INTRODUCCIÓN

Esta investigación trata de la "doctrina de la tripartición de las impensas", en especial en la *reivindicatio*.

La inquietud nace de la revisión del tema en la manualística del Derecho romano. En materia de acción reivindicatoria, ésta suele centrar su estudio en las prestaciones mutuas. Lo anterior, toda vez que, por una parte, lo perseguido era la restitución de la (posesión de la) cosa *cum omni sua causa*; esto es, no sólo la cosa misma o la estimación de su equivalente en dinero, en la época del procedimiento a través de la fórmula; sino que el demandado debía restituir, también, materialmente o la estimación de los frutos y las accesiones. Y, por otra, el propio demandante debía reembolsar al demandado los gastos o impensas. Además, si bien por una acción diversa, el reivindicante podía obtener la indemnización de los daños sufridos por la cosa.

En este contexto, las *impensae* son clasificadas por la literatura manualística como: *necessariae*, cuando están destinadas a la conservación de la cosa; *utiles*, si incrementan su valor; y, *voluptuariae*, si son de mero lujo. Pero, cuando se observan las fuentes jurídicas a las que recurren estos trabajos, si de ellas algo se expresa -pues la mayor parte de las veces no se alude siquiera a la tripartición-, en su mayoría se refieren, no a la *reivindicatio*, sino a la dote.

Es justo poner de relieve que este género de obras de conjunto, de orientación didáctica, no es necesariamente la sede para dicha preocupación por las fuentes ni su exégesis. Sin embargo, en este caso la ausencia de un contraste más preciso con los textos se puede atribuir, al parecer, no sólo a una cuestión de "estilo". Es posible afirmar acaso, que dicha omisión se deba -en realidad-, a la falta de mayores avances de la romanística en el esclarecimiento de este importantísimo tema. Y tal vez aquí el mayor problema, este tratamiento de la tripartición de las impensas, sea una anticipación histórica producida por el reflejo del Derecho civil codificado en la exposición del Derecho romano.

Cuando se recurre a los textos más especializados, el panorama tampoco presenta mayores diferencias. La doctrina más tradicional, especialmente de la mano de los grandes romanistas italianos, sostiene que la tripartición desde la dote -donde encuentra su origen-, se extendió a otras *sedes materiae* alcanzando una aplicación general.

Pero existe también una doctrina minoritaria que defiende la tesis contraria, que no hubo tal extensión de la dote a otras materias, al menos con un carácter sistemático u orgánico. Estos autores sostienen que la jurisprudencia de la época clásica no reconoció ni categorías fijas, ni la clasificación de los gastos que debían ser reembolsados al

poseedor vencido de la *reivindicatio*. Es decir, que si bien la tripartición existe en las fuentes, es propia de otras materias y no encuentra aplicación en la acción de dominio. Esta tesis se encuentra al interior de esta corriente, si bien con importantes matices y posiciones propias.

El panorama propuesto por la doctrina denota, desde la visión de esta investigación, la aplicación arbitraria de ciertas superestructuras conceptuales rígidas, especialmente en la clasificación de las impensas -*necessariae*, *utiles*, *voluptuariae*- a la *reivindicatio*. Vale decir, la exposición del asunto parece, en gran medida, el producto de ciertos preconceptos que generan una "anticipación" histórica, como se dijo.

En suma, la investigación que se desarrolla a continuación sugiere que las fuentes en materia de *reivindicatio* no dan cuenta de una aplicación general (como si de un sistema se tratara) de la tripartición. Pero, es más, en esta investigación se propone que cada una de las partes en esta tripartición, no tiene valor jurídico alguno en la reivindicatoria, sino que se trata de un mero lenguaje contable al servicio de la estimación del asunto litigioso.

En el primer capítulo se revisan algunas cuestiones preliminares, relativas al estudio del término *impensa* y al estado de la cuestión actual de la materia.

Sobre lo primero, la expresión *impensa* ("gasto") carece de un significado o contenido "técnico-jurídico", tanto en la forma como aparece en la acción real, como en la mayoría de los otros casos que se aprecian en las fuentes jurídicas. Lo anterior implica que el término habría sido usado en ellas, en los mismos sentidos materiales que se encuentra en las fuentes literarias a lo largo de las distintas épocas del Derecho romano. Es un concepto que viene del quehacer práctico del ámbito económico, de la actividad cotidiana comercial, y que por ello se ha designado acá algunas veces como un término "contable".

En esto, como es propio de la jurisprudencia romana, no hay fuente que otorgue alguna definición de lo que se debe entender por *impensa*, la que ha quedado finalmente en manos de la doctrina romanista. A ello se agrega la dificultad de la pluralidad terminológica; en las fuentes aparecen una serie de sinónimos del término *impensa* que, de alguna u otra forma, significan "gasto".

En el *status quaestionis*, se expone la llamada "doctrina de las impensas". Por una parte, la aparición de las categorías de *necessariae*, *utiles* y *voluptuariae* con relativa conceptualización en las fuentes jurídicas sobre la dote, en las que resalta el pasaje paulino 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 y el elenco de aquellos que componen el título D. 25.1: "*De impensis in res dotales factis*". También la famosa bipartición de *impensae in rem* (los gastos que recaen sobre la cosa misma) e *in fructus* (aquellos destinados a la

producción, recolección y conservación de los frutos que pudieren emanar de la cosa) y el papel de la regla *fructus intelleguntur deductis impensis*.

Por la otra, al hilo de lo anterior, el desarrollo doctrinario que ha recibido la categorización de los gastos, en base a criterios preestablecidos y rígidos, que no conversan con el quehacer de la jurisprudencia romana, esencialmente, casuista, procesal y pragmática. Por todo lo dicho es que esta investigación se hace en base al estudio histórico-crítico de las diferentes etapas del Derecho romano.

En el capítulo segundo, de la época arcaica, se plantea la ausencia de un verdadero régimen de reembolso de gastos. Es posible sostenerlo desde el análisis de materias próximas o afines de esta investigación. Comienza con la revisión del significado del término *vindicia* en el procedimiento arcaico de la apuesta sacramental. Interesa acá el significado de la conjunción *praedes litis et vindiciarum* que aparece en las noticias de las *Gai Institutiones* 4.16, que el propio maestro oriental define como: *id est rei et fructuum.* La fuente gayana se debe acompañar del pasaje del gramático Festo, quien en *De Verborum Significatione*, entrega una explicación etimológica del término *vindiciae.* Esto importa para determinar si ya en esta época, en el ámbito del procedimiento vindicatorio, la conjunción *praedes litis et vindiciorum* se relaciona con las *impensae*, de manera que el objeto perseguido en juicio considerara no sólo la cosa, sino además los frutos que podían emanar de ésta, y operara -de alguna forma-, el reembolso de los gastos hechos por quien perdió la posesión interina de la cosa.

También en busca de precedentes del tratamiento del reembolso de impensas se revisa la legislación arcaica. En especial las leyes regias sobre repartición y distribución de tierras. Luego, las de edad republicana, con especial detención en la *Lex Icilia de Aventino publicando* de la que se conoce por Dionisio de Halicarnaso en Ῥωμαική ἀρχαιολογία, particularmente 10.32.2. La repartición de las tierras del Aventino encuentra relación con las *impensae* puesto que se contempla en esta *lex* un caso muy particular de pago de gastos por edificación en suelo ajeno. Se trata de terrenos que fueron adquiridos por fuerza o usurpación y que fueron construidos sin la autorización estatal necesaria para edificar en suelo público. Una vez que ellos fueron atribuidos al pueblo, por disposición de la *lex*, serían entregados a sus nuevos asignatarios cuando éstos pagaran los gastos de edificación.

Finalmente, por la proximidad temática, se hace preciso revisar el caso del *tignum iunctum* como una forma de reembolso de *impensae*. Por el antecedente entregado por Paulo en 15 *quaestionum*, D. 46.3.98.8 (*Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit*), se ha sostenido que ya desde la Ley de las XII Tablas existió la posibilidad para el propietario de los materiales unido a una cosa ajena, además de la *actio de tigno iuncto*, ejercitar una acción para conseguir una indemnización por el

tignum. Para algún autor italiano esta indemnización era distinta a la que se conseguía por la propia *actio de tigno iuncto*, puesto que con la expresión *pretium* del pasaje paulino se habría concedido al propietario del *tignum* el derecho de recibir una suma de dinero, que por su equivalencia con el valor del *tignum*, viene pagada a título de indemnización por la pérdida de su disponibilidad: *pretium decenvirale*.

En el capítulo tercero se revisa cómo aparece la tripartición en las fuentes jurídicas clásicas en las distintas *sedes materiae*, iniciando desde la dote, donde se estima que encuentra su mayor aplicación. Esto se puede apreciar por la regulación que se encuentra en Paulo 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 y las fuentes de los juristas severianos que se disponen en el título D. 25.1: "*De impensis in res dotales factis*". Con todo, las categorías tampoco aparecen acá de forma estable. Se aprecia desde la *actio rei uxoriae*, por sobre todo, que es éste un asunto de decisión judicial, entregado al *officium iudicis*. El afán de los juristas es sólo orientar al juez privado con el fin de lograr uniformidad en sus decisiones. Esto es lo que realmente se traslada al resto de las materias.

En el siguiente, se estudian los gastos en la *reivindicatio*. Puesto que esta investigación sostiene que la tripartición de las impensas no aparece de forma estable y permanente en las fuentes jurídicas -ni aún en la dote-, y que como tal, no se aprecia tampoco en la *reivindicatio* una teoría general de la materia, el análisis se aborda desde la casuística de las fuentes, no desde la clasificación dogmática de *impensae necessariae*, *utiles* y *voluptuariae*, como ha sido su tratamiento habitual.

Los gastos aparecen principalmente tratados a propósito de dos grandes ámbitos, el que se relaciona con los esclavos y aquél de los predios o fundos. En el primero, destacan, los pasajes sobre la enseñanza o instrucción del esclavo, esto es, la *doctrina puerorum.* Los segundos son, en su mayoría, supuestos de accesión, dentro de ellos el más recurrido por los juristas es el de la *inaedificatio*. Termina el capítulo con la exposición de los medios procesales que permiten el reembolso de las *impensae*: *compensatio, exceptio doli* y el *ius tollendi*.

El quinto capítulo expone las fuentes posclásicas que tratan los gastos en los distintos ámbitos del derecho y demuestra, además, la tendencia a consolidar la preocupación de los juristas severianos en la sede dotal. Una vez más, ha sido la doctrina romanista la que se ha empeñado en constatar supuestas variaciones en la "teoría de de las impensas" en base a evoluciones jurídicas y económicas -que no conversan con la realidad de las fuentes-, tendiente a la equiparación de los gastos necesarios y útiles. Sin embargo, lo que se pretende instalar como evolución es de ardua comprobación, y se aprecia, en cambio, que los juristas siguen actuando casuística y pragmáticamente. Esto se observa claramente en la reivindicatoria en la forma como se resuelve el asunto en las constituciones tardías y el *Codex Gregorianus.*

Finalmente el capítulo sexto, sobre la época justinianea, pretende demostrar la consolidación de las propuestas de Paulo y Ulpiano, y cómo ellas se concretan, siempre a propósito de la dote, en 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 y en el Edicto *de rei uxoriae actione*, donde Justiniano se preocupa principalmente de los aspectos procesales de la obtención de su reembolso, como aparece en el título *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita*, C. 5.13 del año 530 d. C. También acá se muestran las pocas fuentes justinianeas que se refieren a los gastos en la *reivindicatio* y los medios procesales, otra vez, la *exceptio doli* y el *ius tollendi*. Todo esto se verá a continuación.

CAPÍTULO I

CUESTIONES PRELIMINARES

1. ALGUNAS NOTAS BÁSICAS SOBRE LA NOCIÓN DE IMPENSA EN LA DOCTRINA ROMANISTA

El término *impensa*, "*palabra latina que equivale a expensa, gasto, mejora*"[1], encuentra en la doctrina romanista distintas definiciones que intentan precisar su contenido en las diversas situaciones en que tiene relevancia jurídica. En el plano semántico y jurídico más general, hay una acusada línea de continuidad en las aproximaciones que se encuentran al uso. Para Scialoja[2] "Impensae *o* impendia *è la parola tecnica con la quale le fonti indicano le spese, le quali sono impieghi di denaro che si fanno relativamente a una data cosa*". Luego, con Bonfante "*Spesa é tutto che fu sborsato per una data cosa o impiegato in essa*"[3]. Y, muchos años después, Reszczyński, uno de los especialistas contemporáneos en esta materia, todavía entiende las impensas como "*soldi spesi per qualcosa, costo, uscita, spesa destinata al bene preesistente*"[4].

Lévy[5] es uno de los autores que ha estudiado más detenidamente el concepto de impensa. Éste recurre a la definición dada por Bonfante[6] y de aquí extrae, ahora, dos elementos que considera característicos y que le sirven, en su opinión, para determinar mejor el concepto de *impensa*. Por una parte, la impensa es, en efecto, una inversión (*dépense*)[7], pero ésta no se circunscribe únicamente a un desembolso de dinero, sino que también puede versar en otros objetos cualesquiera que se haya empleado en la cosa que recibe tal impensa. Ello, con independencia de que, en lo que hace al derecho patrimonial, toda impensa, para ser tal, debe ser susceptible de avaluarse en dinero[8]. Por otra parte, propone la consideración de que las impensas son un gasto afecto a

---

[1] v. *impensas*, CORBELLA, Arturo: Enciclopedia Jurídica Española 17, Francisco Seix Editores, Barcelona, 1910, pp. 479 y 480.

[2] "Impensae *o* impensa *es la palabra técnica con la cual las fuentes indican los gastos, los cuales son empleos de dinero que se hacen relativamente a una cosa determinada*", SCIALOJA, Vittorio: *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933, pp. 117 y 118.

[3] "*Gasto es todo aquello que fue desembolsado en una cosa determinada o empleada en ella*", BONFANTE, Pietro: *Istituzioni di diritto romano*, G. Giappichelli- Editore, Torino, [10]1951, p. 244.

[4] "*Dinero gastado para algo, costo, salida, gasto destinado a los bienes preexistentes*", RESZCZYŃSKI, Jaroslaw: "*Impendere, Impensa, Impendium*", SDHI 55 (1989), p. 204.

[5] LÉVY, Jean-Philippe: *Les impenses dotales en droit romain classique*, Librarie du Recueil Sirey, Paris, 1937, p. 13.

[6] BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (cit. nt. 3), p. 244.

[7] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 13.

[8] Cfr. v. *impendo, -dere, -di, -sum, tr. inp-*, [*in + pendo*], GLARE, P.G.W.: *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 2009 [pero, 1982], p. 842; v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT, Alfred-MEILLET, Antoine: *Dictionaire etymologique de la langue latine*, Klincksiek, Paris, [4]2001, p. 495.

reembolso. En suma, no hay más impensas que aquellos gastos que den derecho al reembolso[9]; lo cual sirve para aclarar, por ejemplo, que un precio pagado por una cosa puede ser un gasto, desde el punto de vista económico, pero no necesariamente una impensa, en el sentido que interesa, para el tratamiento jurídico de esta materia.

Al hilo de lo anterior, la doctrina moderna acoge la idea de que un elemento distintivo de la noción de impensa consiste en que ésta se invierta por alguien para quien la cosa sea ajena o, en cualquier caso, tenga respecto de ella el deber de restituirla (*cosa altrui o che comunque deve restituire*)[10]. Tal ajenidad de la cosa en la que se invierte una impensa ya había sido establecida, mucho antes, por la primera doctrina pandectista italiana instaurada por Serafini, quien señalaba expresamente que "*Il convenuto ha in primo luogo una* exceptio doli *per certe spese da lui fatte intorno alla cosa altrui*"[11]. Asimismo, una doctrina tan acreditada como la de Kaser también pone de relieve que las "*Aufwendungen* (impensae) *sind freiwillige Aufopferungen von Vermögenswerten in fremdem Interesse*"[12]. En cuanto a que la inversión de una impensa deba recaer sobre una cosa que será restituida, añade: "*Sie werden in vielen Fällen berücksichtigt, bald durch Einklagbarkeit, bald durch gloßes Zurückbehaltungsrecht*"[13]. Pero, junto con ello, advierte que ninguno de estos elementos opera de una forma mecánica y rígida, sino de manera dúctil según cada caso concreto: "*…und werden, der römischen Denkweise gemäß, nach Lage der Umstände unterschiedlich beurteilt*"[14].

En cuanto a los efectos que se puedan seguir de la aplicación de un gasto, hay que poner de relieve que no interesa que éste, para ser considerado jurídicamente tal, se traduzca ya sea en un resultado apreciable permanentemente en la cosa o ya sea, por el contrario, en la inversión de algo que por su naturaleza no haya dejado ningún resultado material en la cosa sobre la cual ha recaído[15].

---

[9] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 13 y 14.

[10] v. *spese*, CERVENCA, Giuliano: NNDI [Diritto Romano] 17, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970, p. 1109.

[11] "*El demandado tiene en primer lugar una* exceptio doli *para ciertos gastos hechos por él en la cosa ajena*", SERAFINI, Filippo: *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio,* 1, Giuseppe Pellas, Firenze, 1870, p. 195.

[12] "*Gastos* (impensae) *son sacrificios voluntarios de bienes en interés ajeno*", KASER, Max: *Das Römisches Privatrecht*, 1, 3[3], C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, p. 522.

[13] "*En muchos casos serán tomadas en cuenta, ya sea a través de su exigibilidad por medio de una acción, ya sea a través del mencionado derecho de retención*", KASER, *Das Römisches Privatrecht* (cit. nt. 12), p. 522.

[14] "*… y serán apreciadas de manera diferente, según el pensamiento romano, de acuerdo a las circunstancias*", KASER, *Das Römisches Privatrecht* (cit. nt. 12), p. 522.

[15] Vid. por todos, "gasto" en cuanto puede consistir en dinero: en las fuentes literarias, cfr. Cicerón, *Pro Fonteio* 3: *Acceptas populo Romano pecunias omnis isti rettulerunt; si protinus aliis aeque magnas aut solverunt aut dederunt, ut, quod acceptum populo Romano est, id expensum cuipiam sit...*; en las fuentes jurídicas, cfr. Labeón, 5 *quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D. 19.2.60.4: *Mandavi tibi ut excuteres, quanti villam aedificare velles: renuntiasti mihi ducentorum impensam excutere...* En cuanto a cosa material distinta del dinero: en las fuentes literarias, cfr. Cicerón, *In Verrem* 5.51:... *impendere*

Además, se debe destacar que la expresión más ajustada para el "*impensam facere*"[16] es la de "hacer un gasto", donde el correspondiente sujeto gramatical será siempre una persona[17]. Así, "hacer un gasto" en este caso se referirá al deterioro o sacrificio que experimenta un individuo en sus bienes o en su propia persona en relación con algo o alguien, que se quiere favorecer correlativamente[18]. Desde esta perspectiva, y

---

laboris, operae, pecuniae ne haec biremis adscriberetur...; en las fuentes jurídicas, cfr. Modestino, 6 *responsorum*, D. 26.7.32.6: *morem hunc et consuetudinem semper observatam secutus et ipse pro communi et individua hereditate annonas praestitit: quaero, an in rationibus dandis opponi curatori possit, quia non recte pro parte sororis tales impensas fecerat.* En cuanto a inversión inmaterial: en las fuentes literarias, cfr. Quintiliano, *Institutio oratoria* 12.8.10: *Nam cum satis in audiendo patientiae inpenderit....*; en las fuentes jurídicas, cfr. Paulo, 2 *sententiaram*, D. 19.2.55.1: *In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest.*

[16] Cfr. v. *impensa, -ae*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 842.

[17] Cfr. v. *impendo, -dere, -di, -sum, tr. inp-*, [*in + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 842; v. *impendo, -ere, -di, -sum* [*in, pendo*], SEGURA, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, [4]2003, p. 358.

[18] En el latín de las fuentes -y también en la lengua castellana-, se observa que varios pasajes en que se encuentra la terminología para tratar los gastos, ésta no siempre se refiere a impensas hechas con todos los elementos característicos y relevantes para el derecho que ya se han mencionado. En estos pasajes a que se hace ahora referencia, el gasto alude simplemente a "deterioro", "desgaste", "merma" patrimonial. Así, por ejemplo, Ulpiano, 15 *ad edictum*, D. 5.3.25.16: *Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat an vero pro rata patrimonii eius? Ut puta penum hereditarium ebibit: utrum totum hereditarii expensum feratur an aliquid et patrimonio eius? Ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem: ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior, in statutis vero suis sumptibus videatur factus locupletior: utique enim etsi non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum cottidianum erogasset*. Aquí los términos que denotan "gasto" se utilizan de una forma que no corresponde al problema jurídico que la doctrina ha intentado definir, sino a acepciones más amplias que no tienen pretensión técnica alguna en cuanto a un eventual reembolso de impensas hechas en cosa ajena. Eso sí, la doctrina señala que, en todo caso, la impensa es siempre un sacrificio económico. Se volverá sobre esto, pero es posible anticipar que autores de la reputación de Kaser (y ya antes en cierta forma Lévy), han destacado que la impensa requiere efectivamente de un sacrificio económico determinado por la ausencia de una ventaja correlativa; de tal manera que, por ejemplo, el precio de una compraventa si bien es económicamente un gasto, no correspondía jurídicamente a una impensa por cuanto se recibe a cambio una ventaja correlativa (la cosa), y, por supuesto, no hay lugar a reembolso. Desde el campo de la filología, Benvéniste también ha intentado indicar que el verbo "*impendere*" ("hacer un gasto"), lleva implícito el que tal gasto conlleva un sacrificio económico. Así lo desprende a partir de la explicación sobre la arcaica *pignoris capio* que nos entrega Gayo, *Inst.* 4.28: *Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum… item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet…* Como es bien sabido, Gayo explica aquí que la captura de prenda ha sido introducida también por la ley, como ocurre por ejemplo con la Ley de las XII Tablas en que se da esa acción de la ley contra aquél que no hubiera pagado el canon por un animal que se le hubiera arrendado para que aquella suma fijada (del canon) se gastara en una ofrenda, esto es, en un sacrificio. Aquí, entonces, Benvéniste encuentra en la expresión "…*inpenderet… in dapem, id est in sacrificium…*", "*impedere in dapem*". Y esta es la base que le sirve para sugerir, comenzando desde la idea de la *daps*, que quiere decir "ofrenda", y por tanto envuelve el valor de sacrificio (con sentido religioso), que existiría un paralelismo entre el griego *dapáné* (con el sentido económico de sacrificar), el latín *damnum* (con el valor de daño) y la noción (en francés) de "*dépense*", gasto o impensa. De aquí entonces que, en su opinión, "*impedere*" haya tenido siempre ínsita la idea de hacer un sacrificio, esto es, de no obtenerse por tal gasto una retribución equivalente que lo compense. Sin embargo, no es posible aceptar esta especulación del connotado filólogo francés; y, ello, sin afectar en nada la validez de esa misma proposición por parte de la doctrina jurídica (que sólo vale, en cualquier caso, para la impensa *in*

sin pretender todavía una total precisión del concepto, el gasto puede comprenderse como la aplicación, en algo o alguien, de una determinada suma de dinero, o de una cosa que se adhiere o funcionalmente se destina al beneficio de aquellos, o, asimismo, en la inversión de una actividad, es decir, una cosa inmaterial como, por ejemplo, el trabajo[19].

2. PLURALIDAD TERMINOLÓGICA PARA DESIGNAR EL "GASTO" EN LAS FUENTES LITERARIAS Y JURÍDICAS

En Roma fueron utilizadas distintas expresiones para referirse a las impensas. Lévy[20] destacaba que el término latino *impensae*, y derivados suyos tales como *impendium* y el verbo *impendere*, pueden ser cumplidamente sustituidos, para denotar la misma idea de "gasto" (*dépense*), por otras palabras como *expensa* y *expendere*, o por términos como *sumptus*, *erogatio* o *iactura*.

Asimismo, Reszczyński, en un primer trabajo monográfico, "*Impendere, Impensa, Impendium*"[21], estudia la equivalencia de estos términos agrupando tanto las fuentes literarias como jurídicas de distintos períodos en torno a diversos criterios: económico, jurídico, de la productividad, el ámbito público y el procesal, etc. El mismo, en un segundo trabajo "Erogare *ed* erogatio *nelle fonti del diritto romano*"[22], estudia los casos descritos con dichos términos, en particular los textos que se refieren a los gastos hechos para una actividad económicamente relevante o para fines productivos.

---

rem, pero también falla del todo respecto de la impensa *in fructus*, como se verá). En efecto, él no alcanza a captar que la contrucción "*impendere in dapem*", precisamente requiere de la explicitación de la *daps* (ofrenda, sacrificio), por lo que está implícito, desde el plano puramente lingüístico, que podría haber impensas que no tengan por objeto una *daps* y, en lo que ahora interesa, que en consecuencia no estén (ni mucho menos esencialmente) conectadas con la noción de sacrificio. Es decir, si "*impedere*" contuviera la noción de sacrificio, "*impendere in dapem*" sería simplemente una redundancia. Cfr. BENVÉNISTE, Émile: *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2, Les Éditions de Minuit, Paris, 1969, pp. 226 a 229. Vid., por todos, LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 13 y 14; KASER, Max: "*Tabula Picta*", T 36 (1968), p. 48 nt. 54; LIEBS, Detlef: "*Damnum, damnare und damnas*", ZSS [Romanistische Abteilung] 85 (1968), p. 175.

[19] "… *dedicar a un propósito particular materiales construidos, mano de obra, tiempo u otros recursos*". Cfr. v. *impendo, is, dere, di, sum* (de *in* y *pendo*), BLÁNQUEZ, Agustín: *Diccionario Latín-Español*, Editorial Ramón Sopena, Barcelona, 1985, p. 829; v. *impendo, -dere, -di, -sum, tr. inp-*, [*in + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 842.

[20] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 17 a 20.

[21] RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 191 a 252.

[22] RESZCZYŃSKI, Jaroslaw: "*Erogare ed erogatio nelle fonti del diritto romano*", Au-Delà des Frontières, Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz, 2, Liber, Varsovie, 2000, pp. 743 a 763.

Finalmente González-Palenzuela[23], siguiendo a Reszczyński[24], da cuenta brevemente del uso de los términos *impendere*, *impensa*, *impendium* y además, *expendere*, *sumptus*, *erogare* y *iactura*, como términos sinónimos de *impensa*.

Si se observan las fuentes recogidas por la doctrina, la terminología relativa a la realización de gastos puede agruparse, por un lado, en aquellas palabras provenientes de la raíz **pend-*, entre las cuales destaca especialmente, como el término representativo de "hacer un gasto" por antonomasia, el verbo *impendere*, y sus sustantivos derivados, *impensa* e *impendium*[25]. Por el otro, se debe añadir el verbo sinónimo, *expendere* y sus consiguientes sustantivos *expensa* y *expensum*[26]; y, por último, los verbos *dependere*, con sus sustantivos *depensio* y *depensum*[27], y *dispensare*, del cual provienen *dispensatio* y *dispendium*[28].

---

[23] GONZÁLEZ-PALENZUELA, María Teresa: *Las impensas en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Extremadura, Extremadura, 1998, pp. 11 a 15.

[24] RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 191 a 252.

[25] Cfr. v. *impensa vel inpensa, ae, f.*, FORCELLINI, Egidio: *Lexicon Totius Latinitatis*, Arnaldus Forni Excudebat Bononiae, Patavii, Gregoriana, 1965 [pero, 1864], p. 735; v. *impendere, inpendere*, HEUMANN, Hermann-SECKEL, Emil: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1971 [pero, 1907], pp. 248 y 249; v. *impendo, is, dere, di, sum* (de *in* y *pendo*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 829; v. *impendo, -dere, -di, -sum, tr. inp-*, [*in + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 842; v. *impendium* (*inp-*), sv. *impensa* (*inp-*), LEWIS, Charlton T.-SHORT, Charles: *A Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford, 1988 [pero, 1879], pp. 898 y 899; v. *im-pendeo, ere* (*in e pendeo*), CALONGHI, Ferruccio: *Dizionario latino italiano*, Rosenberg & Selier, Torino, [3]1990, col. 1321; v. *impendo, -ere, -di, -sum* [*in, pendo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), pp. 357 y 358; v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 495; v. *impensae, ae, f.*, CASTIGLIONI, Luigi-MARIOTTI, Scevola: *IL. Vocabolario della Lingua Latina*, Loescher Editore, Torino, [3]1996, p. 594.

[26] Cfr. v. *expensa, ae, f.*, FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* (cit. nt. 25), p. 366; v. *expendo, -dere, di, -sum* [*ex- + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 648; v. *ex-pendo, pendi, pensum, ere*, CALONGHI, *Dizionario latino italiano* (cit. nt. 25), cols. 1042 y 1043; v. *expensae*, BERGER, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The Lawbook Exchange, 1991 [pero, Philadelphia 1953], p. 464; v. *expensa ae. f.* (sc. pecunia) [expendo], sv. *expensum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 693; v. *expensa, ae, f.*, CASTIGLIONI-MARIOTTI, *IL. Vocabolario della Lingua Latina* (cit. nt. 25), p. 429; v. *expendo, -ere, -di, -sum* [*ex, pendo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 267. Vid. RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 193 y 205.

[27] Cfr. v. *dependo, dis, di, sum, dere, a. 3.* (*de et pendo*), FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* (cit. nt. 25), p. 70; v. *dependere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 136; v. *depensio, onis*, BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 502; v. *depensum* (From *dependere*), BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (cit. nt. 26), p. 464; v. *depensio, onis, f.* [dependo], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 549; v. *depensum*, GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino: *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus S.A., Madrid, [4]1995, p. 187; v. *dependo, is, pendi, pensum, ere, 3. tr.*, CASTIGLIONI-MARIOTTI, *IL. Vocabolario della Lingua Latina* (cit. nt. 25), p. 303.

[28] Cfr. v. *dispendium, ii, n.2.*, FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* (cit. nt. 25), p. 157; v. *dispendium*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 151; v. *dispendium, ii* (de *dispendo*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 537; v. *dispendium, ii, n.* [dispendo], v. *dispensatio, onis, f.* [dispenso], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 591; v. *dispendium, ii, n.*, CASTIGLIONI-MARIOTTI, *IL. Vocabolario della Lingua Latina* (cit. nt. 25), p. 335 ; v.

Pero, además de estos términos de raíz común, existieron otros tantos que coincidían con este campo semántico tales como *erogare* (*erogatio*)[29], *sumere* (*sumptus, insumptio, consumptio*)[30], e incluso el griego *emponéo* (*emponemata*)[31], además de *iactare* (*iactura*)[32], *meliorare* (*melioratio*)[33], *reficere* (*refectio*)[34] y hasta la palabra *pretium*[35]. Esto se verá ahora.

---

dispendium, -i [*dispendo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 226.

[29] Cfr. v. *erogatio, onis, f. 3.*, FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* (cit. nt. 25), p. 297; v. *erogo, as, are, avi, atum* (de *e* y *rogo*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 643; v. *erogatio*; v. e*rogo, -are, -aui, -atum* [*ex- + rogo*]; GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), pp. 617 y 618; v. *erogatio, onis, f.* [erogo], v. *erogo, avi, atum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 657; v. *erogatio, onis, f.*, CASTIGLIONI-MARIOTTI, *IL. Vocabolario della Lingua Latina* (cit. nt. 25), p. 394; v. *rogo, -as, -aui, -atum, -are*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), pp. 575 y 576; v. *erogo, -are, avi, atum,* [*e, rogo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 255.

[30] Cfr. v. *sumptus, us, m.* (*sumo*), CALONGHI, *Dizionario latino italiano* (cit. nt. 25), col. 2655; v. *sumptus*, BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (cit. nt. 26), p. 724; v. *sumptus*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 569; v. *sumptus, us* (de *sumo*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 1654; v. *sumptus (sumtus), -us, m.* [*sumo + -tus*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1871; v. *sumptus, us*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1803; v. *sumo, -is, sumpsi, sumptum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 666; v. *sumptus, -us* [i], [*sumo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 750. Cfr. v. *insumere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 276; v. *insumo, is, ere, mpsi, mptum*, BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 829; v. *in-sumo, mpsi, mptum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 972; v. *insumo, -ere, -psi, -ptum* [*in, sumo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 385.

[31] Cfr. v. *emponemata*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 171; v. *emponema, atis, n.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 644; v. *emponéo, -ema, atos, tó*, LIDDELL, H.G.-SCOTT, R.: *Greek-English Lexicon with a revised supplement*, Clarendon Press, Oxford, 1996 [pero, [9]1940], p. 547. Incluso el término fue transliterado al latín, como se observa en v. *emponema, atis* (del gr. *empónema*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 829.

[32] Cfr. v. *iactura, -ae* [*iacio + -ura*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 815; v. *iactura, ae, f.*, CASTIGLIONI-MARIOTTI, *IL. Vocabolario della Lingua Latina* (cit. nt. 25), p. 573.

[33] Cfr. v. *meliorare*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 337; v. *melioro, as, are* (de *melior*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 953; v. *melior, -or, -us, a*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1093; v. *melioratio, onis, f.* [melioro], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1128. Cabe señalar que *melior* posee distintos significados, en relación a las personas, al curso de las acciones, las circunstancias o condiciones concretas del caso y las cosas materiales, que son las fuentes que presentan mayor interés. Sin embargo, en las fuentes jurídicas destaca el uso de *melior* y *meliorare* a propósito de las tres primeras: Cfr. Paulo, 1 *sententiarum* D. 4.4.34 pr: *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit*; Paulo, 30 *ad edictum*, D. 14.4.6: *Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium*; Ulpiano, 3 *disputationum*, D. 14.5.3: *Et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse condicionem, nisi si quis privilegiarius veniat...*; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 15.1.10: *... quia in actione de peculio occupantis melior est condicio, occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis pervenit*; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 15.3.4: *Sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est*; Ulpiano, 70 *ad edictum*, D. 43.18.1.1: *Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri...*; Ulpiano, 15 *ad edictum*, D. 50.17.126.2:

2.1 LOS TÉRMINOS UTILIZADOS POR LAS FUENTES QUE PROVIENEN DE LA RAÍZ ETIMOLÓGICA **PEND-*

Como ha quedado dicho, destaca en las fuentes el uso de una serie de términos que etimológicamente presentan la raíz **pend-*, a la que se le han agregado los prefijos *im-* (*in*), *ex-*, *de-* y *dis-*.

La etimología de los vocablos que pertenecen a este grupo se vincula al preindoeuropeo **(s)pend-*, con el sentido de "tirar, remolcar, tender"[36]. Desde aquí toma su contenido la raíz del verbo latino **pendo- pendere*[37], cuyo significado originario corresponde al de "pesar"[38] y del cual progresivamente se derivó otro, con el valor de

---

Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis...; Ulpiano, 21 *ad edictum*, D. 50.17.134.1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*; Ulpiano, 70 *ad edictum*, D. 50.17.154: *Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa*.

[34] Cfr. v. *reficere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 499; v. *reficio, -icere, -eci, -ectum*, [*re- + facio*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1595; v. *refectio* (*refict-*), *onis, f.* [reficio], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1543; v. *reficio, -ere, -feci, -fectum* [*re, facio*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 646. Vid. LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 15 y 16.

[35] Vid. MONIER, Raymond: *Le tignum iunctum*, Recueil Sirey, Paris, 1922, p. 92; KASER, "*Tabula Picta*" (cit. nt. 18), p. 48 nt. 54; MUSUMECI, Francesco: *Ineadificatio*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 160; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 217 y 218; APATHY, Peter: "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`", IURA 42 (1991), p. 9; GRÖSCHLER, Peter: *Actiones in factum*, Dunker & Humblot, Berlin, 2002, p. 201 nt. 25.

[36] Cfr. v. *impendere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), pp. 248 y 249; v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 494.

[37] Cfr. v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 494; v. *pendo*, BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), 1985, p. 1119.

[38] De la misma raíz **(s)pend-* proviene igualmente el término **pendeo* que significa en un sentido amplio "estar suspendido, estar soportado en el aire, colgar, pender", como también en un sentido más restrictivo "ser pesado". De su uso dan cuenta fuentes literarias, así se encuentra el término en el escrito *de Agri Cultura* de Catón 146.1: *Oleam pendentem hac lege venire oportet*, y también en las fuentes literarias del siglo I a. C. en Cicerón, *In Verrem* 4.74: *... sagittae pendebant ab umero...*; Cicerón, *In Verrem* 3.66: *Videtis pendere alios ex arbore, pulsari alios...*; Cicerón, *Divinatione* 2.134: *Defert ad coniectorem quidam somniasse se ovum pendere ex fascea lecti sui cubicularis...*; Cicerón, *De Lege Agraria* 2.80: *... an ignoratis cetera illa magnifica populi Romani vectigalia perlevi saepe momento fortunae inclinatione temporis pendere?* y Vitruvio, *De Architectura* 2.8.20: *Sed quoniam nonnullos celeritas aut inopia aut in pendenti loco dissaeptio cogit...*; Vitruvio, *De Architectura* 6.8.1: *... nam si in pendentibus onera fuerint parietum aut columnarum...*; Vitruvio, *De Architectura* 9.8.2: *Namque cum voluisset in taberna sui patris speculum ita pendere...*; y en la obra poética de Horacio, *Carmina* 3.1.18: *Destrictus ensis cui super impía ceruice pendet...*; Horacio, *Carmina* 3.19.20: *Cur pendet tacita fistula cum lyra?*; Propercio, *Elegiae* 3.12.22: *... pendebit collo Galla pudica tuo.*; Propercio, *Elegiae* 4.1.43: *... in nati trepidus ceruice pependit*; Propercio, *Elegiae* 4.5.51: *... aut quorum titulus per barbara colla pependit...* y Ovidio en *Metamorphoseis* 1.120: *... et ventis glacies adstricta pependit*; Ovidio, *Metamorphoseis.* 6.667: *... corpora Cecropidum pennis pendere putares: pendebant pennis*; Ovidio, *Metamorphoseis.* 7.580: *... membraque pendentis tendunt ad sidera caeli*. Ya en el siglo I d. C. destaca también en la poesía de Lucano, *Bellum civile* 3.667: *... bracchia linquentes Graia pendentia puppe a manibus cecidere suis*; Lucano, *Bellum civile* 4.127: *... et ima petit quidquid pendebat aquarum*; Marcial, *Epigrammaton* 8.61.2: *Liuet Charinus, rumpitur, furit, plorat et quaerit altos unde pendeat ramos...* y en la obra de Columela, *De re rustica* 5.6.26: *...quibus proximi anni fructus pependit.* Cfr. v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), pp. 494 y 495; v. *pendo*, BLÁNQUEZ,

"dejar colgar en los platillos de la balanza, colocar en la balanza"[39], que denota el sentido de "tener un peso, pesar (metal)"[40].

En este contexto *pendere* se relaciona precisamente con la solemnidad arcaica del pago *per aes et libram*, en el cual el dinero debía ser efectivamente pesado en una balanza. Y es así cómo se aplica, por ejemplo, en el caso del pago de las penas en época arcaica[41], o de la repetición que solicitaba el fiador al deudor principal a través de la *actio depensi*[42].

Después de la aparición del dinero amonedado, este sentido de *pendere* se amplió hasta designar, con carácter general, "pagar"[43] -esto es, sin importar la

---

Diccionario Latín-Español (cit. nt. 19), p. 1119; v. *pendo, pensum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1328. Cfr. v. *pendo, -dere pependi, -sum*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1322.

[39] Cfr. v. *pendo, -dere pependi, -sum*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1322; v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 495.

[40] Cfr. v. *impendo vel inpendo, pendis, pendi, pensum, pendere, a. 3.* (*in et pendo*), FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* (cit. nt. 25), p. 734; v. *pendo, -dere pependi, -sum*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1322; v. *pendo, pensum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1328; v. *pendo, pependi, pensum, ere*, CALONGHI, *Dizionario latino italiano* (cit. nt. 25), cols. 1988 a 1989; v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), pp. 494 y 495. Cfr. v. *dispendium*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 151; v. *dispendo, is, ere, pensum* (de *dis* y *pendo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 537; v. *dispendo, ere, pensum* [*dis, pendo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 226. En este sentido cabe tener en cuenta que para De Martino, el metal en la época arcaica romana, en especial en los negocios *per aes et libram*, era un medio de cambio y no un producto que se pagaba con otros productos, aunque sin embargo, no pueda excluirse en este período una economía de cambio. Para el autor, a la época de la promulgación de las XII Tablas, no había ases librales ni sestercios, como dicen las fuentes tardías, sino que el bronce era pesado, DE MARTINO, Francesco: *Storia della costituzione romana*, 2, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, [2]1973, p. 8 nt. 17. En similar sentido vid. MANFREDINI, Arrigo: *Contributi allo studio dell'* "iniuria" *in età repubblicana*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977, pp. 15 ss.; PUGLIESE, Giovanni: "*Rec. Manfredini, Contributi allo studio dell'* "*iniuria*" *in età repubblicana*", IURA 29 (1978), pp. 193 a 206; CURSI, María Floriana: *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, pp. 221 a 268; CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual*", RChD 40 (2013) 2, p. 737.

[41] Vid. Carvajal, a propósito del uso del término *pendere* en un texto de Paulo-Festo, cita la glosa, que señala: "*Pendere poenas, solvere significat ab eo quod, aere gravi cum uterentur Romani, penso eo, non numerato, debitum solvebant. Unde etiam pensiones dictae. Poenas pendere proprie dicitur qui ob delictum pecuniam solvit, quia penso aere utebantur*". El autor, siguiendo al escoliasta, asocia el término *pendere* al pago de dinero a través de la pesada del cobre. CARVAJAL, Patricio-Ignacio : "*La función de la pena por la* "iniuria" *en la Ley de las XII Tablas*", REHJ [Sección Derecho Romano] 35 (2013), pp. 164 y 166 nt. 77.

[42] Así se encuentra en Gayo, por ejemplo en *Institutiones* 4.22: *... quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam*. Cfr. v. *dependere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 136. Cfr., por ejemplo, Vitruvio, *De Architectura* 2.5.3: *Ideo autem, quo pondere saxa coiciuntur in fornacem, cum eximuntur, non possunt ad id respondere, sed cum expenduntur...*; Marco Valerio Marcial, *Epigrammaton* 9.59.15: *... expendit veteres calathos et si qua fuerunt pocula Mentorea nobilitata manu...*; Juvenal, *Satirae* 10.147: *... expende Hannibalem: quot libras in duce summo inuenies?*

[43] Cfr. v. *pendo, -dere pependi, -sum*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1323; v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p.

solemnidad que eventualmente pudiera haber intervenido-; en la misma medida que ya no era necesario entregar el dinero "pesándolo", sino que bastaba simplemente con contabilizarlo o, como se dice habitualmente en las fuentes, (e)numerarlo[44].

