de la glosa de Acursio podemos extraer otra cita tal vez más adecuada al caso que nos ocupa: en la glosa, *iustus possessor* es aquel contra el que el acreedor pignoraticio puede interponer la acción Serviana (o el *interdictum Salvianum*); Acursio cita Gayo l. IX *ad ed. Prov.* D.20,6,2 : *Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor rem vindicet, non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat*: el *possessor* del texto de Gayo es el *iustus possessor* del texto de Escévola que nos ocupa, ya que se refiere en ambos casos a un poseedor no deudor o deudor sólo parcialmente; en el texto de Gayo citado por la glosa, puede plantearse como plausible la misma hipótesis que en el texto que nos ocupa en el sentido de apreciar una segunda hipoteca no explicitada en el texto: el poseedor es a la vez titular de segunda hipoteca; es por ello que,

³⁵ Vid. Handlexicon de HEUMANN y SECKEL sub v. *iustus possessor*. WACKE, en Festschrift Kaser, *op.cit.*, pag. 517 n.80, citando a MACCORMACK, TRG 42 (1974) 74, *opone iustus possessor a qualiscumque possessor*

³⁶ Haloandro propone la *emmendatio ex liberalitate*

frente a la reclamación del primer acreedor, ofrece (*obtulerit*) el pago (en este segundo caso de la *litis aestimatio*), y con el pago, extingue la primera hipoteca, pero debe ser protegido frente al deudor del primer débito, si éste reclama la cosa. Este deudor puede reclamar la cosa, p.ej. mediante la acción Publiciana, ya que podrá probar que, en el ínterin hasta alcanzar el tiempo necesario para usucapir, perdió la posesión civil, posesión que si no hubiera perdido, le habría llevado a adquirir la propiedad.

La glosa cita también otro texto de Paulo 1.5 *responsorum* D.20,6,12,1 interesante al respecto: *Qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscumque possessor offerre vellet; neque enim debet quaeri de iure possessoris, quum ius petitoris removeatur soluto pignore*; el jurista Paulo, de manera teórica y por tanto impropia de un *responsum*, comenta que la oferta de pago hecha por el poseedor contra el que el acreedor pignoraticio plantea la vindicación de la cosa –se está refiriendo a la *actio pignoratitia in rem* o *actio Serviana*– es causa suficiente de paralización del proceso, puesto que la aceptación del pago ha extinguido la hipoteca por lo que no debe entrarse a valorar la posesión del demandado. Tal vez el calificativo *iustus* con el que Escévola acompaña a *possessor* en el texto que nos ocupa, pretende sólo evitar la apariencia de que el problema se centra en la legitimidad de la posesión.

En el texto de Escévola que nos ocupa, *iustus possessor* sólo puede referirse a la *continuatio* de la posesión del marido, pues el fallecimiento de la mujer no ha comportado cambios en la posesión efectiva, aunque sí haya comportado variación en la causa de la posesión; de alguna manera, para los otros coherederos, desde un punto de vista adquisitivo del dominio, se da un *constitutum possessorium*, ya que el marido ha pasado a poseer el fundo dotal objeto de la herencia, en nombre propio y ajeno; así, los otros coherederos, sin haber tenido nunca contacto con la cosa, pasan a ser considerados también poseedores a efectos adquisitivos. Adviértase que la *actio Serviana in rem* debe interponerse contra cualquiera que esté en posesión del fundo, sea o no el deudor, y en nuestro texto el poseedor es deudor, y por ello es *iustus* en

oposición a *qualiscumque*³⁷ De hecho, un siglo después del jurista Escévola, el emperador Decio declara la necesidad de reclamar al poseedor de la cosa gravada,³⁸: *Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit, nisi intercedat pignus vel hypotheca; tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est* (año 249); puede observarse que el emperador decide aquí sobre *onera hereditaria* (es decir legados, fideicomisos, manumisiones, *vectigal* y tributos³⁹) y para el caso de porciones *caduci*⁴⁰, por lo que la preferencia por el poseedor de la cosa pignorada lo es frente al *Fiscus caesaris*, que es quien debería afrontar las cargas en virtud del principio *caduca cum suo onere fiunt*.

En relación con el término *offerat*, al que ya nos hemos referido antes, debe entenderse en el sentido de que el ofrecimiento del *iustus possessor* lo es de la totalidad de la deuda garantizada; ello se deduce también de la utilización de *offerat*, que en los textos se refiere al ofrecimiento de pago total y liberatorio, en el proceso; entre los textos cabe destacar D.13,7,9,5 Ulpiano l. 28 *ad edictum*, en sede de *pignoratitia actione vel contra*: el deudor, para recuperar la cosa pignorada, debe ofrecer el pago de la cantidad debida, y en este caso está protegido: *Qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam, et quod suma interest, consequi*. En D.21,2,65 ya comentado, Papiniano utiliza el verbo *obfero*, para

³⁷ Recoge glosas muy interesantes la edición del Digesto que recoge la edición del *corpus* de Godofredo y añade glosas y anotaciones de van Leeuwen y Francisci Modii, editada por *Fratum Cramerem Coloniae Munatiana* en MDCCLVI.

