

ó legados), se hallaba encerrado por el derecho civil en límites precisos. No podía hacer su disposicion sino por testamento, por medio de las fórmulas establecidas, y en la lengua nacional, que era la latina (1). Era preciso ántes de todo que hubiese un heredero instituido, un heredero que él mismo hubiese creado por su ley particular, y que por consiguiente se hallase á sus órdenes. En cuanto al heredero *ab intestato*, que sólo debia su título y sus derechos á la ley general, nada tenía que mandársele. No tenía tampoco ningun precepto que imponer á los legatarios ni á cualquiera otro que no fuese el heredero testamentario. En fin, el círculo de aquellos á quienes podia extender su liberalidad, era limitado. ¿Quería dar á un peregrino, habitante de las provincias romanas, que fuese quizá amigo suyo, su bienhechor ó su cognado, pero que no gozaba de los derechos de ciudad? ¿A una mujer ciudadana con las circunstancias con que la ley VOCONIA prohibia las liberalidades testamentarias en favor suyo? ¿A un proscrito, á quien la ley CORNELIA prohibia dar por testamento (2)? ¿A un póstumo extraño, ó á cualquiera otra persona incierta, como las municipalidades, los colegios, los pobres ó los dioses? No podia. Vinieron despues, desde el imperio de Augusto, las leyes ÆLIA SENTIA, JUNIA NORBANA, JULIA y PAPIA POPPEA, que crearon nuevas y numerosas clases de incapacidades, como los manumitidos dediticios, los manumitidos latinos junianos, los célibes (*caelibes*), y los ciudadanos sin hijos (*orbi*). Nótase que estas últimas leyes, á las que se da demasiada atencion para motivar el uso de los fideicomisos, son muy posteriores á la introduccion de este uso, pues son contemporáneas ó áun posteriores á la sancion de los fideicomisos por la autoridad de Augusto.

En esta situacion, lo que no se podia ordenar se mandaba por ruego ó precativamente, encomendándolo á la buena fe. Se rogaba al heredero por medio de otros actos que no fuesen testamento, á fin de evitar la obligacion de rehacer para una sola disposicion el testamento ya hecho, ó bien porque no hubiese posibilidad para ello; se rogaba por cartas, por palabras, importando poco que fuese en latin ó en griego. Se rogaba al legatario, á todos aquellos á quienes se dirigia algun acto de liberalidad, y áun al heredero

(1) Ulp. Reg. 25. § 9.

(2) Cic. *In Ver.* II. 1. 47.

*ab intestato*. Se instituía á un ciudadano capaz, ó se le legaba, rogándole que restituyese á un incapaz, ya la herencia, ya una parte de ella, ya un objeto particular de la misma. No se dictaban estas disposiciones en términos imperativos, pues no constituían una orden, porque no habia el derecho de darla. No era esto más que un fideicomiso, una cosa cometida sólo á la buena fe de aquel á quien se dirigía. Para ligar más esta buena fe, se hizo prestar juramento á la persona encargada del fideicomiso; se la hizo jurar por Júpiter, por los Lares, por algun dios doméstico ó público, ó por su salud: despues, cuando llegó la época de la adulacion imperial, por la salud ó el genio del príncipe (*per salutem, per genium principis*) (1). Era una obligacion de conciencia ó de religion; pero no era todavía un asunto de derecho.

Sin embargo, ya en tiempo de Ciceron, el uso de los fideicomisos, que hacia largo tiempo que se hallaba introducido, habia obtenido el asentimiento comun. En los consejos de amigos, cuya costumbre era frecuente en Roma, no se desaprobaban sino los fideicomisos contrarios al texto de las leyes (2); los hombres de probidad áun eran de opinion de que estos últimos debian igualmente cumplirse (3); los mismos pretores vituperaban á aquellos que para sustraerse de su cumplimiento se aprovechaban del rigor de las leyes (4). Augusto, en las disposiciones que adoptó, no hizo más que ceder á la opinion general. El texto nos indica bastante los motivos que tuvo: su resolucion era popular (*quia et populare erat*). Por lo demas, es preciso no creer que el derecho de los fideicomisos se estableciese entónces por un senado-consulto ó por una constitucion. Vemos en el texto que fué una conformacion de autoridad, una intervencion primero especial, para tal ó cual caso más favorable, ordenando el Emperador á los cónsules que interpusiesen su autoridad (5); despues la creacion de un poder excepcional, de una jurisdiccion permanente, pero extraordinaria, de un pretor particular y excepcional para hacer respetar los fideicomisos. Así estos actos no conferian ninguna accion de derecho