---

495. En las fuentes jurídicas, de entre la multitud de ejemplos, cabe destacar el "gasto" (*pendere*) como pago de intereses en el mutuo, en distintas hipótesis: Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.6.6: *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum quaeritur: si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et faenerare periculo suo ita, ut certas usuras domino penderet dumtaxat*; también Ulpiano, 31 *ad edictum.* D. 17.1.10.3: *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet...*; y, Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 22.1.37: *... sed si mutuatus dedi, hae venient usurae, quas ipse pendo, utique, si plus tibi praestarim commodi, quam usurae istae colligunt.*

[44] Si bien el dinero amonedado había aparecido mucho antes, ya en el siglo I a. C. destaca en las fuentes el uso de *pendere* en el sentido genérico de pagar o desembolsar una suma de dinero sin aludir a ninguna formalidad para su entrega. Así, por ejemplo, Cicerón, *Philippicas* 2.97: *Itaque tanti acervi nummorum apud istum construuntur, ut iam expendantur, non numerentur pecuniae*.; también, Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 6.1.25: *... HS centenos pendat necesse est*; Cicerón, *de Provinciis Consularibus* 3.5: *... ingentem pecuniam pendere...* Cfr., asimismo, Cicerón, *In Verrem* 2.186: *Nunc ad sociorum tabulas accepti et expensi...*; Cicerón, *Pro Roscio Comodeo* 14: *Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant...*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 6.20.6: *... homines prope quadringentos produxisse dicitur, quibus sine fenore expensas pecunias tulisset, quorum bona uenire, quos duci addictos prohibuisset*; Horacio, *Epistulae* 2.1.105: *Romae dulce diu fuit et sollemne reclusa mane domo uigilare, clienti promere iura, cautos nominibus rectis expendere nummos...*, o nuevamente en Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 2.4.1: *... pro eo tibi praesentem pecuniam solvi imperavi, ne tu expensum muneribus ferres...*, o en Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 3.7.1: *... quo acceptae et expensae summae continebantur refellique inimicorum accusatio poterat*, entre otros Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 14.2.7: *... debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus.* A partir de esta amplia acepción, *pendere* puede denotar el pago pecuniario en materias específicas. Por ejemplo, se puede vincular al pago de las penas pecuniarias: Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 11.8.1: *... maximas poenas pendo temeritatis meae quam tu prudentiam mihi videri vis*; César, *De Bello Gallico* 6.9.7: *... pro nocentibus poenas pendant*; Ovidio, *Metamorphoseis* 4.670: *... illic inmeritam maternae pendere linguae Andromedan poenas iniustus iusserat Ammon*; Ovidio, *Fasti* 3.845: *... capitis quae pendere poenas ex illo iubeat furta recepta loco?.* Este uso se mantiene en el siglo I d. C. Así, Lucano, *Bellum civile* 8.647: *... poenas non morte minores pendat et ante meum uideat caput*; Juvenal, *Satirae* 6.478: *... (omnis enim populo mercedem pendere iussa est arbor et eiectis mendicat silva Camenis)*; Juvenal, *Satirae* 3.15: *... tarde uenisse Liburnus dicitur et poenas alieni pendere somni cogitur, hic frangit ferulas, rubet ille flagello, hic scutica.* Por cierto, las fuentes jurídicas también muestran este empleo de *pendere* ya en el siglo I a. C., por ejemplo, en Alfeno Varo, 2 *digestorum*, D. 44.7.20, quien, para referirse a la necesidad en la que se encuentra el esclavo de pagar la pena por los delitos que ha cometido con violencia una vez que ha obtenido su libertad:*... ita oportet poenas eum pendere.* Por otro lado, *pendere* también se aplica al pago de distintas formas de tributos, por ejemplo, en César, *De Bello Gallico* 1.44.4: *... iniquum esse de stipendio recusare, quod sua voluntate ad id tempus pependerint*; Ovidio, en *Metamorphoseis* 8.263: *... iam lamentabile Athenae pendere desierant Thesea laude tributum*; Horacio, *Sermones* 4.2.93: *... quem tu vidisse beatus non magni pendis*; etc. En el siglo siguiente aparece el término en los escritos de Séneca, *Quaestiones Naturales* 3.29.5: *Nunc enim elementa ad id quod debetur pensa surit...* y Tácito, *Annales* 2.87: *Saevitiam annonae incusante plebe statuit frumento pretium quod emptor penderet*; Tácito, *Annales* 12.18: *Romanorum nemo id auctoritatis aderat ut promissa eius magni penderentur*; y en los poemas de Lucano, *Bellum civile* 4.707: *... cum dira uoluptas ense subit presso, galeae texere pudorem, quis conferre duces meminit, quis pendere causas?*. Cambria, a propósito del uso del término *pendere* en las fuentes literarias, donde *tributum pendere* se entiende como "pagar un impuesto", propone como prueba los textos que se encuentran en Curto, *Historiarum Alexandri Magni* 3.1.23: *Omnis haec regio paruit regi, datisque obsidibus tributum, quod ne Persis quidem tulissent, pendere ne cogerentur inpetraverunt*; Tácito, *Annales* 4.72.1: *... tributum iis Drusus iusserat modicum pro angustia rerum, ut in usus militaris coria boum penderent*; Tácito, *Annales* 13.51.2: *... ne censibus negotiatorum naves adscriberentur*

Ahora bien, que la expresiones derivadas de **pendo-*, *impendere*, *expendere*, *dependere* y *dispensare*, se hayan referido a desembolsos o gastos de dinero no es dudoso ni en el ámbito público ni en el privado, ni en las fuentes literarias[45] o en las jurídicas[46]. Pero hay que añadir que tales expresiones llegaron a designar además otros

---

tributumque pro illis penderent, constitutum; Tácito, *Historiae* 1.46.2: … *namque gregarius miles ut tributum annuum pendebat*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 45.29.3: … *tributum dimidium eius, quod pependissent regibus, pendere populo Romano*. Vid. CAMBRIA, Carla: "*'Res parva' Magistro dicata*", Studi in onore di Antonino Metro, 1, Russo, Carmela (edit.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 345. En las fuentes jurídicas, a propósito del pago de tributos, por ejemplo en el título 14: "*De pactis*", Ulpiano, 1 *opinionum*, D. 2.14.52.2: *et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet*; y del pago de intereses públicos en Paulo, *singularis de usuris*, D. 22.1.17.8, donde se refiere con este término a los intereses que se deben pagar los herederos por la demora en la colocación de estatuas o imágenes: ... *a praeside tempus statuendum est et nisi posuerint heredes, usuras rei publicae usque ad tertiam centesimae pendent.*

[45] Para los gastos públicos, por ejemplo, la biografía de Timoteo de Anaflistos escrita por Nepote hacia el siglo I a. C. en, *Timotheus* 1.2.5: *id ille sine ulla publica impensa populo restituit* y Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 3.43.7.3: ... *ni decemuiri funus militare ei publica impensa facere maturassent*; entre otros. Cfr., además a título ilustrativo, Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 6.4.6.2: ... *tum tota simul exsurgere aedificiis et re publica impensas adiuuante et aedilibus uelut publicum exigentibus opus...*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 9.43.26: ... *per agros publica impensa factae*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 29.1.10.2: ... *ita trecentis Siculis Romani equites substituti sine publica impensa*; Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 4.4.1: ... *cum interim fastorum illud columen patrimonio ne ad exequiarum quidem inpensam sufficiente decessit, ideoque publica pecunia ductae sunt*; Cicerón, *De Re Publica* 5.5.10: ... *ut quasi dispensare rem publicam et in ea quodam modo vilicare possit*. Para los gastos privados, por ejemplo, Tito, *Ab Urbe condita libri* 24.11.9.4: ... *tum primum est factum ut classis Romana sociis naualibus priuata impensa paratis compleretur*, como en una serie de otros autores del mismo periodo. Además, Ovidio, *Heroides* 7.188: ... *instruis impensa nostra sepulcra brevi*; Ovidio, *Amores* 2.225: *Sed tamen et servo (levis est inpensa) roganti Porrige Fortunae munera parva die...*; Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 4.4.11: ... *indigentia domesticae inpensae funera...*; Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 7.6.3: ... *aequi animi uir ad salutarem inpensam faciendam care quidem, uerum necessarie conparato cibo uixit*; Quintiliano, *Institutio oratoria* 1.10.18: *qui reposcenti filium patri velut rationem inpendiorum quae in educationem contulerit exponens psaltis se et geometris multa dicit dedisse.*

[46] Como gasto de dinero público, en un pasaje de Paulo, 1 *sententiarum*, D. 39.2.46.1: *Domum sumptu publico exstructam, si dominus ad tempus pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit...* y en Ulpiano, *singulari de officio curatoris rei publicae*, D. 50.12.1.3: *Item si apparatum sive impensam in publico* posuit; y el *aliquid dependat* de Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 18.4.2.16: *Et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum*, se refiere a aquello que se gastó en el pago de los impuestos. También en dos oportunidades en una fuente del derecho post clásico en la Constitución del año 534 del Emperador Justiniano, C. 1.27.1.18: *Hoc etiam praesenti sanctione credimus ordinandum, ut non multa dispendia pro completione chartarum vel codicillorum vel in nostro laterculo vel in scriniis praefecti praetoriorum per Africam iudices sustinere videantur, quia, si ipsi dispendiis laesi non fuerint, nullam habeant necessitatem eiusdem nostrae Africae tributarios praegravandi.* Como gastos de dinero privado lo usa Escévola, 5 *digestorum*, D. 15.3.21, a propósito de acción de peculio: ... *ex pecunia mariti in easdem causas convertit: deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia: pater impensam recusat...*, donde el término *impensa* está usado para referirse al pago del dinero; y más claro aún es el pasaje del jurista Labeón, 5 *quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D. 19.2.60.4, en el que usa el término *impensam* para referirse exclusivamente al valor en dinero que tendría la edificación de la casa de campo: ... *renuntiasti mihi ducentorum impensam excutere.* También en Ulpiano, 3 *disputationum*, D. 24.3.21, donde en ambas oportunidades tiene el significado de pagar dinero: *Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit...*; y del mismo jurista en sede de donaciones entre marido y mujer, en Ulpiano, 32 *ad Sabinum*, D. 24.1.21 pr: *Ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas et aliquid maritus expensarum nomine ei*

desembolsos o sacrificios económicos, aunque estos no correspondieran a un pago[47], sino que consistieran también en cosas distintas del dinero, como actividades o servicios prestados por el sujeto que hacía el gasto; tal es lo que se observa en el famoso pasaje de Cicerón *In Verrem* 5.51: "*…impendere laboris, operae, pecuniae*", pero también se puede recordar "*ut operam curam pecuniam impendant in eas res*", entre muchos otros[48]. Lo que tenían en común cualesquiera de estos objetos (*laboris, operae,*

praestiterit. En cuanto al uso del verbo *dependere* y sus derivados, destaca en Paulo, 5 *ad Plautium.* D. 18.1.57.2: *et hic enim oportet et venditorem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est...*; también en los pasajes de Papiniano, primeramente a propósito de la prenda, que usa el término *dependit* para referirse al pago en dinero hecho por el fiador de la prenda y como tal se entiende como sinónimo de *impendere*; y en Papiniano, 2 *responsorum.* D. 20.5.2: *offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit*; y finalmente en Paulo, 3 *quaestionum*, D. 22.3.25.2 se encuentra *dependit* en dos oportunidades para referirse al pago de una suma de dinero: *... sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit: ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam.*

[47] Cicerón, *Pro Fonteio* 3: *Acceptas populo Romano pecunias omnis isti rettulerunt; si protinus aliis aeque magnas aut solverunt aut dederunt, ut, quod acceptum populo Romano est, id expensum cuipiam sit....* En las fuentes jurídicas queda claro que no todos los casos en que se habla de impensa corresponden al cumplimiento de una obligación, como por ejemplo en Gayo, 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39 pr: *Utiles autem necessariaeque sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia: aut in novelleta: aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, cum id utilius sit quam ipsos dedi: denique alias complures eiusdem generis esse impensas manifestum est.* Por ejemplo, también es claro que no corresponde a un pago casos como el de Escévola, 2 *digestorum*, D. 4.4.39.1: *... nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit...* Por otra parte, *dependere* y *depensio* también adquiere un valor propio de "gasto" pero en cuanto a "daño, desventaja, pérdida en contraposición a *lucrum*", siempre estimable en dinero; hasta llegar después a significar incluso "menoscabo en la fama o reputación de una persona", cfr. v. *dispendium*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 199; v. *dispendium*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 151. Al respecto, se puede observar Ulpiano, 17 *ad edictum*. D. 6.1.37: *... sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit*, donde el término *dispendio* se refiere a los gastos en dinero que experimentaría el reivindicante, no el poseedor vencido, cuando este último ejerciera su *ius tollendi*. Asimismo, Neracio, 3 *membranarum*, D. 19.1.31 pr.: *Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur*; y, Paulo, 32 *ad edictum*, D. 17.2.65.6: *... itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem.* Además, en la Constitución del año 399 de los Emperadores Arcadio y Honorio C. 7.62.30: *... Sciant igitur cuncti, sibi ab iniuriis et suspectis iudicibus et in capitali supplicio ac fortunarum dispendio provocationem esse concessam.*

[48] Cicerón, *In Verrem* 5.51: *Quid censetis in hoc foedere faciendo voluisse Mamertinos impendere laboris, operae, pecuniae ne haec biremis adscriberetur, si id ullo modo possent a nostris maioribus impetrare?*; Cicerón, *In Verrem* 4.68: *... non erunt tam amentes ut operam curam pecuniam impendant in eas res quas vobis gratas fore non arbitrentur.* En este periodo, cfr. Cicerón, *De Officiis* 2.83: *... ut, cum ego emerim, aedificarim, tuear, impendam, tu me invito fruare meo?*; Cicerón, *In Verrem* 3.227: *Etenim ad incertum casum et eventum certus quotannis labor et certus sumptus impenditur*; Cicerón, *In Verrem* 5.47: *Si et ex quo fit navis, et qui faciunt, imperio tibi tuo non pretio praesto fuerunt, ubi tandem istud latet quod tu de tua pecunia dicis impensum?*; Cicerón, *Philippicas* 6.14.10: *... nullam inpensam fecerant...*; Cicerón, *De Finibus* 1.45.7: *... ut necessariae nec opera multa nec impensa expleantur...*; Cicerón, *Epistulae ad Familiares* 8.1.1.15: *... ne molestiam tibi cum impensa mea exhibeam...*; Cicerón, *Epistulae ad Familiares* 8.4.2.8: *... qui solet infimorum hominum amicitiam sibi qualibet impensa adiungere...*; Cicerón, *Epistulae ad Familiares* 14.2.3.4: *... quae impensa facienda est, in eius partem te miseram et despoliatam venire*; Cicerón, *Epistulae ad Familiares* 16.18.2.4: *...iste nos tanta impensa derideat?*; Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 6.1.4: *... itaque aut tutela cogito me abdicare aut ut pro Glabrione Scaevola faenus et impendium recusare*; Virgilio, *Georgicon* 2.61: *... scilicet omnibus est labor impendendus...*; y, *Georgicon* 3.124: *...*

pecuniae) en los que podía consistir el gasto (*impendere*) en su acepción más amplia, es que tanto las "labores, las obras y los dineros" eran todos estimables pecuniariamente[49]. Por ello es que, una vez abierto este nuevo campo semántico exorbitante del sólo dinero (*pecunia*), en el estadio final del desarrollo de las acepciones del término *pendere*, hacia el siglo I a. C., éste equivaldrá abstractamente incluso a "evaluar, estimar, ponderar (en dinero)"[50], sin más.

Respecto de lo anterior, en las fuentes jurídicas, como más adelante se verá con mayor detenimiento, el *ius tollendi*, por ejemplo, refiere como "*impensa*" no una suma de dinero sino la cosa material misma que se había unido en calidad de accesoria a otra principal de distinto dueño, respecto de la cual el poseedor vencido tenía derecho a su separación antes de restituir la cosa resultante que era objeto del litigio. Así se puede observar en Gayo, 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39.1: *…potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possint*[51]; o, lo mismo, en Celso,

---

ovnis impendunt curas. En Varrón, *Rerum rusticarum* 6.65: *... ab hoc pecunia quae in faenore sors est, impendium quod inter se iungit*. En Lucano, *Bellum civile* 2.569: *... inpensa labori dant animos?* En Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.35.7: *... eo impendi laborem ac periculum unde emolumentum atque honos speretur...*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 7.21.7: *... semper certe alteri grauem cum alia moderatione tum impendio magis publico quam iactura sustinuerunt*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 22.22.14: *... ut opera quoque impensa...*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 22.23.8: *... fidemque publicam impendio priuato exsoluit*. En la obra poética de Ovidio, *Metamorphoseis* 6.463: *...impetus est illi comitum corrumpere curam nutricisque fidem nec non ingentibus ipsam sollicitare datis totumque inpendere regnum aut rapere et saevo raptam defendere bello*. En el siglo I d. C., los escritos de Plinio, *Epistolae* 7.12.6: *... quod impendi data opera cursore dimisso*; Suetonio, *Divus Claudius* 9.2: *Postremo sestertium octogies pro introitu novi sacerdotii coactus impendere...*; Suetonio, *Nero* 31.4: *Ad hunc impendiorum furorem*; Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 3.2.23: *... uisoque imperatore armis non amissis, sed bene inpensis, cum laudem mere<re>ris, ueniam petisti, <quod sine scuto redisses,> magnus proelio, sed maior disciplinae militaris memoria*. En el siglo II d. C., cfr. Apuleyo, *Apologia* 23.4: *Neque enim dubitassem equidem uel uniuersum patrimonium impendere...*; Apuleyo, *Metamorphoseis* 2.18: *... et cum impendio excusarem, negavit veniam.*

[49] Cfr. v. *impendo, is, dere, di, sum* (de *in* y *pendo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 829.

[50] Cfr. v. *pendo, -is, pependi, pensum, pendere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 494. En esto alcanza un valor aún más abstracto el verbo *expendere* por sobre *impendere*, pues corresponde más bien sólo al primero de éstos el significado amplísimo de "pesar mentalmente, juzgar, estimar". Ese uso le da Cicerón en distintos pasajes de sus obras, por señalar algunas, en *De Oratore* 2.309: *equidem cum conligo argumenta causarum, non tam ea numerare soleo quam expendere*; Cicerón, *Pro Flacco* 12: *Vos autem in privatis minimarum rerum iudiciis testem diligenter expenditis...*; Cicerón, *De Officiis* 1.113: *Quae contemplantes expendere oportebit, quid quisque habeat sui, eaque moderari nec velle experiri, quam se aliena deceant...* Lo mismo puede observarse en Ovidio, *Metamorphoseis* 13.150: *... sed neque materno quod sum generosior ortu, nec mihi quod pater est fraterni sanguinis insons, proposita arma peto: meritis expendite causam...*; Tácito, *Annales* 14.35: *...si copias armatorum, si causas belli secum expenderent, vincendum illa acie vel cadendum esse.* Cfr. v. *expendo, -ere,-di, -sum* [*ex- + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 648.

[51] También se puede ilustrar el uso del término impensa en referencia a una cosa distinta de dinero en el pasaje de Modestino, 6 *responsorum*, D. 26.7.32.6, donde el plural *impensas* se refiere a las *annonas*, o granos, que se deben pagar por la propiedad del fundo común: *ipse pro communi et individua hereditate annonas praestitit... quia non recte pro parte sororis tales impensas fecerat.* Cfr. v. *annona, -ae*, "cosecha

3 *digestorum*, D. 6.1.38: *…sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus.*

Asimismo, la *impensa* podía consistir en un desembolso o una inversión "de recursos inmateriales"[52], como se suele denominar los servicios realizados en una cosa, o, lo mismo, el trabajo invertido en una cosa. En suma, *impedere* en este caso se refiere a "consagrar cuidados y esfuerzos a una cosa"[53], tal como se observa, por ejemplo, en Paulo, 39 *ad edictum*, D. 13.1.13: *Ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius ait: ergo in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est…* Puede reclamarse con la *condictio* la plata hurtada que había sido transformada en vasos cincelados, caso en el cual debía estimarse lo que el ladrón había gastado en su elaboración: *quae impensa furis facta est.* En este caso la expensa consistente en el cincelado que ha hecho el ladrón, no sólo podría corresponder al pago de dinero que éste haya podido hacer a un tercero para que operara el cincelado como

---

anual [espec. de trigo], trigo", SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 44.

[52] Cfr. v. *impendo, -dere, -di, -sum, tr. inp-,* [*in + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 842.

[53] En las fuentes literarias se observa esta acepción ya desde fines del siglo I a. C. en la obra poética de Virgilio, *Aeneid* 11.228: *... nihil omnibus actum tantorum impensis operum...* y más tarde en la de Ovidio, *Amores* 2.225: *Sed tamen et servo (levis est inpensa) roganti Porrige Fortunae munera parva die...* y del mismo, en *Metamorphoseis* 8.63: *Melius sine caede moraque inpensaque sui poterit superare cruoris*. También se puede citar Varrón, *Rerum rusticarum* 1.2.8: *Duo in primis spectasse videntur Italici homines colendo, possentne fructus pro impensa ac labore redire et utrum saluber locus esset an non. Quorum si alterutrum decolat et nihilo minus quis vult colere, mente est captus adque adgnatos et gentiles est deducendus. Nemo enim sanus debet velle impensam ac sumptum facere in cultura, si videt non posse refici, nec si potest reficere fructus, si videt eos fore ut pestilentia dispereant*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 35.44: *... id suae impensae erga eos uoluntatis maximum debere indicium esse, quod nec paratus satis ulla re et tempore ad nauigandum immaturo uocantibus legatis eorum haud grauate obsecutus esset credidissetque...*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 37.53.12: *... rebus ipsis meritisque et impensis officiorum ut superare possem, fortuna tempora Antiochus et bellum in Asia gestum praebuerunt materiam*; Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 9.14.6.2: *... quod ego inpensa opera conquisitis veteribus libris plusculis ita, ut Caesellius ait, scriptum inveni.*. "*Impendere*" como consagrar esfuerzos o cuidados a una cosa puede encontrarse en las fábulas de Fedro, *Fabularum aesopiarum libri quinque* 3pr.11: *... impendas curam quam rei domesticae, reddas amicis tempora, uxori uaces, animum relaxes, otium des corpori, ut adsuetam fortius praestes uicem?*, y también en una serie de otros pasajes, como Petronio, *Satiricon* 137.5.2: *... interim Proselenos cum impensa sacrificii venit...*; Juvenal, *Satirae* 3.216: *.. ardet adhuc, et iam accurrit qui marmora donet, conferat inpensas;* Juvenal, *Satirae.* 5.156 *forsitan inpensae Virronem parcere credas*; Quintiliano, *Institutio oratoria* 1.2.2.2: *Hi duas praecipue rationes sequi videntur: unam, quod moribus magis consulant fugiendo turbam hominum eius aetatis quae sit ad vitia maxime prona, unde causas turpium factorum saepe extitisse utinam falso iactaretur: alteram, quod, quisquis futurus est ille praeceptor, liberalius tempora sua inpensurus uni videtur quam si eadem in pluris partiatur*; Quintiliano, *Institutio oratoria* 3.6.21: *Id si quis generalem quaestionem vel caput generale dicere malet, cum hoc mihi non erit pugna, non magis quam si aliud adhuc quo idem intellegatur eius rei nomen invenerit, quamquam tota volumina in hanc disputationem inpendisse multos sciam: nobis statum dici placet*; Quintiliano, *Institutio oratoria* 1pr.1: *Post impetratam studiis meis quietem, quae per viginti annos erudiendis iuvenibus inpenderam...*; y, finalmente, en Quintiliano, *Institutio oratoria* 12.8.10: *Nam cum satis in audiendo patientiae inpenderit.* Cfr. v. *impendo, is, dere, di, sum* (de *in* y *pendo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 829; v. *impendo, -dere, -di, -sum, tr. inp-,* [*in + pendo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 842.

artesano sino que, también, podría corresponder al propio trabajo personal del ladrón, puesto que no se hace distinción alguna al respecto. Es más, esto se refuerza por la parte siguiente del mismo fragmento, en la cual se explica este caso de la siguiente forma: *quemadmodum si infans subreptus adoleverit, aestimatio fit adulescentis, quamvis cura et sumptibus furis creverit*; pues en el caso de hurtarse a un infante que ha llegado ya a la adolescencia, se debe estimar para su descuento no sólo los gastos directamente pecuniarios (*sumptus*) sino también los cuidados personales (*cura*) que el ladrón había dado al niño.

El mismo uso de *impensa* conectado a la aplicación de una cosa material o de una actividad aparece en Paulo, 2 *sententiarum*, D. 19.2.55.1: *In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest*. En el texto, los gastos hechos por el arrendatario no sólo se refieren a desembolsos de dinero, sino también a la aplicación de su propio trabajo o a la utilización de sus propios materiales para la edificación o el establecimiento de alguna cosa en el inmueble arrendado.

Por último, en esta misma época se encuentra el término *impendium* con este uso en el pasaje de Ulpiano, 18 *ad edictum*, D. 9.2.7 pr, en sede de la Ley Aquilia, en el que *impendia* se refiere a los gastos de curación hechos por el padre en el hijo: *Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit*. Al referirse el texto a los gastos (*et impendia*) hechos por el padre indica aquellos *quae pro eius curatione fecerit*, es decir, aquellos (*eius*) correspondientes al "*vitiatum oculum*" cuyo cuidado hubo de asumirse (*curatione fecerit*). Si bien, el lector puede sentirse -una vez más-, tentado a pensar que se tratan sólo de cuidados (*cura*) consistentes en gastos en dinero, sería ello una forma restrictiva de entender la frase que, en caso alguno, puede deducirse del pasaje. Si algo es claro, es que más allá de que todos estos gastos debían ser susceptibles de estimarse por el juez, el gasto no sólo tenía que corresponder directamente a un sacrificio de dinero sino perfectamente, también, al sacrificio del trabajo involucrado en el cuidado de los ojos enfermos.

Igualmente, ahora en sede de *actio redhibitoria*, se encuentra esto en Paulo, 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.30.1: *Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.* Para Paulo, los gastos hechos por el comprador en el cuidado de un esclavo, después de la *litiscontestatio*, deben ser calculados como impensa y hechos valer en juicio por medio del expediente de la

retentio[54]. Agrega además lo dicho por Aristón, respecto de que no han de contar como tales gastos, los alimentos dados al esclavo a pesar de no exigirse a éste la prestación de ningún servicio. Del uso amplio del término impensa, que por supuesto en el caso de los alimentos se refiere al valor del alimento (cosa material) mismo, se entiende que por *impensa* se comprende no sólo el dinero que eventualmente se haya podido haber gastado u otras cosas materiales -como los alimentos (*cibaria*) apenas antes aludidos-, sino también todos aquellos recursos inmateriales, actividades, servicios prestados, a condición, por supuesto, de que estos últimos sean avaluables en dinero.

2.2 LOS TÉRMINOS UTILIZADOS POR LAS FUENTES QUE PROVIENEN DE UNA RAÍZ ETIMOLÓGICA DISTINTA DE **PEND-*

Al interior de este grupo, en primer lugar destaca el verbo *erogare*, compuesto por la raíz *rogo* y el prefijo *ex*[55], y con éste los términos *erogatio*, *erogationis* y *erogatum*[56]. Todos estos comparecen en las fuentes jurídicas para designar el concepto de gasto, desembolso, salida, como asimismo otros actos tales como el reparto y la distribución[57].

---

[54] Vid., RICCOBONO, Salvatore: "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*", Scritti di diritto romano, 2, Palermo, 1964 [pero, 1917], p. 167; MANNA, Lorena: *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, pp. 194, 195 y 197; DONADIO, Nunzia: *La tutela del compratore tra actiones ediciliae e actio empti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 306 y 307.

[55] El término basilar *rogo, rogavi, rogatum,* y en particular el verbo *rogare,* tienen varios significados, el más genérico es el de "preguntar a una persona o sobre una cosa", cfr. v. *rogo, -as, -aui, -atum, -are*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 575; *v. rogo, -are, -aui, -atum, tr.* [**roga* + *-o*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1659. También el de "tender la mano para tomar cualquier cosa o dirigirse en contra de cualquier cosa", cfr. v. *rogo, -as, -aui, -atum, -are*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 576.

[56] Para Reszczyński de las voces con las cuales las fuentes jurídicas romanas designan el término "gastos", "desembolso", "salida", así como otros actos relacionados, juegan un papel importante el verbo *erogare* y el derivado *erogatio,* el primero aparece en las fuentes en el segundo puesto (total de usos 155) y el segundo en el sexto puesto (total de usos 51) de los términos más utilizados por los juristas. RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 193; RESZCZYŃSKI, "*Erogare ed erogatio nelle fonti del diritto romano*" (cit. nt. 22), p. 743 nt. 1.

[57] En la evolución del significado, se puede encontrar que *erogare,* al igual que *erogatio* y *erogationis,* aparecen además como "reparto, distribución (de aguas de una reserva)", cfr. v. *erogatio*; v. e*rogo, -are, -aui, -atum* [*ex-* + *rogo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), pp. 617 y 618; v. *erogo, as, are, avi, atum* (de *e* y *rogo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 643; v. *rogo, -as, -aui, -atum, -are*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 575; v. *erogo, are, avi, atum* [*e, rogo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 255; v. *erogare* (*erogatio*), BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (cit. nt. 26), p. 455. Refieriéndose a ello los encontramos en las fuentes literarias, especialmente en Frontino, *De Aquaeductu Urbis Romae* 3.2: *... ab illis erogationes, quantum extra urbem, quantum intra urbem quisque modis cuique regioni pro suo modo unaquaeque aquarum seruiat*; Frontino, *De Aquaeductu Urbis Romae* 9.2: *Adquisitae aquae ab ibuebtore nomen Iuliae datum est, ita tamen diuisa erogatione ut maneret Tepulae adpellatio*; Frontino, *De Aquaeductu Urbis Romae* 79.1: *Ex quinariis ergo quattuordecim milibus decem*

En sus orígenes, *erogare* se entendió como "desembolsar o gastar dinero público, originado después de la aprobación de una *rogatio* destinada a ello"[58]. Este sentido de "erogar" como gasto público aparece persistentemente tanto en fuentes literarias[59] como jurídicas[60]. Pero más tarde, hacia el siglo I a. C., también comenzó a ser usado referirse a los gastos privados de dinero[61].

Tal como ocurría con *impendere*, *erogare* también servía para referirse a gastos que consistían en la aplicación de cosas o actividades distintas del dinero. Así, por

---

et octo, quam summam erogationibus omnium aquarum seposuimus; Frontino, *De Aquaeductu Urbis Romae* 104.4: *... quia modus aquarum quae eis temporibus in urbem veniebant, antequam Claudia et Anio Novus perducerentur, maiorem erogationem capere non videbatur*. También con este uso en una fuente jurídica de época post clásica de Aurelio Arcadio Carisio, *singulari de muneribus civilis*, D. 50.4.18.8: *Qui annonam suscipit vel exigit vel erogat, et exactores pecuniae pro capitibus personalis muneris sollicitudinem sustinent.*

[58] Cfr. v. *erogatio*; v. e*rogo, -are, -aui, -atum* [*ex- + rogo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), pp. 617 y 618; v. *erogo, avi, atum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 657; v. *rogo, -as, -aui, -atum, -are*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 575.

[59] Para Reszczyński, como consecuencia de la evolución que tuvo la raíz del verbo, *erogare* tiene en principio un significado genérico de gastar el dinero del pueblo, significado que permanece grabado en el latino clásico, según el autor, hasta el tiempo de Tito Livio, RESZCZYŃSKI, "*Erogare ed erogatio nelle fonti del diritto romano*" (cit. nt. 22), p. 745. Pero del estudio de las fuentes se puede ver, más allá de lo que éste señala, que se mantiene incluso en la obra de Suetonio, en *Nero* 30.2: *... octingena nummum milia diurna erogavit, abeuntique super sestertium milies contulit.* Cfr. además, Cicerón, *In Vatinium* 29: *... erogarisne pecunias ex aerario tuis legibus*; Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 6.1.21: *... si ego in tenebris laterem nec audiretur Romae nullum in mea provincia nummum nisi in aes alienum erogari*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 22.23.7: *... tardius erogaretur, inuiolatum ab hoste agrum misso Romam Quinto filio uendidit, fidemque publicam impendio priuato exsoluit*; Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 4.8ext.2: *... sed multo etiam animo quam diuitiis locupletior semperque in eroganda potius quam in corripienda pecunia occupatus* y *Factorum ac dictorum memorabilium* 5.4ext.3: *... siquidem admodum humiles in Hispania nati pro parentium alimentis spiritum erogando specioso exitu uitae inclaruistis*; Frontino, *De Aquaeductu Urbis Romae* 101.2: *... quamvis perseveret adhuc aerarium in eos erogare...*; Tácito, *Annales* 16.17: *... scriptis codicillis quibus grandem pecuniam in Tigellinum generumque eius Cossutianum Capitonem erogabat quo cetera manerent.* En el siglo II d. C. lo usa también Apuleyo en su obra *Metamorphoseis* 11.28: *Nam et viriculas patrimonii peregrinationis adtriverant impensae et erogationes urbicae pristinis illis provincialibus antistabant plurimum.*

[60] Cfr. Calistrato, 1 *de cognitionibus*, D. 50.4.14 pr: *Honor municipalis est administratio rei publicae cum dignitatis gradu, sive cum sumptu sive sine erogatione contingens.*Y el mismo jurista, a propósito del derecho de inmunidad, lo usa de forma similar en Calistrato, 1 *de cognitionibus*, D. 50.6.6 pr: *... maxime si non tam corporis habeat vexationem quam pecuniae erogationem indicti muneris administratio, et ex ea sit civitate, in qua non facile sufficientes viri publicis muneribus inveniantur.*

[61] Cfr. v. *erogo, -are, -avi, -atum* [*e, rogo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 255. En las fuentes literarias: cfr. Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 15.2.4: *Pente/loipon movere ista videntur in primis erogatio pecuniae* y del siglo I d. C. en Tácito, *Annales* 13.50: *... reliqua mox ita provisa, ut ratio quaestuum et necessitas erogationum inter se congruere[nt]*. v. *erogare* (*erogatio*), BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (cit. nt. 26), p. 455. En las fuentes jurídicas: cfr. Escévola, 3 *digestorum*. D. 5.3.58: *... sed erogationem in honorem filii cum esset senator fecit ex ea* y en un pasaje ya antes citado, en la *actio de in rem verso*; Escévola, 5 *digestorum*, D. 15.3.21, donde el término viene usado para referirse a gastar y en cuanto tal como sinónimo de *impensare*: *... si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset.* También se encuentra el término en un pasaje del jurista Africano a en sede de *actio exercitoria*, en el se usa para referirse a los gastos en dinero que se hacen en las reparaciones de la nave y por ende debe entenderse como sinónimo de *impensa*, en Africano, 8 *quaestionum*, D. 14.1.7 pr: ... (*quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse*).

ejemplo, se observa en las fuentes jurídicas que los gastos pueden tratarse simplemente de cosas o bienes de cualquier tipo. Es el caso de Gayo, 10 *ad edictum provinciale*, D. 17.2.68.1: *qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur*. También se puede observar con este valor en Ulpiano, 29 *ad edictum*, D. 15.3.7.3: *Illud plane verum est, quod Labeo scribit, si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum*, donde el gasto consiste en el valor de los perfumes y ungüentos mismos que se utilizaron en el funeral. Y lo mismo ilustra Escévola, 2 *quaestionum*, D. 11.7.46.2: *Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit et privilegium funerarium*, en el que *erogata sint* tiene por objeto los vestidos (*vestimenta*) utilizados en el funeral.

Es bastante palmario que *erogare*, y sus sustantivos y adjetivos derivados, son sinónimos de *impendere* e *impensa*. Sin embargo, parte de la doctrina ha discutido la autenticidad del término en las fuentes jurídicas clásicas y ha considerado su comparecencia como un criterio de interpolación[62]. Ello es así, en especial, en aquellos casos en los que *erogare*(*-tio*) aparece en compañía de *sumptus* o *impensa*. Sin embargo, bien comprueba Reszczyński que *erogatio* pertenece al núcleo sustancial de los términos latinos utilizados en las fuentes para indicar los gastos[63], y que la aversión al uso del término no ha sido suficientemente justificada. Por el contrario, como ya antes había advertido Lévy[64], Gayo ya lo utiliza, al igual que ocurre también en otras tantas fuentes, incluso literarias[65]. Sostiene Reszczyński: "*E in particolare non è una prova di interpolazione l'applicazione tatutologica dei termini in questione usati insieme agli altri aventi lo stesso contenuto semantico*"[66].

En segundo lugar, destaca el uso de los términos *sumere* y *sumptus*[67], que tienen un sentido general de "asumir o también tomar o coger", el cual prontamente varió para transformarse al de "gasto, desembolso, coste o dispendio en dinero"[68]; designando así

---

[62] RICCOBONO, Salvatore: "*Gli Scholii Sinaitici*", BIDR 9 (1896), p. 238 nt. 2; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*", ZSS [Romanistische Abteilung] 34 (1913), p. 103; BESELER, Gerhard: "*Et (atque) Ideo, et (atque) ideireo, ideoque, idcircoque*", ZSS [Romanistische Abteilung] 45 (1925), p. 467.

[63] RESZCZYŃSKI, "*Erogare ed erogatio nelle fonti del diritto romano*" (cit. nt. 22), p. 743.

[64] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 19.

[65] Cfr. Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 1.20.5:*... atque unde in eos sumptus pecunia erogaretur.*

[66] "*Y en particular no es una prueba de interpolación la aplicación tautológica de los términos en cuestión cuando se usan junto a otros que tienen el mismo contenido semántico*", RESZCZYŃSKI, "*Erogare ed erogatio nelle fonti del diritto romano*" (cit. nt. 22), p. 763.

[67] Cfr. v. *sumptus, us* (de *sumo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 1654; v. *sumptus* (*sumtus*), *-us* [*sumo* + *tus*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1871; v. *sumo, -is, sumpsi, sumptum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 666.

[68] Cfr. v. *sumo, -is, sumpsi, sumptum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 666; v. *sumptus, -us* [*i*], [*sumo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 750.

finalmente toda clase de gastos[69]. En consecuencia, *sumere* y *sumptus* aparecen como sinónimo de *impendere* e *impensa*.

Una evolución similar se observa del compuesto *insumo* y los términos derivados *insumptio* e *insumptum*[70], que se forman de la unión del prefijo *in* y el término *sumo*[71]. Estos términos se entendieron primeramente en el sentido de "emplear en alguna cosa o consagrar a"[72], significado que evoluciona, tal como lo hace la raíz de estos términos, al

---

[69] Cfr. v. *sumptus*, BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (cit. nt. 26), p. 724; v. *sumptus*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 569; v. *sumptus* (*sumtus*), *-us* [*sumo* + *tus*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1871; v. *sumptus*, *us*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1803; v. *sumo, -is, sumpsi, sumptum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 666; v. *sumptus, -us* [*i*], [*sumo*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 750. Estos términos se relacionan de forma particular a los gastos conectados a una vida lujuriosa y aparecen así en las fuentes, como "gastos lujosos o extravagantes", crf. v. *sumptus*, BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (cit. nt. 26), p. 724; v. *sumptus* (*sumtus*), *-us* [*sumo* + *tus*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1871; v. *sumptuosus, a, um, adj.* [2. sumptus], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1803. De ello da cuenta el elenco de leyes de las que nos da noticias distintos autores clásicos, cfr. Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 13.7: *... sibi certum esse Romae manere causamque eam ascribere quae erat in epistula nostra, ne se absente leges suae neglegerentur sicut esset neglecta sumptuaria...*; Tácito, *Annales* 3.52: *... sperni sumptuariam legem vetitaque utensilium pretia augeri in dies nec mediocribus remediis sisti posse, et consulti patres integrum id negotium ad principem distulerant*; Tácito, *Annales* 3.55: *... luxusque mensae a fine Actiaci belli ad ea arma quis Servius Galba rerum adeptus est per annos centum profusis sumptibus exerciti paulatim exolevere*; Suetonio, *Divus Augustus* 34: *Leges retractavit et quasdam ex integro sanxit, ut sumptuariam et de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus*; Suetonio, *Divus Iulius* 43: *Legem praecipue sumptuariam exercuit dispositis circa macellum custodibus...*; Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 2.24.14: *Lex deinde Antia praeter sumptum acris id etiam sanxit, ut qui magistratus esset magistratumve capturus esset...*, sancionadas entre los años 182 a. C. y 18 d. C., dictadas en orden a suprimir los incrementos lujosos en la vida de los romanos, prohibiendo las prendas lujosas para las mujeres, el excesivo uso de joyas, y la prodigalidad en banquetes y fiestas. Vid., por todos, CLEMENTE, G.: "*Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo A.C.*", Giardina, A. y Schiavone, A. (edits.), *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, 3, Roma-Bari, Laterza, 1981, pp. 1 a 14; BOTTIGLIERI, Anna: *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 11 a 35; VENTURINI, Carlo: "*Leges sumptuariae*", Index 32 (2004), pp. 355 a 380; DARI-MATTIACCI, Giuseppe-PLISECKA, Anna: *Luxury in Ancient Rome: Scope, Timing and Enforcement of Sumptuary Laws*, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper 3 (2010), pp. 1 a 12 <disponible en: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=ALEA2010&paper_id=73>; CASINOS, Francisco Javier: *La restricción del lujo en la Roma Republicana*, Dykinson, Madrid, 2015, *passim* (especialmente pp. 37 ss.).

[70] Cfr. v. *insumere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 276; v. *insumo, is, ere, mpsi, mptum* (de *in* intens. y *sumo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 824; v. *insumo, -ere, -psi, -ptum* [*in* + *sumo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 933; v. *in-sumo, mpsi, mptum*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 972; v. *sumo, -is, sumpsi, sumptum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), pp. 666 y 667.

[71] Cfr. v. *insumo, is, ere, mpsi, mptum* (de *in* intens. y *sumo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 824; v. *insumo, -ere, -psi, -ptum* [*in* + *sumo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 933.

[72] Cfr. v. *insumere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 276; v. *insumo, is, ere, mpsi, mptum* (de *in* intens. y *sumo*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 824. Cfr. Marcelo, 15 *digestorum*, D.36.1.46.1: *... scilicet quia suo periculo faeneravit colendove fundo vel in cogendis fructibus insumpsit operam: nec aequum erat alterius, ut sic dixerim, procuratorem constitui.*

de "consumir o gastar" y, en este sentido, se entiende igualmente como sinónimo de *impensa*[73].

Respecto de todos éstos (*sumere*, *sumptus*, *insumo*, *insumptio*, *insumptum*, *consumo*, *consumptio*, *consumptum*), por supuesto se encuentra el significado propio de hacer un gasto consistente en dinero, tanto en fuentes literarias[74] como jurídicas[75]. Sin embargo, también se debe destacar las fuentes en las que el gasto consiste en cualquier

[73] Cfr. v. *insumere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 276; v. *insumo*, *is*, *ere*, *mpsi*, *mptum* (de *in* intens. y *sumo*), BLANQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 824.

[74] Con su primer sentido de gasto de dinero, se observa ya en el siglo I a. C. en Cicerón, *In Verrem* 3.227: *Etenim ad incertum casum et eventum certus quotannis labor et certus sumptus impenditur*; Cicerón, *In Verrem* 4.22: *Huic Mamertini irati fuerunt, qui maiorem sumptum quam quanti Catonis lis aestimata est in Timarchidi prandium saepe fecerunt*; Suetonio, *Nero* 16.2: *Multa sub eo et animadversa severe et coercita nec minus instituta: adhibitus sumptibus modus*; Plinio, *Epistolae* 2.1.9: *... qui minuendis publicis sumptibus iudicio senatus constituebantur.* Pero dentro de este sentido, hay fuentes que lo usan más específicamente para designar "una carga o responsabilidad pecuniaria"; cfr. v. *sumptus* (*sumtus*), *-us* [*sumo* + *tus*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1871; v. *insumo*, *-ere*, *-psi*, *-ptum* [*in* + *sumo*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 933. Así se encuentra en la época clásica, en varios pasajes de la obra de Cicerón, como por ejemplo en *Pro Flacco* 32: *Reliquum est ut quaeratur utrum ista classis cursu et remis, an sumptu tantum et litteris navigarit* y *De Lege Agraria* 2.78: *Neque istorum pecuniis quicquam aliud deesse video nisi eius modi fundos quorum subsidio familiarum magnitudines et Cumanorum ac Puteolanorum praediorum sumptus sustentare possint*; Cicerón, *Epistulae ad Familiares* 16.4.2: *Illud, mi Tiro, te rogo, sumptu ne parcas ulla in re, quod ad valetudinem opus sit...*; Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 11.2.2: *... in quos enim sumptus abeunt fructus praediorum?*; Cicerón, *Epistulae ad Atticum* 4.2.7: *... ac forensium quidem rerum haec nostra consilia sunt, domesticarum autem valde impedita. domus aedificatur, scis quo sumptu, qua* molestia; y también en César, *De Bello Civili* 3.102.4: *Ipse ad ancoram unam noctem constitit et vocatis ad se Amphipoli hospitibus et pecunia ad necessarios sumptus corrogata, cognito Caesaris adventu, ex eo loco discessit et Mytilenas paucis diebus venit*; además de muchos otros escritores y poetas de la época como Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 45.32.5: *... praediuites alii, alii, quos fortuna non aequarent, his sumptibus pares*; Vitruvio, *De Architectura* 2.8.20: *Itaque satius esse videtur inpensa testaceorum in sumptu, quam compendio craticiorum esse in periculo*; Vitruvio, *De Architectura* 8.6.8: *Sin autem minore sumptu voluerimus, sic est faciendum*; Horacio, *Sermones* 2.4.82: *... vilibus in scopis, in mappis, in scobe quantus consistit sumptus?*; Plinio, *Epistolae* 3.19.3: *Inest huic computationi sumptus supellectilis, sumptus atriensium topiariorum fabrorum atque etiam venatorii instrumenti...*; Plinio, *Epistolae* 5.19.8: *Rogo ergo scribas tuis, ut illi villa, ut domus pateat, offerant etiam sumptibus eius, si quid opus erit.* Más tardíamente en Nepote, *Miltiades* 7.6: *Causa cognita capitis absolutus pecunia multatus est, eaque lis quinquaginta talentis aestimata est, quantus in classem sumptus factus erat.*

[75] Cfr. Paulo, 9 *ad Plautium*, D. 31.8 pr: *... cautiones interponendae sunt de reducendo eo: sed si quidem vivo testatore fugerit, expensis legatarii reducitur, si post mortem, sumptibus heredis,* en el que usa el término para referirse a las cauciones que se han de dejar para recuperar el esclavo que ha huído, y en cuanto a tal se entiende como un gasto que consiste en dinero; Ulpiano, 5 *de officio proconsulis*, D. 5.1.79 pr: *Eum, quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit* y en Modestino, 5 *responsorum*, D. 45.1.102: *qui sumptus in defensione causae factos, cum probarent pretium solutum fuisse, ex stipulatione petebant.* Y en términos similares, en una fuente del derecho posclásico, en la Constitución del año 243, del Emperador Gordiano C. 3.33.7: *Eum, ad quem usus fructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere explorati iuris est. Proinde si quid ultra quam impendi debeat erogatum potes docere, sollemniter reposces.* También el término *consumpta* para referirse a los gastos hechos en la mantención del esclavo, en la Constitución del año 224 del Emperador Alejandro Severo, C. 8.51.1: *si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris.*

otra cosa material o en la inversión de una actividad[76]. Así ocurre, por ejemplo, en el pasaje de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31[77], el uso de *artificium sumptibus* se refiere expresamente a una inversión de bienes inmateriales: *Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit*. En este caso, la técnica (*artificium*) por la cual el esclavo reclamado podría haber producido frutos, había sido aprendida del poseedor (*sumptibus possessoris didicit*), por lo cual el vindicante no podía pretender reclamarlos (*improbe… desiderabit petitor*). Por tanto, si bien no se puede descartar que *sumptus* aquí se podría referir a los gastos pecuniarios en educación del esclavo, más bien parece que el esclavo aprendió desde la intervención didáctica personal del poseedor (*possessoris didicit*) y que esto sea lo denominado como gasto (*sumptibus*).

En tercer lugar, el término *iactura*, del compuesto *iacio* y *ura*, se utiliza con diversos sentidos[78], entre los cuales se encuentra un significado que, si bien es marginal,

[76] En las fuentes literarias, probablemente la más connotada sea Vitruvio, *De Architectura* 7.5.7: *Quod enim antiqui insumentes laborem ad industriam probare contendebant, artibus, id nunc coloribus et eorum alleganti specie consecuntur, et quam subtilitas artificis adiciebat operibus auctoritatem, nunc dominicus sumptus efficit, ne desideretur*. Aquí claramente se observa que el término *sumptus* es usado incluso para designar la inversión de un recurso inmaterial, como precisamente lo es el trabajo de los artesanos.

[77] *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit*.

[78] Primeramente, *iactura* tiene el sentido de "la acción de lanzar sobre la borda o echar por la borda", como también propiamente "la cosa desechada o echazón". También sirve para referirse al "acto de despilfarrar o a la pérdida de una cosa o de un hombre por la muerte, heridas o captura", cfr. v. *iactura, -ae* [*iacio* + *-ura*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 815; v. *iactura, ae, f. (iacio)*, CALONGHI, *Dizionario latino italiano* (cit. nt. 25), cols. 1283 y 1284; Con el primero de estos valores se encuentra en fuentes literarias como Cicerón, *De Officiis* 3.89: *Quaerit, si in mari iactura facienda sit, equine pretiosi potius iacturam faciat an servuli vilis*... y Curto, *Historiarum Alexandri Magni* 5.9.3: *... sed medici quoque graviores orbos asperis remediis curant et gubernator, ubi naufragium timet, iactura quidquid servari potest redimit*. Y también en fuentes jurídicas como un pasaje conocidísimo de Paulo, 34 *ad edictum* D. 14.2.2.2: *...tempestate gravi orta necessario iactura facta erat: quaesita deinde sunt haec: an omnes iacturam praestare oporteat et si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas margaritas? Et quae portio praestanda est? Et an etiam pro liberis capitibus dari oporteat? Et qua actione ea res expediri possit? Placuit omnes, quorum interfuisset iacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum observatae res deberent: itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. Iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet.* Con el segundo de los valores señalados se encuentra en las fuentes literarias: cfr. Cicerón, *In Verrem* 2.1.33: *... patiatur eius vita reliqua me hanc tantam iacturam criminum facere* y también en este sentido en César, *De Bello Gallico* 7.64.3: *... aequo modo animo sua ipsi frumenta corrumpant aedificiaque incendant, qua rei familiaris iactura perpetuum imperium libertatemque se consequi videant*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 6.19.2: *... magna pars uociferantur Seruilio Ahala opus esse, qui non in uincla duci iubendo inritet publicum hostem sed unius iactura ciuis finiat intestinum bellum*; Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 39.4.4: *Fuluium temporis iacturam facere...*; Estacio, *Silvae* 2 pr: *... iuvenem candidissimum et sine iactura desidiae doctissimum...*; Curto, *Historiarum Alexandri Magni* 6.6.17: *Brevi deinde ratio mitigavit dolorem, habilesque militiae et ad omnia parati laetabantur sarcinarum potius quam disciplinae fecisse iacturam.* En las fuentes jurídicas, es posible entender que se usa en este sentido en D. 21.1. *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*, en Ulpiano, 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.1.9: *Apud Vivianum quaeritur, si servus inter fanaticos non semper caput iactaret et aliqua profatus esset, an nihilo minus sanus videretur.*

corresponde con lo que aquí interesa. Se trata de *iactura* como "expensa, pago, costo o perjuicio"[79], por tanto, como un sinónimo de *impensa*, *sumptus* y *erogatio*[80], como en el pasaje de Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.38: ... *Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur*. Aunque por varios autores este pasaje ha sido acusado de interpolación[81], la verdad es que no hay base alguna para afirmar esto del uso de *iactura* en el sentido señalado.