³⁸ C.I 4,16,2 (año 249), en sede de *actionibus hereditariis*.

³⁹ Para *vectigal* y tributos como *onera hereditaria*, vid. Ulpiano l.49 *ad Sabinum* D.18,4,2,16.

⁴⁰ En otro caso no tendría sentido hablar del Fisco. Precisamente lo que el emperador pretende es descargar al Fisco del total cumplimiento de las cargas hereditarias impuestas por el testador al instituido que incurre *in causa caduci*, y distribuir estas cargas de manera proporcional entre todos los coherederos: *pro hereditariis partibus*. El emperador exceptua los casos en que el cumplimiento de las cargas está garantizado con garantía real, en cuyo caso, deben ejecutarse las garantías. De esta manera, el emperador Decio deroga el régimen aplicado desde las leyes augusteas, y que dió lugar a la famosa expresión ulpiana: *caduca cum suo onere fiunt*, y que puede encontrarse de manera literal en *Tituli ex Corpore Ulpiani XVII*, y parafraseada en D.31,61,1 Ulpiano l. 18 *ad leg. Iul. et Pap.*, citando a Juliano.

referirse a la oferta cuyo cumplimiento tiene efecto liberatorio, y por tanto extintivo de la hipoteca⁴¹.

Detengamos la atención en *compellendus sit ius nominis cedere*⁴²: toda la secuencia encierra el nudo de la *quaestio* planteada por Escévola; Para responder a esta pregunta, debe plantearse en primer lugar cuál será la forma en que el marido exigirá del actor la trasmisión de las acciones; de acuerdo con la hipótesis que antes hemos planteado para la comprensión del texto, el marido había sido demandado por el acreedor pignoraticio de la primera hipoteca, como poseedor, con la *actio Serviana in rem*; por tanto, cualquier exigencia del *reus* debe canalizarse procesalmente a través de una *exceptio*. Al no haber ninguna *exceptio* específica para el caso, debemos pensar en una *exceptio doli*, por la que el demandado podría reclamar la cesión de las acciones de que disponía el actor, para poder ejercerlas contra sus coherederos y resarcirse de la parte de deuda que había debido cubrir por el ejercicio del *ius offerendi*. Adviértase que la cesión de estas acciones podía representar para el marido la recuperación de 60.000 de las 90.000 que había debido avanzar, por lo que el interés en la cesión es evidente; probablemente el marido, al exigir la cesión de las acciones contra sus coherederos, lo que pretende es disponer de un instrumento de regreso eficaz contra los coherederos; cabe pensar también en el propio *officium iudicis* ejercido por el pretor para obligar al actor, mediante *stipulatio pretoria*, a la cesión de las acciones⁴³, con lo que se salvaría la difícil incardinación de una excepción de dolo contra el acreedor pignoraticio, cuando éste, por el hecho de ceder o no las acciones correspondientes, no obtenía ningún beneficio adicional.

⁴¹ El ejercicio del *ius offerendi* tiene como consecuencia la “confirmación” de la hipoteca del segundo acreedor pignoraticio; Vid MIQUEL J., *op.cit.*, (1959) p.240 ss. ; lo que ocurre es que, en este caso, el crédito del marido contra la mujer, había dejado de tener sentido por falta de causa, pues el matrimonio se había disuelto y el marido debía restituir la dote en las condiciones que correspondiera.

⁴² He consultado glosas a *compellendus sit* y a otros términos del texto en la edición *A cursii Digestum Vetus, ex officina Erasmiana MCMLXIX*.

⁴³ Debo agradecer a los profesores Ankum, Pol, Chorus y Klingenberg, que tras el debate surgido en la sesión de la SIHDA en Rotterdam (septiembre 2001), me hayan hecho reflexionar sobre esta cuestión.

3.- Síntesis

La sucesión mortis causa con pluralidad de sujetos contiene en sí misma dificultades; la concepción romana del heredero como aquel que se coloca en lugar del causante, se asienta con dificultades en una división subjetiva de la titularidad de lo que era el patrimonio hereditario: titularidad que cuando se trata de asunción de deudas y créditos, rompe con el régimen al que se somete la sucesión plural de los otros elementos patrimoniales.

En el caso de deudas garantizadas con pignus, no es exacto decir que quiebra el régimen de la división ipso iure; esta división queda retardada al cumplimiento de la obligación garantizada; es por ello que debe distinguirse una primera fase de indivisión, y una segunda fase de división, segunda fase a la que se refiere de manera nítida el texto que hemos comentado del jurista Escévola.