(1) Cic. *In Ver.* II. 1. 47.—Plin. *Epp.* x. 67.—Dig. 31. 2.º 77. § 23. 1. Pap.—12. 2. 13. § 6 y 33. 1. Ulp.(2) Cic. *In Ver.* II. 1. 47.(3) Cic. *De finib. bonor.* II. 17. 18.(4) Cic. *In Ver.* II. 1. 47.(5) Vico: *De uno universi juris principio et fine uno*, lib. 1, § CCXX, t. 3, p. 144, edicion de Milan.

civil que debiese ser juzgada segun el procedimiento ordinario de las acciones; sólo resultó de aquí el derecho de dirigirse al pretor fideicomisario que estatua, *extra ordinem* (1).

*Per ipsius salutem rogatus.* Es el juramento de que acabamos de hablar.

*Ob insignem quorundam perfidiam.* Por ejemplo, si un manumitido se niega á restituir á su patrono un fideicomiso, sin embarco del juramento que ha prestado al difunto (2).

*In assiduum jurisdictionem.* La intervencion de la autoridad, al principio especial para tal ó cual negocio, y establecida despues como jurisdiccion *ad hoc*, pero temporal para una sola época del año, y delegada á los magistrados de Roma exclusivamente, fué al fin establecida como jurisdiccion permanente y extendida á las provincias.

Cuando los fideicomisos fueron definitivamente sancionados como capaces de producir un derecho, no se tardó en arreglarlos. Así, segun el senado-consulta PEGASIANO (bajo el imperio de Vespasiano), fueron sometidos, respecto de las instituciones y legados, á las disposiciones de las leyes JULIA y PAPIA POPPEA contra los *caelibes* y los *orbi* (3). Del mismo modo prohibió un senado-consulta del tiempo de Adriano que pudiesen dejarse á los *peregrini*, ni á las personas inciertas, ni á los póstumos extraños (4). Hemos visto tambien á los jurisconsultos discutir si tales ó cuales expresiones serian suficientes para constituir un fideicomiso (5). Mas el principio general se habia siempre conservado; que tuvieron su origen, no del rigor de derecho civil, sino de la voluntad del difunto: «*Non ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*» (6); y por consiguiente, que deben cumplirse más ámpliamente.

II. In primis igitur sciendum est, opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituat, ejusque fidei committatur ut eam hereditatem

2. Es preciso cuidar primero de instituir un heredero directamente en su testamento; despues se confia en su buena fe la restitucion de la

(1) «*Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romae quidem consultum aut pretoris qui fideicommissarius vocatur; in provinciis vero praesidium provinciarum.*» Ulp. Reg. 25. § 12.—Gay. 2. § 278.

(2) Cicer. *In Verr.* II, 1. 47.—Sueton. *Cland.* 23.—Gay. 2. §§ 278 y 279.—Ulp. Reg. 25. § 142.

(3) Gay. 2. § 286.

(4) *Ib.* §§ 285 y 287.—Ulp. Reg. 25. § 13.

(5) Paul. *Sent.* 4. 1. § 6.

(6) Ulp. Reg. 25. § 1.

alii restituat: *alioquin inutile est testamentum*, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAIUS SEIO REDDAS, RESTITUAS. Potes autem quis et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

herencia á otro; porque el testamento en que ninguno es instituido heredero, es *nulo*. Así, cuando un testador ha escrito: QUE LUCIO TICIO SEA MI HEREDERO, podrá añadir: TE RUEGO, LUCIO TICIO, QUE RESTITUYAS ESTA HERENCIA Á GAYO SEYO, DESDE QUE PUEDAS HACER ADICION DE ELLA. Se puede tambien encargar á su heredero que restituya sólo una parte de la herencia; y el fideicomiso puede hacerse, ó puramente, ó bajo condicion, ó por término.