En cuarto lugar, el verbo *meliorare* y *melioratio*, de *melior*[82], tiene distintas acepciones[83]. Interesa ahora poner de relieve la de "mejorar (en contradicción a deteriorar) o hacer más valiosa una cosa"[84]. Desde esta perspectiva se ha dicho que

---

También se encuentra el término a propósito de la máxima justinianea: *nemo ex aliena iactura loclupetari debet*, en el pasaje ya transcrito, referido a los gastos hechos sobre cosa ajena, Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.38: ... *Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur*, y también en Trifonino, 8 *disputationum*, D. 20.5.12.1: *Sed quantum ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat*. Cfr. RICCOBONO, "*Gli Scholii Sinaitici*" (cit. nt. 62), p. 217; RICCOBONO, Salvatore: "*Cristianesimo e diritto privato*", Revista di diritto civile 37 (1911) 3, p. 56.

[79] Cfr. v. *iactura, -ae* [*iacio* + *-ura*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 815; cscv. *iactura, ae, f. (iacio)*, CALONGHI, *Dizionario latino italiano* (cit. nt. 25), cols. 1283 y 1284.

[80] Esto puede apreciarse, por ejemplo, en Cicerón, *Pro Cluentio* 8.23: ... *deinde ipsum M. Aurium non magna iactura facta tollendum interficiendumque curavit...* y en *Epistulae ad Atticum* 6.1.2: ... *quid enim potest esse tam dissimile quam illo imperante exhaustam esse sumptibus et iacturis provinciam, nobis eam obtinentibus nummum nullum esse erogatum nec privatim nec publice?* También en César, *De Bello Galico* 6.12.2: ... *Germanos atque Ariovistum sibi adiunxerant eosque ad se magnis iacturis pollicitationibusque perduxerant...* y *De Bello Civili* 3.112.11: ... *magnis enim iacturis sibi quisque eorum animos conciliabat.*

[81] SOLAZZI, Siro: "*Miscellanea*", AG 94 (1925), p. 86. Lo consideran también interpolado, PAMPALONI, Muzio: "*Questioni di diritto giustinianeo*", RISG 49 (1911), p. 237 nt. 4; BESELER, Gerhard: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Mohr, Tübingen, 1920, p. 42; NARDI, Enzo: *Studi sulla ritenzione in diritto romano, Fonti e casi*, 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947, pp. 122 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 187 a 189.

[82] Cfr. v. *melioro, as, are* (de *melior*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 953.

[83] Cfr. v. *melior,* se encuentra también como sinónimo del significado *vorzüglicher,* en su significado de "excelente o superior", v. *meliorare*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 337; cfr. Ulpiano, 26 *ad edictum*, D. 5.1.61 pr: *Melius est dicere id venire in iudicium non de quo actum est ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est ne veniret*; Ulpiano, 37 *ad edictum* D. 9.4.8: *Sed melius est dicere, competere ei communi dividundo iudicium.* Paulo, 6 *quaestionum*, D. 23.3.70: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*; Ulpiano, 24 *ad Sabinum*, D. 34.4.3.9: *Sed melius est sensum magis quam verba amplecti et condiciones sicut adscribi, ita et adimi posse*.

[84] Cfr. v. *meliorare,* HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 337; v. *melior, -or, -us, a* (used as compar. of *bonus*), GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 815. Cabe señalar que *melior* posee distintos significados, en relación a las personas, al curso de las acciones, las circunstancias o condiciones concretas del caso y las cosas materiales, que son las fuentes que presentan mayor interés. Sin embargo, en las fuentes jurídicas destaca el uso de *melior* y *meliorare* a propósito de las tres primeras: cfr. Paulo, 1 *sententiarum* D. 4.4.34 pr: *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit*; Paulo, 30 *ad edictum*, D. 14.4.6: *Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium*; Ulpiano, 3 *disputationum*, D. 14.5.3: *Et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo*

meliorare es sinónimo de *impendere* y, con ello, *melioratio* de *impensa*. Sin embargo, parece más exacto decir que la mejora equivale al efecto de la *impensa* en la cosa en que ésta recae (el provecho económico experimentado por la cosa), el cual constituye uno de los posibles parámetros para fijar el *quantum* del reembolso. Esta idea aparece, sustancialmente, aunque no se use el término, en Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est*[85].

Debe señalarse previamente, en relación al uso de *pretiosior*, que en materia de accesión (*pictura*), Kaser[86] sostiene que no hay ninguna razón para distinguir entre *impensa picturae* y *pretium picturae*. Los primeros términos aparecen en el caso de la *tabula picta* en *Gai Institutiones* 2.78: *...quo casu nisi solvam, inpensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris…* y los segundos, en el pasaje de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.3: *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*. Para el autor el *propter pretium picturae* del texto vale evidentemente por el gasto (*impensa*) que debe ser reembolsado a su dueño por el que pintó con ellas en su propia tabla. La alusión al "valor" de la pintura (*propter pretium picturae*) no se refiere sólo al valor de los colores mismos, sino en la completa diferencia entre el valor del cuadro y aquel de la tabla rasa. Más actualmente también Gröschler[87], a propósito del pasaje gayano, sostiene que la expresión *inpensam pictuarae* (donde *picturae* se debe entender como genitivo subjetivo y no objetivo), no se refiere solamente a los gastos "para" la pintura (que son por regla general únicamente al costo de las tinturas), sino todos los que se incurre en la pintura de la tabla; de manera que *inpensam picturae* representa la plusvalía que aporta el pintor en comparación con la tabla sin pintar: la noción de impensa incluye de este modo, excepionalmente, también el valor del trabajo artístico[88].

---

contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse condicionem, nisi si quis privilegiarius veniat...; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 15.1.10: *... quia in actione de peculio occupantis melior est condicio, occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis pervenit*; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 15.3.4: *Sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est*; Ulpiano, 70 *ad edictum*, D. 43.18.1.1: *Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri...*; Ulpiano, 15 *ad edictum*, D. 50.17.126.2: *Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis...*; Ulpiano, 21 *ad edictum*, D. 50.17.134.1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*; Ulpiano, 70 *ad edictum*, D. 50.17.154: *Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa*.

[85] Vid. CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica*", Inter Cives Necnon Peregrinos. Essays in Honour of Boudewijn Sirks, V & R, Goettingen, 2014, pp. 115 a 132.

[86] KASER, "*Tabula Picta*" (cit. nt. 18), pp. 47 y 48 nt. 54.

[87] GRÖSCHLER, *Actiones in factum* (cit. nt. 35), p. 201 nt. 25.

[88] Cfr. Bortolucci considera insiticio el *propter pretium picturae* de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.3, y lo distingue de los términos *impensa picturae* con los que Gayo de refiere sólo a los gastos de la pintura,

Por su parte Monier le dio el mismo significado a *pretium*, cuando luego del análisis de algunas fuentes jurídicas de la construcción en suelo ajeno en el caso del *tignum iunctum*, sostiene: "*Cependant, celui qui a construit de bonne foi, se croyant propriétaire du sol, peut, depuis la procédure formulaire, opposer à l`action en revendication du véritable propriétaire du terrain, une exception de dol lui permettant de ne rendre l`édifice qu´après avoir été indemnisé de ses dépenses* (pretium materiae et mercedes fabrorum)"[89]. Este sentido lo reafirma en la doctrina actual Musumeci, que sobre el pasaje gayano 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12, sostiene que mediante la *exceptio doli* se obtiene el *pretium materiae* y las *mercedes fabrorum*, y agrega: "*e quindi -in definitiva- il rimborso totale delle* impensae *sostenuta*"[90] y en la expresión de Paulo, 15 *quaestionum*, D. 46.3.98.8 (*tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit*) lo entiende como la indemnización equivalente al valor del *tignum* por la pérdida de su disponibilidad; aunque en esta materia la doctrina no es pacífica sobre el significado del término, como luego se verá[91].

Volviendo al texto de Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38, la proximidad entre los términos *pretiosior* y *melior*, en este contexto, permite sostener, sin ninguna, duda que sustancialmente el significado de la *melioratio* corresponde al aumento de valor de la

---

"*non prezzo o valore di essa*" (*no el precio o el valor de esa*), BORTOLUCCI, Giovanni: "*Nota a Gaio Inst. II. 78*", BIDR 33 (1924), pp. 155 nt. 2 y 159. Una interpretación similar del pasaje de Gayo se encuentra con Maddalena, para quien el propietario de la tabla tiene la obligación de indemnizar al pintor solamente las *impensae picturae*, esto es, el costo de los colores, sin pensar si quiera en el trabajo del pintor, MADDALENA, Paolo: "*<Tabula picta>: ritorno a Jhering*", Labeo 13 (1967) 1, pp. 71 nt. 26 y 72. También Lucrezi niega la sinonimia entre *impensa picturae*, que indica sólo el valor de la actividad laboral del pintor y el importe de los gastos realizados por éste; y *pretium picturae*, que significa precisamente la valoración de la imaginación, del resultado del trabajo artístico; esto es, el valor de la *tabula picta*, así como *pretium tabulae* indica el valor de la *tabula* rasa. Cuando en Gayo, *Inst.* 2.78 se habla de *impensa picturae*, se hace para precisar que el dueño de la tabla debe indemnizar al pintor por su trabajo y sus gastos, lo que se logra por medio de la *exceptio doli*. Distinto es el sentido del *pretium picturae* usado por Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.3, quien refiere el *quidam* favorable al pintor, responde a la accesión de la pintura a la tabla (por el precio de la imaginación), como a juicio de este autor dirá Justiniano luego en *Inst.* 2.1.34: de una *vilissima tabula*, vid. LUCREZI, Franceso: *La 'Tabula picta' tra creatore e fruitore*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1984, p. 67 nt. 127.

[89] "*Sin embargo, aquel que ha construido de buena fe, creyéndose propietario del suelo, puede, a partir del procedimiento formulario, oponer a la acción reivindicatoria del verdadero propietario del terreno, una excepción de dolo, lo que le permite hacer el edificio para luego ser compensado por sus gastos* (pretium materiae et mercedes fabrorum)", MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 92.

[90] "*y luego -en definitiva- el reembolso total de las* impensae *incurridas*", MUSUMECI, Francesco: *Ineadificatio* (cit. nt. 35), p. 160. Cabe mencionar que la conjunción *pretium materiae et mercedes fabrorum* de D. 41.1.7.12, en el sentido aludido, continúa siendo usada por Justinaino en materia de *inaedificatio* en *Inst*. 2.1.30: *nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset*.

[91] Vid., por todos, PAMPALONI, Muzio: "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*", BIDR 21 (1910), pp. 213 y 219; MELILLO, Generoso: *Tignum iunctum*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1964, pp. 49 ss.; QUADRATO, Renato: *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano*, Arti Grafiche Laterza, Bari, 1967, p. 15; APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), pp. 6 a 9.

cosa en que se vierte el gasto, lo cual constituye el efecto económico de la impensa en la cosa a que se ha ya hecho referencia[92]. Y así debe ser entendido, por ejemplo, también en Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48…*sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

Es verdad que esta manera de referirse a los gastos, como aumento del valor de la cosa en que éste se realiza, destaca en las fuentes de la época postclásica del Derecho romano. Así, por ejemplo, en la Constitución del año 294 d. C. de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, C. 5.71.16: *doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestatura esses, et sumptus meliorati praedii servare tantummodo potest* y en la época justinianea, en las Constituciones de los años 529 y 530 d. C., C. 4.66.2.1 y C. 4.66.3 pr, que contienen la expresión *emponemata.*

Y, en efecto, los términos, de origen griego, *emponemata* y *emponema* se entienden habitualmente como sinónimo de *meliorationis*, esto es, de "mejora"[93], ya sea en general o, más específicamente, como aquella mejora que se produce a causa del "trabajo que se aplica a un bien raíz"[94]. En este sentido particular en dos Constituciones de Justiniano, la primera del año 529 d. C., C. 4.66.2.1: *nulla ei adlegatione nomine meliorationis vel eorum quae emponemata dicuntur vel poenae opponenda, sed omnimodo eo, si dominus voluerit*; y la segunda del año 530 d. C., C. 4.66.3 pr: *Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae Graeco vocabulo emponemata dicuntur*. Sin embargo, la doctrina ha sostenido de forma exagerada que el término *melioratio* no fue usado por los clásicos sino que es siempre usado en constituciones justinianeas, acusando así de interpolación gran parte de aquellos pasajes en los que el éste se encuentra[95]. Esto no se puede compartir desde el momento en que, como ya ha sido puesto antes de relieve, el criterio de mejora como aumento de valor (*pretiosior*) se encuentra ya en fragmentos genuinos, como el ya citado de Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38 y el de Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48. Otra cosa

---

[92] También se observa esto, por ejemplo, en Ulpiano, 18 *ad Sabimun* D. 7.1.13.5: *Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem…*; o, en Paulo, 15 *ad Plautium*, D. 8.3.6.1: *Quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant?*; y posteriormente en sede de gestión de negocios, en Modestino, 2 *responsorum*, D. 3.5.26: *... cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat fratre minore iam legitimae aetatis constituto…*; y más claramente aún, en la *reivindicatio* da cuenta de este uso el pasaje ya antes transcrito de Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48: *etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

[93] Vid. v. *emponemata* (εμπονηματα), HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 171; v. *emponema, atis, n.*, =, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 644; v. *emponéo, -ema, atos, tó*, LIDDELL-SCOTT, *Greek-English Lexicon with a revised supplement* (cit. nt. 31), p. 547.

[94] Cfr. *emponema, -atis* (del gr. *emponema*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 579.

[95] Vid. RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 386 y 387; ALBERTARIO, Emilio: "*Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla ´res evicta`*", AG 93 (1953), p. 5 nt. 2.

será si existe alguna acentuación en la importancia de este criterio en época justinianea, por ejemplo, por una mayor influencia del criterio del enriquecimiento -propiamente tal-, como reflejo del pensamiento cristiano[96]; cuestión que no debe ser tratada aquí.

En quinto lugar, los términos *reficere* y *refectio*, cuya raíz es *facio*[97], presentan un abanico de distintas acepciones[98], entre las cuales interesa aquella con el valor de "reparar, restaurar, remendar, recuperar"[99]. En este sentido es que *reficio*, *refecerit* y *refectiones*, se han entendido también como el efecto funcional de la *impensa* en una cosa, referido especialmente al consistente en su reparación[100]; y por el cual quien realiza tal gasto deberá ser reembolsado o podrá descontar su monto desde los frutos que obtenga de la cosa (esto es, como gasto *in fructus*).

En este sentido lo entendió Pampaloni[101], para quien la palabra *refectio* es una palabra genérica, por ello aparece en las fuentes algunas veces como un gasto de este tipo (que el denomina gastos ordinarios), como luego se verá, otras como necesarios y en otras, de una y otra forma juntos. Por su parte Lévy[102] sostiene que Casio, por

---

[96] RICCOBONO, Salvatore: "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*", BIDR 18 (1906), pp. 206 ss.; CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*", en prensa.

[97] Cfr. v. *facio, -ere, feci, factum*, GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 668.

[98] Cfr. v. *reficere*, se encuentra también con el significado de *von neuem machen, errichten* y también como *gewinnen, beziehen*, v. *reficere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 499; Cfr., entre otros, Papiniano, 5 *responsorum*, D. 26.7.39.8: *... ita pecuniam ex venditionibus Romae refectam in provinciam traiecit...*; Ulpiano, 35 *ad edictum*, D. 26.7.5 pr: *... ut ex nummo refecto praedium puero comparari non possit*; Ulpiano, 8 *disputationum*, D. 35.2.82: *heredi ex refecto quarta servanda est*; Ulpiano, 40 *ad edictum*, D. 37.6.1.10: *... apud quem refecta pecunia collocetur...*; Celso, 18 *digestorum*, D. 50.16.88: *... quantum ex bonis eius refici potest*.

[99] Cfr. v. *reficere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 499; v. *reficio, -icere, -eci, -ectum*, [*re- + facio*] GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1595; v. *refectio* (*refict-*), *onis, f.* [reficio], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1543; v. *reficio, -ere, -feci, -fectum* [*re, facio*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 646. Cfr., entre otros, Ulpiano, 28 *ad edictum*, D. 14.1.1.9: *Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus*; Ulpiano, 17 *ad edictum*, D. 8.5.4.5: *Sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit...*; Ulpiano, 63 *ad edictum*, D. 20.1.20: *Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat...*; Ulpiano en 62 *ad edictum*, D. 42.5.9.3: *...sive quid in fructibus percipiendis erogavit sive in familia alenda curandave praediis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto promittendo vel servo noxali iudicio defenso, si modo non magis eum expedit dedere quam retinere*; Ulpiano, 70 *ad edictum*, D. 43.19.3.11:*... quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit?*; Ulpiano, 3 *opinionum*, D. 50.17.61: *Domum suam reficere unicuique licet, dum non officiat invito alteri, in quo ius non habet*;

[100] Cfr. v. *reficio, -icere, -eci, -ectum*, [*re- + facio*] GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1595; v. *refectio* (*refict-*), *onis, f.* [reficio], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1543; v. *reficio, -ere, -feci, -fectum* [*re, facio*], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 646.

[101] PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 209 (especialmente nt. 4).

[102] Pero también lo sostiene el autor respecto de Ulpiano, 81 *ad edictum*, D. 39.2.28:*... sicuti hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem cassium dicere debuisse, si iusto metu ruinae fulcire coactus est*. Vid. LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain*

ejemplo, no da cuenta de la existencia de una terminología fija para referirse a la impensa, y que precisamente le atribuye tal naturaleza a gastos que denomina con las palabras *reficere*, *reficiat* y *refectiones*, en Casio, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.3: *Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, ... quo minus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa ut tectoria et pavimenta et similia facere, neque autem ampliare nec utile detrahere posse*. Pero el caso del discípulo de Sabino no es peculiar.

También se encuentra este uso en Fulcino, como da cuenta Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3, quien, en el marco de los gastos *in rem*, considera la reparación de un edificio ruinoso, que para la mujer era útil reparar, como *necessariis impensis*: *Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit*. Por su parte, ahora de nuevo en materia de gastos *in fructus*, Celso se sirve de dichos términos en Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2: *Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ad aedes per arbitrum cogi Celsus scribit Celsus libro octavo decimo digestorum... si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet.*

A propósito de la prenda, para Pomponio la reparación o reedificación (*fulsisse vel refecisse*) de la casa es una impensa necesaria, que debe ser reembolsada a quien realiazó el gasto, sea por medio de la retención, sea por medio de la acción contraria, así en Pomponio, 35 *ad Sabinum*, D. 13.7.8 pr: *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum... item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere*. Para Gayo también puede designarse una impensa necesaria o útil a través de *reficere*, como se aprecia en Gayo, 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39 pr.: *Utiles autem necessariaeque sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia*. Finalmente, además de los textos de Ulpiano que hemos citado en este párrafo, puede ilustrarse la época de los juristas severianos con un texto de Paulo, 9 *ad Plautium*, D. 7.8.18: *Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat, si vero talis sit res, cuius usus legatus est.* La *refectio* aquí es un gasto que se ve regulado, en caso de ser procedente, por la disciplina de las impensas.

Después de este breve recorrido, puede señalarse que, ya desde el siglo I a. C., los gastos son referidos por las fuentes por medio de una notable pluralidad

---

classique (cit. nt. 5), p. 16. Cfr. Paulo, 36 *ad edictum*, D. 25.1.4: *Et in totum id videtur necessariis impensis contineri,... itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit*; Pomponio, 35 *ad Sabinum*, D. 13.7.8 pr: *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum,..., item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.*

terminológica, sin dar cuenta de una única y estable nomenclatura jurídica-técnica[103]. Especialmente en los textos jurídicos, la inversión en que consiste la *impensa* puede referirse al dinero, pero también a otras cosas materiales y hasta a cosas inmateriales, como el trabajo aplicado a una cosa o persona. Así es que debe evitarse el prejuicio de leer el término impensa conectado siempre a la idea de una cantidad de dinero utilizada, y abrirse la posibilidad de que lo utilizado consista en otro objeto, si bien sea éste avaluable en dinero.

3. *STATUS QUAESTIONIS* DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS *IMPENSAE*

3.1 TEORÍA DE LA TRIPARTICIÓN DE LOS GASTOS: *IMPENSAE NECESSARIAE*, *UTILES*, *VOLUPTUARIAE*

Muchas fuentes se refieren aisladamente a alguna de las categorías pertenecientes a la tripartición que distingue entre las impensas necesarias, útiles y voluptuarias. Sin embargo, la explicación como conjunto, es decir, el tratamiento completo y coordinado de cada una de ellas a la vez, se presenta pocas veces.

La fuente más connotada entre estas últimas es, sin duda, el conocido pasaje del título "*De verborum significatione*", perteneciente a Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 pr:

> "*Impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* 1. "*Utiles impensas*" *esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. Quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus.* 2. "*Voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sint*
>
> Son "impensas necesarias", las que si no se hicieran, la cosa habría o perecido o sufrido deterioro futuro. 1. Fulcinio dice ser "impensas útiles", las que hagan mejor la dote, no las que no permitan tener deterioro; con las cuales se adquiera réditos para la mujer, como la plantación de árboles más allá de lo que fuera necesario. También la enseñanza de los niños, a cuyo título no debe gravarse a la mujer ignorante o contra su voluntad, para que no se vea desprovista del fundo, o de los esclavos. En estas impensas decimos generalmente comprendido sea el molino, sea el granero de la casa dotal. 2. Son

[103] A esto se refiere González-Palenzuela al señalar que los juristas romanos "*dieron soluciones para casos concretos, sin detenerse en una elaboración conceptual, al menos en lo que se refiere a las* impensae *sin más, porque si dieron definiciones de las singulares clases de gastos o* impensae", GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 9. Pero vid., por todos, LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 13 y 14; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 207 y 252. En cuanto al uso "técnico" de los términos en la jurisprudencia romana, CORBINO, Alessandro: Iura *e* forma civitatis: *scienza e politica nella produzione e applicazione del diritto privato nell'esperienza romana,* Libreria Editrice Torre Catania, Catania, [3]2005, pp. 15 a 18.

viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.	"voluptuarias" las que sólo adornan la especie, pero no aumentan el fruto:cschiele como son los jardines, las salientes de agua, las incrustaciones, los revestimientos pintados, las pinturas.

Junto a esta cita paulina proveniente del tema *de re uxoria* (de la cosa dotal)[104], existen además otros dos fragmentos que contienen el tratamiento completo de la tripartición, los cuales corresponden a trabajos postclásicos en torno a la obra de Ulpiano.

El primero se encuentra en los *Tituli ex corpore Ulpiani*: *Liber singularis regularum* (Reg.) 6. "*De dotibus*" (Sobre las dotes)[105]; y el segundo, los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.16-19, 9.20[106]. A partir de ahí, habrá que esperar hasta la obra bizantina *Basilicorum libri LX.*, en el título "*De iure dotis et donationis ante nuptias*" (29.1.) 119[107], para encontrar, si bien brevísima, una nueva

---

[104] Cfr. LENEL, Otto: *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000 [pero, 1889], col. 1156 (nt. 1127).

[105] Ulpiano, *Reg.* 6.14-17: "*Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur aut utiles aut voluptuosae.* 15. *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit.* 16. *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit.* 17. *Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similisbusque rebus*", FIRA, 2, Baviera, J.-Ferrini, C. (edits.), apud S. A. G. Barbèra, Florentiae, 1968, p. 270.

[106] Como se sabe, el texto es muy lagunoso y casi no permite extraer conclusiones, aparte de tener alguna relación con los textos, todos de Ulpiano, 36 *ad Sabinum* de D. 25.1.1.3 y 25.1.3.1,5,9, al igual que se reconstruye el párrafo 19 con D. 25.1.5: κ□νονα γενικ⟩ν, τ⇔ ⁄στι necessaria δαπαν→ματα. 17. Necessaria ⁄στι δαπαν→ματα, ∈ν μ↓ γινομϒνων κατεδικ□ζετο ⌡ □ν↓ε ⁄ναγ⟩μενοω τ≈ rei uxoriae. 18. Nos generaliter: ⌡ π□ω, π∩ω κα⇐ Ulpianos κανον⇔ζει ″μ⌠ν, ⌡σα δαπαν→ματα πεπο⇔ηκεν ⌡ □ν↓ρ πρ⟩σκαιρα τ∩ν καρπ∩ν ♣νεκεν, τα⌡τα το⌠ω καρπο⌠ω compensateυεται, ο⌈ μ↓ν ποιε⌠ τ↓ν retentionα. ⌡σα δ′ διηνεκ° ℜ κα⇐ ⁄π⇐ πολ⌡ν ξρ⟩νον παρϒξει τ↓ν ξρε⇔αν, ο™ον μ∩λοω ∝ □ρτοκοπε⌠ον ∝ τ⌠ φυτε⌡σαι, τα⌡τα necessaria ⁄στι κα⇐ μειο⌠ τ↓ν προ⌠κα. το⌡τ⟩ φησι κα⇐ ⌡ Paulos βιβλ⇔⊗ ζ□ τ∩ν ad Sabinum α⌈το⌡ τ⇔τλ⊗ λε□. 19. Ubi non sunt corpora: τ⌠ιε τ□ necessaria δαπαν→ματα; 9. 20. …να □λλα… τ□ μϒντ⟩ι voluptaria ο⌈δ′ □παιτε⌠ ο⌈δ′ λογ⇔ζεται, ε⇒ μ↓ □ρα ♣λοιτο ″ γυν↓ *f*ξειν α⌈τ□. ε⇒ δ′ ο⌈ βο⌈λεται *f*ξειν α⌈τ□ ″ γυν→, δ⇔δοται τ® □νδρ⇐ παρρησ⇔α το⌡ □φελϒσψαι α⌈τ□ μ↓ βλ□πποντι τ↓ν □ρξα⇔αν ⟩χιν, la traducción latina utilizada en el resto de la investigación es la de FIRA: = "*regulam generalem, quae sint necessariae impensae.* 17. *Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus.* 18. *Nos generaliter: vides, quomodo etiam Ulpianus regulam nobis ponit: quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit: quae vero perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent, velut moles vel pistrinum vel plantatio, eae necessariae sunt et dotem minuunt. Idem ait etiam Paulus libro 7 ad Sabinum titulo 35.* 19. *Ubi non sunt corpora: tum necessariae impensae*; 9. 20. *…voluptaria vero neque exigit neque computat nisi forte mulier eas habere praeferat. Sin autem mulier eas habere nolit, viro licentia datur eas tollere, dum priorem speciem non laedat*", FIRA (cit. nt. 105), pp. 643 (nts. 1 y 2) y 644.

[107] Se trata aquí de una constitución de Justiniano contenida en *Codex* 5.13 (año 530), y que en la obra justinianea está bajo el título *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita*. Al llegar las Basílicas a los comentarios sobre *Codex* 5.13.1.5 (pp. 451 y 452), cuyos párrafos finales son los siguientes: …e. *Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas*

exposición de conjunto de las tres categorías de impensas[108]. A continuación se aborda cada una de ellas.

3.1.1 *Impensae necessariae*

Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.1 y 2, señala:

Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptariae. 1. *Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.* 2. *In necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere, quae in dotem factae sunt: ceterum si in dotem factae non sint, non habent in se reputationem.*	Algunos gastos son necesarios, algunos útiles, y algunos en verdad voluptuarios. 1. Dícense necesarios, los que tienen en sí la necesidad de gastar: pero si no hubo necesidad alguna, otra cosa hay en derecho. 2. En cuanto a los gastos necesarios se ha de saber que sólo aquellas impensas disminuyen la dote, que se hicieron para la dote: pero si no se hubiesen hecho para la dote, no habrá en sí la reputación.

El jurista de Tiro destaca que al interior de la tripartición de las impensas, las necesarias son aquellas que se producen en situaciones en sí mismas constitutivas o justificativas de su "necesidad" (*habent in se necessitatem impendendi*); en cambio tanto en las útiles como en las voluptuarias no había en absoluto tal necesidad (*nulla fuit necessitas*), derivándose de ello un régimen jurídico distinto para uno y otro grupo de impensas (*alio iure habentur*).

El criterio de la "*necessitas*" (*habere in se necessitatem*) puede precisarse.

Por una parte, cuando Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.1 se refiere al derecho aplicable (*alio iure habentur*), no pareciera referirse sólo al sentido más propio de esta expresión: los efectos jurídicos de distinto tipo ante la intervención de impensas de una u

---

mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio. f. *Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem*. Lo señalado por las Basílicas (según la traducción del griego al latin de Heimbach), es lo siguiente: *Cesset etiam dotis retentio ob liberos: neque enim liberos ex dote ali oportet, sed a parentibus suis. Neque enim quaerant mariti causas proferre adversos uxores ad partem dotis propter liberos retinendam, cum, si causam mulier dederit, tota dote careat. Sed neque ob impensas retentio amplius sit. Nam si quidem necessariae sunt, ipso iure dos minuitur: si vero eae, quae dotem meliorem reddunt, si quidem voluntate mulieris erogatae sunt, mandatum est: sin autem citra eius voluntatem, si quidem utiliter, est negotiorum gestorum actio. Sin autem voluptuariae sunt, sive utiliter, sive voluntate eius erogatae sint, maritus tollit tantum, quae adiecta sunt, non laedenda tamen priore rei specie*. Cfr. *Basilicorum libri LX… a Gustavo Ernesto Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit… translationem latinam et adnotationem criticam adiecit D. Carolus Guilelmus Ernestus Heimbach antecesor Jenensis*, 3, Sumptibus Joh. Ambrosii Barth., Lipsiae, 1843, pp. 449 a 459.

[108] Vid. CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.

otra clase; es decir, la relación de causa y efecto entre los hechos (gastos) y el derecho (mecanismos de resarcimiento de tales gastos). Por cierto que esto último también es importante y también está denotado por la fuente, pero ello será tratado un poco más abajo.

Por ahora, interesa destacar que el derecho aplicable (*alio iure habentur*) aquí también se refiere, da la impresión, al menos a uno de los criterios para la adscripción de algún determinado gasto a la categoría de impensa necesaria. Esto se explica claramente en los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.17: *Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus.* Es decir, en los gastos necesarios referidos a la dote el marido está constreñido a realizar la impensa, puesto que si no la hiciere sería condenado por la *actio rei uxoriae*. Esto se presenta como privativo de las solas impensas necesarias pues, en las demás, tal omisión del gasto no da lugar a acción alguna en contra de quien olvido su desembolso. Así es que el derecho aplicable (*alio iure habentur*) da un criterio de clasificación de un gasto como impensa necesaria en el siguiente sentido: los gastos cuya omisión generan una acción contra quien no los realizó, son necesarios; en cambio los gastos que no generan tal acción, son útiles o voluptuarios.

Por otra parte, las fuentes también arrojan otro parámetro adicional para determinar la existencia de una "*necessitas*" y, por tanto, para calificar un gasto como necesario. Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 pr, dice: "*Impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*. Es decir, lo que hace necesaria una impensa es el deterioro que su omisión puede producir en el bien (o, en este caso, en el patrimonio dotal). La misma idea está contenida en las *Regulae Ulpiani* 6.15: *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit*. La idea por cierto ya estaba en pasajes aislados de estos juristas severianos. Por ejemplo, Ulpiano, 5 *regularum*, D. 25.1.14 pr: *Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur*; y en Paulo, 36 *ad edictum*, D. 25.1.4: *Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri.*

Teniendo a la vista las definiciones de las fuentes, en especial Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.1-2, Riccobono[109] sostiene que ellas contemplan sólo elementos objetivos: consideraciones de carácter económico, que el derecho no puede ni debe ignorar. Sin embargo, la clasificación de un gasto, ya desde la perspectiva del lenguaje común, implica un juicio determinado por diversos elementos, los cuales deben ser considerados en el caso en concreto: el estado de la cosa en sí, la función para la cual la cosa ha sido designada en un determinado patrimonio; y además, el ambiente económico y social del propietario de la cosa. De esto emerge que el concepto de los gastos

[109] RICCOBONO, Salvatore: "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*", AG 58 (1897), pp. 61 a 64.

necesarios, útiles y voluptuarios no es absoluto, ni objetiva ni generalmente determinable, sino siempre relativo a las condiciones de un determinado patrimonio y al ambiente en el que vive la persona a la que pertenece la cosa.

En sentido similar, para Niederländer[110] la división de los gastos y sus utilizaciones implican una clasificación de recursos económicos con una visión finalista; es decir, la destinación económica del bien en que se aplica el gasto, será para el caso, suelo, mano de obra, materiales de toda índole. Considera que no se han planteado en las fuentes criterios generales para la distinción y, por ende, todos dependen de los propósitos individuales de quien los realice[111].

En general la doctrina apunta a la idea a definir las impensas necesarias desde la finalidad de mantención y conservación que ellas tienen respecto de la cosa. Se han considerado necesarias "*aquellas indispensables para la conservación de la cosa*"[112], e incluso los "*gastos que ha habido que acometer con carácter indispensable para evitar los perjuicios que sin ello podría sufrir la cosa de otro en su valor o en su utilidad*"[113]. En particular, Riccobono las define como "*quelle che non si possono omettere, nel senso*

[110] NIEDERLÄNDER, Hubert: "*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*", ZZS [Romanistische Abteilung] 75 (1958), pp. 201 a 219.

[111] "*Was für eine hauptstädtische Villa notwendig, unbedingt erforderlich ist, kann für ein Wohngebäude auf einem Bauernhof überflüssiger Luxus sein, was für die Villa eines mittelmäßig Begüterten nutzloser Aufwand darsttelt, kann nach den Plänen des Steinreichen zu den nicht zu umgehenden Arbeiten für den Palast gehören. Es gibt keine Arbeit, es gibt keinen sachlichen Aufwand, die nicht im einen Fall zu denn nicht-notwendigen, also, vom concreten Plan her gesehen, überflüssigen gehören könnten. Auch das Absonderlichste kann notwendig im Sinne eines absonderlichen Ziels sein*" (*Lo que para una mansión capitalina es necesario o absolutamente esencial, para una casa de una granja puede ser un lujo innecesario; lo que para una residencia de una persona adinerada representa un gasto innecesario, según los planes del inmensamente rico, el mismo trabajo en el palacio puede ser absolutamente esencial. No hay trabajo, ni coste de material, que en un caso concreto sea gasto necesario, y en otro caso sea innecesario, puesto que, visto desde un plan específico, puede ser innecesario. También, el más extraño* [*gasto*] *puede ser necesario en el sentido de una finalidad extraña*), NIEDERLÄNDER, "*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*" (cit. nt. 110), p. 207.

[112] Vid., por todos, v. *dote*, CANNATA, Carlo Augusto: *Enciclopedia del Diritto* [Diritto Romano] 14, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 5; BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto Romano*, 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963, p. 492; BIONDI, Biondo: *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, [4]1972, p. 279; D`ORS, Alvaro: *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, [3]1977, pp. 194 y 195; TREGGIARI, Susan: *Roman Marriage: "Iusti Coniuges" from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 354; GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 189; VOCI, Pasquale: *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, [6]2004, p. 286; GIRARD, Paul-Frédéric: *Manuel élémentaire de droit romain*, Éditions Dalloz, Paris, [8]2003, pp. 369 a 373; FAYER, Carla: *La familia romana*, 2, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2005, p. 710; PÉREZ, María del Pilar: "*El reembolso de los gastos dotales según la nueva regulación justinianea*", Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi, Nápoles, Satura Editrice 3 (2009), p. 2032.

[113] v. *impensae necessariae*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285.

che se trascurate ne vien grave danno alla cosa, sia fondo o edificio"[114] y, asimismo, ha dicho que las impensas necesarias están dirigidas a mantener la cosa en condiciones normales y adecuadas para poder satisfacer útilmente la función a la cual ha sido destinada, de modo que si fuesen omitidas se derivaría un daño al propietario[115].

Entre los ejemplos de gastos necesarios que se encuentran en las fuentes, el más antiguo testimonio es el correspondiente a Labeón, para quien son gastos necesarios los bloques proyectados al mar o río para contener el efecto del agua y, también, la construcción de un molino o de un granero indispensable (necesario) para la explotación del campo, como está dicho por Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait*.

En este mismo pasaje Fulcino considera la reparación del edificio ruinoso como un gasto necesario, si ello es de utilidad para la mujer: *Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit...*[116]; lo cual el mismo jurista asimila al caso de los gastos de reparaciones que se hacen para evitar la ruina que daría eficacia a la pena fijada en virtud de una estipulación por el daño temido: *…vel ex stipulatione damni infecti ne committatur praestiterit.*

También aparece así calificada la reparación de un edificio en Paulo, 36 *ad edictum*, D 25.1.4: *...itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur...*; y nuevamente en sede dotal, en el pasaje de Ulpiano, 5 *regularum*, D. 25.1.14 pr: *Impensae necessariae sunt,... aedificia vetera fulcire itemque reficere*; Gayo, 3 *ad edictum*, D. 5.3.39: *Utiles autem necessariaeque sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia.* Y por último, la refacción de un edificio ruinoso que se encontraba dentro del patrimonio dotal, forma parte de las *Regulae Ulpiani* 6.15: *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit*.

También se califican como *impensae necessariae* los gastos que se realizan para la explotación del fundo. Lo señala Fulcino, en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3, respecto de la reparación del olivar: *Proinde Fulcinius inquit… si oliveta reiecta restauraverit.* Igualmente Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3 pr, con la extensión de las

---

[114] "*aquellas que no se pueden omitir, en el sentido que el descuido deviene en un grave daño a la cosa, sea fundo o edificio*", RICCOBONO, Salvatore: "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*", BIDR 47 (1940), p. 5.

[115] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 73.

[116] Sobre el valor de la exigencia: *quod habere mulieri utile erat*, vid., por todos, RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 65 ss.; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 40; BÜRGE, Alfons: *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Schulyhess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, pp. 28 y 29, 44 y 45; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 61 y 62.

vides, en cuidado de los árboles y la realización de semilleros: *Vel si vites propagaverit vel arbores curaverit vel seminaria pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur*. El mismo jurista entiende como gasto necesario en 5 *regularum*, D. 25.1.14 pr, la reposición de los árboles (*arbores in locum mortuarum reponere*) y la canalización de los ríos (*flumina avertere*).

Por otro lado, en algunas fuentes se considera como gastos necesarios aquellos destinados a la curación e instrucción de los esclavos. Sobre los gastos en el cuidado de los esclavos, se encuentra la calificación de impensa necesaria en materia de acción redhibitoria en Paulo, 1 *ad aedictum aedilium curulium*, D. 21.1.30.1, pasaje que añade la opinión de Pedio y de Aristón: *Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit*. Lo mismo ocurre, ahora en materia de dote, en Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.2: *vel in valetudinem servorum impenderit*. Por su parte, Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1, también los califica como gasto necesario; y otro tanto de lo mismo, a propósito de la prenda, se encontraba ya en Pomponio, 35 *ad Sabinum*, D. 13.7.8 pr: *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum... finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse*.

Para el caso de la instrucción del esclavo, Ulpiano considera que tales gastos son gastos necesarios siempre que la instrucción hubiera sido ejercida con la voluntad del propietario del esclavo y en cuanto las artes o técnicas enseñadas hubieran sido verdaderamete necesarias. Además de lo anterior, Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 13.7.25, requería como condición adicional que se aplicara el oficio del juez en la estimación del gasto empleado en la enseñanza, con el fin de velar porque su importe no excediera el valor de los esclavos mismos, de modo que el dueño obligado a resarcirlos no se viera constreñido a venderlos o abandonarlos: *Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis*[117].

Una última consideración general sobre las impensas necesarias se refiere a lo siguiente: ya se dijo que Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.1 aludía a distintas cosas a través de su reclamo al distinto "derecho aplicable" respecto de unos y de otros tipos de impensas (*alio iure habentur*). Ahora es el turno de observar los efectos jurídicos que son propios de las impensas necesarias a los que se refería en jurista fenicio. El sentido

[117] Análoga consideración en la estimación de los gastos, pero sin calificarlos como necesarios, se encuentra en materia de reinvindicación en Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet… Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum…* Vid. CARVAJAL, *Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica* (cit. nt. 85), pp. 115 a 132.

se encuentra en lo que allí mismo se dice, inmediatamente a continuación, en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.2: *In necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere, quae in dotem factae sunt: ceterum si in dotem factae non sint, non habent in se reputationem.* Ulpiano recurre aquí a la conocidísima máxima *impensas necessarias dotem ipso iure minuuntur* (*…In necessariis impensi… eas… impensas dotem minuere*). Más allá del alcance de la expresión, que se verá en su momento, interesa destacar que en materia dotal únicamente las impensas necesarias son disminuidas (deducidas) desde los bienes dotales *ipso iure*[118]; lo cual no ocurre con las demás impensas. La misma idea se encuentra en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7.1: *Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem.* Aquí se deja en claro que una impensa útil no permite su deducción *ipso iure* por parte de quien hizo el gasto, por más de que éste, en efecto, tenga otros mecanismos resarcitorios a su disposición.

3.1.2 *Impensae utiles*

En el pasaje de Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1, las impensas útiles aparecen definidas por el jurista Fulcino:

"*Utiles impensas*" *esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur…*	Fulcinio dice ser "impensas útiles", las que hagan mejor la dote, no las que no permitan tener deterioro; con las cuales se adquiera réditos para la mujer…

Desde luego las impensas útiles son definidas como distintas de las necesarias en cuanto a que en este caso no está en juego el deterioro o la destrucción de la cosa. Lo mismo también ya se encontraba en el pasaje de las *Regulae Ulpiani* 6.16: *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est…* Si ya antes Fulcino decía que en caso de que intervenga una impensa útil no estaba en juego el deterioro de la cosa (*non deteriorem esse non sinant*), ahora la versión postclásica de Ulpiano indica lo mismo (*deterior dos non fuerit*), y coincide en poner de relieve, en cambio, que la inversión de la expensa útil sobre la cosa hace que ésta sea más fructífera (*fructuosior effecta est*), lo cual hay que entender, al hilo del texto de Fulcino-Paulo, como que el gasto es la causa de una *melioratio* o aumento de valor del gasto "*meliorem dotem faciant*", o "*reditus mulieri adquiratur*"; es decir, en otras palabras, la impensa útil hace la cosa "*pretiosior*". Sustancialmente, lo mismo es repetido por Ulpiano**,** 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5.3: *Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem*. Aquí se entiende que lo que se hizo útilmente, "*utiliter fecit*", tiene por efecto el haber mejorado el valor de la cosa "*remque meliorem uxoris fecerit*".

[118] LONGO, Giannetto: *Diritto romano: diritto di famiglia*, Foro italiano, Roma, [2]1953, p. 239.

Todo esto suele ser condensado por la doctrina, desde donde se señala que son impensas útiles, aquellos gastos que mejoran la cosa, aumentando su rédito, incrementando su utilidad o su valor[119], o los "*gastos realizados en la cosa de otro con los que ésta ha adquirido una utilidad que antes no tenía o ha adquirido un valor mayor y sin los cuales la cosa no hubiera sufrido una disminución de su valor o utilidad originaria*"[120].

Como ejemplos de gastos útiles, ya Fulcino-Paulo, en Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1 señalan la plantación de árboles más allá de lo que fuera necesario, la enseñanza a los esclavos, la construcción del molino o del granero que se agregan a la casa dotal (…*sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum… in his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus*). En Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6 también se recuerda la adición a la casa dotal de un molino o de una taberna, como asimismo la instrucción técnica de los esclavos (…*aut si in domo pistrinum aut tabernam adiecerit, si servos artes docuerit*).

Y, por otra parte, Alfeno, 3 *digestorum a Paulo epitomatorum*, D. 23.5.8 se refiere a la plantación de un olivar o a una siembra nueva, al igual que a los gastos de extracción de leña del olivar (*Vir in fundo dotali uxoris rogatu olivetum succiderat ad hoc, ut novellum reponeret… ligna, quae ex oliveto excisa essent…*). En la misma línea vuelven a aparecer como gastos útiles aquellos destinados al cultivo y la replantación, en Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6 (*si novelletum in fundo factum sit*) y en las *Regulae Ulpiani* 6.16 (*veluti si vineta et oliveta fecerit*).

Curiosamente ahora se cuentan entre los gastos útiles la edificación o la reparación de los edificios, en Paulo, 2 *sententiarum*, D. 19.2.55.1 (*necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit*) y Gayo, 3 *ad edictum*, D. 5.3.39. Entre muchos otros ejemplo que aquí sería excesivo reclamar.

Las impensas útiles se pueden resarcir por diferentes mecanismos, pero en materia de dote está excluida la disminución *ipso iure* propia, como se ha visto, de las impensas necesarias, según acredita el testimonio claro de Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7.1: *Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem.*

---

[119] Vid., por todos, v. *spese*, GUARNERI CITATI, Andrea: NDI [Diritto Romano] 12, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1940, p. 723; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 5; v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 355; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 359, nt. 1; GONZÁLEZ-PALENZUELA, María Teresa: "*Impensas útiles dotales y voluntas mulieris*", Anuario de la Facultad de Derecho 11 (1993), p. 401; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 69; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 711.

[120] v. *impensae utiles*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285.

Por otra parte, en la opinión de Fulcino sobre las impensas útiles que se recoge en Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1, se señala: *…quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere*; es decir, "a cuyo título no debe gravarse a la mujer ignorante o contra su voluntad, para que no se vea desprovista del fundo, o de los esclavos". Aflora aquí el requisito subjetivo de la *voluntas mulieris*[121], en virtud del cual, para que el marido pudiera obtener el resarcimiento de un gasto útil realizado en los bienes dotales, debía haber existido al menos el conocimiento de la mujer. Este asunto es muy complejo y no corresponde que sea tratado aquí, sólo cabe considerar que se trate de una exigencia impuesta antes que todo por la romanística.

Por ahora sólo cabe poner de relevancia que este criterio no sólo se observó en las impensas útiles en materia de dote, sino también en la reinvindicación. Dice Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet… Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum…* En caso de que el pago de las impensas útiles (la construcción en el terreno ajeno tiene ese valor por cuanto Celso decía que se debía pagar "*quo pretiosior factus est*"), implicará al reivindicante quedarse sin el fundo en el que estaban los sepulcros de sus antepasados, entonces no se le podía corbrar este monto; apenas y le quedaba al comprador vencido ejercer el *ius tollendi*, bajo el fundamento, coincidente con lo que antes señalaba Ulpiano, de que de otra forma perdería el fundo de su propiedad. Por supuesto que en este caso, la determinación de la impensa útil y de sus efectos no está entregada sólo a una estimación mecánica del valor del gasto, sino que es una parte puramente prudencial que integra el oficio del juez, lo cual para Celso implicaba que el "*bonus iudex varie ex personis causisque constituet…*"[122].

---

[121] Vid., por todos, DERNBURG, Heinrich: *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte*, 2 umgearbeitete Auflage, Heidelberg, 1868, pp. 153 y 154; BECHMANN, August: *Das römisches Dotalrecht*, 2, Erlangen, 1867, pp. 329 y 330; CZYHLARZ, Karl: *Das römische Dotalrecht*, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1870, pp. 344 y 345; LONGO, *Diritto romano* (cit. nt. 118), p. 240; PERNICE, Alfred: *Labeo. Römisches Privatrecht im resten Jahrhundert der Kaisserzeit*, Teil C, 2[1], Scientia Verlag, Aalen, 1963 [pero, Halle [2]1895], p. 387; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 500; RICCOBONO, "*Gli Scholii Sinaitici*" (cit. nt. 62), pp. 230 ss.; RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), pp. 220 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 181 a 183; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 60, 61 y 69 nt. 1; RICCA-BARBERIS, Mario: *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1914, p. 201; DETER, Egon: *Impensae dotem minuunt*, Dissert, Erlangen, 1933, p. 24; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 5 y 6; LATORRE, Ángel: "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*", IURA 5 (1954), pp. 209 a 211; v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 368 nt. 4 y 1018 nt. 6.