*Alioquin inutile est testamentum*: Nada de institucion de heredero, nada de testamento; lo que no impide que se pueda, como vamos á verlo, § 10, encomendar fideicomisos aún á los herederos *ab intestato*.

Se llama *fideicommittens* aquel que hace el fideicomiso; heredero fiduciario (*fiduciarius*) el que está encargado de restituirlo; y en fin, heredero fideicomisario (*fideicommissarius*), aquel á quien debe restituirse.

III. Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, *nihilominus heres permanet*, is vero qui recipit hereditatem, *aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*.

3. Una vez restituida la herencia, el que ha la restituido *no deja de ser heredero*: en cuanto al que la ha recibido, debe ser *asimilado*, ya á un heredero, ya á un legatario.

*Nihilominus heres permanet*: éste es el principio del derecho civil. No hay heredero continuador de la persona jurídica del difunto, sino aquel á quien se han conferido estas atribuciones, ó por la ley general de las sucesiones *ab intestato*, ó por la particular de un testamento conforme á todas las reglas del derecho civil. Él solo representa la persona del difunto, él solo, bajo el título de tal, tiene las acciones, tanto activas cuanto pasivas, que residían en persona de aquél.

Cuando este principio subsistia, ¿cómo se facilitaban los inconvenientes que podian producir sus consecuencias? Porque suponemos que, en virtud de un fideicomiso, la herencia haya sido restituida en su totalidad ó en parte de ella: á pesar de esta restitucion, el fiduciario no deja de ser heredero; sólo él puede perseguir á los deudores, sólo él puede ser perseguido por los acreedores; ¿cómo, pues, se conseguirá que el fideicomisario sufra la parte que le corresponda de las deudas hereditarias, y se aprove-

che en la misma forma de los créditos? Se consigue esto por medio de transacciones, de estipulaciones entre él y el heredero. En efecto, se recurría á la ficción de una venta. El heredero hacía al fideicomisario la venta ficticia de la herencia con una sola moneda (*nummo uno*); y entónces ocurrían entre ellos las estipulaciones que acostumbraban hacerse entre el vendedor y el comprador de una herencia. El heredero recibía la promesa de aquel á quien restituía la herencia, de que le indemnizaría de todo aquello que se viese obligado á pagar, y que lo defendería en cualquiera persecucion que experimentase en calidad de heredero. Y aquel á quien se hacía la restitucion, recibía á su vez la promesa del heredero, de que éste le restituiría cuanto percibiese en calidad de heredero, y aún que le permitiría reclamar, como procurador, los créditos hereditarios. Estas estipulaciones, cuyo tenor casi nos ha conservado Gayo (1), se llamaban *emptæ et venditæ hereditatis stipulationes*. Se verificaban, ya se tratase de restituir toda la herencia, ó ya sólo una parte, y por la parte de la herencia que se juzgaba vendida; porque entónces aquel á quien se hacía la restitucion no obtenía representacion ni de heredero ni de legatario, sino sólo de comprador: « *Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii; sed potius emptoris* » (2).

*Aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*: ésta es la modificacion hecha en el derecho civil. El fideicomisario, segun los principios civiles, no es ni heredero ni legatario; pero por consideracion se llegó á darle el lugar de tal (*loco habebatur*): ya de heredero, cuando se aplicaba al senado-consulta Trebeliano; ya de legatario, cuando se aplicaba el senado-consulta Pegasiano. Se trata de exponer lo que eran estos senado-consultos, y en qué caso tenía lugar la aplicacion de uno y de otro.

IV. (Et Neronis quidem) temporibus, Trebellio Maximo et Annæo 4. En tiempo de Neron, y en el consulado de Trebelio Máximo y

(1) « Tum enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno hereditatem dicis causa venire; et quæ stipulationes (*inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponerentur*) inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur; ab eo cui restituebatur hereditas ut quicquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnisset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi. » Gay. 2. § 252.— V. tambien Gay. 3. § 85.

(2) Gay. 2. § 252.

Seneca consulibus, senatus-consultum factum est: quo cautum est ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit (omnes) actiones quæ jure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur cui ex fideicommissis restituta sit hereditas. Post quod senatus-consultum prætor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cepit.

Anneo Séneca, se expidió un senado-consulta, estableciendo que si la herencia hubiese de ser restituida por fideicomiso, todas las acciones que existiesen segun el derecho civil en favor del heredero y contra éste, pasarian al fideicomisario y se darian contra él. Despues de este senado-consulta dió el pretor acciones útiles al fideicomisario y contra él, como las habia dado al heredero y contra el heredero.

Así, segun el senado-consulta Trebeliano (de 815 de Roma, y 62 de J. C.), cuyas propias palabras nos ha conservado un fragmento de Ulpiano (1), se ve al fideicomisario que obtiene lugar de heredero, se ven aquellos principios que indicaban en otro tiempo tanto celo en la continuacion de la persona jurídica del ciudadano, disiparse completamente. Un simple fideicomisario, designado sin las formalidades del derecho civil, será considerado como sucesor, como que toma sobre sí la persona del difunto; tendrá por su parte las acciones del difunto contra los deudores, y los acreedores las tendrán contra él. Sin embargo, estas acciones sólo se darán en favor ó en contra de él como acciones útiles por el ministerio del pretor, y conforme á las disposiciones del *edictio* (*æque in edicto proponuntur*); porque no lo son en virtud del derecho civil (2), sino sólo por utilidad, suponiendo en el fideicomisario una cualidad que no tiene. Los acreedores de la herencia podrán siempre en todo rigor perseguir por acciones directas al heredero instituido; porque este solo es el verdadero heredero, el heredero del derecho civil; más éste, para defenderse de ellos, tendrá una excepcion (*restitutæ hereditatis exceptio*); ha restituido la herencia. Y si por su parte el heredero civil pretendía, usando del derecho rigoroso, proceder contra los deudores por las acciones directas, aún más allá de la parte que le ha quedado, era á su vez rechazado por una excepcion (3).

V. Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel

5. Mas como los herederos inscriptos, rogados de restituir toda ó casi toda la herencia, se negaban á hacer adición de ella por un benefi-

(1) Dig. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp.—Gay. 2. § 253.

(2) Gay. ib.

(3) Dig. 36. 1. 1. § 4. f. Ulp., y 27. § 7. f. Julian.

minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegasio (1) et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatus-consultum, ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem qui ex fideicommissum recepit partem hereditatis, legatarii partiarum loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati *partitio* vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum qui ex fideicommissum recepit hereditatem et heredem: id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

El senado-consulta TREBELIANO ponía al fideicomisario en lugar de un heredero (*loco heredis*); le atribuía las acciones activas y pasivas en el todo ó en parte, según que la herencia le hubiese sido restituida en su totalidad ó sólo en parte. Pero en el caso en que el heredero instituido hubiese sido encargado de restituir toda la herencia, ó bien una parte tal que no le dejase más que un pequeñísimo beneficio, ¿qué interés tenía en hacer una adición en cierto modo ilusoria? Es verdad que el senado-consulta lo ponía á cubierto del peligro de las deudas, y que esto no era más que por medio de excepciones contra los acreedores; pero no le atribuía ningún beneficio. Así sucedía que en esta situación se negaba el heredero á admitir una herencia inútil para él, y que por su negativa caían por tierra el testamento, todas las disposiciones del difunto y el mismo fideicomiso. Tal fué el inconveniente á que puso

(1) Quizá sea el jurisconsulto Pegasio, de que habla Pomponio: Dig. 1. 2. 2. § 47.

ció nulo ó mínimo, y que así se extinguían los fideicomisos, el senado, en tiempo de Vespasiano, siendo cónsules Pegasio y Pusio, decretó que el heredero rogado de restituir la herencia pudiese retener la cuarta parte de la misma, como es permitido hacerlo con los legados en virtud de la ley Falcidia. La misma retención fué concedida en objetos particulares dejados en fideicomiso. Según este senado-consulta, el heredero quedaba sometido á las cargas hereditarias; y en cuanto al fideicomisario que recibía una parte de la herencia, era asimilado á un legatario parciario, es decir, á aquel á quien había sido legada una parte cuota de la herencia. Esta especie de legado se llamaba *partitio*, porque el legatario partía la herencia con el heredero. Así las estipulaciones usadas entre el heredero y el legatario parciario fueron empleadas entónces entre el heredero y el fideicomisario: estipulaciones en que se establecía que los beneficios y las cargas de la herencia serían comunes entre ellos, en proporción á la parte de cada uno.

remedio el senado-consulta PEGASIANO (entre 823 y 829 de Roma, 70 y 76 de J. C.).