[122] Vid. CARVAJAL, *Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica* (cit. nt. 85), pp. 115 a 132.

Y en lo que hace a la posibilidad de que el dueño del esclavo lo perdiera al deber pagar las impensas útiles, el caso modélico es el de la *doctrina puerorum*. Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 13.7.25, señala: *Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis*. El primer punto es que Ulpiano considera aquí este gasto como necesario (*si quidem artificiis necessariis*), lo cual introduce una duda respecto de otras fuentes que califican la *doctrina puerorum* como una impensa útil; como es el caso ya citado de Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6 (*si servos artes docuerit*). Haciendo abstracción de esto, por ahora, hay que relevar que el jurista tiriense considera que tales gastos eran necesarios siempre que la instrucción hubiera sido ejercida con la voluntad del propietario del esclavo y en cuanto las artes o técnicas enseñadas hubieran sido verdaderamente necesarias. En lo que toca al cálculo del valor de la impensa Ulpiano fija esta competencia en el ámbito del oficio del juez. Tal como ya había hablado Celso, el jurista tiriense cree que el juez debe asumir, al interior de su *officium*, la tarea de estimar pecuniariamente el importe de la impensa utilizada en la enseñanza, y que, al igual que en Fulcino, Celso y Paulo, debía vigilar que el gasto de enseñanza no excediera el valor de los esclavos mismos, pues si como dueño fuera obligado a resarcirlo, finalmente, se vería constreñido a venderlos o abandonarlos.

En consecuencia, la distinción entre una impensa necesaria y una útil es exorbitante de las puras consideraciones económicas sobre su valor.

3.1.3 *Impensae voluptuariae*

Paulo 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.2 señalaba:

"*Voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent*:	Son "voluptuarias" las que sólo adornan la especie, pero no aumentan el fruto:

Es decir, para Paulo las impensas voluptuarias son aquellas que a lo sumo (*dumtaxat*) adornan la cosa (*speciem… ornant*), pero que, en cualquier caso (*etiam*), no tienen incidencia alguna en su productividad (*non… fructum augent*). Por su parte, esto está concorde con el texto de Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7: *Voluptariae autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit et quae species exornant*. Son gastos que adornan las cosa (*quae especies exornant*) y que no responden a más que a una liberalidad espontánea (*ad voluptatem fecit*), movida por el puro y mero goce o placer de hacer tal gasto (*voluptas*). Finalmente, en *Regulae Ulpiani* 6. 17, se indica: *Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est.* Se dice, entonces, que son impensas de mero goce o placer (*voluptuosae sunt*), aquellas cuya omisión ni acarrea el deterioro de la cosa (*neque omissis deterior dos fieret*) ni

tampoco tienen el efecto de aumentar el rendimiento productivo de la cosa (*neque factis fructuosior effecta est*).

En suma, se aprecia con facilidad que los juristas romanos consideran *impensae volupturiae* aquellas que no reportan ninguna utilidad y sólo sirven para adornar la cosa. Y en la misma línea, la doctrina actual señala que las impensas voluptuarias son aquellas de mero embellecimiento, de lujo o de pura agregación u ornato, sin aumentar la utilidad de la cosa y sin los cuales ella no hubiera sufrido daño o disminuido su valor, como los jardines, las pinturas[123]. Esta categoría de gastos viene determinada, entonces, negativamente: aquellos gastos que no son ni necesarios ni útiles.

Suele sostenerse que las impensas de lujo tienen siempre un carácter subjetivo que está envuelto en la propia noción de "*voluptas*" que caracterizan esta clase de impensas: responden al gusto, al capricho del que lo hace; sirven para satisfacer su particular gusto o su especial inclinación. Son gastos que no se traducen en alguna ventaja económica, que no reportan económicamente ninguna utilidad[124].

Para Riccobono[125] es evidente que en estos gastos no sirven criterios objetivos en la determinación su naturaleza. Considera que, por sobre todas en esta categoría, es necesario tener en cuenta la función para la cual está destinada la cosa, y más generalmente, el ambiente social y económico en el que vive el propietario de la misma. Por consiguiente, un gasto de lujo, en algunos casos -ya en Roma como en la vida moderna-, puede tener para el propietario alguna utilidad económica. En consecuencia, para el propio Riccobono[126] los gastos hechos en una obra idéntica podrán asumir, según las circunstancias, el carácter de necesario, útil o voluptuario, si sirven solamente de adorno y no portan en concreto ninguna utilidad.

También para González-Palenzuela[127], de acuerdo a las definiciones de gastos voluptuarios de las fuentes jurídicas[128], éstos pueden ser considerados de distintas categorías, dependiendo del caso concreto. A su juicio, desde el punto de vista

---

123 Vid., por todos, BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 356; v. *impensae voluptuosae*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 712.

124 RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 70; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 178; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 77.

125 RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 69 a 71.

126 RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 74.

127 GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 77 a 80.

128 Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7; Paulo, 36 *ad edictum*, D. 25.1.10; Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.2; Ulpiano, *Reg.* 6.17; Ulpiano, 5 *regularum*, D. 25.1.14.2; Gayo, 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39.1; Ulpiano, 29 *ad edictum*, D. 15.3.3.4; Ulpiano, 29 *ad edictum*, D. 15.3.3.6; Pomponio, 16 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.9.

económico los gastos voluptuarios son los que sirven al lujo o al recreo, los que adornan o embellecen la cosa, en definitiva los que procuran placer sin rendimiento económico. Pero que desde un punto de vista jurídico, como criterio para conceder o denegar el reembolso, ello no resulta suficiente a los juristas; ya que, la realización de un gasto de este tipo puede venir determinada en la relación jurídica concreta por circunstancias que hacen al gasto necesario o útil. Por tanto considera, que desde el punto de vista del motivo del gasto, son impensas voluptuarias aquellas realizadas en base a la voluntad del que gasta; y desde el punto de vista del resultado, no suponen rendimiento alguno, razones por las cuales éstos no se reembolsan[129].

Sobre los efectos jurídicos del desembolso de una impensa voluptuaria, Riccobono[130] ha sostenido que en el caso de la dote, cualquier reembolso era negado al marido, incluso cuando se hubiese hecho con el consenso de la mujer. Pero esa afirmación se debe revisar en las fuentes: si bien es verdad que no existe en principio ningún mecanismo resarcitorio, si es posible la separación de lo invertido a través del *ius tollendi*[131]. Lo expone de esta forma Ulpiano en el criticado pasaje 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9[132], que se replica en los *Scholia Sinaitica* en 9.20, donde se considera dos posibilidades ante la realización de un gasto esta naturaleza; la mujer puede elegir, pagar la compensación al marido o permitir que al marido el ejercicio del *ius tollendi* (*Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem*).

Como conclusión sobre la tripartición que se acaba de exponer, se observa que ha sido la doctrina romanísta la que ha dado una distinción formal y rígida de las categorías de gastos, confiriendo definiciones, que si bien encuentran sustento en las fuentes jurídicas de la dote, carecen luego de toda la ductibilidad del *responsum* propiamente jurisprudencial. Porque incluso en esta *sedes* en la se presenta en principio una tripartición, cuando se observan los ejemplos dados por los propios juristas y los

---

[129] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 80.
[130] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 6.
[131] LONGO, *Diritto romano* (cit. nt. 118), pp. 241 y 242.
[132] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9: *Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.* Sobre las críticas a este pasaje, vid., por todos, PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 244; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), p. 66; PETERS, Hans: *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1, B.G. Teuber, Leipzig, 1913, p. 89; LENEL, Otto: "*Zur Entstehung der Digesten*", ZSS [Romanistische Abteilung] 34 (1913), p. 378; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (cit. nt. 3), p. 205 nt. 2; COSTA, Emilio: *Storia delle fonti del diritto romano*, Fratelli Bocca, Torino, 1909, p. 129; BESELER, Gerhard: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Mohr, Tübingen, 1911, p. 39; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 5; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 282 a 286.

criterios de clasificación de la *necessitas* y *utilitas*, la rigidez de la romanística se desmorona.

Esto último es lo que se abordará luego con mayor detención cuando se revisen las fuentes clásicas en la materia.

3.2 BIPARTICIÓN DE LAS IMPENSAS: IMPENSAS *IN FRUCTUS*-*IN REM*

Las fuentes distinguen entre los gastos *in fructus* y los *in rem*. Los primeros se aplican en la cosa pero están destinados a la producción, recolección y conservación de los frutos que pudieren emanar de ella se describe en Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5:

Fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit.	Entiéndase los frutos después de deducidos los gastos, que se hacen para procurarlos, recolectarlos y conservarlos. Que no sólo exige la razón natural para los poseedores de buena fe, verdaderamente también para los ladrones, según también le pareció a Sabino.

Los segundos, gastos *in rem*, son aquellos que recaen sobre la cosa misma en el sentido de que sus efectos están estrictamente circunscritos a ella como señala Neracio en 6 *membranarum*, D. 25.1.16:

…ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae [impensae] *sint, eas vir ex suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.*	…y entonces no sólo para percibir los frutos, sino también sean nesesarios para conservar la cosa misma y su especie, los hace el marido de lo suyo, y no tiene ningún derecho a deducción de la dote.

La distinción entre *impensae in fructus*-*impensae in rem* se encuentra, de hecho, profusamente aplicada por los juristas severianos, Paulo[133] y Ulpiano[134]. Pero la clasificación ya es utilizada por otros juristas clásicos anteriores, como Neracio, a quien se acaba de citar. Es más, esta distinción se encuentra por primera vez ya en Labeón (*sumptus in furctus*), como da cuenta Ulpiano a propósito del mandato en el pasaje de 31 *ad edictum*, D. 17.1.10.9: *Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et... sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet.*

---

[133] Cfr. Paulo, 17 *ad Plautium*, D. 12.6.65.5: *Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet deducta impensa*.

[134] En el título D. 22.1: "*De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*", cfr. Ulpiano, 62 *ad edictum*, D. 22.1.46: *Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere...* En relación a la percepción de los frutos, Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16: *Sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est*.

Una posibilidad explicativa de este esquema general, es la que intenta Bonfante[135], en relación a la dote. Este maestro italiano conecta las categorías de impensas *in fructus* e *in rem* con la distinción entre impensas necesarias ordinarias e impensas necesarias extraordinarias. Así, las impensas podrían ser, en primer lugar, necesarias, útiles y voluptuarias. Y luego podría subdistinguirse las impensas necesarias, aplicando ahora en su interior las categorías de impensa *in rem* e impensa *in fructus* de la siguiente manera: unas impensas necesarias sería las llamadas ordinarias, que serían aquellas destinadas a la reparación, la siembra, el cuidado, la cosecha y percepción de los frutos, de la cosa. Vale decir, las impensas necesarias ordinarias serían las impensas *in fructus*, y de todas ellas se predica *impensae* o *sumptus fructuum percipiendorum causa.* Por el otro lado, las impensas necesarias extraordinarias serían las hechas en la cosa, pero ya no para percibir frutos, sino para otro fin. Lo extraordinario entonces es la no destinación a la producción de frutos. Y éstas serían las impensas *in rem*. Según este autor, los romanos las llamaron impensas hechas *in rem ipsam*, *in dotem* (*ad perpetuam utilitatem agri*, no ya *ad praesentis anni fructuum*), esto es: son gastos para la conservación del capital. Es claro que, en la clave marxista o de realismo histórico que caracteriza el método de Bonfante, el fundamento último para su distinción era un criterio económico social: la destinación económica de la cosa.

Otra, aunque igualmente teórica, es la que presenta Pampaloni[136]. Aunque este autor desarrolla el tema principalmente a propósito del usufructo, le da a la distinción de gastos ordinarios y extraordinarios un carácter general. Los primeros son aquellos que, teniendo a la vista la buena economía privada, se deben repetir año a año o de manera periodica, aunque los periodos no sean fijos y de manera extendida en el tiempo. Estos gastos se hacen para usar y gozar de una cosa, incluso también para mantenerla e impedir la pérdida o deterioro de la cosa o la pérdida del derecho de propiedad sobre esa. Y porque se deben repetir con periodicidad, ellos deben ser sustraídos de los frutos naturales o civiles por la persona que los realiza: estos son gastos *in fructus.* Todos aquellos que no atienden al recurso de la periodicidad son extraordinarios: estos son los gastos *in rem*, que se clasifican en "*impensae necessarie*, *utili* y *voluttuarie*". Agrega, sin embargo a modo de conclusión, lo que no hace más que evidenciar lo teorico de su postura, "*Come ho accennato le spese necessarie hanno lo steso contenuto od obietto di quelle ordinarie; con la sola differenza, che le ordinarie sono periodiche, laddove le necessarie occorrono quando che sia, extra ordinem*"[137].

[135] BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 493 y 494.
[136] PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), pp. 209 a 215.
[137] "*Como he mencionado, los gastos necesarios tienen el mismo contenido u objeto de aquellos ordinarios; con la sola diferencia, que los ordinarios son periodicos, donde los necesarios se necesitan, extra ordinem",* PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 215.

Finalmente Voci[138] clasifica las impensas en necesarias, útiles y voluptuarias; y agrega que además las necesarias pueden ser, a su vez, ordinarias, destinadas a la producción de los frutos, y extraordinarias, para impedir la destrucción o el deterioro de la cosa.

De similar forma lo explica Guarneri Citati[139] que sostiene que, a la categoría de las impensas *in rem* se contrapone la de las impensas *in fructus,* destinadas a la producción y percepción de los frutos (*impensae fructuum quaerendorum* o *percipiendorum causa*), de manera que pueden también llamarse necesarias -necesarias ordinarias-, en base a un criterio económico-social en consideración a la destinación económica de la cosa, quedando con ello sometidas a una diversa regulación jurídica. A juicio de este autor, para los gastos *in fructus* el problema del reembolso no se presentaba, en cuanto a que quién gastó tiene dos posibilidades: o ha hecho suyos los frutos y es natural que deba soportarlos él mismo; o es obligado a restituir los frutos, ya que ellos no se entienden que son *deductis impensis.*

Pero ya Petrazycki[140], en su día, puso la atención en los gastos que se destinan a la obtención de los frutos y con ello la nomenclatura de las fuentes para referirse a ello. De su estudio concluyó que las expresiones *impensa in fructus*, *impensa in rem*, son una distinción más bien doctrinaria y teórica, sin fundamento alguno en la vida real dentro de la experiencia romana. Con ello, se opuso a gran parte de la doctrina anterior[141], la cual veía en esta clasificación, la formulación de categorías jurídicas que determinaban absolutamente los efectos jurídicos de la realización de una u otra clase de gastos. De hecho, estas categorías aparecían, ya en ese entonces, en el esquema teórico general de los gastos, como una clasificación de previa y necesaria aplicación, para la posterior distinción de otras categorías; en especial, de la famosísima tripartición de las *impensae necessariae*, *utiles* y *voluptuariae*: es decir, sólo las *impensae in rem* serían aquellas que se pueden clasificar como necesarias, útiles y voluptuarias, como continúa hasta ahora en la doctrina más moderna, como ya se expuso.

---

138 VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 286.

139 v. *spese*, GUARNERI CITATI, NDI (cit. nt. 119), pp. 723 y 724.

140 PETRAZYCKI, Leo: *Die Lehre von Einkommen*, 1, H.W. Müller, Berlin, 1893, pp. 150 ss.

141 Vid., por todos, GARSIA, J.: *De expensis et meliorationibus commentaruis. Cui de novo accesserunt*, Per Paulum Egenolphum, Typogr. Acad., Marpurgi Cattorum, 1601, pp. 8 y 9 (cap. 1, nt. 10 pr.); FLACH, S.-BICCIUS, G.: *De impensis in rem alienam factis, et quatenus possessor eas consequi possit*, Excudebat Paulus Ledertz, Argentorati, 1626, nts. 13 a 15 y 22 a 24; MASCOV, P.-BENEKENDORF, J.A.: *Disputatio Inauguralis de impensis in rem alienam, a b. et m. f. possessore factis*, Typis Danielis Benjaminis Stardens, Gryphiswaldiae, 1702, Thes. 2; VOORDA, J.: *Disputatio Juridica Inauguralis, De Impensis a Bonae et Malae Fidei Possesore Factis*, Apud Alexandrum van Megen. Academiae Typographum, 1732, pp. 4 y 5 (cap. 2); WENING-INGENHEIM, J.N.: *De impensis earumque restitutione*, Typis Georgii Reichardi, Heidelberg, 1841, p. 3. Cfr. FALCKNER, J.C.-STEGEN, J.: *Disputatio Juridica de Impensis*, Typis Johannis Wertheri, Jenae, 1668, cap. 1, §6.

La cuestión de la delimitación precisa de cada una de las categorías de estas clasificaciones es muy difícil[142], por ello más abajo se le dedica un acápite especial. Ahora se presenta sólo la descripción de las notas más características de cada extremo de esta clasificación de las impensas.

3.2.1 Gastos *in fructus*

Desde la perspectiva histórica, las impensas *in fructus* aparecen ya en Labeón, según Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.10.9 (*...sumptum, quem in fructus percipiendos fecit...*), y Sabino, según Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5 (*...impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt*).

Aquí se encuentra, perfilado el caso modélico de las impensas *in fructus*: aquellas destinadas a la siembra, cultivo y conservación de los frutos de la cosa. Su enunciación estará llamada a perdurar[143] aunque con distinto contenido según fue avanzando la *interpretatio prudentium* a este respecto[144]. Por ejemplo, este es el caso de los gastos destinados a arar y sembrar un campo[145] o, en general, al cultivo de un fundo[146], así como las actividades descritas en Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15: *...et agrorum quoque cultura...* o, también, lo señalado en Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 22.1.38.14: *Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant post deductionem impensarum?*

Pero también pertenecen a este tipo de *impensae in fructus* los gastos de

---

[142] Bonfante señala al respecto, "*La distinzione, facile in teoria, non è così agevole in pratica, como rettamente avverte il giurisconsulto Nerazio, concludendo che in ultima análisis è il genere e l`entità della spesa cui convien guardare*" (*La distinción, fácil en teoría, no es tan fácil en la práctica, como honestamente advierte el jurisconsulto Nerazio, concluyendo que en el análisis final lo que hay que atender del gasto es el género y su entidad*), y luego a propósito de Neracio D. 25.1.15 (o Ulpiano, 25.1.3.1) concluye, que se contiene en él un "*riassunto scolastico* (*pero vero non errato*)" (*resumen escolástico* (*pero verdaderamente no errado*)), BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 494 nt. 2. Lo sigue en ello, v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109 nt. 8.

[143] Como ejemplo de haber perdurado esta noción, el recién citado pasaje de Neracio, 6 *membranarum*, D. 25.1.16: *Et ante omnia quaecumque impensae quaerendorum fructuum causa factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.*

[144] Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2: *Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ad aedes per arbitrum cogi Celsus scribit Celsus libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat*; Paulo, 7 *brevium*, D. 25.1.13: *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt*; Modestino, 9 *regularum*, D. 7.1.52: *Usu fructu relicto si tributa eius rei praestentur, ea usufructuarium praestare debere dubium non est, nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur haec quoque ab herede dari.*

[145] Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16: *Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est.*

[146] Ulpiano, 62 *ad edictum*, D. 22.1.46: *Quod in fructus redigendos impensum est.*

alimentación, cuidado, fuga, instrucción y cultura hechos en los esclavos[147]. Y, de la misma forma, los gastos correspondientes al pago de tributos y estipendios. Éstos son gastos que, se podría decir, se realizan en la cosa misma y que permiten su conservación, sin embargo los juristas los clasifican como gastos *in fructus*. Así ocurre con Celso y es reafirmado por Marcelo, como se indica en el fragmento de Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2:... *quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta*; y, más claramente, en Paulo, quien estima que estos gastos son una carga en el cálculo de los frutos en 7 *brevium*, D. 25.1.13: *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt*.

Aparte de lo anterior, hay otro criterio que se reitera en las fuentes en materia de definición de *impensae in fructus*: la temporalidad. Dicha temporalidad viene habitualmente expresada también como la anualidad, que se pone como límite entre el momento de la inversión de la impensa *in fructus* y el de la obtención del fruto; de manera que si el fruto (o, más bien, su ventaja), ya no se obtiene dentro del plazo de un año, el gasto que lo hizo posible tampoco se considera *in fructus* sino *in rem*. Así se desprende de varios pasajes de Ulpiano[148], pero está ilustrado con especial claridad en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1[149], que como ya se dijo, su contenido se encuentra casi en los mismos términos en el texto de los escolios del Sinaí 8.18[150].

En opinión de Riccobono[151] las *impensae in fructus* son todas aquellas erogaciones hechas con el propósito inmediato y directo de hacer fructífero un capital dentro de un determinado periodo económico, lo que podrá ser determinado por el juez para cada caso singular, en atención a la vida práctica y los usos locales. Deduce lo

---

147 Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2; Gayo, 7 *ad edictum* provinciale, D. 7.1.45; Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15; Paulo en 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.30.1; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 24.1.28.1; Ulpiano, 36 *ad edictum*, D. 27.3.1.8; Ulpiano, 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9; Modestino, 2 *differentiarum*, D. 16.3.23; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 13.6.18.2

148 Cfr. Ulpiano, 7 *ad Sabinum*, D. 24.3.8.1: *Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur, quia totius anni unus fructus est*; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.6; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.7: *Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua*; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.9: *Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fetusque pecorum praestaretur. Quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? Nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.*

149 Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1: *Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.*

150 *Scholia Sinaitica* 8.18: *Nos generaliter: vides, quomodo etiam Ulpianus regulam nobis ponit: quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit: quae vero perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent, velut moles vel pistrinum vel plantatio, eae necessariae sunt et dotem minuunt. Idem ait etiam Paulus libro 7 ad Sabinum titulo 35.*

151 RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 75 y 76.

anterior de lo señalado por Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15[152]. Aquí queda dicho que, en el examen del caso concreto para clasificar el gasto, se debe siempre tener en cuenta el *genus* y la *magnitudo impendiorum*[153], que se revisará a continuación con algo más detalle.

3.2.2 Gastos *in rem*

Señala Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1[154]:

Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.	Nosotros en general decimos, que es de mucho interés, si los hizo para perpétua utilidad del campo, o para la que no pertenecen al tiempo presente, o si para los frutos del año corriente: si para los del corriente, los gastos se han de compensar con los frutos, pero si el gasto no fué útil sólo para el tiempo presente, se ha de computar entre los gastos necesarios.

Queda asentado que uno de los criterios para definir la calificación de un gasto como *in rem* es la *perpetua utilitas* del gasto para la cosa en que éste se vertía (*ad perpetuam utilitatem agri*) y que, en ese carácter, se consideraba el gasto como una impensa necesaria (*necessariis impensis computandum*). Es un criterio temporal, que se contrapone a la obtención de una ventaja o beneficio del cual se gozaba en el presente,

---

[152] Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15: *Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit: nam tueri res dotales vir suo sumptu debet. Alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent: omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. Sed ipsae res ita praestare intelleguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris. Quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.*

[153] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 75. Cfr. Lévy, que sostiene que ya en siglo I este criterio fue sometido a revisión. LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 82.

[154] Este pasaje ha sido revisado por la gran parte de la doctrina, vid. por todos, RICCOBONO, "*Gli Scholii Sinaitici*" (cit. nt. 62), p. 230; RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 78 y 79; RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), p. 197; PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 211 nt. 11; LENEL, "*Zur Entstehung der Digesten*" (cit. nt. 132), p. 379; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), p. 102; RICCOBONO, Salvatore: "*Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*", ZSS [Romanistische Abteilung] 35 (1914), p. 286; KUNKEL, Wolfgang: "*Diligentia Zur erklärung der lex metalli vipascensis*", ZSS [Romanistische Abteilung] 45 (1925), p. 325 nt. 2; BIONDI, Biondo: "*La compensazione del diritto romano*", AUPA 12 (1929), p. 383; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 90 a 98; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 275 nt. 92; RICCOBONO, Salvatore: "*Il valore delle collezione giuridiche bizantine per lo studio critico del Corpus iuris civilis*", Mélanges Fitting 2, L'Imprimerie General du Midi, Montpellier, 1908, p. 496; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 124 a 128.

que era representado por el lapso máximo de un año entre el desembolso y la producción del fruto en que consiste la vetaja (*…ad praesens tantum apta erogatio … si in preasentis, cum fructibus hoc compensadum…*).

Las mismas consideraciones aparecen en el texto de los escolios del Sinaí 8.18: *quae vero perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent… eae necessariae sunt et dotem minuunt.* Una vez más se señala que las impensas *in fructus* tienen carácter temporal (*quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit*) y que sólo se compensan sin que tenga lugar la retención para resarcirse de ellas (*cum fructibus compensat nec retentionem facit*); mientras las impensas *in rem* son perpetuas, en el sentido de que su *utilitas* se despliega por largo tiempo (*perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent*); llegado a este punto, el texto afirma que tanto en la obra de Ulpiano como en la de Paulo, se estima que la impensa *in rem* es de carácter necesario y que en tal condición disminuyen la dote (*eae necessariae sunt et dotem minuunt*).

Riccobono[155] es uno de los principales críticos del fragmento. Sin entrar aquí a los aspectos sobre los que él polemiza, sino manteniendo el discurso en sus contenidos más descriptivos, el connotado maestro señala que la categoría de gastos *in rem* exige que ellos aporten a la cosa una *perpetua utilitas* y, además, que el gasto no sea útil solamente para la inmediata producción de los frutos. En esto habría una cierta contradicción, pues son criterios distintos la exigencia de la perpetuidad de la mera superación de la anualidad.

Especial atención dedica también Lévy[156], quien considera que la *perpetua utilitas* de Ulpiano es sólo una directriz, no una condición rígida o *sine qua non*. La idea que impera en el pasaje de Ulpiano es la de la anualidad, que a juicio del autor, es la mejor de las explicaciones, puesto que apela a la noción de amortización[157].

Por otra parte, Neracio contribuye a esta discusión con el interesante fragmento 6 *membranarum*, D. 25.1.16:

Et ante omnia quaecumque impensae quaerendorum fructuum causa factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.	Y ante todo, cualesquiera gastos que se hubieren hecho a causa de los frutos, aunque los mismos se hagan también por causa del cultivo, y entonces no sólo para percibir los frutos, sino también sean nesesarios para conservar la cosa misma y su especie, los hace el marido de lo suyo, y no tiene ningún derecho a deducción de la dote.

[155] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 78 a 80.
[156] Lévy parte de la base que las críticas de Riccobono, y sus seguidores, no son suficientes y que el texto antes que interpolado estaría reescriturado, LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 90 a 98.
[157] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 98.

El jurista hace notar que pudo haber casos en que una impensa que haya sido un gasto necesario para la producción de los frutos, también pudo servir, al mismo tiempo, para la conservación de la cosa. Es decir gastos necesarios, según la tripartición, que podían ser, ahora de acuerdo a la bipartición, *in fructus* o bien *in rem*.

A juicio de González-Palenzuela, en consideración de este fragmento y del de Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1, señala: "*Neracio excluye los gastos in fructus de la consideración de impensas (a efectos del principio en cuestión, y aunque admite que son necesarios) y Ulpiano excluye la consideración de impensae necessarie a los que se refieren a los frutos del presente año*"[158]. Francamente no parece extistir base suficiente para compartir los criterios de la profesora española, pero todavía no es ésta la sección más apropiada para tratar la cuestión en detalle.

3.2.3 La regla *fructus intelleguntur deductis impensis*

En materia de gastos *in fructus* se va a enunciar a este respecto una famosísima máxima que señala *fructus intelleguntur deductis impensis* (Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5).

Lévy[159] encuadra tal regla señalando que el criterio fundante de la clasificación de la impensa *in fructus* sería el de la finalidad o causalidad del gasto, y que, a partir de aquí, la máxima referida vendría asociada como una consecuencia jurídica de la aplicación de tal criterio: "*l´impense étant la source des fruits est déduite des fruits*"[160]. Éste sería a su vez un criterio totalmente natural y elemental: los gastos de esta clase no pueden tener efectos sobre el capital, por el hecho mismo de que se trata de *impensae quaeredorum cogendorum conservadorumque fructuum gratia fiunt*. La cuestión que preliminarmente se requiere tener clara para aplicar la distinción, entonces, es precisamente qué se entiende en las fuentes por *fructus*[161]. En este sentido, los frutos -

---

[158] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 127.
[159] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 78.
[160] "*la impensa que es fuente de los frutos se deduce de los frutos*", LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 81 y ss.
[161] Vid., DUMONT, François: "*Les revenus de la dot en droit romain*", RHD 21 (1943), pp. 7 ss.; KASER, Max: *Nochmals über Besitz und Verschulden*, ZSS [Romanistische Abteilung] 98 (1981), pp. 116 nt. 137 y 124 nt. 179; POLAČEK, Adalbert: "*Rcs. W. Bojarski, Pozytki naturalne w prawie rzymskim. Studium z rzymskiego prawa majątkowego. Les fruits naturels dans le droit romain. Du droit des choses romain*", ZSS [Romanistische Abteilung] 98 (1981), p. 521; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 215 nt. 127; MÜLLER-EHLEN, Martina: *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Böhlau, Köln, 1998, pp. 428 ss. Sobre el término *fructus*, vid., v. *frutti*, SCARLATA, Mariano: *Enciclopedia del Diritto* [Diritto Romano] 18, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 189 a 198; v. *frutti*, TRIFONE, Romualdo: *Enciclopedia del Diritto* [Diritto Intermedio] 18, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 198 y 199; v. *fructus*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), pp. 222 y 223; v. *fructus, -us*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 784; v. *fructus*, BERGER, *Encyclopedic*

fructus- son el producto neto, esto es, la ventaja económica que la cosa rinde en un período determinado, deducidos los gastos de producción[162], y este es el principio que los juristas romanos habrían plasmado en la fórmula: *fructus intelleguntur deductis impensis*, que se justifica en la función económica de los gastos *in fructus* y que da sentido práctico a la distinción entre gastos *in fructus* e *in rem*: hay fruto cuando se ha descontado (*deductio*) el valor de las inversiones realizadas con tal fin en la cosa fructífera.

Cuando los juristas severianos recuerdan la regla *fructus intelleguntur deductis impensis*, no es infrecuente que acudan a lo enseñado por los juristas de época augustea, Labeón[163] y Sabino[164]. Sin embargo, la regla era incluso anterior a ellos. Pues, como bien observa Riccobono[165], la máxima ya era conocida por la jurisprudencia republicana, como lo demuestra el pasaje de Javoleno, 2 *ex posterioribus Labeonis*, D. 35.1.40.1, donde aparece citada la opinión del jurista Cinna: *Quidam ita legaverat: Idem Cinna scribit adiecto eo, quod non deductis fructibus impensarum ratio haberi debeat: et hoc magis verum puto.*

El surgimiento de la *deductio* de los frutos por parte de quien ha hecho los gastos *in fructus*, como afirma Lévy[166], tuvo lugar originalmente en el ámbito de la dote, desde donde se acuñó la dicción *impensae neccesariae dotem ipso iure minuunt*, que se revisará más adelante. Para el jurista, el significado de la máxima sería el siguiente: las impensas *in fructus*, incluso las necesarias, no disminuyen la dote, sino en el caso que sean *extra tutelam necessariam*. Así, cuando las impensas no están destinadas a la conservación de la cosa sino a la producción de frutos y el autor de los gastos es quien percibe dichos frutos, no tendrá derecho a reembolso alguno por tales inversiones, sino que deberá imputar los gastos a los frutos que ha recibido.

Por otra parte, respecto de este procedimiento de deducción, Biondi[167] ya había aclarado que la máxima relativa a la dote, *impensae necessariae dotem ipso iure*

Dictionary of Roman Law (cit. nt. 26), pp. 477 y 478; CARDILLI, Riccardo: *La nozione giuridica di fructus*, Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 200 y 201; v. *fruor, -eris, fructus, sum*, sv. *fructus, us*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), pp. 256 y 257.

[162] Vid. PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen* (cit. nt. 140), p. 144; RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 80.

[163] Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.10.9: *Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet.*

[164] Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5: *Fructus intelleguntur deductis impensis... sicut Sabino quoque placuit*.

[165] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 81; cfr. PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen* (cit. nt. 140), p. 248.

[166] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 78.

[167] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 196.

minuunt, no se puede encuadrar en el sistema de la compensación[168]. El punto es importante y técnicamente cierto. Ahora bien, Biondi[169] avanza un poco más hacia un terreno que no resulta fácil de compartir, pues señala que la *compensatio* entre los gastos para producir los frutos y la apropiación de éstos, al no poder entenderse como clásica (pues básicamente no existe aquí una verdadera operación de neutralización de créditos recíprocos al interior del procedimiento), cabe explicarla únicamente como una introducción justinianea[170]. Así, en su opinión, estarían interpolados en los términos que más adelante se verá, los pasajes de la *reivindicatio* que usan el término *compensatio*, Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48: *...verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur...* y 2 *responsorum*, D. 6.1.65 pr: *...scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

En efecto, para Biondi[171] originalmente el contenido genuino de ninguno de estos pasajes admitía una compensación entre los frutos y los gastos hechos sobre la cosa, sea porque los frutos anteriores a la *litis contestatio* debían pedirse con una acción separada en la primera de las fuentes; sea porque los gastos eran exigidos en el juicio por medio una cláusula distinta de una *intentio*, la excepción de dolo. Por tanto, añade todavía el autor, precisamente porque una compensación entre los gastos y frutos en estos casos está totalmente excluída por el funcionamiento mismo del mecanismo formulario, es vano justificarla, como se quiere hacer aparecer a los juristas, por la equidad (*aequitatis ratione*; *aequum est*), o por otro sentimiento cualquiera de probidad. Y retornando a la materia de la dote, en el mismo sentido afirma que el derecho de la mujer a que ésta le sea restituida, técnicamente no está en contraposición con algún derecho del marido por el reembolso de los gastos necesarios (desde luego, el marido ni siquiera tendría acción para exigir aquello).

---

[168] Análoga función tiene la *deductio ex peculio* la cual se admite a favor del *pater* o *dominus* que había hecho de los gastos en el peculio o por los créditos del mismo hijo o esclavo, cfr. Ulpiano, 29 *ad edictum*, D. 15.1.9.2: *Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur* y Africano, 8 *quaestionum*, D.19.1.30 pr: *...Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus*). No hay en esta hipótesis compensación alguna, ya que ningún derecho puede hacer valer el dueño o *pater* respecto al peculio del propio esclavo o hijo. La *deductio* en cambio es admitida por la interpretación con el fin de evitar un daño al *pater* o *dominus*, al cual se debía restituir integralmente el peculio, ya que es el títular del peculio.

[169] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 195.

[170] Siguiendo a Biondi, Solazzi exige en la *compensatio* créditos recíprocos, y con ello acusa igualmente las fuentes que la contemplan, en especial los pasajes de Papiniano de interpolación, SOLAZZI, Siro: *La compensazione nel diritto romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, ²1950, p. 196

[171] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 385 ss.

Así es que la regla *fructus intelleguntur deductis impensis* y su corolario en materia de dote, *impensae neccesariae dotem ipso iure minuunt*, no pretenden establecer una verdadera compensación, en el sentido de neutralizar las recíprocas prestaciones adeudadas civilmente, sino conceder al marido la posibilidad de ser resarcido de los gastos necesarios, que por el Derecho civil no eran exigibles. De frente a tal situación, se llegó a afirmar esta regla, la cual sin renegar formalmente los principios tradicionales, viene a incorporar a la demanda al marido la posibilidad de resarcirse por los gastos necesarios a través de la *retentio*. El razonamiento de Biondi es acertado. Pero precisamente no requiere suponer ninguna interpolación sino sólo un cierto relajo linguístico de los juristas. El asunto, de hecho se salva estimando que el término *deductio* se refiere simplemente a la operación matemática para descontar de los frutos los gastos destinados a su producción, recolección y conservación, sin creer que contiene ninguna alusión técnica a la *compensatio*.

En definitiva, el término *deducere*, cuya utilización por los juristas no podría ponerse en duda, da cuenta de una operación matemática que computa en el cálculo de los frutos aquello que se ha gastado en su obtención, en base a un sistema de contabilidad propio de la época, y en este sentido hay aquí una "*compensatio*" que ciertamente no puede ser entendida como un término técnico pero que, a falta de otra designación mejor, tampoco aparece como ajena a la sustancia de la deducción que se está efectuando en cada caso concreto.

3.2.4 Criterios doctrinarios para la distinción de los gastos *in fructus-in rem*

Como se adelantó, para Riccobono[172] la distinción de las impensas *in fructus-in rem*, se encuentra en la obra de los juristas romanos, antes que en definiciones y fórmulas generales, en los ejemplos que ellas proporcionan.

En el análisis más detallado que hace de las *impensae in fructus* en Neracio en 2 *membranarum***,** D. 25.1.15[173], donde se debe tener en cuenta el *genus* y la *magnitudo impendiorum*, sostiene: por una parte, en cuanto al *genus*, aunque éste no haya sido mencionado por los juristas por encontrarlo evidente, se trata de un carácter propio, que contrapone ésta a toda otra categoría, por el que se considera como tales, los gastos indispensables para que la cosa sea inmediatamente útil, y que de ser olvidados, producen una disminución y en algunos casos, la pérdida total del producto de aquel periodo.

---

[172] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 75 y 76.

[173] Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15: *Quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.*

Por la otra, la *magnitudo* apunta a que los gastos de producción deben además ser módicos, como se observa en Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.12 (... *modicas impensas non debet arbiter curare*...) y en el usufructo en Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2 (... *modica igitur refectio ad eum pertinet*...), puesto que estos gastos representan o deben representar un porcentaje del total del rédito de la cosa, puesto que si lo igualan el gasto se vuelve dañoso.

Se anunció que para Lévy[174], el criterio de esta clasificación sería el de la finalidad o causalidad y que se aprecia únicamente a través de un estudio histórico de las fuentes. Primeramente, este reconocimiento se encuentra ya en la opinión de Labeón, en el texto de Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.10.9 (... *sumptum, quem in fructus percipiendos fecit*...), que es sólo la aplicación pura y simple de la máxima *fructus non intelleguntur*, fórmula que se encuentra precisada por Sabino, a aquellos de la producción de los frutos, la recolección y su conservación, como aparece recordado por Paulo, 20 *ad* edictum, D. 5.3.36.5 (... *impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt*).

Sostiene que en los siglos siguientes, sin embargo, la terminología e igualmente los criterios se vuelven inexactos e incompletos, lo que dan cuenta fuentes como Paulo, 1 *ad edictum aedilium currulium*, D. 21.1.30.1, pero también el mismo Neracio en el pasaje ya transcrito 6 *membranarum*, D. 25.1.16, donde se aprecia que el concepto de impensa *in fructus* ha sido ampliado por los juristas, indicándose como tal, por ejemplo las pequeñas reparaciones de los edificios, pero en general todos aquellos que sean parte de la "*tutela necessaria*". Así el criterio de la causalidad se tornó insuficiente y como definición general expuesta en el propio fragmento: la decisión debe darse caso a caso.

Ya en los juristas de mediados del siglo II d. C. se aprecia que el criterio se amplió aún más, considerando incluso los tributos, impuestos y similares como gastos de cargo de los frutos, como lo hace Marcelo en Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2 (... *ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. Et ita Marcellus libro tertio decimo scribit*...); como Paulo da cuenta en 7 *brevium*, D. 25.1.13 (... *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt*); idea que se encuentra en el usufructo en el pasaje de Modestino, 9 *regularum*, D. 7.1.52 (*Usu fructu relicto si tributa eius rei praestentur, ea usufructuarium praestare debere dubium non est*...).

Sin embargo, este criterio ya había sido considerado como inútil por el propio Petrazycki[175] quien considera que la mantención del capital y la producción no son sino dos lados de la misma actividad económica, siendo ellos al mismo tiempo gastos de producción y gastos de conservación y mejora del capital. Siguiendo en parte al autor

[174] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 81 y ss.
[175] PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen* (cit. nt. 140), pp. 151 y 152.

ruso, también sostiene Ricca-Barberis[176], que los criterios que se basan, uno en la especie y magnitud con fundamento en el pasaje de Neracio en D. 25.1.15, y el otro, de la utilidad perpetua o no actual del fundo, o no al menos a los frutos del año en curso, y más aún, la definición de impensas *in fructus* debe considerarse inexacta, puesto que en base a la finalidad y a la eficacia técnica no se puede distinguir entre ambas clases de gasto, puesto que el capital es un medio de producción, manteniendo y mejorando el capital, se mejora y acrece el producto. De este modo las dos funciones de la producción y de la conservación y el mejoramiento del capital se confunden algunas veces del todo. Para el autor, ninguna de estas explicaciones logra soportar la demoledora crítica de Petrazycki, en cuanto a que este criterio sería inútil como elemento discriminador para ver el régimen de restitución de impensas, ya que no siendo la mantención del capital y la producción más que los diversos lados de la misma actividad económica, los gastos que esta actividad implican, son contemporáneamente gastos de producción y gastos para la conservación y la mejora del capital: así podría darse, en los hechos, que un mismo gasto, al mismo tiempo, sea de producción, de conservación y de mejora del capital.

Por su lado Pampaloni[177], también en parte Lévy[178], y con algo más de desarrollo hace algunos años Gonzalez-Palenzuela[179], proponen el de la periodicidad; esto es, que así como los frutos son en las fuentes emanaciones periódicas, los juristas fijaron también periodos de goce de los frutos en los cuales lo gastado para su producción no le es reembolsado a aquel distinto del dueño que lo realiza (como por ejemplo, el marido que ha hecho gastos en la dote o el usufructurio), sino que se compensa con la apropiación de dichos frutos. Esto es, el que tiene derecho a percibir los frutos en un año, ha de soportar estos gastos, sin que ello suponga un daño del que gasta a beneficio del propietario. Esta idea se encontraría en los pasajes de los juristas de finales del siglo II y comienzos del III d. C., como por ejemplo entre otros[180], en Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2: *... quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. Et ita Marcellus libro tertio decimo scribit...*; en relación a la dote Paulo, 7 *brevium*, D. 25.1.13: *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt***...** y en general en la Constitución del año 260 d. C. de los Emperadores Valeriano y Galenio, C. 10.16.2: *Aes quidem alienum pro*

[176] RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento* (cit. nt. 121), p. 4. Una idea similar, pero en torno a los conceptos de capital y rédito, es la que plantea posteriormenete Scialoja al analizar los distintos tipos de frutos, SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano* (cit. nt. 2), pp. 93 ss. (especialmente pp. 95 y 96).

[177] PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 209 (especialmente nt. 4).

[178] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 90 y 91.

[179] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 124.

[180] Para la autora también, en sede de usufructo: Ulpiano, 18 *ad Sabinum*, D. 7.1.27.3; Modestino, 9 *regularum*, D. 7.1.52; Papiniano, 17 *responsorum*, D. 2.14.42; Paulo, 13 *responsorum*, D. 33.2.28; a propósito del curador Modestino, 6 *responsorum*, D. 26.7.32.6.

*portionibus, ex qua quisque defuncto heres extitit, praestare oportet, annonas autem is solvere debet, qui possessiones tenet et fructus percipit***.** Así, los gastos realizados para obtener frutos dentro del año no se reembolsan sino que se compensan con los frutos mismos que se apropia el que hizo el gasto.

La verdad es que el criterio de la anualidad parece demasiado seco y carente de fundamento dogmático. Es simplemente el hecho de los tiempos habituales de las cosechas aplicado a los problemas concretos. No se trata de derecho sino, es necesario repetir, de una cuestión de hecho. Por esto, es que otras fuentes "interpretan" la anualidad de los gastos *in fructus* como sólo seis meses (Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.6: *Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus…*), o, si se trata de la explotación de bosques, en muchos años (Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.7: *Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua*…). Tal es así, que cuando el propio Ulpiano se refiere a los gastos *in fructus* ya no en la agricultura sino en la ganadería dice que el tiempo será en proporcional para la adquisición del ganado que se cría o de sus productos, como por ejemplo, la extracción de su lana: Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.9: *Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus… et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.*

Para Riccobono[181], ahora en relación a este punto, los compiladores quisieron que los gastos hechos *ad praesentis anni fructum* fueran contados entre las erogaciones para los frutos, lo que se opone directamente, en primer lugar, con la primera categoría de gastos *in rem* y exige para ellos que aporten a la cosa una *perpetua utilitas.* Además observa que si el gasto no es útil solamente para la inmediata producción de los frutos, debe ser considerado como un gasto *in rem*, de lo que se deriva que todos lo gastos de cultura, de acuerdo a las enseñanzas de Neracio, deben adscribirse a la categoría de los gastos *in rem*, lo que contradice evidentemente la enseñanza de los juristas romanos y la vida práctica.

Como se mencionó, Lévy[182] considera que la *perpetua utilitas* de Upiano es sólo una directriz, no una condición rígida o *sine qua non* y en cuanto a tal, muy por el contrario de contradecir las enseñanzas de los clásicos, complementa las decisiones de Labeón y Neracio. Lo anterior se comprende si se consideran las modifcaciones introducidas en la teoría de las *impensae in fructus*: la aparición de la idea de duración, luego de Escévola; y la admisión de los impuestos como gastos que se caracterizan por su periodicidad. Así la idea que impera en el pasaje de Ulpiano es la de la anualidad, que a juicio del autor, es la mejor de las explicaciones, puesto que apela a la noción de amortización.

[181] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 78 a 80.
[182] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 90 a 98.

Para Gonzalez-Palenzuela[183], en el referido pasaje, si el gasto se dirige a producir una utilidad perpetua, o al menos que no se refiera al año presente, se computa éste como impensa necesaria; pero si el gasto se dirige a los frutos del presente año, se compensa con los frutos. Esta idea de *ad perpetuam utilitatem* se encuentra también en en el pasaje ya trascrito de Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15, cuando el jurista considera que hay gastos necesarios para los frutos y también para la conservación de la cosa. A juicio de la autora, en relación a ambos pasajes, "*Neracio excluye los gastos* in fructus *de la consideración de impensas (a efectos del principio en cuestión, y aunque admite que son necesario) y Ulpiano excluye la consideración de* impensae necessarie *a los que se refieren a los frutos del presente año*"[184]. La referencia a la *utilitas*, no es más que la idea clásica del reembolso de las impensas, en virtud del cual se han de reembolsar todos aquellos gastos que generan un enriquecimiento a quien se le ha restituido la cosa, a costa de un daño injusto para aquél que gastó, en el caso concreto: para que sean gastos que disminuyan la dote deben producir un rendimiento del que obtenga provecho la mujer cuando la dote le es restituída.

Así las cosas, ninguna de estas explicaciones logra soportar la crítica de Petrazycki[185], que en alguna parte es posible compartir. Si bien algo de estos criterios se observa en las fuentes jurídicas, es sólo como ya atendió Riccobono[186], a modo de ejemplificación. Parece en las formas de atribución a esta clasificación, un lenguaje utilizado más bien en el ámbito contable de la administración de las actividades productivas, pudiendo tratarse éstos de gastos que los juristas consideran en la categoría de *in fructus*, pero que sin duda alguna permiten la conservación y mantención de la cosa, o más bien, como se dijo, recaen sobre la cosa misma.

La poca claridad que existe en las fuentes jurídicas para distinguir una categoría de la otra es lo que se expone a continuación.

3.2.5 Gastos *in fructus-in rem* en las fuentes jurídicas

A propósito de la reparación o cuidado de las casas (*aedes*) o los edificios (*aedificiorum*), se observan distintos criterios para considerar que un gasto es *in fructus*. Por ejemplo, en sede de usufructo para Celso y Marcelo debe tratarse de la módica reparación de las casas que debe hacer el usufructuario puesto que él hace suyo los frutos, como aparece en Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2: *... modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato.*

[183] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 127.
[184] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 127.
[185] PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen* (cit. nt. 140), pp. 151 y 152.
[186] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 75 y 76.

Esta idea que se repite en Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15, cuando se produce la disminución de los bienes dotales por los gastos hechos en éstos y que se plasma en el principio *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*, que se revisará, en la afirmación de que los gastos, aunque sean de aquellos que permiten la conservación de la cosa y son en cuanto a tal gastos necesarios, son de cargo del marido: *nam tueri res dotales vir suo sumptu debet... et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent: omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt*. Para Pomponio, lo son también cuando se realizan para el cuidado de los edificios cuando éstos producen frutos, los que se satisfacen con los frutos producidos en el año, como da cuenta Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16: *Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur.* En este caso entonces, ya con Celso, la reparación de las casas o los edificios, para que fuera un gasto *in fructus* debía ser una *modica refectio*, que se descontara para Pomponio de los frutos que de ello perciben el usufructuario o el marido, periodo respectivo de producción.

En términos similares, aquellos destinados a arar y sembrar un campo o en general al cultivo de un fundo, además de los ya señalados propios de esta categoría, que aparecen claramente en las fuentes como aquellos *quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt*[187]. Son de este mismo rubro las actividades descritas en Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15: *... et agrorum quoque cultura...* y el pasaje recién transcrito de Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16, pero también las que se encuentran en Paulo en 6 *ad Plautium*, D. 22.1.38.14: *Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant post deductionem impensarum?* Y nuevamente aparece la anualidad en la producción de los frutos en el pasaje de este mismo jurista, en 7 *ad Sabinum*, D. 24.3.8.1: *Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur, quia totius anni unus fructus est*; aunque de Ulpiano ya se sabe que en materia de frutos la anualidad es sólo una medida, como se señaló más bien contable[188]. Da la idea que los gastos destinados sólo a un ámbito de la actividad productiva serán descontados de la totalidad de lo obtenido en la producción, aunque provengan ello de otro ámbito productivo, como en este caso no ya la siembra

[187] Cfr. Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.10.9: *... sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet...*; Ulpiano, 62 *ad edictum*, D. 22.1.46: *Quod in fructus redigendos impensum est...*; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16: *Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est...*; Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5: *...quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt.*

[188] Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.6: *Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis inriguis*; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.7: *Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua*; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.9: *Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fetusque pecorum praestaretur. Quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? Nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.*

sino la vendimia, porque la utilidad que de ello se obtiene es única para todo el patrimonio. Finalmente, también al parecer Justiniano en sus *Institutiones*, lo considera como *in fructus* en *Inst.* 2.1.35: *...naturali ratione placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura,* aunque luego el propio Emperador estima que es un gasto *in rem*, cuando en *Inst.* 2.1.32, admite la procedencia de la excepción de dolo para recuperar el gasto hecho por el poseedor de buena fe en el suelo ajeno: *defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quae diximus: ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.*

Aunque no cabe duda que los tributos y estipendios son gastos que se realizan en la cosa misma, y permiten la propiedad sobre ella y por ello su conservación, los juristas los clasifican como gastos *in fructus*, así lo considera Celso y reafirma Marcelo, como se indica en el fragmento ya referido de Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2:*... quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta*; y más claramente Paulo estima que son éstos gastos carga de los frutos en 7 *brevium*, D. 25.1.13: *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt*.

Más problemática es la distinción en los casos de gastos que tienen lugar por la alimentación, curación, fuga, instrucción y cultura hechos en los esclavos. Los primeros, gastos de alimentación y curación, aunque son siempre gastos necesarios para la conservación de la cosa, aparecen en una serie de pasajes de los *Digesta* como gastos considerados *in fructus*, así desde la opinión de Celso, apoyada por Marcelo que ya ha sido trascrita y de la que da cuenta Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2: ; igual opinión parece tener Gayo en el fragmento de esta misma sede en 7 *ad edictum provinciale*, D. 7.1.45: *Sicut impendia cibariorum in servum, cuius usus fructus ad aliquem pertinet, ita et valetudinis impendia ad eum respicere natura manifestum est*. También en el juicio redhibitorio, a juicio de Aristón, los gastos que realiza el comprador para la alimentación del esclavo, ya que no se le exige a éste lo que obtuvo por su servicio, y de ello da cuenta Paulo en 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.30.1: *sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit*..., pero en este pasaje los gastos para la curación del esclavo realizados después de la litiscontestación deben ponerse en cuenta y por ello tendrían para este jurista la categoría de gastos *in rem.* Del mismo Paulo, a propósito de las donaciones entre marido y mujer, en 7 *ad Sabinum*, D. 24.1.28.1: *Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit aut in doctrinam aut alimenta*, donde nuevamente se ve que el jurista da la categoría de gasto *in rem*, ahora a los alimentos, cuando ellos han sido dados a la nodriza: *... sed illud servatur quod nutrici datum est ad educendum...*; como también lo consideran Ulpiano en 36 *ad edictum*, D. 27.3.1.8: *...Sed et si servis cibaria praestiterit...*y 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9: *...nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit*; y Modestino en sede de depósito, 2 *differentiarum*, D.

16.3.23: *...cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur*. Finalmente Gayo, a propósito de la procedencia de la acción contraria del comodato, también clasifica los gastos de alimentación, curación y fuga del esclavo como *in fructus* al estimar que éstos son gastos del comodante que se sirve de él, cuando son una *modica enim impendia*, a diferencia de los gastos mayores de enfermedad o aquellos realizados para recuperar al esclavo que se ha fugado, que son para Gayo gastos *in rem*, en 9 *ad edictum provinciale*, D. 13.6.18.2: *... veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant*.

La dificultad anterior, se encuentra también en los últimos enumerados destinados a la instrucción, educación o cultura del esclavo, puesto que en muchos pasajes aparecen naturalmente como un gasto útil, y con ello *in rem*, y en otros en cambio, se indican como un gasto hecho para los frutos. Como gasto *in rem* pareciera encontrarse en el pasaje paulino en sede dotal, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6, que se ubica a continuación del de Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5.3 (*Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem*) y señala: *...veluti si novelletum in fundo factum sit, aut si in domo pistrinum aut tabernam adiecerit, si servos artes docuerit*. También en la serie de pasajes de la *reivindicatio*, que comienzan con Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.28: *Forte quod pictorem aut librarium docueris. Dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse*; Pomponio, 21 *ad Quintum Mucium*, D. 6.1.29: *Nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium*; y Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30: *Aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.* Todos estos pasajes se revisaran en sede de *reivindicatio*.

Pero destaca la opinión de Fulcino, a la que volveremos otra vez, que aparece en el fragmento de Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1: "*Utiles impensas*" *esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant,..., item doctrinam puerorum*.

Algunos autores[189] consideran que estas fuentes han sido manipuladas y que se tratan más bien de adecuaciones hechas por Justiniano. Otros[190] las consideran auténticas, pero observan que pueden tener esta categoría cuando sea un gasto en virtud del cual el propietario experimente un enriquecimiento con la restitución del esclavo, el que se dará cuando la cosa sea vendida a un mayor valor. Además para Gonzalez-

[189] BIONDI, "*La compensazione del diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 388; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 197; LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), pp. 209 a 212.

[190] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 87; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 224 ss.; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 131.

Palenzuela[191], cuando la instrucción que otorgada al esclavo se traduzca en un mayor rendimiento para su propietario en tanto queda el esclavo facultado para una actividad que resulta de utilidad en la prestación de sus servicios, exigencia que puede verse sólo en las fuentes que tratan la *reivindicatio*, pero que no aparece a propósito de la dote para Paulo en 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6 o para Fulcino en el pasaje del mismo Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1. Este tipo de gasto aparece como *in fructus* también cuando los realiza el poseedor o marido que administra la dote, y han aprovechado del servicio del esclavo. Se encuentra en este sentido en sede de *reivindicatio* en el fragmento de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31: *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit*, y también a propósito del matrimonio y la dote, como en el pasaje ya transcrito de Paulo comentando a Sabino, 7 *ad Sabinum*, D. 24.1.28.1 (... *maritus impenderit aut in doctrinam*...), lo sostiene Pomponio frente a la disolusión del matrimonio como señala Ulpiano en 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16 (... *servum curandum...)* y también en Justiniano, *Inst.* 2.1.35 (...*naturali ratione placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura*...).

En definitiva, para todos estos casos de alimentación, cura instrucción y educación del esclavo, quienes deben soportar los gastos y por ende imputarlos a los frutos recibidos en el periodo productivo, dependiendo también además de otras circunstancias tales como la magnitud del gasto, son los que tienen derecho a obtener los servicios del esclavo, y porque sabemos de Gayo que se entiende por fruto en relación al trabajo de los esclavos en 2 *de liberali contra edictum urbicum*, D. 7.7.4: *Fructus hominis in operis constitit et retro in fructu hominis operae sunt. Et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis servorum.*Así aparece en las fuentes respecto del usufructuario, del marido, del comprador que ejerce la acción del contrato e incluso respecto del poseedor frente a la reivindicación, y que podría entenderse respecto de cualquiera que obtenga los servicios.

Se observa entonces, al igual como se hizo respecto los necesarios, útiles y voluptuarios, que no se encuentra un criterio diferenciador que se mantenga como estable y claramente definido para distinguir entre gastos *in fructus* e *in rem*. Más bien, parece que la fuerza de los hechos, y la propia coherencia narrativa de los mismos al interior del caso proponen los límites: por ejemplo, que los gastos para obtener los frutos en un fundo lo sean si los beneficios del gasto se obtienen dentro de un año, depende de los ciclos agrícolas, no del razonamiento jurídico. Por eso es que el "año" muta, según el testimonio expreso de las fuentes, a seis meses o muchos años dependiendo del ciclo de extracción en cada caso. Es más, en la explotación del ganado esto se declaraba expresamente: el tiempo se toma en cuenta como el antecedente de hecho que

[191] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 131.

corresponde a la obtención de los frutos. Además de esto, resulta que puede haber un mismo gasto cuyos beneficios se produzcan en parte en el mismo año y en parte en otro distinto: sería una figura monstruosa: en parte un gasto *in fructus* en parte un gasto *in rem*. Al final: no es un criterio discriminante estable que depende a fin de cuenta de una serie de factores que deberán determinarse, como señala Neracio: *quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.*

Expuestos estos asuntos previos sobre el concepto y la terminología de las *impensae* y la doctrina general de la tripartición, en la que de la mano de la doctrina romanista, se han rigidizado y preestablecido las distintas categorías de gastos, cabe ahora revisar si ella se observa, en realidad, a propósito de diversas materias, en especial en la *reivindicatio*, pero considerando -y esto es primordial en esta investigación-, las distintas épocas del Derecho romano. Esto es lo que sigue en los próximos capítulos.

CAPÍTULO II

LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN SISTEMÁTICO DE REEMBOLSO DE LOS GASTOS EN LA ÉPOCA ARCAICA

La posición doctrinal ampliamente dominante se inclina por prescindir de realizar cualquier revisión de la época arcaica en materia de impensas, puesto que se estima todavía inexistente la noción misma[192]. Y si se coteja las noticias de que disponemos, en el marco de la (consabida) penuria de las fuentes disponibles para este período, la ausencia de testimonios relevantes en esta materia hace de ésta una opinión general razonable.

Con todo, no parece apropiado omitir totalmente el tratamiento de las impensas en la época arcaica, puesto que en cualquier caso ya en esta época se puede encontrar algún desarrollo de materias particulares que al jurista moderno pueden parecer, en diferentes sentidos, afines o próximas; y que por tanto requieren aguzar el análisis para tratar de indagar si tras ellas podría encontrarse, aunque fuera de manera solapada o indirecta, algún indicio de tratamiento de la cuestión de las impensas.

Tal es el caso, por ejemplo, de la restitución de frutos que puede darse en los litigios sobre la propiedad (*sacramentum in rem*). Esta materia sí está tratada (al menos en apariencia) en las fuentes, y su carácter de cuestión accesoria a la persecución de la cosa matriz, desde un punto de vista procesal actual, podría sugerir que ya en tal época también se podría haber tenido en cuenta el reembolso de las impensas; es decir, la otra cuestión que para el jurista moderno aparece como accesoria a la persecución de la cosa misma. Todo ello, hace necesario mirar cuánta amplitud presenta en esta época el término "*vindicia*" con el que se denominaba (y también, por tanto, delimitaba) el objeto litigioso en el *sacramentum*.

Asimismo, por otro lado, la existencia de algunas alusiones legislativas aisladas a los gastos en que incurrieron algunos ocupantes de tierras públicas distribuidas en época republicana, también exige detenerse a observar si ello podría envolver una noticia sobre el tratamiento de las impensas en tal materia.

---

[192] Vid., por todos, RICCOBONO, "*Gli Scholii Sinaitici*" (cit. nt. 62), p. 230; RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 78 y 79; RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), p. 197; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), p. 102; RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento* (cit. nt. 121), p. 4; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 90 y 91; v. *spese*, GUARNERI CITATI, NDI (cit. nt. 119), p. 723; LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), pp. 209 a 212; NIEDERLÄNDER, "*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*" (cit. nt. 110), pp. 201 a 219; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 224 ss.; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 124.

Y, por último, la presencia de la *actio de tigno iuncto* ya en esta etapa de la experiencia jurídica romana, igualmente requiere pronunciarse sobre si, al menos desde un punto de vista funcional, la viga (*tignus*) inserta en el inmueble ajeno contiguo podría estimarse como una impensa y la sanción por su utilización como una suerte de reembolso para el dueño de aquella[193].

1. EL SIGNIFICADO DE "*VINDICIA*" COMO OBJETO LITIGIOSO EN EL PROCEDIMIENTO *PER SACRAMENTUM IN REM*

Como se sabe, el más arcaico proceso vindicatorio es el que corresponde a la *legis actio per sacramentum*, según nos informan las *Gai Institutiones*[194], y de cuya ritualidad interesa ahora lo indicado en 4.16:

> *…postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta proponitur*[195].
>
> Después el pretor asignaba la posesión interina a uno de ellos, esto es, constituía a alguno en poseedor interino [de la cosa objeto del litigio], ordenándole que diera fiadores a su adversario para responder de las resultas del litigio y de la posesión interina, esto es, de la cosa y de sus frutos. Además, ambos [las partes] daban otros fiadores al pretor en garantía de la apuesta, puesto que ésta iba al erario. La vara se usaba en lugar de la lanza, la cual era símbolo del dominio legítimo, porque era de su creencia que el más justo dominio, era el de las cosas que se habían quitado al enemigo; de donde proviene que se exponga la lanza en los juicios de los centunviros[196].

---

[193] A propósito de las discusiones que se mantienen en la doctrina moderna sobre el *ius tollendi*, que radica (principalmente) en la controversia que se aprecia en las fuentes jurídicas sobre la interpretación decenviral de la *actio de tigno iuncto*. Más actualmente -y algo de esto ya se adelantó en la revisión del significado del término *pretium*-, se debe atender la postura de Musumeci en relación al pasaje de Paulo, 15 *quaestionum*, D. 46.3.98.8, vid. MUSUMECI, *Inaedificatio* (cit. nt. 35), pp. 48 ss. (especialmente p. 160 nt. 88).

[194] Gayo, *Inst*. 4.13-17. Como señala Nicosia, la exposición que hace Gayo en estos pasajes, no obstante su defectuosidad y las lagunas existentes en el manuscrito, es una descripción ordenada, puesto que el resto de las noticias esparcidas por otras fuentes, no pueden ser utilizadas sino como complementarias, vid. NICOSIA, Giovanni: *Il processo privato romano. Le origini*, 1, G. Giappichelli Editore, Catania, 1980, p. 98. Cfr. LÉVY-BRUHL, Henri: *Recherches sur les actions de la loi*, Sirey, Paris, 1960, p. 23.

[195] GAYO: *Gai institutionum commentarii quattuor*, Seckel, E.-Kuebler, B. (edits.), *Gai institutionum commentarii quattuor: separatim ex Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiis a Ph. Eduardo Huschke compositis*, in aedibus B. G. Teubneri, Leipzig, [6]1903, pp. 194 a 196.

[196] Para la traducción se tuvo a la vista, publicación anónima de 1845: "*Por último, el pretor pronunciaba la adjudicación provisoria de la cosa en favor de uno de los contendientes* (secundum alterum eorum uindicias dicebat)*, es decir, concedía interinamente la posesión de la cosa objeto del litigio a una de las partes, exigiendo de ella que diese fianza a la otra, así para responder del litigio como de la posesión* (litis et uindiciarum)*, esto es, de la cosa en cuestión y de sus frutos. el pretor exigía igualmente de cada uno de los contendores, fiadores que asegurasen la suma llamada depósito sagrado* (sacramentum)*, en razón a que esta suma era para el erario. La varilla* (festuca) *se usaba en representación de la lanza, la*

De aquí, la información fundamental para sostener la ausencia del reembolso de los gastos en este procedimiento es la relativa al término *vindicia* (*vindiciae*): "*…vindicias dicebat… litis et vindiciarum…*". Luego de fijarse el monto del *sacramentum*, el pretor asignaba la posesión interina de la cosa a una de las partes: *postea praetor sucundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat*[197]. El propio Gayo explica que tal posesión interina de las cosas (*vindicias*), consistía en constituir a uno de los litigantes en poseedor de éstas mientras durase el juicio, para lo cual, el pretor "*vindicias dicebat*", fijaba los objetos de la controversia. Después, continúa Gayo, el pretor también ordenaba que las partes dieran fiadores para responder por la resultas del litigio: *eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*; esto es, se constituían garantes por el adversario, ya no sólo respecto de la cosa litigiosa en sí (*res*), sino

---

cual era el símbolo del dominio legítimo, porque en nada creían los antiguos tener más fuertes derechos que en las cosas cogidas al enemigo. De donde proviene la importancia que se da a la lanza en los juicios de los centunviros", GAYO: *La Instituta de Gayo*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 263; Domingo-D´Ors: "*Después el pretor asignaba la posesión interina a uno de ellos, es decir, constituía a uno de ellos en poseedor de la cosa en tanto durase el litigio, ordenándole que diera fiadores a su adversario para responder de las resultas del litigio y de la posesión interina, esto es, de la cosa y de sus frutos. Además, las dos partes daban otros fiadores al pretor en garantía de la apuesta, pues la que se perdía era para el pueblo. La vara se usaba como en sustitución de la lanza, la cual era símbolo de la propiedad legítima, ya que la propiedad más legítima parecía ser la de las cosas que se habían quitado al enemigo; por esto la lanza presidía los juicios ante los centunviros*", DOMINGO, Rafael-D´ORS, Álvaro: "*Instituciones de Gayo*", Domingo, Rafael (coord.), *Textos de Derecho Romano*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 198 y 199; Samper: "*A continuación, el pretor constituía a uno de ellos en poseedor interino, y le ordenaba dar al adversario garantías de las resultas del litigio y de la posesión interina, o sea, de la cosa y de los frutos; y el propio pretor recibía de los litigantes otras finazas en garantía de la apuesta sacramental, pues lo que se pedía pasaba al erario público. Utilizaban la vara en lugar, digamos, de la lanza que representaba la señal de justo dominio, porque creían que la propiedad más indiscutible es la de las cosas que hubiesen cogido al enemigo; de ahí que se colocase una lanza en los juicios centunvirales*", SAMPER, Francisco: *Las Instituciones de Gayo*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2017, p. 297.

[197] Vid., por todos, WEISS, Egon: "*Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem*", Festschrift für Otto Peterka, Verlag Rudolf M. Rohrer, Brünn-Prag-Leipzig-Wien, 1936, p. 70; PEROZZI, Silvio: "*Dell*'arbitrium litis aestimandae *nella procedura civile romana*", Scritti giuridici, 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1948, p. 438 ss.; SCHWIND, Fritz: *Römisches Rechts*, 1, Springer-Verlag Wien GmbH, Wien, 1950, p. 103; KASER, Max: "*Neue Studien zum altrömischen Eigentum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 68 (1951), p. 132; GIOFFREDI, Carlo: *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Apollinaris, Roma, 1955, pp. 133 ss.; BROGGINI, Gerardo: *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1957, p. 129; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p.173; PUGLIESE, Giovanni: *Il processo civile romano*, 1, Edizioni Ricerche, Roma, 1961-1962, p. 295; SANTORO, Raimondo: "*Potere ed azione nell´antico diritto romano*", AUPA 30 (1967), p. 287; ALBANESE, Bernardo: *Il processo privato romano delle legis actiones*, Pubblicazioni del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, Palumbo, Palermo, 1987, p. 74; CANNATA, Carlo Augusto: *Profilo istituzionale del processo privato romano, Le legis actionis*, 1, G. Giappichelli Editore, Torino, 1980, pp. 16 y 17; KASER, Max-HACKL, Karl: *Das römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München, [2]1996, p. 100; FUENTESECA, Margarita: "*La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*", RIDA 53 (2006), p. 238; BRUTTI, Massimo: *Il Diritto Privato nell'antica Roma*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 578; GULINA, Giovanni: "*Contributo allo studio della satisdatio pro praede litis et vindiciarum*", AUPA 56 (2013), p. 72.

también de sus frutos (*fructus*), lo cual es aludido por Gayo con el sintagma "*lis et vindiciae*": *praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*.

No es, por cierto, una tarea sencilla tratar de delimitar los significados de *vindicia* en esta fuente. Pues, como ya observaran Lévy-Bruhl[198] y Nicosia[199], el sentido de *vindiciae* es obscuro y no parece haber sido claro ni siquiera para los romanos mismos. Ello, pues, *vindicia* denota, como objeto del juicio vindicatorio, una serie de posibles contenidos; entre los cuales, es necesario advertir de inmediato, la doctrina jamás ha considerado comprendidas las impensas.

Para penetrar en este punto, la fuente gayana transcrita debe ser complementada con el pasaje del gramático Festo, quien en su *De Verborum Significatione*, entrega una explicación etimológica del término *vindiciae*[200]:

> *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt. [M.] Cato in ea quam scribsit L. Furio de aqua: ..... s praetores secundum populum vindicias dicunt."... Lucilius: "Nemo hic vindicias neque sacra... en veretur." De quo verbo Cincius sic ait: "Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant." At Ser. Sulpicius .... iam singulariter formato vindiciam esse ait .. <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur .... XII (12,4): "Si vindiciam falsa tulit, si velit is... tor arbitros tris datos; eorum arbitrio... fructus duplione damnum decideto"*[201].
>
> *Vindiciae* se llaman aquellas "cosas", de las cuales hay controversia: lo que más correctamente se dice "el derecho" porque [esto] se da entre aquellos que contienden. [M.] Catón, en ello que escribió L. Furio en *del agua*: .....s los pretores dicen las *vindicias* según el Pueblo." ... Lucilo: "Nadie aquí [(¿diga?)] *vindicias* ni sacra... por respeto." De la cual palabra Cincio dice así: "*Vindiciae*, alguna vez se decían aquellas cosas extraídas [*sumptae*] que eran llevadas ante el magistrado." Pero Ser[vio] Sulpicio afirma ser *vindicia*, usada ya singularmente, aquella que es la cosa en controversia, para lo que se reivindica... XII Tablas (12,4): "Si lleva

[198] LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p.173.

[199] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 194), p. 144.

[200] Aunque es sabido que en la fuente gayana también se entrega una explicación etimológica del término *vindicia*, en su la forma de *vindictam*, cuando se asimila al de *festuca*: *sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*, y también: *ius feci, sicut vindictam inposui.* Este uso no reporta mayor dificultad y se aleja del todo de la materia, vid., por todos, NOALILLES, Pierre: "*Vindicta*", Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres 84 (1940) 6, pp. 501 a 511; BESELER, Gerhard: "*Zum Römischen Frührecht*", Hermes 77 (1942) 1, p. 80 ss.; NOALILLES, Pierre: *Du Droit sacré au Droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1949, pp. 88 a 108; STASZKOW, Michal: "*Le commentaire de Gaius sur la 'vindicta'*", Mnemeion Siro Solazzi, Napoli 1964 [pero, Labeo 8 (1962)], pp. 369 a 381; v. *vindicta*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), pp. 627 y 628; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), pp. 65 y 67 (especialmente nt. 230); v. *vindicta, ae, f.* [vindico], LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1993; v. *vindicta, -ae* [vindico], SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 646.

[201] Festo, *De verborum significatione*, s.v. *Vindiciae* (L. 574), LINDSAY, Wallace M.: *Sexti Pompei Festi De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, Typis B.G. Teubneri, Lipsiae, 1913, p. 516. Se consultó especialmente Bruns: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius « dicitur vis » quam « fit » inter eos qui contendunt. Cato in ea quam scribsit L. Furio de aqua: « … s praetores secundum populum vindicias dicunt »… et Lucilius: « nemo hic vindicias neque sacra neque numen veretur ». De quo verbo Cincius sic ait: « Vindiciae olim dicebantur (glaebae) illae, quae ex*

> falsamente una *vindicia*, si quiere aquel [(¿el pretor?)] ... sean dados tres árbitros; y según el arbitrio de aquellos... se decida una condena por el doble de los frutos [y de la cosa (¿?)]"[202].

---

fundo sumptae in jus adlatae erant ». At Ser. Sulpicius (nomine et) iam singulariter formato vindiciam esse ait eam rem qua de re controversia est, ab eo quod vindicatur… et in XII: « Si vindiciam falsa tulit, si velit is… tor arbitros tres datos; eorum arbitrio… fructus duplione damnum decidito », BRUNS, Carl: *Fontes iuris Romani antiqui: Additamentum*, I.C.B. Mohrii, Tubingae, [7]1912, p. 46. Se tuvo también a la vista, Odofredo: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius, quia† fit inter eos qui contendunt. Cato in ea quam scribsit L. Furio† de aqua: ..... s. Praetores secundum populum vindicias dicunt."... Lucilius: "Nemo hic vindicias neque sacra neque numen† veretur." De quo verbo Cincius sic ait: "Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant." at Ser. Sulpicius ..... iam singulariter formato vindiciam esse ait, ... qua de re controversia est, ab eo quod vindicatur..... et in XII.: "Si vindiciam falsa tulit, si velit is†.... tor arbitros tres dato, eorum arbitrio .. fructus duplione damnum decidito."*, ODOFREDO, Carolo-HUGONI, Gustavo: *Sexti Pompei Festi De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, Libraria Weidmanniana, Lipsiae, 1839, p. 376; Savagner: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia: quod potius dicitur jus, quia fit inter eos qui contendunt. Cato in ea quam scribsit L. Furio de aqua: « .... s. praetores secundum populum vindicias dicunt. » Lucilius: « Nemo hic vindicias, neque sacra neque numen veretur. ». De quo verbo Cincius sic ait: « Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in jus adlatae erant. » At Ser. Sulpicius .... (nomine et) jam singulariter formato vindiciam esse ait .... qua de re controversia est, ab eo quod vindicator.... et in XII: « Si vindiciam falsa tulit, si velit is... tor arbitros tres dato, eorum arbitrio .... fructus duplione damnum decidito. »*, SAVAGNER, Auguste: *Sextus Pompeius Festus, De la* signification des mots, 2, C.L.F. Panckoucke, Éditeur, Paris, 1846, p. 681; Thewrewk de Ponor: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia† fit inter eos qui contendunt. M. Cato in ea quam scribsit L. Furio de aqua: ..... s Praetores secundum populum vindicias dicunt.» ..... Lucilius: «Nemo hic vindicias neque sacra ..... en veretur.» de quo verbo Cincius sic ait: «Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in jus adlatae erant.» at Ser. Sulpicius ..... iam singulariter formato vindiciam esse ait, ... ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur .... et in XII.: «Si vindiciam falsa tulit, si velit is ..... tor arbitros tres datos; eorum arbitrii .. fructus duplione damnum decidito.»*, THEWREWK DE PONOR, Emilio: *Sexti Pompei Festi De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, 1, Sumptibus Academiae Litterarum Hungaricae, Budaspest, 1889, p. 574. Al respecto se debe advertir que en el área jurídica la versión al uso de las XII Tablas son habitualmente, las de Bruns: *3. SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS . . . TOR ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO . . . FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO* (Fest., *Vindiciae*), BRUNS, Carl: *Fontes iuris Romani antiqui*, 1, I.C.B. Mohrii, Tubingae, 1909, p. 39 y Ricobono: *SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS . . . TOR ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO . . . FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO* (*Cf.* Fest., L. 376 ; Gai., 6 *ad XII tab.*, *D.*, 22, 1, 19 ; Gaius, 4, 94 ; 4, 16 ; Fest., P. 66), FIRA, 1, Riccobono, S. (edit.), apud S. A. G. Barbèra, Florentiae, 1968, p. 73.

[202] Para la traducción de la fuente latina se tuvo a la vista, Savagner: "VINDICIAE. *On désigne par ce mot les choses au sujet desquelles il s'est élevé un litige: mais il s'applique plutôt à la violence qui se manifeste entre les prétendants. Caton, dans le discours qu'il a composé contre L. Furius, au sujet de l'eau...:* Praetores secundum populum vindicias dicunt (*Les préteurs jugent des récréances devant le peuple. Lucilius:* Nemo hic vindicias, neque numen, neque sacra veretur (*Personne ici ne respecte les choses en litige, ni la divinité, ni les choses saintes*). *Voici ce que dit Cincius au sujet de ce mot:* Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in jus adlatae erant (*On appelait autrefois* vindiciae *les choses détachées pour ainsi dire de la propriété foncière et apportées en litige*). *Mais Ser. Sulpicius dit que ce mot a été employé au singulier, vindicia, et il entend par là la chose au sujet de laquelle il y a litige; et on lit dans les Douze-Tables:* Si vindiciam falsam tulit, stlitis et vindiciarum praetor arbitros tres date, eorum arbitrio reus fructus duplione damnum decidito (*S'il a obtenu une récréance injuste, que le préteur nomme trois juges du procès et de la main-levée, et que par leur decisión l'accusé repare le dommage par une valeur double du fruit*)", SAVAGNER, *Sextus Pompeius Festus* (cit. nt. 201), p. 681.

Antes de examinar el testimonio de Gayo, teniendo en cuenta sólo la información de esta última fuente, los tres significados para "*vindicia*" podrían ser; en primer lugar, aquél que le otorga el mismo Festo al término y que reafirma luego en las palabras de Servio Sulpicio. Por otra parte, aquél que se obtiene de lo expuesto por Catón, comentando lo dicho por L. Furio. Finalmente, el significado que le atribuye a la palabra *vindiciae* el gramático Cincio[203], donde se utiliza también la expresión "*sumptae*" que, se advierte desde ya, no tiene relación alguna en este caso con la expresión "*impensae*", como se verá.

El primero, es aquél que quiso darle el propio gramático al término: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt* y luego, más abajo, Servio Sulpicio que también le confiere al término *vindicia* el sentido de cosa litigiosa: *<q>ua de re controversia est.* Para Nicosia, este primer significado de *vindicia* es ciertamente "técnico-jurídico"[204] y no se refiere más que a la cosa controvertida (*qua de re controversia est*). Éste sería el originario o, a lo menos, el más antiguo, lo que resulta evidente de la circunstancia que es el significado que aparece en la ley decenviral de acuerdo a lo afirmado por la autoridad del jurista: *Si vindiciam falsam tulit, si velit is... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decideto*[205], donde se atribuye a *vindicia* el significado de objeto litigioso[206].

El segundo corresponde a la citación a Catón que hace L. Furio, lo más probable, en un caso de controversia de aguas públicas, donde haya sido parte el *populus*, en la que con el término *vindiciae*, a juicio del profesor siciliano[207], se indicaba el pronunciamiento del magistrado que asignaba interinamente la cosa objeto de la controversia a uno de los contendores.

---

[203] Para Lévy-Bruhl no se puede confundir con el historiador L. Cincius Alimentus, LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p.173 nt. 3. Por su parte, Nicossia se refiere al "gramático contemporáneo de Cicerón", NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 194), p. 143 y Kaser lo menciona también como gramático y lo ubica (siguiendo a SCHULZ, Fritz en *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1961, p. 163) en el tiempo de Augusto, KASER, Max: "*Zur 'legis actio sacramentum in rem'*", ZSS [Romanistische Abteilung] 104 (1987), p. 64. Weiss sostiene que se trata del gramático L. Cincius Alimentus y puesto que no se especifica de la obra de la cual se extrae la cita, se entendió que se tomó desde "*de verbis pricis*", WEISS, "*Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem*" (cit. nt. 197), p. 69. Albanese también habla directamente del erudito L. Cincio Alimento, ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), p. 74 nt. 250. Cfr. CORNELL, T.J.: *The Fragments of the Roman Historians*, University Press, Oxford, 2013, pp. 19, 84, 179 a 183.

[204] NICOSIA, Giovanni: *Il processo privato romano. La regolamentazione decemvirale*, 2, G. Giappichelli Editore, Catania, 1984, pp. 222 y 223.

[205] FIRA (cit. nt. 201), p. 73.

[206] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 222 y 223.

[207] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), p. 220. En términos similares Albanese sobre las citación mutilada de Catón: "*attesta che i* praetores *assegnavano il possesso interinale sempre a qui litigava* pro populo" (*atestigua que los* praetores *asignaban la posesión interina siempre a quien litigaba* pro populo), ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), p. 74.

El tercero corresponde al término en plural "*vindiciae*" entregado por Cincio. Ya desde Jobeé-Duval[208], se entiende que se trata de una reivindicación de inmuebles y por ello es necesario complementar esta fuente, con aquellas que describen el rito vindicatorio del *manus conserere* y del acto *ex iure manum consertum vocare*, como Aulo Gelio en *Noctes Atticae* 20.10.7-9[209] y de Cicerón en *Pro Munera* 12.26[210]; pero también, con las del propio Festo a propósito de la palabra *superstites*: "*testes, praesentes signicat. Cuius rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus, i, inter quos controversia est, vindicias sumere iubentur*"[211].

Para Weiss[212], Cincio trata sólo de la representación de los *fundi* a través de una *pars*, sobre la que se realiza la reivindicación y son así entonces constituidos en *vindiciae*. Lo que ocurre es que aquí sólo se relataría la parte del rito cuando se trata de la vindicación de inmuebles, a diferencia del pasaje de las *Gai Institutiones* 4.17 que lo

---

[208] Para el autor, que el gramático se refiera a los terrones (*mottes de terre*) hace pensar que se trata de una *vindicatio* y *contravindicatio* sobre un inmueble litigioso, y por lo mismo, no le sorprende que a los pedazos del fundo se les llame en el plural *vindiciae*, JOBEÉ-DUVAL, Emile: *Études sur l'histoirie de las procédure civile chez les romains*, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1896, p. 335 y 336; COSTA, Emilio: *Profilo storico del processo civile romano*, Athenaum, Roma, 1918, pp. 20 y 21; WEISS, "*Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem*" (cit. nt. 197), pp. 69 y 70; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p. 173; NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 220 a 224; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), pp. 76 y 77. En este sentido también Kaser, que hace un completo análisis del origen y el ritual del *manum conserere*, KASER, "*Zur 'legis actio sacramentum in rem'*" (cit. nt. 203), pp. 53 a 84.

[209] Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20.10.7-9: *"Manum conserere"... Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est "vindicia". Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: "si qui in iure manum conserunt." Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis iurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed "ex iure manum consertum" vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent*.

[210] Cicerón, *Pro Munera* 12.26: *Cum hoc fieri bellissime posset: 'Fundus Sabinus meus est.' 'Immo meus,' deinde iudicium, noluerunt. 'Fvndvs' inquit 'qvi est in agro qvi sabinvs vocatvr.' Satis verbose; cedo quid postea? 'evm ego ex ivre Qviritivm mevm esse aio.' Quid tum? 'inde ibi ego te ex ivre manvm consertvm voco.' Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat. Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo. 'Vnde tv me' inquit 'ex ivre manvm consertvm vocasti, inde ibi ego te revoco.' Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo: 'Svis vtrisqve svperstitibvs praesentibvs istam viam dico; ite viam.' Praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret. 'Redite viam.' Eodem duce redibant. Haec iam tum apud illos barbatos ridicula, credo, videbantur, homines, cum recte atque in loco constitissent, iuberi abire ut, unde abissent, eodem statim redirent. Isdem ineptiis fucata sunt illa omnia: 'Qvando te in ivre conspicio' et haec: 'Anne tv dicas qva ex cavsa vindicaveris?' Quae dum erant occulta, necessario ab eis qui ea tenebant petebantur; postea vero pervolgata atque in manibus iactata et excussa, inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenis sima.*

[211] Festo, *De verborum significatione*, s.v. *superstites* (L. 436), LINDSAY, *Sexti Pompei Festi De verborum significatione* (cit. nt. 201), p. 394.

[212] WEISS, "*Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem*" (cit. nt. 197), pp. 69 y 70.

hace de manera general y que por ello, a juicio del autor, se basta a sí mismo. Lo mismo de Aulo Gellio, sin descontextualizarlo de su tiempo, no se puede entender sino como una discusión que se plantea sobre el objeto de los litigios de la propiedad, sin señalar tampoco distinción alguna.

En sentido similar, Lévy-Bruhl[213] entiende que éstas serían las palabras de las tierras simbólicas destinadas a representar los fundos litigiosos hechos a un tribunal a través de la reivindicación por vía del *sacramentum*. Para el autor francés, el sentido preconizado por Cincio, sin ser inexacto, parece demasiado estrecho. Es evidente que el uso de la palabra *vindiciae* no se puede reducir a la hipótesis de una reivindicación inmobiliaria, menos aún, a un proceso que reporta un fundo de tierras, cuando el propio Gayo lo utiliza para el caso de la reivindicación de un esclavo; y por ello cree que el gramático explica la palabra en un texto relativo a este caso, sin pretender darle un alcance de definición general.

En la doctrina actual le atribuye este significado Nicosia[214] para quien *vindiciae* también en este caso, y al igual que su uso singular, corresponde a un término técnico-jurídico que se refiere a la cosa controvertida que aparece en el procedimiento "*ex iure manum consertum* (*vocare*)", a través del cual se desarrollaba la *vindicatio* de los inmuebles[215]. En tal procedimiento los contendores, iniciada la reivindicación delante del pretor, venían hacia éste y eran autorizados a retirar (*sumere*) del inmueble, acompañados de testigos, una parte simbólica del mismo, la cual venía precisamente denominada *vindiciae*. Así, el término asume el significado de parte simbólica de la cosa controvertida, que venía *sumptae* del inmueble y *adlatae in ius*.

En la explicación de Cincio, *vindicia* se debe comprender como las cosas, puesto que el término *sumptae*, que no se usa aquí como sinónimo de *impensae*, debe entenderse en su sentido general ya referido, de "asumir, tomar o coger, tomar sobre sí, apoderarse"[216] e incluso "reclamar"[217]. De este modo las noticias que nos da el

[213] LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p. 173.
[214] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 221 y 222.
[215] Para Nicosia el ritual originario por el que se actuaba la *vindicatio* de inmuebles, estaba constituido por el *manum conserere*, que se desarrollaba solemnemente sobre el inmueble controvertido, que en la época de las XII Tablas, *in iure* significaba "en el ámbito de un procedimiento formalmente instaurado", y no delante del pretor: más áun, se realizaba todo el ritual fuera de toda intervención del pretor. Luego este ritual fue sustituido por aquel en que los contendores llevaban la cosa ante el magistrado. En este nuevo procedimiento el pretor autorizaba a los contendores a dejar el tribunal (*ex iure* en sentido locativo, no ya procesal), para andar a retirar solemnemente la parte del inmueble (*vindiciae*) y después retornar y llevarla ante el tribunal como un elemento simbólico que sirve para la identificación de éste (y por eso se requería el acompañamiento de testigos de la parte contraria, los que deben dar fe que aquella *vindiciae* habían sido tomadas del propio fundo en litigio). La fase final del procedimiento es la representada por Gayo, donde no sólo ha desaparecido la formalidad de la *vocatio ex iure manum consertum* y el pronunciamiento de las fórmulas, sino que la reivindicación de inmuebles se ha vuelto como la de un mueble, NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 220 a 224.
[216] v. *sumptus, us* (de *sumo*), BLÁNQUEZ, *Diccionario Latín-Español* (cit. nt. 19), p. 1654 ; v. *sumo, sumpsi, sumptum, 3* (*sync. form of de inf. perf. sumpse*), LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p.

gramático sobre lo que alguna vez dijeron (*olim dicebantur illae*), es que *vindiciae* son las cosas que se toman del fundo, y como bien señala Nicosia, la parte simbólica de la cosa controvertida (*quae ex fundo sumptae*) que es llevada a tribunales (*in ius adlatae erant*).

Ahora bien, volviendo al pasaje de las *Gai Institutiones* 4.16:

> *...postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta proponitur.*
>
> Después el pretor asignaba la posesión interina a uno de ellos, esto es, constituía a alguno en poseedor interino [de la cosa objeto del litigio], ordenándole que diera fiadores a su adversario para responder de las resultas del litigio y de la posesión interina, esto es, de la cosa y de sus frutos. Además, ambos [las partes] daban otros fiadores al pretor en garantía de la apuesta, puesto que ésta iba al erario. La vara se usaba en lugar de la lanza, la cual era símbolo del dominio legítimo, porque era de su creencia que el más justo dominio, era el de las cosas que se habían quitado al enemigo; de donde proviene que se exponga la lanza en los juicios de los centunviros.

En lo que respecta al significado del término *vindicia* se puede encontrar en la fuente gayana un primer significado relevante que corresponde al "*vindicias dicere*": señalar las vindicias. Antes bien, etimológicamente *dicere*, como indican Gioffredi[218] primero y, con él luego Castresana[219], no puede ser comprendido sólo en el sentido de "decir" porque su uso en el derecho, "*muestra la existencia en Roma -fuera incluso de los márgenes del proceso- de la concepción de que el pronunciamiento verbal crea vínculo*"[220], de manera que debe entenderse en el sentido de "fijar, establecer, declarar", con un efecto constitutivo y vinculante. Con ello, para Gioffredi[221], el *vindicias dicere* descrito por Gayo, que sería por cierto de una época anterior, consiste en una medida con efecto provisorio, esto es, la atribución de la posesión interina de la cosa que el magistrado da a una de las partes y que encuentra su sentido original la referencia que se hace en el pasaje festino a la *vindicia falsa* de la Ley de las XII Tablas.

1802; v. *sumo, -is, sumpsi, sumptum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 666; v. *sumo, -ere, sumpsi, sumtum* [*sub, emo*], *tr.*, SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 749; v. *sumptus* (*sumtus*), *-us* [*sumo + tus*], GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 1871.

[217] v. *sumo, sumpsi, sumptum, 3* (*sync. form of de inf. perf. sumpse*), LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1802.

[218] GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (cit. nt. 197), pp. 64 a 66.

[219] CASTRESANA, Amelia: *Actos de Palabra y Derecho*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 33 y 36.

[220] CASTRESANA, *Actos de Palabra y Derecho* (cit. nt. 219), pp. 33 y 36.

[221] GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (cit. nt. 197), p. 133.

Para Nicosia[222], en cambio, el *vindicias dicere* en los tiempos de Gayo es metafórico, agrega "técnico-convencional"[223], y se entiende con un estudio cronólogico del término que de cuenta de los diversos estadios evolutivos en su significación. De éstos, el que se observa en Gayo es sólo el reflejo de una fase avanzada del procedimiento romano. A su juicio, en el pasaje de Festo ya revisado, en la citación que el gramático hace de Catón, el término *vindiciae* asume el sentido propio de *vindicias dicere*, con lo cual se indicaba el pronunciamiento del magistrado que asignaba interinamente las cosas objeto de la controversia a uno de los contendores. Queriendo delinear la sucesión cronológica de los varios significados aumidos por el término, sostiene el autor, que el más antiguo corresponde al uso singular de la definición festina del objeto de la controversia, que pasó -en época sucesiva- al uso del plural del término con el que se indica la parte simbólica de la cosa (*vindicias sumere*), mientras sólo en una fase sucesiva *vindicia* asume el significado metafórico de posesión interina de la cosa, en el sentido de *vindicias dicere* que se acaba de exponer.

Ahora bien, en lo que mayormente importa, es que aparece aquí un segundo uso del término: *praedes litis et vindiciarum.* Más allá de la función procesal que se le ha atribuído a los *praedes*[224], emerge la expresión comprensiva (un verdadero sintagma o hendíadis) "*litis et vindiciarum*". Se extrae para esta conjunción, un primer significado

---

[222] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 194), pp. 144 y 220.

[223] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 194), p. 144.

[224] Vid., por todos, BEKKER, Ernst Immanuel: "*Zu den Lehre von L.A. sacramento, dem Uti possidetis und der Possessio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 5 (1884), p. 153; JOBEÉ- DUVAL, Emile: *Études sur l'histoirie de las procédure civile chez les romains*, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1896, pp. 340 a 351; PETOT, Pierre: "*Fructus duplio*", Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard, 1, Librairie Paul Geuthner, Paris, 1912, p. 212 (especialmente nt. 3); MAYR, R.: "*Das sacramentum der legis actio*", Mélanges P.F. Girard, 2, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 179; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (cit. nt. 208), pp. 22 y 23; KOSCHAKER, Paul: "*Resc. Hans Steiner, Datio in solutum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 37 (1926), pp. 359 ss.; GIOFFREDI, Carlo: *Contributi allo studio del processo civile romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947, pp. 49; PEROZZI, "*Dell*'arbitrium litis aestimandae *nella procedura civile romana*" (cit. nt. 197), p. 438 ss.; LÜBTOW, Ulrich: "*Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*", ZSS [Romanistische Abteilung] 68 (1951), pp. 327 a 334; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (cit. nt. 197), pp. 133 a 142; LÉVY, Jean-Philippe: "*Resc. F. Negro, La cauzione per le spese*", IURA 6 (1955), pp. 271 y 272; BROGGINI, *Iudex Arbiterve* (cit. nt. 197), p. 135; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p. 178; PUGLIESE, *Il processo civile romano* (cit. nt. 197), pp. 296 y 297; BUCKLAND, W.W.: *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian*, University Press, Cambrige, [3]1963, p. 611; BROGGINI, Gerardo: "*Sulle origini del iusiurandum in litem*", Coniectanea, Studi di diritto romano, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 190 y 191; JOLOWICZ, H.F.-NICHOLAS, Barry: *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge University Press, Cambridge, [3]1972, p. 187; BRINI, Giuseppe: *Della condanna nelle legis actiones*, Giorgio Bretschneider, Roma, 1978, p. 31; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (cit. nt. 197), p. 100; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 337; FUENTESECA, "*La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*" (cit. nt. 197), p. 238; GULINA, "*Contributo allo studio della satisdatio pro praede litis et vindiciarum*" (cit. nt. 197), pp. 68 a 73. Nicosia sostiene que los *praedes litis et vindiciarum* no existían siquiera en la época de las XII Tablas, donde la figura antigua de la garantía era el *vades*, por ende los *praedes* son del todo ajenos a la legislación decenviral, NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), p. 226.

para el término *vindiciae* (*vindiciarum*) que ofrece el propio Gayo, esto es: la cosa litigiosa y sus frutos (*litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*)[225].