Este senado-consulta, que contenía también otras disposiciones importantes (1), concedió al heredero el derecho de retener de los fideicomisos, lo mismo que de los legados, la cuarta de la ley Falcidia. Era extender á este caso la ley Falcidia: era, pues, tratar al fideicomisario como á un legatario; ponerle en cierto modo *loco legatarii*. Así en este caso particular; que se hallaba fuera de lo que preveía el senado-consulta TREBELIANO, sufriendo el fideicomisario la reducción de la cuarta, tratado como un legatario, y no como un heredero, no tenía por su parte las acciones activas y pasivas, ¿cómo, pues, se habían de arreglar sus derechos en este punto? Se continuó la asimilación; era tratado como un legatario, pero como un legatario parciario, pues tenía una parte cuota de la herencia: entre él y el heredero intervinieron, pues, entónces las estipulaciones *partis et pro parte*, de que hemos hablado al tratar de los legados (2).

Esta cuarta, retenida por el heredero en los fideicomisos, no se llamó nunca por los jurisconsultos romanos con otro nombre que el de la cuarta (*quarta*), la Falcidia (*Falcidia*), el beneficio de la ley Falcidia (*commodum beneficium legis Falcidiae*) (3), lo mismo que en los legados. Los comentadores le han dado la denominación de cuarta Trebeliana, que nunca le ha dado el derecho romano, y que tampoco podía corresponderle, pues había dado origen á ella, no el senado-consulta TREBELIANO, sino el senado-consulta PEGASIANO.

En suma, el senado-consulta PEGASIANO no derogaba al que lo había precedido, y cada uno de ellos se aplicaba á circunstancias diferentes. ¿Se trataba del senado-consulta TREBELIANO? Las acciones se dividían de pleno derecho y el fideicomisario estaba *loco*

(1) Así hemos visto más arriba que pone nuevas restricciones á la capacidad de recibir por fideicomiso.

(2) Según nuestro juicio, es un error demasiado general creer que estas estipulaciones, *partis et pro parte*, tuvieron lugar, aun antiguamente, entre el heredero y el fideicomisario. Este último, hasta los senados-consultos, no había sido nunca considerado ni como heredero ni como legatario; no se llegaban á motivar estipulaciones sino simulando una venta total ó parcial de la herencia: sólo intervenían las estipulaciones *emptæ et venditiæ hereditatis* (Gay. § 252). El senado-consulta PEGASIANO puso al fideicomisario *loco legatarii*, y se recurrió á las estipulaciones *partis et pro parte* (Gay. 2. § 254). — Para acabar de convencerse, compárese Gay. 2. § 252 y 254. — Ulp. Reg. 25. § 15. — Paul Sent. 4. 3. § 1.

(3) Dig. 36. 1. 16. § 9. f. Ulp.; 22. §§ f. Ulp.; 23. § 10 f. Julian; 30. pr. f. Marcian.

heredis. ¿Llegaba el caso del senado-consulta PEGASIANO? El fideicomisario estaba *loco legatarii*; las acciones no se dividían; era necesario recurrir á las estipulaciones *partis et pro parte*. ¿Pero en qué caso debía tener lugar la aplicacion del uno? ¿En qué caso la aplicacion del otro? Esto es lo que explica el párrafo siguiente.

VI. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus consulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili; in eum vero qui recipiebat hereditatem, ex senatus-consulto Trebelliano, tamquam in heredem. At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatus-consulto; et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restitueret, emptae et venditae hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus-consulto ut, desiderante eo qui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum qui recipit hereditatem actiones dantur, ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto. Quo casu nullis stipulationibus est opus, quia similis et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur qui recepit hereditatem; utroque senatus-consulto in hac specie concurrente.