Sin embargo, parte importante de la doctrina más especializada considera que ese no es significado original del término para la época del propio Gayo, de modo que en la fuente del profesor oriental, como en Festo: *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt*. Por ello, desde Bethmann-Hollweg[226], varios le han atribuído al conjunto *praedes litis et vindiciarum* el significado dado por Festo, sin más.

Para Lévy-Bruhl[227], que es parte de esta doctrina, conviene distinguir "*vindicia*" y "*lis*". Sostiene, que una correcta terminología jurídica, la palabra "*lis*" antiguamente "*stlis*" (que aflora en la expresión "*litis et vindiciarum*"), significa originalmente proceso, contestación en justicia y, por extensión, el sentido de "objeto del proceso". Que sólo en una época posterior podría entenderse como la cosa misma objeto del proceso, de manera que la sinonimia de ambos términos aparece sólo con el tiempo. Las *vindiciae*, por su parte, tienen una acepción más concreta: la cosa disputada en juicio. Así entendido, estas cinco palabras (*id est rei et fructuum*) no pueden ser más que una

[225] Aunque no a propósito de la fuente gayana, ya Jobeé-Duval sostuvo que cuando los textos designan por *vindiciae* la posesión interina de la cosa (derecho de disfrutar la cosa y percibir los frutos pendiente el debate), que el pretor atribuye a uno de los contendores, en este sentido los *vindiciae* del *sacrammentum in rem* se corresponden a los frutos de la *fructuum licitiatio* en el proceso del interdicto *uti posidetis*, JOBEÉ-DUVAL, *Études sur l'histoirie de las procédure civile chez les romains* (cit. nt. 224), pp. 336 y 337. En sentido similar más tarde WEISS,"*Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem*" (cit. nt. 197), p. 71. Vid., por todos, BERTOLINI, Cesare: *Diritto romano, Il Processo Civile*, 1, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913, p. 112; SCHWIND, *Römisches Rechts* (cit. nt. 197), pp. 103 y 104; PUGLIESE, *Il processo civile romano* (cit. nt. 197), p. 296; CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* (cit. nt. 197), p. 17; BURDESE, Alberto: "*Resc. R. Cardilli, La nozione giuridica di 'fructus'*", IURA 51 (2000), pp. 147 ss.; ABDY, John Thomas-WALKER, Bryan: *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, The Lawbook Exchange, LTD., Clark-New Jersey, 2005 [pero, Cambridge 1885], p. 326; ROGEL, Carlos-ALCOLADO, María Teresa-DE LAMO, Olga: "*Vindicar y reivindicar*", Foro, Nueva Época 1 (2005), pp. 58 y 59; FUENTESECA,"*La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*" (cit. nt. 197), p. 238; SCHMIDLIN, Bruno: *Droit Privé Romain*, 1, Université de Genève-Bruilant, Genève, 2008, p. 42; GULINA,"*Contributo allo studio della satisdatio pro praede litis et vindiciarum*" (cit. nt. 197), pp. 68 a 73.

[226] BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August: *Der römische Civilprocess*, 1, Marcus, Bonn, 1864, pp. 130 a 135 (especialmente p. 135 nt. 23). En este sentido vid., por todos, KARLOWA, Otto: *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationactionen*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1872, p. 74; JOBEÉ-DUVAL, *Études sur l'histoirie de las procédure civile chez les romains* (cit. nt. 208), p. 335 y 336; VOIGT, Moritz: *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, 2, Verlag von A. G. Liebeskind, Leipzig, 1883, p. 49 (especialmente nt. 30); LÜBTOW, "*Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*" (cit. nt. 224), p. 333; KASER, Max: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Böhlau, Köln-Graz, 2, 1956, p. 72; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p. 173; KASER, Max: "'*Vindicia falsa*' und '*fructus duplio*'", IURA 13 (1962), p. 31; NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 214 a 216; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), pp. 76 y 77; KASER, "*Zur 'legis actio sacramentum in rem'*" (cit. nt. 203), p. 64 ss; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (cit. nt. 197), p. 100.

[227] LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (cit. nt. 194), p. 173.

glosa ajustada a los textos de Gayo, y no es aceptable interpretar *vindiciae* como los frutos de la cosa fructífera, puesto que en ninguna parte, aprecia este autor, aparece alguna palabra que se oponga a *vindiciae* para designar la cosa fructífera, de manera tal que *vindiciae* designe los frutos producidos por ella. De esta forma, esta traducción no pasa de ser un mal entendido y, como se verá a continuación, es la postura que comparten varios autores.

Broggini[228] considera que el *praedes litis vindiciarum* es pleonástico, puesto que *lis* y *vindicia* apuntan al mismo objeto, y no como Gayo propone, *res et fructus*. De forma similar lo entiende Kaser[229], que tanto *lis* como *vindicia* significan aquí la cosa corporal objeto del litigio (*körperliche Streitsache*), más aún, sostiene que para las palabras de Gayo no cabe ninguna interpretación textual, sino que son meramente descriptivas. Los autores señalados, además de otros[230], fundamentan su opinión sobre el pasaje gayano en lo dispuesto, de acuerdo a los editores modernos, en la Tabla 12.3 mencionada el final en el pasaje del gramático: *Si vindiciam falsam tulit, si velit is... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decidito*[231], donde atribuyen a *vindicia*, sin duda, el significado de objeto litigioso y, en realidad, el de la cosa misma.

No se puede desatander en este punto la posición de Albanese[232], que se aleja en cierta medida de las anteriores, y analiza la evolución del significado del término en consideración a las otras apariciones de la expresión *litis et vindiciarum* en las *Gai Institutiones.* Una vez a propósito del procedimiento clásico cuando la acción real se entabla *per sponsionem*, como aparece en 4.91: *si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur IVDICATVM SOLVI si uero per sponsionem, illa, quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM*[233]. La otra,

---

[228] BROGGINI, *Iudex Arbiterve* (cit. nt. 197), p. 129.

[229] Que el término significa la cosa objeto del litigio señala, aunque no de manera tan clara, en KASER, "*Neue Studien zum altrömischen Eigentum*" (cit. nt. 197), p. 132. Luego lo sostiene en KASER, Max: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (cit. nt. 226), p. 72; KASER, "'*Vindicia falsa*' und '*fructus duplio*'" (cit. nt. 226), p. 31; KASER, "*Zur 'legis actio sacramentum in rem'*" (cit. nt. 203), p. 64 ss; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (cit. nt. 197), p. 100.

[230] Vid., por todos, BEKKER, "*Zu den Lehre von L.A. sacramento, dem Uti possidetis und der Possessio*" (cit. nt. 224), p. 153; LIEBS, "*Damnum, damnare und damnas*" (cit. nt. 18), p. 186; BRINI, *Della condanna nelle legis actiones* (cit. nt. 224), p. 39; NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), p. 171; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), p. 92; HACKL, Karl: "*Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 106 (1989), p. 158.

[231] BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui* (cit. nt. 201), p. 39; FIRA (cit. nt. 201), p. 73.

[232] ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), pp. 76 y 77.

[233] "*si en efecto se reclama por fórmula petiroria, tiene lugar la estipulación que llamamos de pagar lo juzgado, si en efecto por la estipulación judicial, aquella que llamamos para la garantía del litigio y la posesión interina*". Para la traducción se tuvo a la vista, publicación anónima de 1845: "*cuando usamos el primer medio, tiene lugar la estipulación que se llama de pagar lo juzgado* (judicatum solvi); *pero si nos valemos del segundo, entonces hacemos otra estipulación llamada para seguridad de la cosa objeto del litigio y de sus frutos* (pro praedes litis et vindiciarum)", GAYO, *La Instituta de Gayo* (cit. nt. 196), p. 297;

en el pasaje 4.94: *ideo autem appellata est PRO PRAEDE VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et u*ind*iciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes*[234]. Se trata en el primero de la acción real de dominio cuando se entabla por medio de la apuesta procesal a la que señala que se le denomina justamente *pro praede litis et vindiciarum*. Luego, al explicar Gayo su tramitación, aclara que la suma de la apuesta, de carácter prejudicial, tiene como única finalidad dar ocasión al litigio. Es por ello que la *stipulatio* se llama *pro praede litis vindiciarvm*, puesto que sustituyó a los fiadores del procedimiento sacramental, y reitera la misma explicación ya expuesta en 4.16: *pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes*.

Sobre la base de esta explicación, es seguro para el profesor de Palermo[235], que "*lis*" ("*litis et vindiciarum*"), tiene el sentido técnico correspondiente al término "*lite*", originariamente referido, en su opinión, al objeto material de la contienda. Por su parte, también lo es, que en las XII Tablas el término *vindicia* se refería al objeto de las vindicaciones, es decir, al objeto del litigio en el caso particular de la *legis actio per sacramentum in rem*. Así resulta evidente que la explicación de la expresión *litis et vindiciarum*, en el sentido gayano de *res et fructus*, es insensata. Pues, si bien *lis* puede ser entendida como cosa controvertida, la *vindicia* no puede entenderse como *fructus.*

Sin embargo, no le parece que se trate de una glosa, puesto que la misma vinculación al *praedes* se encuentra en las *Gai Institutiones* en 4.91 y 4.94 ya expuestos. Entonces le queda por concluir que, ya para la época de Gayo, e incluso antes, se habría

---

Domingo-D´Ors: "*en el primer caso se hace la estipulación que se llama de CUMPLIR LA SENTENCIA; en el segundo, la que se llama A MODO DE GARANTÍA DEL LITIGIO Y DE LA POSESIÓN INTERINA*", DOMINGO-D´ORS, "*Instituciones de Gayo*" (cit. nt. 196), p. 222; Samper: "*Si se hace mediante fórmula petitoria, tiene lugar la estipulación llamada* "*de pago de condena, o* iudicatum solvi"; *si mediante promesa, la denominada* "pro praede litis et vindiciarum", *esto es,* "*en vez del garante por el objeto litigioso y sus frutos*", SAMPER, *Las Instituciones de Gayo* (cit. nt. 196), p. 337.

[234] "*Por lo tanto, la estipulación se llama ahora para la garantía del litigio y la posesión interina, que sucede el lugar de los garantes que se pedían al poseedor con la ley [acciones de la ley], para la litis y la posesión interina, esto es, para la cosa y sus frutos*". Para la traducción se tuvo a la vista, publicación anónima de 1845: "*Llámase pro praede litis et vindiciarum esta estipulacion, porque ha venido a reemplazar a aquellos fiadores pro lite et vincliciis, esto es, por la cosa y los frutos que antiguamente, cuando estaban en uso las acciones de la ley, solían darse por el poseedor al demandante.*", GAYO, *La Instituta de Gayo* (cit. nt. 196), p. 299; Domingo-D´Ors: "*La estipulación se llama A MODO DE GARANTÍA DEL LITIGIO Y DE LA POSESIÓN INTERINA, porque sustituyó a los fiadores que antiguamente, cuando las acciones de la ley, el poseedor presentaba al demandante en garantía de los resultados del litigio y de la posesión interina, es decir, de la cosa y de sus frutos.*", DOMINGO-D´ORS, "*Instituciones de Gayo*" (cit. nt. 196), p. 223; Samper: "*La garantía se llama* "pro praede litis et vindiciarum" *porque sustituía al fiador que antiguamente, en las acciones de la ley, presentaba el poseedor al demandante, por el resultado del litigio y la posesión interina, es decir, por la cosa y los frutos*", SAMPER, *Las Instituciones de Gayo* (cit. nt. 196), p. 337.

[235] ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), pp. 76 y 77. En dentido similar se expresa Nicosia, quien sostiene que las oscilaciones que se encuentran en la fuente gayana no pueden más que investigarse en el plano histórico, que de un significado originario muy antiguo (cosa objeto de la controversia), el término se reinterpretó sucesivamente, de manera que bien o mal derivó finalmente en otro, NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 194), p. 144.

perdido el sentido originario de la locución *lis et vindiciae* (en la designación del *praedes*, primero, y luego en la *cautio*), de manera que ya se atribuye a *vindiciae*, erróneamente, el sentido de fruto. Para el autor, el nombre de los *praedes* se atestigua en estas fuentes no ya en la forma *praedes litis et vindiciarum* sino en la forma *praedes litis vindiciarum*, que habría sido la originaria con el significado de "*praedes* que garantizaban la restitución de la *litis vindiciae*", esto es, de la cosa (*vindiciae*) [objeto] de la controversia (*lis*), la que después fue modificada con la incorporación del *et* entre los dos genitivos, para hacer resaltar el objeto dual (cosa y fruto) de la eventual restitución. En este contexto, la exigencia de restituir también los frutos, además de la cosa controvertida, podía afirmarse generalmente sólo cuando luego del término del rito *in iure* (*vindicias dicere* en particular) y la sentencia, transcurriera un largo periodo de tiempo. En edad progresiva, una vez afirmado el *ius honorarium*, los *praedes litis et vindiciarum* decayeron, y su finalidad reemplaza por otro tipo de garantía, con una *cautio pro praede litis et vindiciarum*, con una estipulación con la cual se obligaba al mismo poseedor interino.

Se puede concluir que la expresión *praedes litis vindiciarum* que aparece en las *Gai Institutiones* 4.16, considerando los significados semánticos que Festo le atribuye al término *vindicia*, siguiendo en esto en parte a Nicosia[236], que el sentido original del término es el que asumió en su forma singular (*vindicia*) y que significa *res de qua controversia est*, que se extrae de la definición que señala para el término el propio Festo respaldado por Servio Sulpicio, que fundamenta su decisión en lo dispuesto en la ley decenviral en la Tabla 12.3. Este significado evolucionó luego con el uso del plural, a la expresión del *vindicias sumere* (*et in ius adferre*) que expresa también el gramático, o *quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant* en palabras de Cincio, para indicar no sólo la cosa de la controversia, sino la parte simbólica que representa el objeto litigioso. El último significado se encuentra en un estadio más evolucionado del proceso romano, en el *vindicias dicere*, como la asignación que hace el magistrado de la posesión interina de las cosas objeto de la controversia a uno de los contendores.

Es difícil sostener, como lo hace Albanase[237], que en la época de Gayo el término cobró un sentido más extenso aún, que incorporara en la conjunción *praedes litis et vindiciorum*, además de la cosa misma, a los frutos que emanen de ella. Tampoco, que ella se trate incluso de una anticipación histórica, puesto que la fuente gayana supone ser casi contemporánea a la del gramático de Galia que en ningún momento reconoce este sentido. Y aunque ello se desprende principalmente de la lectura de las fuentes literarias, no se puede dejar de mencionar el aspecto procesal que ya se expuso: la exigencia de

[236] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), p. 203 ss. Encuentra acertada la propuesta de evolución del término, CANNATA, Carlo Augusto: "*Resc. Nicosia, G. Il processo privato romano. La regolamentazione decemvirale*", IURA 37 (1986), pp. 121 y 122.
[237] ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (cit. nt. 197), pp. 76 y 77.

restituir la cosa y sus frutos, presentaría algún interés sólo cuando luego del término del rito *in iure* y la sentencia transcurriera un largo periodo de tiempo.

Este punto también ha sido destacado por Nicosia[238] a propósito del pasaje de la *vindicia falsa*. La crítica del autor apunta a la falta de preocupación de la doctrina[239] en aclarar el sentido que habría tenido la referencia a los frutos (y la provisión de la pena al doble de ellos) en el ámbito del desarrollo del proceso de las XII Tablas, que es sabido que consideraban un periodo extremadamente corto para la conclusión de sus procedimientos. Por esto, la referencia al *fructus duplio*, se debe orientar al caso en el que se hace un uso indebido de una cosa ajena por un tiempo bastante prolongado, con la posibilidad consecuente y concreta y de relevancia económica de indebida percepción de los frutos, y no como ha querido presentarse a propósito de la fuente clásica[240].

---

[238] NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 206), pp. 214 a 216. En este mismo sentido, CANNATA, "*Resc. Nicosia, G. Il processo privato romano. La regolamentazione decemvirale*" (cit. nt. 236), p. 121.

[239] Menciona este autor especialmente a Kaser y Santoro, que a su juicio no se han detenido lo suficiente en este punto, NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 214 a 216.

[240] No es posible abstraerse del problema de la avaluación de los frutos para la dictación de la sentencia, la discusión relativa a la naturaleza de la condena en el procedimiento de la *legis actio sacramentum in rem*, entre quienes sostienen que no existe condena propiamente tal y sólo la declaración de *iustum* o *iniustum* del *sacramentum*. Vid., por todos, IHERING, Rudolf: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, [2]1866, p. 173; IHERING, Rudolf: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, [3]1877, pp. 93 a 95; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (cit. nt. 208), p. 22; KOSCHAKER, "*Resc. Hans Steiner, Datio in solutum*" (cit. nt. 224), p. 358; LEVY, Ernst: "*Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*", ZSS [Romanistische Abteilung] 54 (1934), p. 305; DIÓSDI, György: *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, pp. 105 y 106; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 1049. Por su parte Bekker sostiene que en el procedimiento del *sacramentum*, no hay ninguna huella de una orden condenatoria, el juez nada dice en cuanto se pronuncia sólo del *sacramentum* justo o injusto, BEKKER, Ernst Immanuel: "*Zur Lehre von den Legisaktionen*", ZSS [Romanistische Abteilung] 25 (1904), p. 62. En sentido similar, para Lübtow en la *actio in rem* arcaica, en la que cabe sólo un *iudicatum* sin *condemnatio*, no era posible al vencedor exigir la restitución de la cosa, sino sólo de manera indirecta respecto de los *praedes*: "*Die praedes setzen für den Fall der Nichtrestitution ihre Person als Haftungsobjekt ein*" (*Los praedes se establecen, para que en el caso de no restitución, recaiga sobre ellos una responsabilidad objetiva*), LÜBTOW, "*Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*" (cit. nt. 224), pp. 324 a 328. Otros sostienen que en el procedimento arcaico la condena es *in rem ipsam*, principalmente Perozzi, para quien si la cosa no era restituída por el litigante vencido, le era arrebataba por la fuerza, admitiendo así la teoría de la ejecución directa de las acciones *in rem*, sin necesidad de un *arbitrium litis aestimandae*, PEROZZI, "*Dell*'arbitrium litis aestimandae *nella procedura civile romana*" (cit. nt. 197), pp. 438 ss. Vid., por todos, KRELLER, Hans: "*Ipsam rem condemnare. Zur Kritik von Gai. IV 48*", ZSS [Romanistische Abteilung] 58 (1938), p. 41; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (cit. nt. 226), p. 33; BROGGINI, *Iudex Arbiterve* (cit. nt. 197), p. 135; BESELER, Gerhardt: "*Romanistische Studien*", T 10 (1930), p. 194. Más actualmente, a propósito de la *actio de tigno iuncto*, lo sostiene QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 17 ss. Para otros la condena es pecuniaria, vid. BURDESE, Alberto: "*Sulla condanna pecuniaria del processo civile romano*", Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 1 (1990), pp. 175 a 203 (especialmente pp. 199 y 200); FUENTESECA, Margarita: "*La litis aestimatio desde la perspectiva del procedimiento formulario romano*", AFDUDC 10 (2006), p. 405 nt. 1. La misma autora sostiene: "*En definitiva, éstos* [praedes litis et vindiciarum] *refuerzan la obligación de restitutio rei a cargo del litigante vencido, pero su responsabilidad es siempre pecuniaria, es decir, son garantes del cumplimiento de una obligación que se cuantifica pecuniariamente*

Finalmente, a modo de conclusión, sea cual sea el significado que se atribuya al término *vindicia*, la conjunción *praedes litis et vindiciorum* no se relaciona de forma alguna con las *impensae*. Si es difícil en la *actio per sacramentum in rem* ampliar el objeto perseguido en juicio y considerar no sólo la cosa, sino además los frutos que podían emanar de ésta; menos aún podría ser éste el régimen jurídico adecuado que permita operar un reembolso de las impensas hechos por quien perdió la posesión interina de la cosa. Esto no significa, sin embargo, que los términos no hayan sido conocidos para la época, todo lo cual facilitará, como se verá, su llegada de la retórica a través del *iudicium*.

2. LA LEGISLACIÓN ARCAICA SOBRE OCUPACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE TIERRAS. INEXISTENCIA DE UN RÉGIMEN DE REEMBOLSO

Una revisión general de la legislación republicana, en busca de precedentes del tratamiento del reembolso de impensas, arrojan resultados que no son persuasivos en orden a su posible existencia.

Desde una mirada actual, se habría esperado encontrar en algunas leyes regias el uso de términos referidos al reembolso de gastos, o al menos el planteamiento de casos que sustancialmente hubieran correspondido a ello. Pero esto no ocurre. No hay referencias de este tipo en las leyes de repartición de tierras de Rómulo[241], o de Numa Pompilio[242] sobre su posterior distribución o delimitación (más allá de las consabidas controversias sobre la historicidad de ellas)[243].

---

y que se hace efectiva en el ámbito de la legis actio sacramento in rem", FUENTESECA, "*La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*" (cit. nt. 197), p. 264.

[241] Cfr. Dionisio, Ῥωμαική ἀρχαιολογία 2.7.4: Ὡς δὲ διεκρίθησαν ἅπαντες καὶ συνετάχθησαν εἰς φυλὰς καὶ φράτρας, διελὼν τὴν γῆν εἰς τριάκοντα κλήρους ἴσους ἑκάστῃ φράτρᾳ κλῆρον ἀπέδωκεν ἕνα, ἐξελὼν τὴν ἀρκοῦσαν εἰς ἱερὰ καὶ τεμένη καί τινα καὶ τῷ κοινῷ γῆν καταλιπών. Μία μὲν αὕτη διαίρεσις ὑπὸ Ῥωμύλου τῶν τε ἀνδρῶν καὶ τῆς χώρας; Plutarco, Βίοι Παράλληλοι, Ῥωμύλον 17.2: Ὁ δὲ Ῥωμύλος τὴν μὲν ἄλλην κατένειμε χώραν τοῖς πολίταις, ὅσην δ' εἶχον οἱ τῶν ἡρπασμένων παρθένων πατέρες, αὐτοὺς ἔχειν ἐκείνους εἴασεν; Dionisio, Ῥωμαική ἀρχαιολογία 2.55.6: Τῶν δ΄ αἰχμαλώτων τοὺς μὲν ἀπιέναι βουλομένους ἀφῆκεν ἄνευ λύτρων, τοὺς δ΄ αὐτοῦ μένειν προαιρουμένους πολλῷ πλείους ὄντας τῶν ἑτέρων πολίτας ποιησάμενος ταῖς φράτραις ἐπιδιεῖλε καὶ κλήρους αὐτοῖς προσένειμε [τοὺς] ἐπὶ τάδε τοῦ Τεβέριος; Varrón, *Rerum rusticarum* 1.10.2: *bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt*; Festo-Paulo, sv. *Centuriatus* (L. 47): *centuriatus ager in ducena iugera definitus, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit*…; Siculo Flaco, *De condicionibus agrorum* 118.1: *Centuriis, quarum mentionem nunc facimus, uocabulum datum est ex eo, <quod> cum antiqui* [Romanorum] *agrum ex hoste captum uictori populo per bina iugera partiti sunt, centenis hominibus ducentena iugera dederunt: et ex hoc facto centuria iuste appellata est*. Vid. FRANCIOSI, Genaro: *Leges Regiae*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2003, pp. 55 a 57.

[242] Cfr. Cicerón, *De Re Publica* 2.14.26: *Ac primum agros quos bello Romulus ceperat divisit viritim civibus*; Dionisio, Ῥωμαική ἀρχαιολογία 2.62.4: Ἐν τοιούτῳ δὴ κλύδωνι τὸ πράγματα τῆς πόλεως σαλεύοντα ὁ Νόμας καταλαβών, πρῶτον μὲν τοὺς ἀπόρους τῶν δημοτῶν ἀνέλαβε διανείμας αὐτοῖς ἀφ΄ ἧς Ῥωμύλος ἐκέκτητο χώρας καὶ ἀπὸ τῆς δημοσίας μοῖράν τινα ὀλίγην·; Dionisio, Ῥωμαική ἀρχαιολογία 2.74.2-3: τῆς μὲν αὐταρκείας καὶ τοῦ μηδένα τῶν ἀλλοτρίων ἐπιθυμεῖν ἡ περὶ τοὺς ὁρισμοὺς τῶν κτήσεων

2.1 LA LEGISLACIÓN REPUBLICANA

En la época republicana, tal como ocurría en la monárquica, tampoco hay referencias legislativas al reembolso de las impensas. Pero a diferencia de aquella época, aquí ya aparecen ciertos giros lingüísticos o expresiones que nos aproximan algo más a nuestra materia.

A este respecto, hay que evitar el influjo de la mera apariencia del lenguaje (habitualmente perteneciente a un comentarista posterior), de modo que en esta época se debe ser cauto ante la presencia del uso del verbo *impendere* y sus derivados, además de sus sinónimos *expendere* y *sumptus*: éstos carecen todavía del significado de "gasto reembolsable" y, en cambio, su significado de "desembolso" alcanza apenas un valor genérico y exorbitante.

νομοθεσία. Κελεύσας γὰρ ἑκάστῳ περιγράψαι τὴν ἑαυτοῦ κτῆσιν καὶ στῆσαι λίθους ἐπὶ τοῖς ὅροις ἱεροὺς ἀπέδειξεν ὁρίου Διὸς τοὺς λίθους, καὶ θυσίας ἔταξεν αὐτοῖς ἐπιτελεῖν ἅπαντας ἡμέρᾳ τακτῇ καθ´ ἕκαστον ἐνιαυτὸν ἐπὶ τὸν τόπον συνερχομένους, ἑορτὴν ἐν τοῖς πάνυ τιμίαν [καὶ] τὴν τῶν ὁρίων θεῶν καταστησάμενος. Ταύτην Ῥωμαῖοι Τερμινάλια καλοῦσιν ἐπὶ τῶν τερμόνων καὶ τοὺς ὅρους αὐτοὺς ἑνὸς ἀλλαγῇ γράμματος παρὰ τὴν ἡμετέραν διάλεκτον ἐκφέροντες τέρμινας προσαγορεύουσιν. Εἰ δέ τις ἀφανίσειεν ἢ μεταθείη τοὺς ὅρους, ἱερὸν ἐνομοθέτησεν εἶναι τοῦ θεοῦ τὸν τούτων τι διαπραξάμενον, ἵνα τῷ βουλομένῳ κτείνειν αὐτὸν ὡς ἱερόσυλον ἥ τε ἀσφάλεια καὶ τὸ καθαρῷ μιάσματος εἶναι προσῇ; Plutarco, Αἴτια Ρωμαϊκά 15.267: Ἡ Ῥωμύλος μὲν ὅρους οὐκ ἔθηκε τῆς χώρας, ὅπως ἐξῇ προϊέναι καὶ ἀποτέμνεσθαι καὶ νομίζειν πᾶσαν ἰδίαν, ὥσπερ ὁ Λάκων εἶπεν, ἧς ἂν τὸ δόρυ ἐφικνῆται· Νομᾶς δὲ Πομπίλιος, ἀνὴρ δίκαιος καὶ πολιτικὸς ὢν καὶ φιλόσοφος γενόμενος, τήν τε χώραν ὡρίσατο πρὸς τοὺς γειτνιῶντας καὶ τοῖς ὅροις ἐπιφημίσας τὸν Τέρμινον ὡς ἐπίσκοπον καὶ φύλακα φιλίας καὶ εἰρήνης ᾤετο δεῖν αἵματος καὶ φόνου καθαρὸν καὶ ἀμίαντον διαφυλάττειν. Vid. FRANCIOSI, *Leges Regiae* (cit. nt. 241), pp.120 y 121.

[243] Vid., por todos, IHERING, *Geist des römischen Rechts* (cit. nt. 240), pp. 198 a 205; MOMMSEN, Theodor: *Römisches Staatsrecht*, 3, Hirzel, Leipzig, 1887, pp. 165 a 167; KARLOWA, Otto: *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1901, pp. 350 a 352; BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto Romano*, 2, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p.251; DIÓSDI, *Ownership in ancient and preclassical roman law* (cit. nt. 240), pp. 34 a 36; DREYFUS, Robert: *Essai sur les lois agraires sous la république romaine*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1971 [pero, París 1898], pp. 7 a 11; MASCHKE, Richard: *Zur Theorie und Geschichte der Römischen Agrargesetze*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1980 [pero, Tübingen 1906], pp. 14 ss.; CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi: *La terra in Roma antica*: *forme di proprietà e rapporti produttivi*, La Sapienza Editrice, Roma, 1981, pp. 110 ss. y 236 ss.; BEHRENDS, Okko: "*La mancipatio nelle XII Tavole*", IURA 33 (1982), p. 86; CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi: *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, La Sapienza Editrice, Roma, 2000, pp. 229 y 230; SALAZAR REVUELTA, María: *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, p. 56; FUENTESECA, Margarita: *La formación romana del concepto de propiedad*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 12; AMUNÁTEGUI, Carlos: "*El origen de los poderes del "paterfamilias". I. El "paterfamilias" y la "patria potestas"*", REHJ [Sección Derecho Romano] 28 (2006), pp. 92 a 94; CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi: *Diritto e potere nella storia di Roma*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2007, pp. 11 y 49; SERRAO, Feliciano: *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2008, pp. 69 a 72; AMUNÁTEGUI, Carlos: "*Las "gentes" y la propiedad colectiva*"; REHJ [Sección Derecho Romano] 32 (2010), pp. 39 a 58 (especialmente pp. 40 y 41); AMUNÁTEGUI, Carlos: "*The Collective Ownership and Heredium*", RIDA 57 (2010), pp. 54 a 56; AMUNÁTEGUI, Carlos: "*Las relaciones entre el mercado y la propiedad en el Lacio primitivo*", REHJ [Sección Derecho Romano] 36 (2014), pp. 44 y 45.

Esto puede apreciarse, por ejemplo, en algunos pasajes de la Ley de las XII Tablas (451-450 a. C.). En la Tabla 10.3[244] sobre los gastos fúnebres se dice: *Extenuato igitur sumptu tribus reciniis et tunicula purpurea…* Y en la Tabla 12.1[245], en la que se regula el procedimiento de la *legis actio per pignoris capionem*, se dijo:*...quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet.* Como ya se señaló, los usos que aquí se hace de *sumptus* e *impendo* sólo se refieren al hecho mismo de "gastar" o realizar un "gasto", con el valor de realizar una ofrenda fúnebre o un sacrificio, "*in sacrificium, impenderet*". Precisamente por su naturaleza común de rito o sacrificio ofrecido, no se podría pretender ningún reembolso por dicha impensa, y de allí que no tengan estas expresiones ninguna relevancia en esta investigación.

Fuera del código decenviral, la busqueda de algún vestigio del tratamiento de la restitución de las impensas en las leyes agrarias de comienzos de la República también parecería vana. Por señalar a título ilustrativo algunas de las leyes de este ámbito que se han revisado, puede hacerse reenvío a la *Lex Cassia agraria* (486 a. C.)[246]; la *Rogatio Agraria* de 484 a. C.[247]; la *Rogatio Fabia agraria* (477 a. C.)[248]; la *Rogatio Considia Genucia agraria* (476 a. C.)[249]; la *Rogatio agraria* de 471 a. C.[250]; la *Rogatio Aemilia*

---

[244] Cicerón, *De Legibus* 2.23.59: *Extenuato igitur sumptu tribus reciniis et tunicula purpurea et decem tibicinibus tollit etiam lamentationem*, cfr. FIRA (cit. nt. 201), p. 66.

[245] Gayo, *Inst*. 4.28: *Lege autem introducta est pignoris capio, veluti lege XII tab. adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet*, cfr. FIRA (cit. nt. 201), p. 72.

[246] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 2. 41: *Tum primum lex agraria promulgata est, numquam deinde usque ad hanc memoriam sine maximis motibus rerum agitata*, cfr. NISARD, Désiré: *Collection des Auteurs Latins, Oeuvres de Tite-Live (Histoire Romaine)*, 1, Chez Firmin Didot Fréres, París, 1864, p. 89. Vid., por todos, MOMMSEN, Theodor: *Römische Geschichte*, 3, Wiedmannsche Buchhandlung, Berlin, [5]1869, pp. 282 y 283; PAIS, Ettore: *Storia di Roma*, 1[1], Carlo Clausen, Torino, 1898, pp. 432 y 504; D'IPPOLITO, Federico: "*La legge agraria di Spurio Cassio*", Labeo 21 (1975) 2, pp. 197 a 210; DE SANCTIS, Gaetano: "*Sul 'foedus Cassianum'*", Scritti Minori 4, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1976 [pero, Roma 1929], pp. 321 a 328; CAPANELLI, Daniele: "*Appunti sulla Rogatio Agraria di Spurio Cassio*", Legge e società nella repubblica romana, Jovenne Editore, 1, Napoli, 1981, pp. 3 a 50; SERRAO, Feliciano: "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*", Legge e società nella repubblica romana, Jovenne Editore, 1, Napoli, 1981, pp. 51 a 196; ROTONDI, Giovanni: *Leges publicae populi romani*, Georg Olms Verlag, Hildesheim-Zürich-New York, 1990 [pero, Milano 1912], pp. 194 y 195; GABBA, Emilio: *Roma Arcaica. Storia e Storiografia*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2000 [pero, *Athenaum* 1964], pp. 129 ss. (especialmente pp. 129 a 140).

[247] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 2.42: *Sollicitati et eo anno sunt dulcedine agrariae legis animi plebis. Tribuni plebi popularem potestatem lege populari celebrabant*; *patres satis superque gratuiti furoris in multitudine credentes esse, largitiones temeritatisque inuitamenta horrebant*, cfr. NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 90.

[248] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 2.48: *Itaque principio anni censuit, priusquam quisquam agrariae legis auctor tribunus existeret, occuparent patres ipsi suum munus facere, captiuum agrum plebi quam maxime aequaliter darent: uerum esse habere eos, quorum sanguine ac sudore partus sit*, cfr. NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 96.

[249] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 2.52: *... Tribuni plebem agitare suo ueneno, agraria lege; in resistentes incitare patres nec in uniuersos modo sed in singulos*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 100.

agraria (467 a. C.)[251]; la *Rogatio Poetelia agraria* (441 a. C.)[252]; la *Rogatio Maelia agraria* (436 a. C.)[253]; la *Rogatio agraria* de 418 a. C.[254]; la *Rogatio agraria* de 417 a. C.[255]; la *Rogatio Maecilia Metilia agraria* (416 a. C.)[256]; la *Rogatio Sextia agraria* (414 a. C.)[257]; la *Rogatio Icilia agraria* (412 a. C.)[258]; la *Rogatio Maenia agraria* (411 a. C.)[259]; la *Rogatio agraria* de 397 a. C.[260]; la *Rogatio agraria* de 387 a. C.[261]; hasta la *Lex Liciniae Sextiae de modo agrorum* (367 a. C.)[262].

---

[250] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 2.54: *L. Furius inde et C. Manlius consules. Manlio Veientes prouincia euenit. Non tamen bellatum*; *indutiae in annos quadraginta petentibus datae frumento stipendioque imperato. Paci exteruae confestim continuatur discordia domi. Agrariae legis tribuniciis stimulis plebs furebat*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 101.

[251] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 3.1: *Iam priore consulatu Aemilius dandi agri plebi fuerat auctor...*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 110.

[252] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.12: *qui tribunus plebis iterum ea ipsa denuntiando factus, neque ut de agris diuidendis plebi referrent consules ad senatum peruincere potuit...*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 180.

[253] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.21: *...ab Sp. Maelio tribuno plebis, qui fauore nominis moturum se aliquid ratus et Minucio diem dixerat et rogationem de publicandis bonis Seruili Ahalae tulerat*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 187.

[254] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.43: *Excipiunt omissam tribuni, aliaeque subinde, inter quas et agrariae legis, seditiosae actiones exsistunt…*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 204.

[255] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.44: *Subinde ab iisdem tribunis mentio in senatu de agris diuidendis inlata est, cui actioni semper acerrime C. Sempronius restiterat, ratis, id quod erat, aut deposita causa leuiorem futurum apud patres reum aut perseuerantem sub iudicii tempus plebem offensurum.* NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), pp. 205 y 206.

[256] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.48: *Ei cum rogationem promulgassent ut ager ex hostibus captus uiritim diuideretur, magnaeque partis nobilium eo plebiscito publicarentur fortunae -nec enim ferme quicquam agri, ut in urbe alieno solo posita, non armis partum erat, nec quod uenisset adsignatumue publice esset praeterquam plebs habebat-*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 208.

[257] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.49: *Auxit eam iram, postquam ab collegis arcessitus propter seditiones tribunicias in urbem reuertit, audita uox eius in contione stolida ac prope uecors, qua M. Sextio tribuno plebis legem agrariam ferenti*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 210.

[258] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.52: *Is cum principio statim anni, uelut pensum nominis familiaeque, seditiones agrariis legibus promulgandis cieret*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 212.

[259] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 4.53: *...dilectum habentem Valerium consulem M. Menenius tribunus plebis legis agrariae lator cum impediret auxilioque tribuni nemo inuitus sacramento diceret*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 213.

[260] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 5.12: *Victores tribuni ut praesentem mercedem iudicii plebes haberet legem agrariam promulgant, tributumque conferri prohibent...*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 232.

[261] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 6.5: *Iam et tribuni plebis ciuitate aedificando occupata contiones suas frequentare legibus agrariis conabantur*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 274; Corpet-Verger & Pessonneaux, 3-4, Paris, 1904.

[262] Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 6.35: *...alteram de modo agrorum, ne quis plus quingenta iugera agri possideret*, NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 300; Valerio Máximo, *Factorum ac dictorum memorabilium* 8.6.3: *Gaius uero Licinius Stolo, cuius beneficio plebi petendi consulatus potestas facta est, cum lege sanxisset ne quis amplius quingenta agri iugera possideret, ipse mille conparauit dissimulandique criminis gratia dimidiam partem filio emancipauit. quam ob causam a. M. Popilio Laenate accusatus primus sua lege cecidit ac docuit nihil aliud praecipi debere, nisi quod prius quisque sibi imperauerit*, KEMPF, Karl: *Valeri Maximi Factorum et dictorum memorabilium libri novem*, Impensis Georgii Reimeri, Berolini,1854, p. 620; HALM, Karl: *Valeri Maximi Factorvm et dictorvm memorabilivm :*

Comparecen aquí en ocasiones los términos "impensa" y algunos de sus sinónimos; pero no con el sentido de gasto jurídicamente reembolsable, ni con alguno de carácter técnico que sea de interés.

Así, por ejemplo, se encuentra el término *sumpta* a propósito del gasto realizado en las armas en la *Rogatio Licinea agraria* del año 482 a. C. de la que tenemos noticias por Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 2.43[263]: *Eo anno non segnior discordia domi et bellum foris atrocius fuit. Ab Aequis arma sumpta...*; y luego, en la misma *rogatio*, el de *impendiam* para referirse al gasto en cosas militares: *uenisse tempus ratus per ultimam necessitatem legis agrariae patribus iniungendae, susceperat rem militarem impediendam.* El mismo término se encuentra en la *Rogatio Maenia agraria* (411 a. C.), de la que informa el mismo en 4.53[264]: *…dilectum habentem Valerium consulem M. Menenius tribunus plebis legis agrariae lator cum impediret auxilioque tribuni nemo inuitus sacramento diceret*, y la *Rogatio agraria* del 387 a. C.[265]: *Haud magno opere plebem mouerunt et infrequentem in foro propter aedificandi curam et eodem exhaustam impensis eoque agri immemorem, ad quem instruendum uires non essent.* También se usa *inpendiit* en la *Rogatio Pontificia agraria* de 481 a. C., para referirse a los tributos gastados, como aparece descrito por el historiador romano en 2.44[266]: *uelut processisset Sp. Licinio, ingressus dilectum paulisper inpediit*. Por su parte en la *Rogatio Aemilia Fabia agraria* del año 464 a. C., se encuentra el verbo *expendere* simplemente como gasto en las cosas en 3.1[267]: *Atrox certamen aderat, ni Fabius consilio neutri parti acerbo rem expedisset*; y el de *erogare* en la *Rogatio agraria* de 421 a. C. para referirse al estipendio militar que se paga al estado en Tito Livio, 4.36[268]: *Agri publici diuidendi coloniarumque deducendarum ostentatae spes et uectigali possessoribus agrorum imposito in stipendium militum erogandi aeris.*

En suma, este panorama general da cuenta de una ausencia de vestigios arcaicos de alguna forma de reembolso de gastos. Sin embargo, hay una referencia en la legislación republicana que requiere de un tratamiento particular: la *Lex Icilia de Aventino publicando*.

---

libri Novem, In aedibvs Tevbnerianis, Lipsiae, 1865, 389 y 390; Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20.1.23: *Quid salubrius uisum est rogatione illa Stolonis iugerum de numero praefinito?*, GOOLD, G.P.: *The Loeb Classical Library*, *The Attic Nights of Aulus Gellius*, Rolfe, John C. (trad.), Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 1993 [pero, 1927], p. 414.

263 NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 91.

264 NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 213.

265 Tito Livio, *Ab Urbe condita libri* 6.5, vid. NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 274.

266 NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 92.

267 Cfr. NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 110.

268 Cfr. NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 199.

2.2 EL CASO DE LOS GASTOS DE EDIFICACIÓN EN LA *LEX ICILIA DE AVENTINO PUBLICANDO*

Más allá de que, sobre la base de los antecedentes generales apenas revisados, y que no pueda decirse que haya existido una disciplina arcaica de las *impensae*, se debe aceptar la fuerza, que al menos a primera vista, tienen las noticias sobre la *Lex Icilia de Aventino publicando*[269] entregadas por Dionisio de Halicarnaso en dos capítulos de su obra Ῥωμαικὴ ἀρχαιολογία, de los que destaca 10.32.2[270]:

> Ὡς δ΄ ἀπελύσατο ταύτας τὰς κατηγορίας, τὸν ὑπὲρ τοῦ λόφου νόμον εἰσέφερεν. ἦν δὲ τοιόσδε· Ὅσα μὲν ἰδιῶταί τινες εἶχον ἐκ τοῦ δικαίου κτησάμενοι, ταῦτα τοὺς κυρίους κατέχειν· ὅσα δὲ βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες ᾠκοδομήσαντο, κομισαμένους τὰς δαπάνας, ἃς ἂν οἱ διαιτηταὶ γνῶσι, τῷ δήμῳ παραδιδόναι· τὰ δὲ ἄλλα, ὅσα ἦν δημόσια, χωρὶς ὠνῆς τὸν δῆμον παραλαβόντα διελέσθαι.
>
> Después de haber respondido estas acusaciones, él [Icilio] procedió a promover su ley respecto al monte [Aventino]. Era de tal forma: En cuanto, para todas las parcelas de terreno poseídas por algunos particulares, si fueron aquellas obtenidas en derecho, que tales poseedores las conserven. En cuanto a los otros, quienes habían construido con fuerza o usurpación, habrán de entregar los terrenos al pueblo, si se les reembolsan las expensas, según el conocimiento de los

[269] Vid., por todos, MACÉ, Antonin: *Des lois agraires chez les romains*, Joubert, París, 1846, pp. 138 nt. 3 y 167 a 172; SCHWEGLER, Albert: *Römische Geschichte im zeitalter des Kampfs der Stände*, 2[1], Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, [2]1870, pp. 598 a 602; LANGE, Ludwig: *Römische Alterthümer*, 1, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, [3]1876, pp. 603 a 605; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* (cit. nt. 243), pp. 166 nt. 1; MEYER, Eduard: "*Der Ursprung des Tribunats und die Gemeinde der Vier Tribus*", Hermes 30 (1895), pp. 12 y 13; MERLIN, Alfred: *L'Aventin dans l'antiquité*, Albert Fontemoing, Paris, 1906, pp. 69 a 91; BINDER, Julius: *Die Plebs. Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, A. Deichert' sche Verlagsbuchhandlung Nachf, Leipzig, 1909, pp. 87 y 473 ss.; COSTA, *Storia del diritto romano privato* (cit. nt. 132), p. 189 (especialmente nt. 1); DREYFUS, *Essai sur les lois agraires sous la république romaine* (cit. nt. 243), pp. 48 a 50; ELSTER, Marianne: *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik-Gesetzesanhäufungen und-wiederholungen-*, Peter Lang Frankfurt/M., Bern, 1976, pp. 90 y 91; MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der Römischen Agrargesetze* (cit. nt. 243), pp. 50 a 52; SERRAO,"*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 121 ss.; NATELSON, Robert: "*Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*", Oklahoma City University Law Review 12 (1987) 1, pp. 43 a 46; ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (cit. nt. 246), pp. 199 y 200; OLIVIERO, Giuseppina: "*La ´lex Icilia de Aventino publicando`*", Index 25 (1997), p. 521; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma* (cit. nt. 243), pp. 119 a 120; ROSELAAR, Saskia: *Public Land in the Roman Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 29; VAN DER MERWE, Cornelius: *European Condominium Law*, Cmbridge University Press, Cambridge, 2015, p. 11; Cfr. Pernice, quien considera que se trata de atribuciones de tierras hechas por Tiberio Graco, PERNICE, Alfred: "*Parerga, 2, Beziehungen des offentlichen romischen Rechts zum Privatrecht*", ZSS [Romanistische Abteilung] 5 (1884), p. 74.

[270] El contexto de la realización de esta propuesta lo describe se describe en la primera parte del passaje Ῥωμαικὴ ἀρχαιολογία 10.32.1: Μετὰ τοῦτο τὸ ἔργον συναχθείσης τῆς βουλῆς οἱ μὲν ὕπατοι κατηγορίαν πολλὴν τῶν δημάρχων ἐποιήσαντο: παραλαβὼν δὲ τὸν λόγον ὁ Ἰκίλλιος περί τε τῆς εἰς τὸν ὑπηρέτην ὀργῆς ἀπελογεῖτο τοὺς ἱεροὺς προφερόμενος νόμους, καθ΄ οὓς οὔτε ἄρχοντι οὔτ΄ ἰδιώτῃ συνεχωρεῖτο πράττειν οὐδὲν ἐναντίον δημάρχῳ, καὶ περὶ τοῦ συγκαλεῖν τὴν βουλὴν ἐδίδασκεν, ὡς οὐθὲν εἴη πεποιηκὼς ἄτοπον, πολλοὺς καὶ παντοδαποὺς εἰς τοῦτο παρασκευασάμενος λόγους (Después de este asunto se reunió el Senado y los cónsules realizaron numerosas acusaciones contra los tribunos. Entonces Icilio, tomó la palabra, e intentó justificar la cólera que sentían hacia el lictor, apelando a las leyes sagradas que no permitían, ni a un magistrado ni a un particular, oferecer cualquier oposición a un tribuno; y en cuanto al asunto de convocar al Senado, les indicó que no había hecho nada fuera de lugar, usando muchos argumentos de cualquier tipo, que habia preparado antes).

> árbitros. En cuanto, respecto de todo el resto, que era público, sin pago del precio, debía ser recibido y dividido en parcelas para el pueblo[271].