La primera parte de este párrafo nos muestra claramente en qué

6. Si, pues, el heredero instituido no hubiese sido rogado de restituir más de los tres cuartos de la herencia, esta restitucion se hacia bajo el imperio del senado-consulta Trebelliano, y las acciones se daban contra cada uno en porcion de su parte, á saber: contra el heredero, segun el derecho civil; y contra el fideicomisario, segun el senado-consulta Trebelliano, como si fuese heredero. Pero si hubiese sido rogado de restituir toda la herencia ó más de los tres cuartos, entónces era el caso del senado-consulta Pegasiano; el heredero, una vez hecha la adición, con tal que hubiese sido voluntaria, se hallaba él mismo sometido á todas las cargas hereditarias, ya hubiese hecho, ó ya no hubiese querido hacer la retencion del cuarto. Sólo en caso de retencion intervenian las estipulaciones *partis et pro parte*, como entre un legatario parciario y el heredero; mientras que en caso de restitucion total eran las estipulaciones *emptae et venditae hereditatis*. Pero si el heredero instituido se niega á hacer adición, alegando que la herencia le parece sospechosa de ser onerosa, establece el senado-consulta Pegasiano, que si aquel á quien se ha encargado restituir lo desea, hará adición por orden del pretor, y restituirá la herencia, dándose entónces las acciones á aquel y contra aquel que reciba la herencia, como bajo el imperio del senado-consulta Trebelliano. En este caso no se necesita ninguna estipulacion, porque hay á un mismo tiempo, por efecto del concurso de los dos senado-consultos, seguridad dada á aquel que restituye, y traslacion de las acciones hereditarias á aquel y contra aquel que recibe la herencia.

caso tendrá lugar la aplicacion del senado-consulta TREBELLIANO, y en cuál otro la del senado-consulta PEGASIANO. Si el heredero no ha sido encargado de restituir más de los tres cuartos (*si quidem non plus quam dodrantem hereditatis*), el senado-consulta PEGASIANO es inaplicable, pues no há lugar á ninguna retencion, y hay que mantenerse en las disposiciones del senado-consulta TREBELLIANO. — Si, por el contrario, ha sido encargado de restituir más de los tres cuartos (*at si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem*), es precisamente el caso para el cual ha sido hecho el senado-consulta PEGASIANO: se está, pues, bajo el imperio de este senado-consulta.

Pero la última parte del texto examina dos circunstancias que pueden presentarse:

1.º Si en esta última hipótesis, aquella en que debe aplicarse el senado-consulta PEGASIANO, el heredero, aunque teniendo el derecho de retener la Falcidia, no hace esta retencion, y restituye voluntariamente la herencia íntegra (*si vero totam hereditatem restitueret*), ¿qué se habrá de decir en cuanto á las acciones? ¿pasarán al fideicomisario? No, porque se encuentra uno bajo el imperio del senado-consulta PEGASIANO. El hecho de que el heredero no ha querido verificar su retencion no puede alterar el derecho: en él y contra él continúan residiendo todas las acciones; á él y al fideicomisario no le queda, pues, otro expediente que el de las antiguas estipulaciones (*emptae et venditae hereditatis*) (1).

2.º Si, siempre en la misma hipótesis, y no obstante la facultad de retener la Falcidia, el heredero instituido por cualesquiera motivos, alegando que cree la herencia sospechosa, onerosa, se niega á hacer adición (*si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), ¿qué se habrá de hacer? ¿Se dejará que caiga por tierra el testamento, y por consecuencia el fideicomiso? Una disposicion especial del senado-consulta PEGASIANO provee de remedio para este caso. El heredero hará adición por orden del pretor (*jussu praetoris adeat*),

(1) Gay. 2. § 257.—Modestino, sin embargo, parecia ser de opinion de que, en este caso, haciendo el heredero voluntariamente restitucion de la totalidad de la herencia, era preciso aplicar el senado-consulta TREBELLIANO, y transferir las acciones en pro ó en contra del fideicomisario. Pero no consideraba esta opinion suya como muy segura, porque aconsejaba inmediatamente otro expediente (*suaserim tamen..... etc.*): el de hacer adición como obligado por orden del pretor (*jussu praetoris*), á fin de hallarse en la segunda disposicion del senado-consulta PEGASIANO. Dig. 36. 1. 45. f. Modest.

restituirá toda la herencia, pero al mismo tiempo serán transferidas por el pretor las acciones de aquel y contra aquel á quien la herencia fuese de este modo restituida, como si estuviese en el caso del senado-consulta TREBELIANO (*perinde..... ac juris est ex Trebelliano senatus-consulta*) (1).

VII. Sed qui stipulationes ex senatus-consulta Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus *captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat*, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet: ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus-consulta, placuit, exploso senatus-consulta Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulta præstare, ut ex eo fideicommissaria hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat et vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere *vel repetere solutum*, quasi ex Trebelliano senatus-consulta pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competant. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatus-consulta fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones; et hoc transponimus ad senatus-consultum

7. Las estipulaciones á que daba lugar el senado-consulta Pegasiano habian desagradado aún á los antiguos; un hombre de genio elevado, Papiniano, *las calificó hasta de captiosas en muchos casos*. En cuanto á nos, preferimos en las leyes la simplicidad á la complicacion; por consiguiente, despues de haber considerado las semejanzas y diferencias de estos dos senados-consultos, hemos derogado el senado-consulta Pegasiano, el más reciente, y atribuido al senado-consulta Trebelliano una autoridad exclusiva; de tal modo, que, ya tenga el heredero el cuarto por la voluntad del testador, ya tenga más ó ménos, ó nada absolutamente, restituirá la herencia con arreglo al senado-consulta Trebelliano; y si no tiene nada, ó si tiene ménos de la cuarta, podrá retener ó completar dicha cuarta, ó aún *repetir por ella si la ha pagado*; dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario, en proporcion de la parte de cada uno, como se disponia por el senado-consulta Trebelliano; pero si restituye voluntariamente toda la herencia, pasarán todas las acciones hereditarias al fideicomisario y las que hubiese contra él. Hemos tambien trasladado al senado-consulta Trebelliano esta disposicion, que es la principal del senado-consulta Pegasiano, segun la cual, si el heredero se niega á hacer adición, puede ser obligado á restituir toda la herencia al fideicomisario que la desea, pasando entónces todas las acciones á dicho fideicomisario, y debiendo responder de las que haya en contra de él. Sólo por el senado-consulta Trebe-

(1) Gay. 2. § 258.

Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

liano se impondrá esta obligacion al heredero, si ademas de negarse á hacer adición, desea el fideicomisario que la herencia le sea restituida, no quedando nada al heredero, ni carga ni beneficio.

La disposicion de Justiniano se reduce en suma á haber reunido los dos senado-consultos en uno solo, dejando subsistir únicamente el nombre del primero. Así el heredero tendrá el derecho de retener la cuarta; y la transmision de las acciones al fideicomisario tendrá lugar en todos los casos. Segun esta nueva legislacion, el fideicomisario es siempre considerado como heredero (*loco heredis*).

*Captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat*: Captiosas, porque tanto al heredero cuanto al fideicomisario, hacian correr recíprocamente el peligro de su insolvencia (1).

*Vel repetere solutum*: Es una nueva disposicion de Justiniano, porque el heredero, por el senado-consulta PEGASIANO, una vez que hubiese restituido toda la herencia sin retener la cuarta, no podia ya reclamarla (2).

VIII. Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam partem eam partem, aut partis partem restituere rogatur: nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

8. Poco importa que se trate de un heredero instituido en el todo, encargado de restituir la herencia en todo ó en parte, ó de un heredero instituido en una porcion solamente, encargado de restituir esta porcion en su totalidad ó en parte; porque en este último caso se aplicará lo que hemos dicho acerca de la restitucion de toda la herencia.

IX. Si quis una aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet, veluti fundo vel alia re rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatus-consulta restitutio fiat, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta sive præcepta aliqua re vel pecunia restituitur hereditas, in solidum ex eo senatus-consulta actio-

9. Si el heredero ha sido encargado de traspasar toda la herencia, *reteniendo ó conservando un objeto que equivalga á un cuarto de la herencia*, como un fundo ó cualquiera otra cosa, la restitucion se hará segun el senado-consulta Trebelliano, como si hubiese sido rogado de restituir la herencia, reservándose la cuarta. Pero hay la diferencia en el primer caso, es decir, cuando el heredero se halla autorizado para deducir ó se-

(1) No ha llegado hasta nosotros ningun fragmento de Papiniano que contenga esta calificacion.

(2) Paul. Sent. 4 8. § 4.