Los pasajes del historiador de Halicarnaso relatan la propuesta hecha por el tribuno Lucio Icilio, para repartir las tierras del monte, que no es otro que el Aventino. Ésta habría tenido la finalidad, antes que todo política, de asegurar estas asignaciones a los plebeyos, de manera que ellos pudiesen construir allí sus casas[272], todo en medio de

[271] Para la traducción de la fuente griega se tuvo a la vista, Mouchard-Camús-Lottin: "*Après avoir répondu à ces deux chefs d'accusations, il parla de la loi qu'il prétendait établir. Elle portait: «que tous les biens, que les particuliers avaient acquis légitimement et de bon droit, devaient leur rester comme aux véritables possesseurs: mais que toutes les places dont quelques citoyens s'étaient mis en possession ou par force ou par fraude, et sur lesquelles ils avaient bâti des maisons, seraient restituées au peuple, à condition qu'on rendrait aux usurpateurs, suivant l'arbitrage des experts, les dépenses qu'ils y avaient faites pour les bâtiments : qu'enfin tous les autres biens appartenant au public, seraient partagés entre le peuple sans, qu'il en payât rien*»", DENYS D'HALICARNASSE: *Les antiquites romaines de Denys d'Halicarnasse*, 2, Mouchard, François-Camús, Alfredo-Lottin, Philippe-Nicolas (trads.), chez Philippe-Nicolas Lottin, París 1723, pp. 506; Serrao: "*Le parti di terreno possedute dai privatti, a cui sono state divise secondo diritto, devono rimanere ai proprietari; le parcelle che alcuni, avendo occupato con la forza o possedendo con frode, abbiano edificato, devono essere restituite al popolo e gli attuali occupanti saranno rimborsati delle spese che gli arbitri abbiano stabilito; le altre parcelle che erano pubbliche deve dividerle il popolo acquistandole senza prezzo*", SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), p. 125; Jiménez-Sánchez: "*Cuando se hubo justificado de estas acusaciones, intentó introducir la ley relativa a la colina. Era así: todo el terreno que tenían algunos particulares, si lo habían adquirido de forma justa, que lo siguieran conservando sus dueños; pero el que habían edificado algunos después de haberlo tomado por la fuerza o por robo, debían entregarlo al pueblo una vez que los nuevos dueños pagaran los costes que los árbitros decidiesen, y todo el terreno restante, que era público, el pueblo debía recibirlo sin pago y repartírselo*", DIONISIO DE HALICARNASO: *Historia Antigua de Roma*, Jiménez, Elvira-Sánchez, Ester (trads.), Editorial Gredos, Madrid, 1998, pp. 57 y 58; Henderson: "*After answering these accusations, he proceeded to introduce his law concerning the hill. It was to this effect: All the parcels of land held by private citizens, if justly acquired, should remain in the possession of the owners, but such parcels as had been taken by force or fraud by any persons and the present occupants reimbursed for their expenditures acoording to the appraisal of the arbitrators; all the remainder, belonging to the public, the populace should receive free of cost and divide up among themselves*", HENDERSON, Jeffrey: *The Loeb Classical Library. The Roman Antiquities*, Cary, Earnest (trad.), Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 2002 [pero, 1947], pp. 274 a 277.

[272] De ello da cuenta el historiador en Ῥωμαικὴ ἀρχαιολογία 10.32.5: Κυρωθέντος δὲ τοῦ νόμου συνελθόντες οἱ δημοτικοὶ τά τε οἰκόπεδα διελάγχανον καὶ κατῳκοδόμουν ὅσον ἕκαστοι τόπον δυνηθεῖεν ἀπολαμβάνοντες. Εἰσὶ δ´ οἳ σύνδυο καὶ σύντρεις καὶ ἔτι πλείους συνιόντες οἰκίαν κατεσκευάζοντο μίαν ἑτέρων μὲν τὰ κατάγεια λαγχανόντων, ἑτέρων δὲ τὰ ὑπερῷα. Ὁ μὲν οὖν ἐνιαυτὸς ἐκεῖνος εἰς τὰς κατασκευὰς τῶν οἰκήσεων ἐδαπανήθη (Cuando la ley se ratificó, se reunieron los plebeyos, dividieron los terrenos y empezaron a construir, cada uno tomando una parcela tan grande como pudo; y a veces dos, tres e incluso más juntos para construir una sola casa, y a unos les tocaba la parte de abajo y a otros la otra parte. Así pues, aquel año se empleó en la construcción de casas). Vid., por todos, ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (cit. nt. 246), pp. 199 y 200; PASTORI, Franco: "*Prospettiva storica del diritto di superficies*", Studi in memoria di Guido Donatuti, 2, Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1973, p. 874; NATELSON, "*Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*" (cit. nt. 269), p. 43; OLIVIERO, "*La ´lex Icilia de Aventino publicando*`" (cit. nt. 269), p. 521; ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic* (cit. nt. 269), p. 29; VAN DER MERWE, *European Condominium Law* (cit. nt. 269), p. 11; NATELSON, "*Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*" (cit. nt. 269), pp. 43 y 44.

la gran crisis económica y social que caracteriza el siglo V a. C[273]. Estas noticias se complementan con el breve relato que llega de la mano de Tito Livio, en *Ab Urbe condita libri* 3.31.1:

Deinde M. Valerius Sp. Verginius consules facti. Domi forisque otium fuit; annona propter aquarum intemperiem laboratum est. De Auentino publicando lata lex est.	Entonces Marco Valerio y Espurio Verginio se hicieron cónsules. Hubo quietud en casa y en el extranjero. A causa del clima lluvioso se hacen escazas las provisiones. Se aprueba la ley del Aventino[274].

Y luego en *Ab Urbe condita libri* 3.32.7:

Admiscerenturne plebeii controvérsia aliquamdiu fuit; postremo concessum patribus, modo ne lex Icilia de Aventino aliaeque sacratae leges abrogatur.	Hubo controversia un tiempo sobre si los plebeyos debían ser admitidos; al fin los patricios cedieron, siempre que la ley Icilia del Aventino y las demás leyes sagradas no se abolieran[275].

La fuente del historiador, aunque da pocas luces de la repartición, confirma la noticia de Dionisio: que se trata de una propuesta realizada por el tribuno Icilio, según la fuente de una *lex sacrata*; y, en lo que importa a esta investigación, que se refiere a la atribución de las tierras del Aventino hecha a los plebeyos.

Ahora bien, no se puede dejar de hacer mención a la discusión que existe sobre la historicidad de esta *lex*[276], en especial sobre su proceso constitucional y naturaleza; pero

---

[273] PARETI, Luigi: *Storia di Roma e del mondo romano*, 1, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1952, p. 392; DE MARTINO, Francesco: *Storia della costituzione romana*, 1, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972, p. 216; D'IPPOLITO, "*La legge agraria di Spurio Cassio*" (cit. nt. 246), p. 198; DE MARTINO, Francesco: *Storia económica di Roma antica*, 1, La nuova Italia, Firenze, 1979, p. 13 ss.; RICHARDS, Jean-Claude: *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéeien*, École française, Roma, 1978, p. 501 ss.; SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 121 a 180; ALFÖLDI, Géza: *Römische Sozialgeschichte*, Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, [3]1984; pp. 21 a 26; FRANCIOSI, Genaro: *La plebe senza genti e il problema della rogatio Canuleia*, Richerche sull organizzazione gentilizia romana 1, Napoli, 1984, p. 162; MOMIGLIANO, Arnaldo: "*The Rise of the Plebs in the Archaic Age of Rome*", Raaflaub, Kurt (edit.), *Social Struggles in Archaic Rome: New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Blackwell Publishing, Malden, MA, [2]2005, pp. 168 a 171; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma* (cit. nt. 243), pp. 115 a 122.

[274] Para la traducción de la fuente latina se tuvo a la vista, Nisard: "*On créa ensuite consuls Cn. Valérius et Sp. Verginius. Au dedans comme au dehors tout fut tranquille; mais une disette de blé, causée par des pluies excessives, pesa sur le peuple, et on fit passer une loi qui lui partageait le mont Aventin*", NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 135.

[275] Para la traducción de la fuente latina se tuvo a la vista, Nisard: "*Devaiton en choisir quelquesuns dans l'ordre des plébéiens? On agita longtemps cette question. Enfin on céda aux patriciens, à condition seulement que la loi Julia, au sujet du mont Aventin, et les autres lois sacrées, ne sauraient être abrogées"*. NISARD, *Collection des Auteurs Latins* (cit. nt. 246), p. 136.

[276] Confunden las noticias de Dionisio puesto que atribuye por una parte la iniciativa al Tribuno Icilio y le da el carácter de plesbicito; por la otra, afirma que la *lex*, luego de la aprobación del senado fue sometida al voto de los comicios centuriados, vid., por todos, NIEBUHR, Barthold Georg: *Römische Geschichte*, 2, Verlag von G. Reiner, Berlin, [3]1836, pp. 339 a 341; MACÉ, *Des lois agraires chez les romains* (cit. nt. 269), p. 169; IHNE, Wilhelm: *Römische Geschichte*, 1, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1868, p. 159 nt. 5; SCHWEGLER, *Römische Geschichte* (cit. nt. 269), pp. 603; LANGE, *Römische Alterthümer* (cit.

tampoco de observar que ella se ha resuelto de manera afirmativa por la doctrina[277]. Incluso Maschke[278], que atribuye a la más antigua legislación agraria el carácter de legendaria, sostiene la validez de la *Lex Icilia de Aventino publicando*, como el plesbicito que tiene por objeto conceder a los plebeyos un lugar para la construcción de sus casas; aunque considera que ninguna relación tiene con las leyes que son propiamente agrarias.

La primera dificultad que presenta esta fuente es que está escrita en griego y no hay terminología exacta que permita traducir los conceptos latinos en juego (verbos *impendere*, *expendere* y *erogare*, además de sus derivados, y otros términos ya revisados como *sumptus*).

Luego, en cuanto a su contenido, se suele distinguir en ella la atribución de tres categorías de terrenos[279]: la primera, corresponde al terreno obtenido por privados en derecho (δικαίου κτησάμενοι), el que permanece con la repartición en manos de dichos poseedores. Esta categoría debieron ser las asignaciones del Aventino que en tiempos muy antiguos fueron hechas a la plebe, puesto que es la propia fuente la que informa que al momento de la repartición estaban ya habitados[280]. En la segunda, se encuentran los

---

nt. 269), pp. 603 a 605; NIESE, Benedictus: "*Das sogenannte Licinisch-Sextische Ackergesetz*", Hermes 23, 1888, pp. 410 a 423; MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), pp. 70 y 71; BINDER, *Die Plebs* (cit. nt. 269), pp. 473 ss; PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano* (cit. nt. 273), pp. 392 y 393; DE SANCTIS, Gaetano: *Storia dei Romani*, 2, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1960 [pero, Torino, 1907], p. 23 nt. 74; ELSTER, *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik-Gesetzesanhäufungen und-wiederholungen-* (cit. nt. 269), pp. 90 y 91; SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 123 a 139; ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (cit. nt. 246), pp. 199 y 200; ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic* (cit. nt. 269), p. 29; NATELSON, "*Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*" (cit. nt. 269), p. 45;

[277] SCHWEGLER, *Römische Geschichte* (cit. nt. 269), p. 603; NIESE, "*Das sogenannte Licinisch-Sextische Ackergesetz*" (cit. nt. 276), pp. 413 ss.; PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano* (cit. nt. 273), p. 392; DE SANCTIS, *Storia dei Romani* (cit. nt. 276), p. 23 nt. 74; SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 123 a 139; OLIVIERO, "*La ´lex Icilia de Aventino publicando`*" (cit. nt. 269), pp. 531 y 532; ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic* (cit. nt. 269), pp. 29 a 31.

[278] MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der Römischen Agrargesetze* (cit. nt. 243), pp. 50 a 52; en sentido similar, SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma* (cit. nt. 243), p. 281. Cfr. DE MARTINO, Francesco: *Nota di Lettura*, reimpresión de MASCHKE, Richard: *Zur Theorie und Geschichte der Römischen Agrargesetze*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1980.

[279] MACÉ, *Des lois agraires chez les romains* (cit. nt. 269), p. 169; MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), p. 72; SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 140 ss; OLIVIERO, "*La ´lex Icilia de Aventino publicando`*" (cit. nt. 269), p. 528. Con algunas diferencia en las categorías, SCHWEGLER, *Römische Geschichte* (cit. nt. 269), pp. 599 y 600.

[280] Se suele pensar que ya en tiempos de Anco Marzio se habrían realizado estas antiguas asignaciones a los plebeyos, vid. por todos, NIEBUHR, Barthold Georg: *Römische Geschichte*, 1, Verlag von G. Reiner, Berlin, [4]1833, pp. 335 y 336 y *Römische Geschichte* (cit. nt. 276), p. 339; ELSTER, *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik-Gesetzesanhäufungen und-wiederholungen-* (cit. nt. 269), p. 90; RICHARDS, *Les origines de la plèbe romaine* (cit. nt. 273), pp. 270 ss.; SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), p. 142. Capogrossi-Colognesi, expone el marco que mantiene la historiografía de los ochenta destacando los siguientes aspectos: existe la gens que es titular de un territorio de su propiedad, que se puede identificar con la tierra gentilicia; el monopolio de

terrenos que algunos, probablemente patricios, con fuerza o usurpación (βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες), habían ocupado y edificado; con la repartición, este terreno se vuelve público[281]. La tercera categoría, se conforma por los terrenos públicos que no habían sido ocupados por nadie, y que por la ley debían ser repartidos a la plebe sin que mediara pago de gasto o reembolso de cantidad alguna (ὠνῆς). Se refiere a la ocupación plebeya del *ager publicus*, y su triunfo por sobre los patricios, y este motivo ha sido el de mayor procupación de la doctrina[282].

La que importa es la segunda categoría que, como advirtió ya Serrao[283], es la que presenta mayores problemas. Según el propio Dionisio, se trata de aquellos terrenos que fueron adquiridos con fuerza o usurpación (βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες), y han sido construidos, por lo tanto, sin la autorización estatal necesaria para edificar en suelo público (ᾠκοδομήσαντο). Estos terrenos fueron atribuidos al pueblo y entregados a sus nuevos asignatarios una vez que éstos pagaran los gastos de edificación (τὰς δαπάνας) de acuerdo a los que estimaran los árbitros (διαιτηταὶ).

Son pocos los autores que han revisado este aspecto de la *Lex Icilia de Aventino publicando*. En su día, Schwegler[284] sostuvo a propósito de esta repartición: el *ager publicus* (*Gemeinland*) en el que se encontraban particulares, debía ser confiscado por el Estado; debiendo los poseedores que han recuperado estas tierras, cuando se encuentren construídas, pagar una compensación razonable por dicha construcción que sería determinada por los árbitros. Pero el autor, de manera errada, sostiene que sólo los poseedores de buena fe (*redlichen*) recibirán la compensación por dicha pérdida; no así aquellos no autorizados que adquirieron la posesión del *ager publicus* de mala fe (*vi* o *clam*). En similar sentido, y por tanto incurre en la misma anticipación histórica que Schwegler, lo resuelve Niebuhr[285], para quien la ley debió hacer distinción entre poseedores de buena y mala fe, y sólo los primeros tendrían derecho a una indemnización por los gastos en la construcción, los que debían ser pagados por los nuevos asignatarios de los terrenos.

---

estos terrenos lo detenta para el siglo V a. C. la aristocracia gentilicia; y, finalmente, los plebeyos son excluidos de hecho del *ager publicus*, hasta a lo menos la dictación de la *Lex Licinie Sextie*, vid. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Cittadini e território* (cit. nt. 243), pp. 263 a 265. Cfr. Oliviero, quien no está de acuerdo con dicha afirmación general: a su juicio no existen motivos válidos para excluir que los legitimos ocupantes del Aventino podían ser también los patricios, que sin haber edificado, se limitaban a poseer para ejercer la ganadería o con la perspectiva de poder construir una parte de su suelo, que era un territorio público y prevalentemente sin edificaciones, vid. OLIVIERO, "*La ´lex Icilia de Aventino publicando*`" (cit. nt. 269), p. 529.

[281] PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano* (cit. nt. 273), p. 392.

[282] Vid., por todos, SCHWEGLER, *Römische Geschichte* (cit. nt. 269), p. 602; MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), pp. 26 a 41, especialmente 38 a 40; OLIVIERO, "*La ´lex Icilia de Aventino publicando*`" (cit. nt. 269), p. 531; ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic* (cit. nt. 269), pp. 29 a 31.

[283] SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), p. 142.

[284] SCHWEGLER, *Römische Geschichte* (cit. nt. 269), pp. 599 y 600.

[285] NIEBUHR, *Römische Geschichte* (cit. nt. 276), p. 339 nt. 686.

Para Merlin[286], la parte del pasaje referida al reembolso de los gastos se aplica a aquellas porciones de terrenos retenidas injustamente por particulares mediando fuerza o clandestinidad, habiendo éstos expulsado a los sus justos poseedores. A diferencia de los autores recién mencionados, sostiene que no era del todo improbable que se ofreciera una indemnización a poseedores *vi* o *clam*, puesto que los gastos habrían estado destinados a hacer la casa más habitable y productiva. Así, sería posible comprender que el autor de la *Lex Icilia*, para evitar cualquier tipo de hostilidad de los patricios, otorgara el reembolso de los gastos de la construcción. Más aún, considera que no hay necesidad de distinguir, desde el punto de vista de la indemnización, entre los detentadores legales o ilegales del *ager publicus*; ni de suponer que lo establecido por la *lex* para esta categoría se habrían omitido por Dionisio, y que no serían aplicable a los poseedores de los *agri privati*.

En la doctrina actual el punto lo desarrolla con detalle Serrao[287] que, al igual que Merlin, estima que faltan motivos válidos para pensar que el texto referido por Dionisio no refleja en esta parte el contenido sustancial de la ley. Sin perjuicio, en contra de propuestas como la de Schwegler y Niebuhr, excluye la posibilidad de retrotraer los principios del reembolso de las impensas de la *reivindicatio* clásica a la mitad del siglo V a. C. Sostiene igualmente, que se trata de poseedores de mala fe a los cuales la ley despojaba de los terrenos que habían ocupado y las construcciones que habían hecho sobre ellos, estableciendo a su favor el reembolso de los gastos por la edificación, no empero del valor de la construcción (*non, si badi, il rimborso del valore delle costruzioni*). Los gastos estarían determinados por árbitros y serían los nuevos asignatarios quienes debían reembolsarlos[288], y en parte parece decirlo así la *lex* cuando

[286] Se tratarían de los terrenos del *ager publicus* que habrían tomado los patricios por la fuerza o por clandestinidad, a sus vecinos pobres, y esta es justamente la situación que la *lex* busca remediar: busca devolver los terrenos y suprimir la posesión de hecho obtenida con violencia o fraude, MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), pp. 73 a 78. En este mismo sentido PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano* (cit. nt. 273), p. 392.

[287] SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 142 a 145.

[288] También en este sentido, ya antes Niebuhr sostiene que el gasto de la construcción es de cargo del nuevo asignatario y no del Estado, NIEBUHR, *Römische Geschichte* (cit. nt. 276), p. 339. Respecto de los árbitros y la estimación de los gastos, Serrao siguiendo a Kaser, aún con la escaza información que ofrece el pasaje de Dinisio (puesto que nada dice de cómo debían ser elegidos y cómo funcionaban), no ve en ello una anticipación de épocas posteriores, puesto que los árbitros y el procedimiento arbitral se trataba ya en la Ley de las XII Tablas. Acepta que ellos podrían haber sido designados por los tribunos o por la asamblea de la plebe; o elegidos por acuerdo del asignatario y el viejo poseedor, aunque ninguna de las posibilidades sea demostrable, SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), pp. 143 y 144. Es difícil sostener la postura de Serrao, que insinúa que la estimación podría realizarse a través de los procedimientos de las *legis actiones*. Siguiendo a Nicosia, por una parte, no hay claridad siquiera de la función jurisdiccional del pretor para la época de las XII Tablas (también FUENTESECA, "*La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*" (cit. nt. 197), p. 245). Por la otra, no se debe olvidar que cuando los escritores romanos reproducen un texto literal de una norma o se refieren a su contenido o lo interpretan, buscan proporcionar una interpretación ajustada a su tiempo, pero en ocasiones parten de supuestos errados, ya que el relato lo hacen desde una fase más evolucionada en el tiempo, vid. NICOSIA, *Il processo privato romano* (cit. nt. 204), pp. 9 a 12.

respecto de la tercera categoría establece que no se debe pagar precio alguno. En suma, para este jurista, la única hipótesis posible de sostener, es que la posibilidad de adquirir los terrenos construídos estaba limitada: puesto que las construcciones que allí se habían establecido habrían sido de cierta importancia y con ello, los gastos en los que debían incurrir los nuevos asignatarios habrían constituido por este motivo un gasto importante, sólo los plebeyos más ricos habrían podido acceder a ellos[289]. Existían dos *sortitiones*[290]: una para los lotes gratuitos y otra para los lotes, tal vez más extensos y construidos, mediante el reembolso de los gastos establecidos por los árbitros.

Es difícil coincidir con cualquiera de estas propuestas doctrinarias puesto que se fundamentan en anticipaciones históricas que no se pueden desatender. Si se admite como cierta la fecha de la propuesta del tribuno Icilio, no es posible trasladar a la época altorepublicana para quienes habían construido con fuerza o usurpación (βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες), la clasificación clásica de poseedores de buena y mala fe que hacen Schwegler, Niebuhr e incluso, con algún matiz Serrao, puesto que igualmente les considera poseedores de mala fe.

Tampoco, en cierto punto con Merlin. Si bien tiene razón en que la *lex* concedió el pago de los gastos de construcción sin necesidad de distinguir la calidad de los poseedores, les aplica de manera anacrónica a éstos (βιασάμενοί y κλοπῇ λαβόντες) las categorías de la *possessio vi* y *possessio clam*, y más aún sostiene que se tratarían de categorías "*parfaitement exactes au point de vue juridique*"[291]. Pero no es posible sostener que a la fecha de la *Lex Icilia de Aventino publicando* las categorías interdictales sean ya categorías aplicables al *ager publicus*; y menos aún, que se puedan trasladar a los *agri privati*. Es difícil plantear la existencia de una herramienta de este tipo como medio de pacificación social, cuando la organización social gentilicia, no propiamente estatal, carecía de la fuerza suficiente para ello.

Como plantean primero Merlin[292] y luego Serrao[293], la *lex* da un cierto regulamiento jurídico a las tierras del monte del Aventino en base a criterios de mera oportunidad política. Ésta sería también la justificación para otorgar el reembolso de los gastos de construcción en terrenos del *ager publicus*. Por lo demás, como ya notó

[289] Sin embargo, tampoco excluye que en ciertas ocasiones convenían también a los más pobres, por ejemplo porque las construcciones existían anteriormente y el reembolso de los gastos no era relevante, o porque la construcción era adaptada para que fuera habitada por varias familias, de acuerdo a lo señalado por Dionisio 10.32.5 que se refiere a todo el suelo, incluso a aquel que tiene construcciones, SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), p. 144 nt. 236.

[290] En el sentido de que los terrenos eran asignados por sorteo, v. *sortito* (adv.), HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 548; v. *sortio, ire* (sv. *sortitus, a, um*), LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1733; v. *sortitio, -onis* [*sortior*] *f.*, SEGURA, *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas* (cit. nt. 17), p. 722.

[291] "*perfectamente exactas desde el punto de vista jurídico*", MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), pp. 75 nt. 1.

[292] MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), pp. 77 y 78.

[293] SERRAO, "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*" (cit. nt. 246), p. 142.

Merlin[294], una propuesta similar, por la que se otorga el reembolso de mejoras a poseedores temporales, se encuentra más tardiamente en la *Rogatio Sempronia* de Tiberio Graco del año 133 a. C., de la que dan cuenta Plutarco en Βίοι Παράλληλοι 4.9[295] y Apiano en *De bellis civilibus Romanorum* 1.11[296], entre otras fuentes literarias.

De todo lo expuesto, parece acertado que un régimen propio de reembolso de impensas no encuentra regulación alguna en la legislación arcaica en general. Pero además, que el caso del monte Aventino, que otorga reembolso de los gastos en la construcción de los terrenos adquiridos inicialmente por la fuerza y que fueron luego repartidos al pueblo, no es una excepción de ello.

Desde luego parece haber aquí una proximidad temática y debe ser tenida en cuenta en su contexto, pero está claramente desconectada del sistema procesal, de manera que no se trata éste del procedimiento sacramental, ni de ningún otro de la ley decenviral. Es poco probable encontrar para esta época el uso de cualquier término griego o latino que haya tenido el significado que persigue esta investigación, menos aún, cualquier alusión a alguna clasificación de gastos o impensas. El asunto en esta materia no deja de ser obscuro, y no se puede indagar más allá de lo que aquí se ha presentado.

3. LA *ACTIO DE TIGNO IUNCTO* COMO UN RÉGIMEN DISTINTO PARA OBTENER EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS

Como se enunció, es sabida la íntima conexión que existe entre la doctrina de las *impensae* hecha sobre cosa ajena y el denominado *ius tollendi*[297]. Y aunque se ha hecho el intento de separar ambas instituciones, no hay duda de su proximidad temática. En esta época, el estudio del *ius tollendi* reconduce necesariamente al *tignum iunctum*, puesto que como bien ha sostenido Riccobono[298], la dificultad en la determinación de dicho remedio tardío, radica -para los autores modernos-, en la controversia que existió entre las escuelas de jurisconsultos romanos en la interpretación de las normas decenvirales sobre la *actio de tigno iuncto*.

---

[294] MERLIN, *L'Aventin dans l'antiquité* (cit. nt. 269), p. 78 nt. 1.

[295] Plutarco, Βίοι Παράλληλοι 4.9: ...τιμὴν προσλαμβάνοντας ἐκβαίνειν ὧν ἀδίκως ἐκέκτηντο, καὶ παραδέχεσθαι τοὺς βοηθείας δεομένους τῶν πολιτῶν.

[296] Apiano, *De bellis civilibus Romanorum* 1.11: … μισθὸν ἅμα τῆς πεπονημένης ἐξεργασίας αὐτάρκη φερομένους.

[297] PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), pp. 205 ss.; PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), pp. 232 a 240 (especialmente pp. 237 y 238); RICCOBONO, Salvatore: "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*", Scritti di diritto romano, 1, Università degli Studi, Palermo, 1957, p. 228; PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 382; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 247 ss.

[298] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 247.

La *actio de tigno iuncto*[299] es la acción que le permite al dueño del *tignum* obtener el *duplum* de su valor, cuando éste ha sido utilizado en la construcción de un *aedes* o *vinae* ajenos, puesto que le estaba vetada la posibilidad de *solvere* el *tignum.* De su regulación tardía se sabe principalmente por los dos pasajes ulpianeos que componen el título del Digesto 47.3 "*De tigno iuncto*"[300], que se complementan con los testimonios de Paulo[301] y Gayo[302], y por el pasaje de las *Iustiniani Institutiones* 2.1.29[303].

---

[299] Sobre la *actio de tigno iuncto*, vid., por todos, HUSCHKE, Philipp Eduardo: *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio*, Typis Grassii, Barthii et sociorum, Vratislaviae, 1837; PUTCHA, Georg Friedrich: *Kleine civilistische Schriften*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1851; SELL, Karl: *Römische lehre der dinglichen rechte oder sachen-rechte*, 1, Verlag von H. B. König, Bonn, 1852, pp. 23 ss.; SCHUMACHER, Johannes: *Ueber tignum und tignum iunctum*, Thèse, Bonn, 1882; HEILBORN, Ernst: *Tignum Iunctum, plantatio und accessio*, Thèse, Breslau, 1907; ARE, Gonario: *Teoria della propietà (parte speciale)*, Lorenzo Alvano, Napoli, 1908, pp. 92 ss.; HUVELIN, Paul: *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, 1, Rey, Lyon, 1915, pp. 82 ss.; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35); PAMPALONI, Muzio: "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*", Scritti Giuridici, 1, Vallerini, Pisa-Roma, 1941 [pero, AG 30 (1883)]; PAMPALONI, Muzio: "*Ancòra sopra la legge de tigno iuncto*", Scritti Giuridici, 1, Vallerini, Pisa-Roma, 1941 [pero, AG 34 (1885)]; RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 219 ss.; MELILLO, *Tignum iunctum* " (cit. nt. 91); RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 247 ss.; VOCI, Pasquale: "*Recs. Generoso Melillo, Tignum iunctum*", IURA 16 (1965), pp. 308 a 313; KASER, Max: "*Tignum iuctum*", Labeo 12 (1966) 1, pp. 104 a 111; LEMOSSE, Máxime: "*Compte-rendu de la thèse de Melillo: tignum iunctum*", RHD (1966), pp. 89 y 90; GUARINO, Antonio: "*Taglicarte*", Labeo 13 (1967) 1, p. 124 y 125; MAYER-MALY, Theo: "*Compte-rendu de la thèse de Melillo: tignum iunctum*", SDHI 33 (1967), p. 433; MEDICUS, Dieter: "*Literatur: Melillo, G. Tignum iunctum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 84 (1967), pp. 476 a 481; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 3 ss.; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 243), pp. 116 a 120; LIEBS, Detlef: *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972, pp. 140 a 146; WATSON, Alan: "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*", RIDA 21 (1974), pp. 337 a 342; MUSUMECI, Francesco: "*Vicenda storica del "tignum iunctum*", BIDR 20 (1978), pp. 201 a 265; APATHY, Peter: "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), pp. 1 ss.; HINKER, Hannes: "*Tignum iunctum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 108 (1991), pp. 94 a 122; WILLVONSEDER, Reinhard: "*Recs. Francesco Musumeci, Inaedificatio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 108 (1991), pp. 500 a 506; GONZÁLEZ, Yuri: *Dolo desinere possidere fra Editto del Pretore e scienza giuridica*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell´Università di Bari, Cacucci Editore, Bari, 2010, pp. 148 a 153.

[300] Cfr. Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1: pr. *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.* 1. *Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta.* 2. *Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat*; Ulpiano, 42 *ad Sabinum*, D. 47.32: *Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum, deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio. Et esse non dubito.*

[301] Cfr. Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.6: *Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit*; Paulo, 14 *ad Sabinum*, D. 10.4.6: *Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest: aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno iuncto ex*

Sin embargo, el origen del *tignum iunctum* está en la legislación de las XII Tablas. La ley decenviral lo regula el en dos pasajes de la Tabla 6. Del primer precepto, Tabla 6.7, da cuenta Festo en la voz *tignum*[304] en la que hace referencia textual a la disposición. Del segundo, Tabla 6.8 se tiene conocimiento a través de Ulpiano, en el pasaje del título "*De tigno iuncto*", 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr. Pero, como es propio de esta época, y más allá de la reconstrucción textual de estos pasajes[305], ha sido la doctrina romanista la que ha configurado el *tignum iunctum* arcaico a partir los elementos que proveen las fuentes jurídicas, principalmente clásicas. Ello se revisa a continuación.

Es el parecer de gran parte de los autores[306], que la ley decenviral habría

---

eadem lege in duplum agitur; Paulo, 3 *ad Neratium*, D. 24.1.63: *De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essententiarum paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est*; Paulo, 15 *questionum*, D. 46.3.98.8: *...Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.*

[302] Cfr. Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aeorum*, D. 41.1.7.10: *Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere.*

[303] Cfr. Justiniano, *Inst*. 2.1.29: *Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuerat desinit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestat per actionem quae vocatur de tigno iuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur ex qua aedificia fiunt): quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam consecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere.*

[304] Festo, *De verborum significatione*, sv. *tignum* (L. 548): *Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur, sed etiam in vineis, ut est in XII (6,7)*: "*Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito*", LINDSAY, *Sexti Pompei Festi De verborum significatione* (cit. nt. 201), p. 502.

[305] Vid., por todos, PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), p. 205; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), p. 263; PAMPALONI, "*Ancòra sopra la legge de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), p. 490; RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 219 ss.; KASER, Max: "*Typisierter "dolus" im altrömischen Recht*", BIDR 65 (1962), p. 91; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), p. 13 ss; KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), p. 105; MEDICUS, "*Literatur: Melillo, G. Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 477; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 3 ss.; LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht* (cit. nt. 299), p. 143; WATSON, "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*" (cit. nt. 299), pp. 337 a 342; MUSUMECI, "*Vicenda storica del "tignum iunctum*" (cit. nt. 299), pp. 201 a 223; HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), pp. 103 y 104.

[306] MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 61; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), p. 242; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 18 y 27; MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), p. 208; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a*

codificado en este precepto un principio muy antiguo y de origen consuetudinario. Algunos, han explicado la prohibición de *solvere* el *tignum* en la necesidad de evitar que se dañase el *aedes* o la *vinea* (*ne urbs ruinis deformetur*), haciendo expresa referencia a motivos económicos[307]. Por su parte Musumeci[308], estima insuficiente este fundamento y lo atribuye, además, a la situación imperante en la época, profundamente impregnada de creencias mágico-sacrales. Con todo, incluso resulta posible, que la prohibición fuera sólo la consecuencia del efecto de la accesión inmobiliara y del principio *superficies solo cedit*, anterior incluso a la XII Tablas[309].

---

giustiniano (cit. nt. 91), pp. 3 ss.; DE MARINI AVONZO, Franca: "*Recs. Renato Quadrato*, *Tignum iunctum ne solvito*", Labeo 15 (1969) 3, p. 380; HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 104.

[307] MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 9; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 242 y 243; RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 223 a 225; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 243), p. 118; WATSON, "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*" (cit. nt. 299), p. 342; HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), pp. 104 y 105; MARANO, Yuri Alessandro: "*Roma non è stata (de)costruita in un giorno*", Lanx 16 (2013), p. 7.

[308] Para Musumeci, se trata de una época profundamente impregnada de creencias mágico-sacrales en la que se vivía en comunidades que ejercían la actividad pastoril y agrícola. La viga (*tignum?*) era parte esencial del *aedes* y ese era el centro y la sede misma de la familia y su *sacra* y constituían elementos fundamentales de la estructura social y religiosa. En este contexto histórico se habría afirmado vía consuetudinaria el principio de la inseparabilidad del *tignum iunctum*, con lo que se pretendía garantizar la absoluta intangibilidad del *aedes* y de la *vinea* las cuales constituían a los ojos de los romanos primitivos un verdadero "tabú" religioso. MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), pp. 208 y 209. Cfr., sobre la consideración del *aedes*, MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 9; MEINCKE, Jens Peter: "*Superficies solo cedit*", ZSS [Romanistische Abteilung] 88 (1971), p. 143 nt. 35. Ahora bien, y como ya señaló Hinker, que los motivos fueran económicos o de derecho consuetudinario, no se podrá determinar de forma definitiva; y al parecer, lo que pretendía la legislación decenviral, era establecer la prohibición de *lege ferenda*. HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 104.

[309] Vid. MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 91; MADDALENA, Paolo: "*Possesso del tutto e possesso della parte nei corpi composti*", Synteleia Arangio-Ruiz, 1 (1965), pp. 366 y 367. Ribalta cree que el principio *superficies solo cedit* de la época clásica, puede entenderse a partir de la aplicación de la norma decenviral del *tignum iunctum*, RIBALTA, J.: *Dret urbanístic medieval de la Mediterrània*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005, p. 57 nt. 45; PASQUINO, P.: "*Rimedi Pretori in alcuni casi di accesioni*", TSDP 4 (2011), pp. 17 a 19. Riccobono sostiene -a propósito de la interpretación restrictiva de la prohibición decenviral que sostuvieron los juristas proculeyanos-, que sin duda dicha regla se incardinaba en el principio de la accesión: "*Come la costruzione cede al suolo, così tutto cuanto è congiunto o fissato all'edificio accede all'edificio, s'immobilizza e perde durante la unione la propia entità giuridica. Questa era la dottrina tradizionale romana, la quale per altro rimase prevalente quasi in ogni tempo*" (*Como la construcción cede al suelo, por lo que todo cuanto está unido o fijado al edificio accede al edificio, se inmoviliza y pierde durante la unión la propia entidad jurídica. Ésta era la doctrina tradicional romana, la cual por otra parte, permanece imperante en casi todo el tiempo*), RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 258. Vid., por todos, BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 243), p. 117; MEINCKE, "*Superficies solo cedit*" (cit. nt. 308), pp. 158 y 180; HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 105 nt. 36. Aunque no reconoce la igualación de la regulación del *tigno iuncto* con el principio *superficies solo cedit*, reconoce la antigüedad de la máxima, MAYER-MALY, Theo: "*Studien zur Frühgeschichte der usucapio II*", ZSS [Romanistische Abteilung] 78 (1961), p. 223. Para Musumeci, del estudio de las fuentes jurídicas, que se complementan con Cicerón, *Pro Tullio* 23.53, aparece plausible que el principio *superficies solo cedit* fuese aplicable sólo a la construcción en su totalidad, sin operar para los materiales utilizados para realizarla, de manera que ellos podrían ser de propiedad de un sujeto diverso del propietario del inmueble, MUSUMECI, *Inaedificatio* (cit. nt. 35), pp. 59 y 60. Putcha en su día, aunque no menciona el principio, reconoce que el efecto de la unión podría haber

En las fuentes arcaicas, la Tabla 6.7 se conoce por la obra *De Verborum Significatione*, donde el gramático Festo hace su transcripción textual en la última parte de la v. *tignum*:

7. Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito[310].	7. La viga [ajena] unida a un edificio [ajeno] o unida a una viña [ajena], no sean separados[311].

Para Monier sería éste el único pasaje de la ley arcaica en el que se reconoce expresamente la figura del *tigno iuncto.* Para otros[312], éste debe complementarse con lo dispuesto en la Tabla 6.9:

9. ..QUANDOQUE SARPTA, DONEC DEMPTA ERUNT..[313]	9. ..Tanto como estén cortadas [las viñas], se podrán coger..[314]

---

sido anterior a la Ley de las XII Tablas, PUTCHA, *Kleine civilistische Schriften* (cit. nt. 299), p. 396. En general sobre el principio *superficies solo cedit*, vid., por todos, SCHMIDT, Adolf: "*Das Recht der Superficies*", ZSS [Romanistische Abteilung] 24 (1890), pp. 121 a 164; COVIELLO, Nicola: "*Della superficies*", AG 49 (1892), pp. 3 a 192; WENGER, Leopold: "*Superficies solo cedit*", Philologus 88 (1933) 3, pp. 254 ss.; MASCHI, Carlo: *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Società editrice "Vita e pensiero", Milano, 1937, p. 286; MASCHI, Carlo: "*La propietà divisa per piani, superficie e l´estensione ai provinciale del principio <superficies solo cedit>*", Studi Aragio-Ruiz 4 (1953), pp. 135 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 301 a 317; PASTORI, Franco: *La superficie nel Diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966; MEINCKE, "*Superficies solo cedit*" (cit. nt. 308), pp. 136 ss.; KNÜTEL, Rolf: "*Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen*", en Zimmermann, R., *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 555 y 556; ZAERA, Ana Belén: "*Superficies solo cedit*", AFDUDC 12 (2008), pp. 1007 a 1015; ZAERA, Ana Belén: "*La propiedad superficiaria en el derecho romano Justinianeo*", RIDA 51 (2004), pp. 369 a 372.

[310] BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui* (cit. nt. 201), p. 26. Cfr. Riccobono: *6.8. TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS VINEA[E]VE [ET CONCAPIT] NE SOLVITO. — Ulp.*, D., *47, 3, 1 pr. : Lex XII tab. neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare, – sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem*, FIRA (cit. nt. 201), p. 46; Girard: *6.9.a. 'Tignum' non solum in aedificiis quo utuntur appellatur, sed etiam in vineis, ut est in XII — TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS VINEA<E><<Q>>UE E<<T>> CONCAP[IT]UM* , GIRARD, P.F. & SENN, F.: *Les lois des Romains*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1977, p. 60.

[311] Sólo para efectos de la traducción de la fuente latina, se tuvo a la vista el texto festino v. *tignum*, *De Verborum Significatione* de Savagner, que en la parte de la ley decenviral señala: "*Qu'on ne détache pas la solive jointe à un édifice, ni le pieu auquel est attachée una vige*", SAVAGNER, *Sextus Pompeius Festus* (cit. nt. 201), p. 660 nt. 5.

[312] Vid., por todos, HUSCHKE, *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio* (cit. nt. 299), p. 29; SELL, *Römische Lehre der dinglichen rechte oder Sachen-Rechte* (cit. nt. 299), pp. 142 y 143; VOIGT, Moritz: *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, 1, Verlag von A. G. Liebeskind, Leipzig, 1883, pp. 717 y 718; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (cit. nt. 243), p. 436; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 98 a 101. Cfr. ARE, *Teoria della propietà* (cit. nt. 299), pp. 105 y 106; CZYHLARZ, Carl: "*Zur Lehre vom tignum iunctum*", Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 21 (1894), p. 88; HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* (cit. nt. 299), pp. 85 y 86; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 22 a 25; KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), p. 105; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), p. 10 nt. 19; MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), p. 202 nt. 4.

[313] BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui* (cit. nt. 201), p. 26. Cfr. Riccobono: *6.9. ..QUANDOQUE SARPTA, DONEC DEMPTA ERUNT . .*, FIRA (cit. nt. 201), p. 46; Girard: *6.10. 'Sarpuntur' vineae, id est*

Al contenido de esta Tabla se refiere el texto de Festo sv. *sarpuntur*: *Sarpuntur vineae, id est putantur, ut in XII (6,8):* "*Quandoque sarpta, donec dempta erunt*"[315]; y quienes lo consideran, sostienen que este pasaje se encontraría unido a la v.s. *tignum*, y formaría con él un único precepto, lo que sigue siendo discutido. A propósito de estos textos, la doctrina se ha centrado en determinar el significado de los términos *tignum*, *ne solvito* y *et concapit.*

El primero, "*tignum*" aparece con dos diversos significados. Uno particular, en el que se entiende como "pedazo de madera"[316] y, más precisamente, "viga"[317]; y otro general, como "materiales de construcción"[318]. Ambos significados se encuentran en las fuentes jurídicas clásicas, donde en varios textos parece que viene utilizado en su sentido restrictivo de "viga"[319], mientras que en otros, cualquier otro material de la construcción[320]. Para algunos autores[321], este último significado es el que debe entenderse ya desde la legislación arcaica. Sin embargo, de las fuentes literarias ya expuestas, se puede desprender que el término *tignum* de la Ley de las XII Tablas tiene un sentido más bien restringido, lo que se condice con las condiciones de construcción y edificación de la época. De este modo, sólo posteriormente, como es la opinión más

---

putantur, ut in XII - <NEQUE VINEA> QUANDOQUE SARPTA, DONEC DEMPTA ERUNT <TIGNA VINDICITO>, GIRARD-SENN, *Les lois des Romains* (cit. nt. 310), p. 61.

[314] Sólo para efectos de la traducción de la fuente latina, se tuvo a la vista el texto festino sv. *sarpuntur*, *De Verborum Significatione* de Savagner, que en la parte de la ley decenviral señala: "*Les branches taillées de temps en temps, jusqu'à ce qu'elles soient entièrement coupées*", SAVAGNER, *Sextus Pompeius Festus* (cit. nt. 201), p. 627 nt. 5. Sobre el significado del término *sarpuntur*, vid., por todos, v. **sarpo, no perf., sarptum, 3, v.a.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), pp. 1631 y 1632; v. *sarpo (sarpio), -is, sarpsi (Gramm.), sarptum, sarpere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 595.

[315] LINDSAY, *Sexti Pompei Festi De verborum significatione* (cit. nt. 201), p. 474.

[316] v. *tignum*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 586

[317] v. *tignum*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 586; v. *tignum, i., n.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1871; v. *tignum*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 691.

[318] v. *tignum*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 586; v. *tignum, i., n.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p.1871; v. *tignum*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 691.

[319] Gayo, 10 *ad edictum provinciale*, D. 19.2.25.7; Ulpiano, 21 *ad Sabinum*, D. 30.41.9; Paulo, 4 *sententiarum*, D. 32.21.2; Gayo, 25 *ad edictum provinciale*, D. 43.26.3; Ulpiano, 75 *ad edictum*, D. 44.2.7.1; Paulo, 40 *ad Sabinum*, D. 47.2.21.9; Pomponio, 20 *ad Sabinum*, D. 47.7.6.2; Javoleno, 2 *ex posterioribus Labeonis*, D. 50.16.242.1.

[320] Ulpiano, 24 *ad edictum*, D. 10.4.7 pr; Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.10; Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1.1; Gayo, 26 *ad edictum provinciale*, D. 50.16.62; Justiniano, *Inst*. 2.1.29.

[321] Vid, por todos, CZYHLARZ, "*Zur Lehre vom tignum iunctum*" (cit. nt. 312), pp. 89 y 90; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 246 a 248; BESELER, Gerhard: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Mohr, Tübinguen, 1910, p. 35; HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* (cit. nt. 299), p. 84; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), p. 33 nt. 103; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), p. 10 nt. 20; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 243), p. 118; WATSON, "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*" (cit. nt. 299), p. 339.

difundida[322], su significado se amplía por efecto de la interpretación jurisprudencial de la mano del desarrollo de la técnica edilicia.

Luego, para entender la defensa que brinda la ley decenviral, se debe revisar el significado que tiene "*ne solvito*" para la época. El término *solvito* proviene del sustantivo *solvo* y del verbo *solvere* que significan, en un sentido general y físico[323], "despegar, desatar, disolver, remover, separar"[324]. Con una traducción literal del *ne solvito* podría comprenderse, en principio, que el precepto prohibía la separación material del *tignum* perteneciente a un sujeto, que había sido utilizado por otro en la construcción de un edificio o viña[325]. La discusión se ha centrado acá, en determinar a quién se dirigía la prohibición, por una parte; y, por la otra, cuál era su contenido.

En cuanto a lo primero, la prohibición podría haber sido relativa, dirigida sólo al dueño del *tignum*; o absoluta, respecto de cualquier persona, en la medida que pretende evitar una separación dañosa y con ello la destrucción del *aedes* o *vinae*. Ya Pampaloni[326] y luego Monier[327], conectaron lo anterior con que se tratara de una prohibición que se puede clasificar de derecho privado o público. En el primer caso, el verbo *solvere* estaría dirigido sólo a una persona: el dueño del pedazo de madera a quien se le niega el derecho de retirarlo, como forma de proteger los intereses del dueño del *aedes* o viña. En el segundo, se dirige a todas las personas (incluso el dueño del *aedes* o *vineae*), y se trata de una prohibición general de derecho público de *solvere* el *tigna*

---

[322] Vid., por todos, SCHUMACHER, *Ueber tignum und tignum iunctum* (cit. nt. 299), p. 24; VOIGT, *Die XII Tafeln* (cit. nt. 226), p. 574 nt. 27; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (cit. nt. 243), p. 436; ARE, *Teoria della propietà* (cit. nt. 299), pp. 93 a 97; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 6; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 246 y 248; PAMPALONI, "*Ancòra sopra la legge de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 491 a 493; VOCI, Pasquale: *Modi di acquisto della proprietà*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, p. 256; MARRONE, Matteo: "*Actio ad exhibendum*", AUPA 26 (1957) p. 547; KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), p. 105; MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), p. 201 nt. 1; SHERMAIER, Martin: *Materia: Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 1992, pp. 19 y 20.

[323] Sobre los distintos sentidos del término, vid. v. *solvo, solvi, solutum, 3, v.a.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), pp. 1725 a 1728. En los sentidos jurídicos, v. *solvere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 547.

[324] v. *solvo, solvi, solutum, 3, v.a.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 1725; v. *solutum, -ere*, ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire etymologique de la langue latine* (cit. nt. 8), p. 634; v. *solvere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 547.

[325] Vid., por todos, MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 74 a 84; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 25 a 30; MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), p. 208.

[326] También expone el autor el desarrollo doctrinario sobre el legitimado activo de la *actio de tigno iuncto*, PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 292 a 302; PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), pp. 207 y 208. También Are se preguntó sobre el fundamento jurídico de esta prohibición. Sostiene que el propósito que se desprende de las fuentes es que la prohibición mira a conservar los edificios y las viñas, pero sin embargo ello no es suficiente. Que si bien es innegable que la conservación atiende a un resguardo del decoro público, habría sido sólo como una causa ocasional, puesto que la prohibición es de orden privada y se inspira en el interés del propietario, de modo que cuando ya no le es útil, puede incluso restituir el *tignum*, ARE, *Teoria della propietà* (cit. nt. 299), pp. 98 a 102 ss.

[327] MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 63 y 64.

iuncta, de separar la viga que se unido y, por ello, de destruir o demoler la construcción (*ne urbs ruinis deformetur*).

Para varios autores[328], ya de la redacción de la fórmula decenviral, se extrae la doble dirección que tenía la prohibición: para el dueño de la viga, que no podía separarla directamente y también para el *dominus aedium* o *vineae*, puesto que la prohibición tenía un carácter general y su finalidad era satisfacer una exigencia de naturaleza social. Actualmente Musumeci[329], sostiene que una prohibición destinada sólo al *dominus tigni* no se puede extraer ni de las fuentes literarias como el pasaje de Festo que reproduce la legislación arcaica, ni de las jurídicas como Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr; Paulo, 15 *quaestiones*, D. 46.3.98.8 o Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aeorum*, D. 41.1.7.10, que no hacen ninguna discriminación de las personas a las que se dirige la prohibición, ni dan cuenta de la necesidad de tutela respecto de uno u otro. Además, que el motivo social y religioso que habría determinado el *ne solvito* era porque el *aedes* y las viñas eran consideradas como intocables. En esta doble dirección, el dueño de la viga no podía separarla directamente y tampoco podía hacer la valer la separación por la vía judicial porque en el proceso de propiedad la restitución era *in natura* y ello habría comportado la separación del *tignum iunctum.* Antes para Riccobono[330], si bien la prohibición decenviral tiene en principio un carácter absoluto, éste se modifica con la jurisprudencia de los pontífices y termina siendo sólo respecto del propietario del *tignum*.

Sin embargo, la doctrina más difundida, y que parece la más acertada, estima que la prohibición se dirige como único sujeto pasivo, contra el *dominus tigni* mientras el propietario del *aedes* o la viña, habría podido libremente realizar la separación[331].

A Musumeci[332] le parece inaceptable, que la prohibición de separar operase sólo para el dueño de la viga, permitiéndosele al propietario de la propiedad retirar las vigas sin violar el precepto. Y el autor está en lo correcto en fundamentar su postura en la falta de distinción que se observa en las fuentes, pero se plantea con ello un supuesto poco

---

[328] Vid., por todos, VOET, J. *Commentarius ad Pandectas* (47.3.2), 4, Bibliopolas, París, 1829, p. 418; SELL, *Römische Lehre der dinglichen rechte oder Sachen-Rechte* (cit. nt. 299), pp. 142 y 143; CZYHLARZ, "*Zur Lehre vom tignum iunctum*" (cit. nt. 312), pp. 86 y 87; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 269 a 273; SCIALOJA, *Teoría della propietà* (cit. nt. 2), pp. 341 ss.

[329] MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), p. 213.

[330] RICCOBONO, Salvatore: "*Studi critici sulle fonti del diritto romano*", BIDR 8 (1895), p. 242.

[331] Vid., por todos, SCHUMACHER, *Ueber tignum und tignum iunctum* (cit. nt. 299), p. 39 nt. 1; HUSCHKE, *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio* (cit. nt. 299), p. 25; PUTCHA, *Kleine civilistische Schriften* (cit. nt. 299), p. 396; BECHMANN, August: *Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten*, Mohr, Kiel, 1867, p. 46; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 67 a 71; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 242 a 245; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), p. 27; BONFANTE, *Corso di diritto romano* (cit. nt. 243), p. 199; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 12 a 15; HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 106.

[332] MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), pp. 213 y ss.

probable, que supondría para la propiedad arcaica una naturaleza profundamente restringida y delimitada.

Hinker[333], es especialmente crítico de la postura de Musumeci, y considera que aprobar que la limitación hubiese sido respecto de cualquiera, arrojaría la absurda consecuencia que el propietario de la casa no podría siquiera remodelarla, puesto que se requiere en ello la separación del *tignum*. Si los decenviros hubiesen pensado en una prohibición para ambas partes, habrían usado el verbo en su forma pasiva. Más clara sería esta argumentación, cuando *neque vindicare* se comparara con *neque solvere*. Con el *neque vindicare* se comprende una persona, sólo el dueño de la viga; análogamente, se puede entender con *neque solvere* también sólo una persona.

También Quadrato[334] había combatido una postura en dichos términos. Sostiene este autor, que la invocación de la regla publicista del *ne urbs ruinis deformetur* no se relaciona de manera alguna con el *tignum iuctum* puesto que no responde al contexto urbanístico de la prohibición decenviral -e incluso predencenviral-; pero, además, tampoco se le ha dado una correcta interpretación, puesto que en las fuentes clásicas se denota que ellas operan en beneficio del dueño del edificio y no en su perjuicio[335]. Una tal interpretación queda privada de cualquier fundamento, puesto que conduce a perjudicar gravemente la posición del propietario del edificio que queda constreñido a soportar, sin escapatoria, una condena *in duplum*. Por lo anterior, y por el decisivo reclamo de las fuentes jurídicas posteriores[336], no existe duda que el sujeto pasivo del *ne solvito* de la legislación decenviral es el *dominus tigni*.

En cuanto a lo segundo, atendiendo las fuentes clásicas (que aluden a la legislación arcaica)[337], la discusión radica en determinar si la ley decenviral perseguía

[333] HINKER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 106.
[334] QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 12 a 15.
[335] Cfr. Ulpiano, 68 *ad edictum*, D. 43.8.2.17: *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur*...; Juliano, 48 *digestorum*, D. 43.8.7: *Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur.*
[336] Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.10: …*Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere*; Justiniano, *Inst*. 2.1.29: ... *sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestat per actionem quae vocatur de tigno iuncto.*
[337] Cfr. Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.6: *Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit*; Paulo, 14 *ad Sabinum*, D. 10.4.6: *Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest: aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur*; Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.10: …*Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere*; Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr: *Lex duodecim tabularum neque solvere… neque vindicare*…; y Paulo, 15

prohibir el acto material de separación del propietario de la viga a través del ejercicio de la autotutela o, lograrla por medio de un recurso judicial sea la *actio ad exhibendum* o de la primitiva *reivindicatio*[338]. Se encuentra acá una primera conexión entre la doctrina de las *impensae* con la *actio de tigno iuncto* a través de la apreciación del *ius tollendi*.

Riccobono[339] ha expuesto la disparidad de la interpretación de la jurisprudencia clásica sobre la prohibición decenviral del *tignum iuctum*. En lo que importa para esta época, considera que la Ley de las XII Tablas prohibía, con certeza, que el propietario del edificio pudiese ser constreñido a separar o sufrir que otro separase los materiales de cualquier tipo unidos a su edificio. Para el gran maestro italiano, los proculeyanos habrían promovido luego un criterio restrictivo de la legislación decenviral, como se demuestra en las decisiones de Labeón[340], Celso[341], Marcelo[342], pero principalmente el pasaje de Paulo que muestra la opinión de Neracio en 3 *ad Neratium*, D. 24.1.63[343] (la

---

quaestionum, D. 46.3.98.8: *Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.*

[338] Vid., por todos, MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 74 a 84; RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 220 ss.; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 25 a 30; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 247 ss.; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 15 ss.; MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), pp. 213.

[339] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 247 ss.

[340] En la reconstrucción que plantea Riccobono de Ulpiano, 32 *ad edictum*, D. 19.2.19.4: *Si inquilinus ostium* [*vel quaedam alia*] *aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? et* [*est verius quod*] *Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert, deteriorem causam aedium faciat,* [*sed ut pristinam faciem aedibus reddat*], Labeón habría concedido la *actio conducti* y seguramente la *actio ad exhibendum*, con el fin de que el inquilino consiguiera la puerta unida al edificio. La decisión del jurista estaba determinada por una interpretación libre y racional de la prohibición decenviral, según la cual no debía estar prohibido separar del edificio cosas que tienen una individualidad física propia, si la separación no produce lesión en la integridad del edificio, y esta doctrina fue la que siguió la escuela de los proculeyanos, que luego fueron utilizadas por Justiniano "*nel costruire su basi ampie quel mostruoso rimedio bizantino del* ius tollendi" (*en construir con amplia base aquel mounstroso remedio bizantino del* ius tollendi), RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 248 y 249.

[341] Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *sufficit permitti tibi tollere ex his rebus quae possis <civiliter modo>; neque malitiis indulgendum est...*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 253.

[342] Ulpiano, 21 *ad Sabinum*, D. 30.43.1: *Marcellus etiam scribit, si maritus diaetam in uxoris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint,* [*sine mulieris tamen damno*]*, nec ad hoc senatus consultum futurum impedimento. ergo si non est ei obfuturum, quo minus detrahat, dici oportebit posse eum haec legare, quae detrahere potest*; Ulpiano 17 ad edictum, D. 24.1.45: *Marcellus libro septimo digestorum scribit etiam eum detrahere <sine mulieris damno et citra metum senatus consulti, quod detrahentibus negotiationis causa occurrit>*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 254.

[343] Paulo, 3 *ad Neratium*, D. 24.1.63: *De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent. paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est,* RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed*

escuela sabiana, en cambio, se habría mantenido fiel a la interpretación de la letra de ley). En todos estos casos los proculeyanos tendían a garantizar un *ius tollendi* al propietario de la cosa unida al edificio ajeno o conceder una acción *ad separandum*, que podría ser incluso la *actio ad exhibendum*. En el caso de Neracio el jurista otorga un *ius agi posse* (*ius habere*) con el que se refiere en realidad a la acción reivindicatoria, con independencia del medio que la precedía para hacer posible su ejercicio. A su juicio, esta es la doctrina que fue utilizada en épocas posteriores en la construcción del *ius tollendi*[344].

Por su parte Quadrato[345], niega la posibilidad de que la prohibición atendiera al ejercicio de una *actio ad exhibendum*, que nace recién con el procedimiento formulario por obra de la jurisprudencia. A su juicio la solución la provee el testimonio textual de Gayo, en *Institutiones* 4.48, que no admite duda sobre el principio de la *condemnatio in ipsam rem*. Con ello, al tiempo de las XII Tablas el *ne solvito* del testo festino tenía la tarea de evitar daños en las casas y viñas que se producirían con el proceso vindicatorio del dueño del *tignum*. Lo que se impide es el ejercicio de la acción real arcaica, que tendría el efecto de la *condemnatio in ipsam rem*, por el que el propietario de la casa se vería obligado a separar el *tignum.* Es por ello que al propietario de la viga le fue dado, en compensación a su pérdida, la *actio de tigno iuncto* por el *duplum*.

En un sentido similar Musumeci[346], de acuerdo a la interpretación del fragmento de Paulo, 15 *quaestiones*, D. 46.3.98.8[347] sostiene que la prohibición operaba igualmente cuando se pretendía una separación que se hiciera valer por la vía judicial porque en el proceso de propiedad la restitución era *in natura* y ello habría comportado igualmente la separación del *tignum.*

Para Monier[348], por la naturaleza misma de la *actio ad exhibendum* o la primitiva *reivindicatio*, y por lo que se puede extraer de los pasajes de Ulpiano 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr y Paulo, 15 *quaestionum*, D. 46.3.98.8, el *solvere* en nada se refiere a la

---

il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto" (cit. nt. 297), p. 119; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 250.

[344] RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 224 y 225.

[345] QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 28 ss. Creen también que la *actio ad exhibendum* nace sólo con el desarrollo del procedimiento formulario, vid., por todos, DEMELUIS, Gustav: *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Verlag von Leuschner & Lubensky, Gratz, 1872, pp. 257 a 259; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 79 a 81; WENGER, Leopold: *"Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrecht (Eine Nachlese)*", ZSS [Romanistische Abteilung] 59 (1939), p. 335; LÜBTOW, "*Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*" (cit. nt. 224), p. 325; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (cit. nt. 226), p. 40; MARRONE, "*Actio ad exhibendum*" (cit. nt. 322), pp. 623 y 624; KASER, *Das Römisches Privatrecht* (cit. nt. 12), p. 111.

[346] MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), pp. 213 ss.

[347] Paulo, 15 *quaestiones*, D. 46.3.98.8 *Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.*

[348] MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 79 a 81.

prohibición del ejercicio conjunto de dichas acciones y la *actio de tigno iuncto*, que fue la discusión jurisprudencial de una época posterior. En el caso, la palabra misma despierta la idea de que se trata un acto material de separación y por ende sólo a ello atañe la prohibición de la ley. Y siguiendo en parte a Monier, Melillo[349] considera que el precepto de las XII Tablas se limita a prohibir cualquier actividad capaz de dar materialmente lugar a la separación de la viga, y que nada lleva a entender que se refiera a ninguna de estas acciones.

El tercer análisis es sobre el conjunto "*et concapit*", de difícil reconstrucción lingüística[350], y que deriva al parecer, del verbo *concipere* que, entre otros significados, tiene el de "descubrir la propiedad robada"[351]. En este sentido lo entendió Monier[352], para quien *et concapit* proviene de *concapere*, forma arcaica del verbo *concipere*, que puede ser usado técnicamente, como aparece de las fuentes de Gayo[353], para designar el hecho de descubrir el objeto robado, término que se encuentra también a propósito del hurto.

De las reconstrucciones propuestas por la doctrina[354], se ha entendido por muchos que su significado se relaciona con el *furtum conceptum*[355]. Apropósito de ello, y de las fuentes tardías que se refieren a la legislación arcaica, se hace necesario

---

[349] MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 26 y 27.

[350] v. *concapit*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 396. Vid., por todos, MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 26 a 30; VOCI, "*Recs. Generoso Melillo*, *Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 309.

[351] sv. *conceptum, i, n.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 400. Cfr. Con el análisis de Kaser, en su interpretación de *et concapit* sostiene que éste es un término usado en el idioma de la construcción, y que hay que entenderlo en el sentido de limitar la prohibición del *solvere* sólo a los casos en que la viga sea inseparable de la construcción o de la viña o serían fuertemente dañadas, KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), pp. 105 y 106.

[352] MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 84 y 85. Cfr. sv. *conceptum, i, n.*, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (cit. nt. 25), p. 400; v. *concipere*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 86.

[353] Gayo, *Inst.* 3.186: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiua res quaesita et inuenta est. nam in eum propria actio constituta est, quamuis fur non sit, quae appellatur concepti*; Gayo, *Inst.* 3.191: *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruatur.*

[354] Vid., por todos, HUSCHKE, *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio* (cit. nt. 299), pp. 2 a 4; VOIGT, *Die XII Tafeln* (cit. nt. 226), p. 574; PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), pp. 205 ss.; HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* (cit. nt. 299), pp. 45 y 83; PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 251 y 252; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 84 y 85; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 14 a 16; KASER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 105; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 9 ss.; WATSON, "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*" (cit. nt. 299), pp. 337 ss.

[355] Véase, por todos, HUSCHKE, *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio* (cit. nt. 299), p. 29; HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* (cit. nt. 299), pp. 45 y 83; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 84 a 87; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 13 y 17 ss.; KASER, "*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 105; MEDICUS, "*Literatur: Melillo, G. Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 477; QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 9 ss. (especialmente nt. 18); WATSON, "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*" (cit. nt. 299), pp. 337 ss.; MUSUMECI, "*Vicenda storica del ´Tignum iunctum`*" (cit. nt. 299), p. 220.

determinar si la norma se refiere a cualquier *tignum* o únicamente al *tignum furtivum*. Lo anterior se relaciona, además, con la la función del *duplum* que aparece en la condena. A ello se refiere especialmente la Tabla 6.8, de la que se tiene conocimiento a través de Ulpiano, en el título *De tigno iuncto*, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr[356]:

8. Lex XII tab. neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare, – sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem[357].	8. La Ley de las XII Tablas no permite separar la viga hurtada del edificio ni reivindicar la [viga] unida a la viña, –pero da una acción por el duplo, contra el convicto de haberlo unido unido.

La exigencia de la furtividad del *tignum* se aprecia en otros textos, como Paulo, 3 *ad Neratium*, D. 24.1.63: *…non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est* y Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr: *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum.* Además, podría desprenderse de la ubicación que le han dado en el Edicto[358], en el título 23 "*De furtis*", luego de la *actio de furti nec manifesti*.

Desde Huschke[359], son varios los que han entendido que la furtividad del *tignum* es un requisito para el ejercicio de la *actio*, de manera que el propietario del *tignum* no podía perseguirlo, sino cuando éste hubiese sido hurtado.

---

[356] Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr: *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.*

[357] BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui* (cit. nt. 201), p. 26. Cfr. Girard: *6.9.b. lex XII tab. neque solvere permittit pignum furtium aedibus vel vineis iunctum neque vindicare; quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur — SED IN EUM QUI CONVICTUS EST IUNXISSE, IN DUPLUM dat ACTIOnem*, GIRARD-SENN, *Les lois des Romains* (cit. nt. 310), pp. 60 y 61.

[358] Aunque no de la reconstrucción de su fórmula, LENEL, Otto: *Das Edictum Perpetuum*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, [3]1927, pp. 330 a 332. Si aparece en Rudorff que recontruye la fórmula edictal: *Iudex esto. Si paret N^m^ N^m^ tignum furtivum, quo de agitur, aedibus suis (vineae suae) scientem dolo malo iunxisse, quanti ea res est, tantae pucuniae dupli N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ c. s. n. p. a.*, RUDORFF, Adolfus: *De iuris dictione edictum: Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Apud S. Hirzelium, Lipsiae, 1869, p. 136.

[359] Aunque ya Huschke puso de relieve la diversidad de opiniones que existe entre los juristas. A su juicio, según Ulpino la acción es penal, fundada sobre el hecho de la acción. El demandado con la *actio de tigno iuncto* no se libera, pagando el *duplum* de la acción del hurto. Una es la pena del hurto y otra es la pena del *tignum*. Según Paulo y Gayo, la acción es en lugar de la *actio ad exhibendum*. Es una acción reipersecutoria y si se quiere una acción *mixtae*, HUSCHKE, *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio* (cit. nt. 299), pp. 5 ss. (especialmente pp. 5 a 7; 14 y 15). Vid., por todos, VOIGT, *Die XII Tafeln* (cit. nt. 226), p. 574; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 86 y 87; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (cit. nt. 322), p. 257; RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 217 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 247 ss.; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (cit. nt. 81), p. 289; LEVY, Ernst: *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 1, Scientia Verlag, 1964 [pero, 1918], p. 420; VOCI, "*Recs. Generoso Melillo, Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), p. 309.

Para Melillo[360], la furtividad varía de acuerdo a las épocas. Sostiene que en una fase muy antigua la estructura del *tignum iunctum* debía gravitar necesariamente en la categoría del ilícito, porque la procedencia abusiva del *tigna* debía influir en el perfil de la figura y determinar una furtividad al menos "objetiva" que conecta más bien a la exterioridad de la cosa antes que la posición sicológica del agente, lo que se extrae claramente de Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr[361], pero también de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.6[362] y 14 *ad Sabinum*, D. 10.4.6[363], que sin señalar nada sobre la furtividad condenan también al *duplum*. Pero ya en la época clásica esta acción podía cumplir distintas funciones dependiendo si el poseedor era de buena o de mala fe, lo que haría variar la exigencia de la *furtividad* del *tignum* y la naturaleza de la acción[364].

Kaser[365], considera que la responsabilidad del *tignum iunctum* era originalmente una responsabilidad dolosa tipificada, puesto que es parte del conocimiento de cualquiera la circunstancia de construir con materiales ajenos y por ello se debe interpretar como un *fur*. Para el autor, que el constructor mismo haya tomado la viga, o lo haya hecho otro de quien adquirió honestamente, no tiene importancia y el conocimiento de la ajeneidad de la cosa puede ser fácilmente asumido. El que ocupa materiales ajenos para la construcción no tiene sino el *animus furandi*, y para sancionar aquello está la *actio de tigno iuncto* desde las XII Tablas, en el mismo tiempo de la *actio nec manifesti*, otorgando a favor del dueño de la viga el *duplum*. Sin embargo esta antigua naturaleza penal de la acción se desvaneció para ser suplantada por la función indemnizatoria[366]. Y un planteamiento similar lo sostiene actualmente Hinker[367], para quien la furtividad es un requisito esencial de la acción en la época decenviral, que está dada sólo por el fenómeno fáctico de la toma de las vigas ajenas y por ello la prueba de la intensión del acto del edificante habitualmente no es necesaria.

Para otros[368], no hay ningún indicio en las fuentes que el ejercicio de la *actio* exija la furtividad del *tignum.* Desde luego, este requisito no aparece en el pasaje festino

---

[360] MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 36 a 38. A propósito del concepto de responsabilidad sustancialmente objetiva, Cfr. VOCI, "*Recs. Generoso Melillo*, *Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), pp. 310 y 311.

[361] Ulpiano, 37 *ad edictum*, D. 47.3.1 pr: *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare...*

[362] Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.6: *Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum…*

[363] Paulo, 14 *ad Sabinum*, D. 10.4.6: *…aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur.*

[364] MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 36 a 38 y 41 ss.

[365] KASER, "*Typisierter "dolus" im altrömischen Recht*" (cit. nt. 305), pp. 92 y 93; KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), pp. 106 y 107.

[366] KASER, "*Typisierter "dolus" im altrömischen Recht*" (cit. nt. 305), pp. 92 y 93; KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), p. 108.

[367] HINKER,"*Tignum iunctum*" (cit. nt. 299), pp. 105 y 106.

[368] PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 149.

(*Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito*), pero tampoco en los clásicos como en el pasaje paulino 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.6: *Tignum alienum aedibus iunctum*… y Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aeorum*, D. 41.1.7.10: *... legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur*, ni aún en las *Iustiniani Institutiones* 2.1.29: *... sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestat per actionem quae vocatur de tigno iuncto*, en los que aparecen usados los términos *tignum alienum* o *tignum materia* o, en otros, simplemente de *tignum*, Paulo, libro 14 *ad Sabinum*, D. 10.4.6: … *aliter atque in tigno iuncto aedibus*… y 15 *questionum*, D. 46.3.98.8: *Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit*.

Pernice[369], en su día, sostuvo la tesis de una aplicación general de la *actio de tignum iunctum* en la edad decenviral, producto de la indeferenciación en el derecho antiguo de la buena y mala fe, y sostiene que una limitación en la esfera de aplicación de la *actio* al *tignum furtivum* viene operada por el desarrollo jurisprudencial.

Como se adelantó, y curiosamente a propósito de Paulo, 3 *ad Neratium*, D. 24.1.63, Riccobono[370] desarrolla la tesis, que ya a la época clásica, y producto de la contravención de Paulo a la interpretación restrictiva -en el caso Neracio- que hacen los juristas proculeyanos de la prohibición decenviral, la furtividad del *tignum* es un requisito de la *actio*. Pero para la arcaica, el maestro italiano no parece exigir dicho requisito, cuando sostiene: "*rappresentano una interpretazione ristrettiva della legge delle XII Tav., la quale vietava, con tutta certezza, per lo meno, che il proprietario potesse essere costretto a separare o patire che altri separasse i materiali di qualunque genere e provenienza conguinti al proprio edificio*"[371], presentando una postura contraria a la lectura de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.6 que hace Fabro[372], para quien la prohibición de la *vindicatio* era sólo para el furtivo.

Luego Pampaloni[373], atiende al sentido que debe darse a la expresión *furtivum*: considera que un error de los romanistas ha sido entender este concepto en su sentido

[369] PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), pp. 149 y 382 ss.
[370] RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), pp. 119 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 250.
[371] "*representan una interpretación restrictiva de la ley de las XII Tab., la cual prohibía, con toda certeza, por lo menos, que el propietario pudiese ser constreñido a seprar o permitir que otro separase los materiales de cualquier género y proveniencia unidos al edificio propio*", RICCOBONO, "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*" (cit. nt. 297), p. 225 (especialmente nt. 2).
[372] Vid. FABRO, Antonio: *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Apud Petrum & Iacobum Chouët, 1626, pp. 425 y 426.
[373] PAMPALONI, "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*" (cit. nt. 299), pp. 263 a 265.

subjetivo, haciendo creer que dicha expresión apela a la "mala fe" de quien ha realizado la unión, de manera que el demandado de esta acción se hace demandado de hurto. Sin embargo, el poseedor de mala fe no necesariamente comete un hurto usando o disponiendo de la cosa de otro y, por tanto, puede estar de mala fe y sin embargo no cometer el delito; y viceversa, ser poseedor de buena fe y haber adquirido la cosa la condición de furtiva por la acción de otro. Muy distinto al planteamiento de Riccobono, en el análisis de la misma fuente clásica, estima que de la fuente decenviral no es posible extraer el requisito de la furtividad, mientras prohibía la separación de la *tigna furtiva* (concepta) y de los *non furtiva*, establecía también respectivamente dos acciones una por el cuádruple y otra por el *duplum*, respectivamente[374].

Una doctrina distinta plantea Quadrato[375], para quien la mentalidad primitiva, en la valoración de un hecho fue casi insensible a consideraciones de orden sicológico, atendiendo sólo al hecho que se exterioriza. En el caso del *tignum iunctum* lo que importa al ordenamiento jurídico es el hecho objetivo de la utilización de una viga ajena. El estado de ánimo del constructor, no tiene relevancia alguna: "*abbia egli agito in buona o mala fede, e cioè nella ignoraza o consapevolezza dell'alienità, non fa differenza ai fini della qualificazione del fatto*"[376]. La unión es de por sí un ilícito, precisamente un *furtum*, y en esta visión indiferenciada entre la furtividad y la simple ajenidad, el *tignum* es *furtivum* tan sólo por el hecho de ser ajeno. Para el autor, este factor determina la medida de la condena al *duplum*, medida que es análoga a la de la *actio del furtum nec manifestum*, y de tantas otras acciones penales.

Finalmente, esta revisión lleva a la de la condena por el "*duplum*". En esto se ecuentra una segunda conexión con el tema de esta investigación, puntualmente con la interpretación del concepto de *pretium* de la fuente paulina 15 *quaestionum*, D. 46.3.98.8 que señala en lo que interesa[377]: *Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit*. Es sabido que el posible significado que haya tenido *pretium* ha sido controvertido[378].

---

[374] PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), pp. 209 ss.; PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), pp. 232 a 240.

[375] QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 27 y 28.

[376] "*hubiese actuado de buena o mala fe, con ignorancia o con conocimiento de la ajenidad, no hace diferencia para los efectos de la calificación del hecho*", QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), p. 28.

[377] Musumeci sostiene que la fuente clásica se refiere directamente (y siguiendo en parte a Quadrato en el uso del término "*scit*", en un sentido "práctico") a la diciplina decenviral del *tignum iunctum*, lo que se observa del hecho de que todos los verbos con los cuales se hace referencia a ella tienen siempre por sujeto la Ley de las XII Tablas (*lex duodecim tabularum…scit…prohibuit…voluit*), MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), pp. 49 y 69 a 72.

[378] Para algunos el *pretium* se refiere al *duplum* de la *actio de tigno iuncto*, sin mayor desarrollo lo señala asíu Pampaloni en PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), pp. 213 y 219. Para Melillo, em el sentido de la suma que corresponde pagar frente a la *actio ex stipulatu*, MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), pp. 49 ss. Para Quadrato se trata de la suma a

Llama especialmente la atención la opinión de Musumeci[379], que sostiene que ya desde la Ley de las XII Tablas existió la posibilidad para el propietario de los materiales unido a una cosa ajena, además de la *actio de tigno iuncto*, ejercitar una acción para conseguir una indemnización por el *tignum iunctum*; indemnización, que era distinta a la que se conseguía por la *actio de tigno iuncto*. El autor parte del siguiente supuesto: el dueño de los materiales (*tignum*) conserva su derecho de dominio sobre éstos (aunque no puede temporalmente reivindicarlos por la prohibición legal) mientras no se verifique su separación. Con la expresión *pretium* el jurista atribuye al propietario del *tignum* el derecho de recibir una suma de dinero, que por su equivalencia con el valor del *tignum*, viene pagada a título de indemnización por la pérdida de su disponibilidad: el *pretium decenvirale*. Esta indemnización en el caso de la unión del *tignum* ajeno al *aedes* propio se acumula con la actio de *tigno iuncto* que permite además obtener el *duplum*[380]; pero no así con la reivindicatio, al contrario "*vi doveva essere un concorso alternativo con la rei vindicatio a unione disciolta, essendo uguale in entrambi i casi la natura del risultato che si veniva a raggiungere*"[381]. Todavía en la época clásica habría sido posible accionar para obtener la indemnización dispuesta desde la Ley de las XII Tablas en el texto paulino 15 *quaestionis*, D. 46.3.98.8, aunque las fuentes dan cuenta de que en la época clásica en el juicio petitorio de la *reivindicatio* se persigue no ya el *pretium*, sino el reembolso de los gastos a través del mecanismo de la *retentio* mediante la *exceptio doli mali*. Aunque es el propio Musumeci[382] el que advierte de la diversidad de las materias en las que están tratadas las tutelas que se acaban de exponer. No se puede desatender esta doctrina, considerando el significado que ha atribuido al término *pretium* en el pasaje gayano D. 41.1.7.12[383] (*pretium materiae et mercedes fabrorum*).

La postura de este autor no ha estado excenta de controversia[384], pero en lo que atañe a esto, y el significado que posiblemente le haya querido dar este profesor de Catania al término *pretium*, hay que atender a lo expuesto por Apathy[385]: la formulación *pretiumque eius dari voluit* de D. 46.3.98.8 no se refiere a la construcción con materiales ajenos en la casa propia, sino de la construcción en terreno ajeno, que en la sentencia

---

pagar frente al ejercicio de la reivindicativo, QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), p. 15.

379 MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), pp. 69 ss.

380 "*Tale indennizzo nel caso di unione del* tignum *altrui alle proprie* aedes *era ovviamente cumulabile col* duplum *dell'* actio de tigno iuncto, *data la diversa funzione cui ciascuno di essi era rivolto*" ("*Tal indemnización en el caso de la unión del tignum ajeno a la aedes propio era obviamente acumulable con el* duplum *de la* actio de tigno iuncto, *dada la diversa función a la que cada uno de ellos se dirige*"), MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), pp. 71 y 72.

381 "*debía ser un concurso alternativo con la reivindicatio cuando a unión disuelta, siendo igual en ambos casos la naturaleza del resultado al que se quiere llegar*", MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), p. 71.

382 MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), p. 72.

383 Apathy parece advertirlo en el mismo sentido, APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), p. 6 nt. 29.

384 APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), pp. 5 a 11; WILLVONSEDER, "*Recs. Francesco Musumeci, Inaedificatio*" (cit. nt. 299), pp. 500 a 506;

385 APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), p. 5.

paulina se enmarca en un caso estipulación. La alusión a la *lex* atiende sólo a la prohibición de separar momentaneamente un *tignum aedibus iunctum*. Siendo así las cosas, para este professor austríaco el término *pretium* podría comprender en la mentalidad paulina -que tiene a la vista el caso de la *ineadificatio* en suelo ajeno-, los gastos (*Verwendung*) realizados por el poseedor, pero sin la necesidad de crear como hace Musumeci una acción reipersecutória (*sachverfolgende*) -por lo demás desconocida-, distinta de la *actio de tigno iuncto*, puesto que es conceder una interpretación forzoza de la frase *pretiumque eius dari voluit.* A su juicio, Musumeci busca en su hipótesis equiparar, por consideraciones de equidad[386], el caso de la construcción con materiales ajenos al caso de la construcción en suelo ajeno. Y la crítica parece razonable. Es posible que Paulo haya pensado considerar con el término *pretium* los gastos que se relizan en cosa ajena, mayormente si el supuesto que tenía en mente era el de la *inaedificatio* en suelo ajeno. Otra cosa, muy distinta, es querer equiparar la soluciones jurídicas de dos instituciones distintas, y además, por sobre ello, de épocas también diferentes.

A modo de conclusión, en la época arcaica la *actio de tigno iuncto* es una acción penal[387], que tiene el propietario de un *tignum* (en el sentido restringido de viga), por medio de la cual puede obtener el *duplum* de su valor, cuando el *tignum* ha sido utilizado en la construcción de un *aedes* o *vinae* ajenos. El *ne solvito* de la legislación decenviral, que se dirige exclusivamente contra el *dominis tigni*, pretende evitar el acto material de separación del *tignum*; que ello sea la consecuencia del ejercicio de la *reivindicatio* arcaica, es aún discutido, y excede del todo esta investiagción.

---

[386] Lo justifica Musumeci: "*considerazioni di ordine equitativo*" (*consideraciones de equidad*), MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), p. 72. En sentido lo observan APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), pp. 4 y 5; WILLVONSEDER, "*Recs. Francesco Musumeci*, *Inaedificatio*" (cit. nt. 299), p. 503.

[387] Mención aparte merece Ihering, que en *Der Geist des römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* designa expresamente la *actio de tigno iuncto* como una acción reipersecutoria: "*Manche reipersecutoriche Klagen gingen von vornherein auf das Doppelte, so z. B. ... die* actio de tigno iuncto *gegen den, der wissentlich fremdes Baummaterial verbaut hatte*" (*ciertas acciones reipersecutorias tendían en principio a obtener el doble, así por ejemplo, … la* actio de tigno iuncto *contra aquél que había construido conscientemente con materiales ajenos*". El doble del valor de la cosa, representa en la época antigua un equivalente del interés (*interesse*s), como en épocas posteriores. Pero en el derecho más antiguo especialmente, el doble del valor de la cosa o en general una suma fija, calculada sobre el valor total de la cosa, es el modo ordinario con el que se estima la valoración de los daños-intereses, IHERING, Rudolf: *Der Geist des römischen Recht* (cit. nt. 240), pp. 107 ss. (especialmente nt. 126). Pero luego en su obra *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, le asigna al *duplum* de la *actio de tigno iuncto* un carácter penal: El derecho romano más antiguo, no distingue los grados de la culpabilidad, de manera que la acción es directa también contra el poseedor de buena fe por el doble. No persigue sólo la reparación de la consecuencia dañosa de la injusticia, sino exige una satisfacción por el sentimiento irritado, eso reclama una pena. El pago del doble es la pena regular que le cabe a quien es culpable de tentar privar a otro de una cosa que le pertenece, IHERING, Rudolf: *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1867, pp. 11 ss.

Nada importa a la ley decenviral, en este punto siguiendo en parte a Kaser[388], el *animus* o la buena o mala fe del que hace la unión, sino -con Quadrato[389]-, el hecho objetivo de la utilización de una viga ajena, en ello va la ilicitud del acto (que determina la naturaleza de la *actio*), y la consecuencia de ello es la condena por el *duplum*.

El *duplum*, es la sanción propia de las acciones penales en una primera época, no es sino que la pena que equipara al dueño de la viga, que a causa de la prohibición decenviral ha perdido la disponibilidad de la viga. En el caso del *tignum iunctum* nada ha "gastado" el propietario de la viga con la que se ha construido en casa ajena, y debe distinguirse ésta de la figura en la que se ha construido en terreno ajeno con materiales propios donde hay duda alguna sobre la realización de una *impensae*. Claro está que el término *pretium* del pasaje paulino puede querer significar *impensae*, pero no en el sentido del *duplum* de la legislación decenviral.

El *tignum iunctum* es otra prueba de la inexistencia de un régimen general de reembolso de los gastos en el periodo arcaico; de lo contrario sería ésta la acción que lo hubiese permitido. El propio *tignum* jurídicamente jamás conlleva al reembolso puesto que la condena es aquí al *duplum*. La similitud es puramente económica se recibe una cifra, correspondiente al valor de la cosa que en principio era a lo menos en la mitad resarcitoria (aunque con la evolución toma ese carácter íntegramente), pero jurídicamente es tan distante que ni aún en época clásica los juristas llegaron a proponer la vinculación de ambas materias. No es posible sostener que en materia de reembolso de los gastos, un posible antecedente podría encontrarse en la acción decenviral.

[388] KASER, "*Typisierter "dolus" im altrömischen Recht*" (cit. nt. 305), pp. 92 y 93; KASER, "*Tignum iuctum*" (cit. nt. 299), pp. 106 y 107.
[389] QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano* (cit. nt. 91), pp. 27 y 28.

CAPÍTULO III

LA TRIPARTICIÓN DE LAS *IMPENSAE* EN LA ÉPOCA CLÁSICA

1. SOBRE EL CARÁCTER DERIVATIVO DE LA TRIPARTICIÓN DE LAS *IMPENSAE*

La tripartición que se encuentra en el centro de la "doctrina" de las impensas que las distingue en *necessarie*, *utiles* y *voluptuariae*, tiene su mayor desarrollo en el trabajo de los grandes tratadistas del Derecho romano, el que termina por imponerse hasta la doctrina más actual. Ello se ve con total claridad en el ámbito de la manualística[390], que en su afán propio y no por ello menos importante, se limita a exponer la doctrina de la tripartición en el ámbito de las prestaciones mutuas que tiene lugar entre reivindicante y poseedor vencido, y no a propósito de la dote.

Sin embargo, como se expuso, la tripartición de las impensas fue formulada por los juristas tardoclásicos en relación a la dote, aunque es posible admitir que ya la jurisprudencia tardorrepublicana pudo tener alguna noción fragmentaria de las clasificaciones[391].

Y no sorprende que la dote haya sido la *sedes materiae* original, puesto que se trató de un ámbito que captura fuertemente la atención de la clase económicamente mejor provista[392]; y por ello, en lo que se refiere a este estudio, de interés de juristas de

---

[390] Vid. por todos, BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (cit. nt. 3), pp. 295 a 298; ARU, Luiggi-ORESTANO, Riccardo: *Sinopsis de Derecho Romano*, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1964, pp. 123 y 124; KASER, *Das Römisches Privatrecht* (cit. nt. 12), pp. 435 a 437; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 277 a 279; D´ORS, Alvaro: *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, [3]1977, pp. 194 a 196; GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), pp. 188 y 189; GUARINO, Antonio: *Diritto Privato Romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2001, pp. 661 y 662; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 369 a 373; IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, Editorial Ariel, Barcelona, [15]2004, pp. 186 a 189; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 286 a 288; GUARINO, Antonio: *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 205 y 206; SAMPER, Francisco: *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, [2]2008, pp. 131 y 132; GUZMÁN, Alejandro: *Derecho Romano Privado*, 1, LegalPublishing, Santiago, 2013, p. 520; KASER, Max-KNÜTEL, Rolf: *Römisches Privatrecht*, Verlag C.H. Beck, München, [20]2014, p. 160.

[391] Vid., por todos, RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 81; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 15; NIEDERLÄNDER, "*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*" (cit. nt. 110), p. 218; v. *dote*, NICOLLETTI, Adele: NNDI [Diritto Romano] 6, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970, p. 258; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 163.

[392] Por ello señala Guarino: "*La materia della* res uxoriae *divvene quindi uno dei temi piú vivamente discussi (e non di rado anche contrastati) tra i migliore giuristi, dando luogo non solo a questioni 'interne' al problema della restituzione, ma anche a numerosi problema connessi o affini*" (*La materia de las* res uxuriae *deviene en uno de los temas más vivamente discutidos (y a menudo también contratado) entre los mejores juristas, dando lugar no sólo a cuestiones 'internas' al problema de la restitución, sino también a numerosos problemas conectados o afines*), GUARINO, Antonio: *La condanna nei limiti del*

la altura de Labeón y Fulcinio en principio y, ya en la época clásica tardía, de Ulpiano y Paulo, quienes fueron sus grandes compiladores como demuestra D. 25.1: "*De impensis in res dotalis factis*".

Como sostiene García Garrido[393], en la regulación de la dote, desde los juristas republicanos hasta Justiniano, se trató siempre de adecuar el régimen jurídico dotal a las concepciones sociales imperantes y de modificarlo conforme a las exigencias de la práctica[394]. Lo anterior, y como con razón ha planteado Guarino, "*non serve solo a vedere realisticamente le cose che stanno al di sotto di certe oleografie romane, ma serve anche a far intuire perché la dote, entro gli ambienti che se la potevano permettere, avesse il rilievo di un pilastro del* ius privatum"[395].

Se ha sostenido, que la dote comienza a ser considerada jurídicamente, cuando en la sociedad romana se difunde el *praelegatum dotis*, pero sólo cabe algún tipo de "derecho" de la mujer respecto de ella, cuando se establece el deber de restitución a cargo del marido[396], sea a través de la *actio ex stipulatu*, si se estipuló la restitución; o si nada se dijo, a través de la *actio rei uxoriae* con el tiempo. Esta última, que ahora

---

possibile, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, ²1978, p. 57. Por su parte Treggiari pone en duda, incluso, que los miembros más pobres de la población hayan podido siquiera contraer matrimonio si no contaban con la dote, TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 333. Pero en el estudio de la restitución de la dote y el origen de la *actio rei uxoriae* que hace Amunátegui en la obra de Plauto, concluye que el personaje de relevancia *uxor dotata* ("*figura cómica e iracunda que tiraniza a su marido por el poder que le otorga el hecho de contar con una dote*") no hace más que demostrar que la obligatoriedad de restituir la dote, y con ello el tema en lo más general, es de interés del pueblo, sin limitarlo este autor a las clases más acomodadas de la época del comediógrafo: "*Las comedias plautinas no están diseñadas para agradar a los cultos escipiones, sino más bien se dirigen al populacho, usando formas vulgares, chistes groseros y cantos sencillos, engarzando perfectamente con la comedia popular latina, la atelana, y de ahí su gran popularidad. Plauto no es, como Terencio, un hombre cercano a la elite intelectual romana, sino un hombre del pueblo que al mismo pueblo dirige sus versos*", AMUNÁTEGUI, Carlos: "*La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*", REHJ [Sección Derecho Romano] 30 (2008), p. 45.

393 GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en el derecho romano*, Cuadernos del Instituto Juridico Español, Roma-Madrid, 1958, p. 55. Vid. AMUNÁTEGUI, "*La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*" (cit. nt. 392), p. 39; Biondi lo planteó a propósito de la aplicación de la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*, BIONDI, Biondo: "*Iudicia bonae fidei*", AUPA 7 (1918), p. 188.

394 MANZO, Annamaria: "*Un'ipotesi sull'origine della dote*", Index 25 (1997), pp. 313 ss.; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), pp. 673 ss.

395 "*no sirve sólo para ver de manera realista las cosas que están bajo ciertas oleografías romanas, sino también sirve para intuir por qué la dote, dentro de los entornos que se la pueden permitir, tiene la importancia de un pilastro del* ius privatum", GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* (cit. nt. 392), p. 57.

396 Aunque con posiciones diversas, desarrollan el punto desde la perspectiva de la funcionalidad de la dote, especialmente, BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 150; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 4; DUMONT, "*Les revenus de la dot en droit romain*" (cit. nt. 161), p. 19; LONGO, *Diritto romano* (cit. nt. 118), pp. 223 ss.; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), pp. 1 y 2; GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* (cit. nt. 393), p. 59; WATSON, Alan: *The law of persons in the later roman republic*, Claredon Press, Oxford, 1967, p. 66; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 682; AMUNÁTEGUI, "*La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*" (cit. nt. 392), p. 40.

importa, surge probablemente en el siglo II a. C. de la mano de la creación del pretor[397], para salvaguardar los intereses personales de la mujer en la hipótesis de que el marido no pudiese ser obligado a restituir la dote mediante la estipulación en el caso de disolución del matrimonio, en el evento del divorcio o muerte de ésta[398].

Aunque se ha discutido la naturaleza de esta acción, defendiendo algunos su carácter de buena fe[399], y otros una naturaleza peculiar de *actio in bonum et aequum concepta*[400], lo relevante aquí es que en la fase *in iure* su fórmula otorga poca

[397] Voigt sostiene que su origen es cercano al año 186 a. C. con la dictación de la *Lex Maenia* y por ello sería de origen legal, VOIGT, Moritz: *Die Lex Maenia de Dote vom Jahr DLXVIII der Stadt*, Landes-Industrie-Comptoir, Weimar, 1886, *passim*; VOIGT, Moritz, *Römische Rechtsgeschichte*, 1, Liebeskind, Leipzig, 1892, pp. 797 a 801 (especialmente p. 797 nt. 24); Fayer la considera un remedio preclásico, FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 700. Por su parte la teoría mayoritaria establece el nacimiento de la *actio rei uxoriae* en una fecha cercana a la dictación de la *Lex Aebutia*, y la considera por tanto de creación pretoria, ESMEIN, Adhémar: "*La nature originelle de l'action rei uxoriae*", Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger 17 (1893), pp. 152 ss.; LAURIA, Mario: *Matrimonio-Dote*, L'Arte Tipografica, Napoli, 1952, pp. 89 y 90; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 4; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 464 ss.; WATSON, *The law of persons in the later roman republic* (cit. nt. 396), pp. 67 y 68; CORBETT, Percy Ellwood: *The Roman Law of Marriage*, Scientia Verlag, Aalen, 1979, pp. 182 ss.; CREMADES, Ignacio-PARICIO, Javier: *Dos et virtus, devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 54 ss; KASER, Max: *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, RIDA 2 (1949), pp. 538 ss.; WOLF, Hans Julius, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, ZSS [Romanistische Abteilung] 53 (1933), pp. 297 ss.; SÖLLNER, Alfred: *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio rei uxoriae*, Bölau, Köln, 1969, pp. 5 nt. 2 y 131; MANZO, "*Un'ipotesi sull'origine della dote*" (cit. nt. 394), p. 313; AMUNÁTEGUI, "*La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*" (cit. nt. 392), p. 46. Que la acción sea de origen pretorio no lo entienden completamente zanjado, puesto que la obligación de restituir la dote era conocida en la época de Plauto, lo que haría imposible su creación pretoria, TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), pp. 350 ss.; WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic* (cit. nt. 396), pp. 66 ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 952.

[398] Vid., por todos, BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), pp. 146 ss.; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), pp. 212 ss.; WOLF, "*Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*" (cit. nt. 397), p. 351; KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae* (cit. nt. 397), p. 547; LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano* (cit. nt. 397), p. 89; GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* (cit. nt. 393), p. 73; KASER, Max: "*Zwei Exegesen aus dem Dotalrecht*", Ausgewählte Schriften, 1, Dott. Eugenio Jovene, 1976 [pero, Keip 1953], pp. 331 ss.; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 338; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 700.

[399] La inclusión de la *actio rei uxoriae* en el elenco de las acciones de buena fe en *Gai Institutiones* 4.62 (*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*), es defendida por GROSSO, Giuseppe: "*Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*", RISG 3 (1928), pp. 44 ss. (especialmente pp. 61 ss.); SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio rei uxoriae* (cit. nt. 397), p. 141; PARICIO, Javier: *Estudios sobre las "actiones in aequum concepta"*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986, p. 97 y 103. Ha sido fuertemente criticada, vid., por todos, KASER, Max: "*Gaius und die Klassiker*", ZSS [Romanistische Abteilung] 70 (1953), p. 169; KASER, Max: "*Resc. André Magdelain, Les actions civiles*", ZSS [Romanistische Abteilung] 71 (1954), p. 438 nt. 25; KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae* (cit. nt. 397), pp. 511 ss.; BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), p. 178 y 200; SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano* (cit. nt. 170), p. 205; LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano* (cit. nt. 397), p. 104.

[400] BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 319; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 365; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 4; DERNBURG, *Geschichte und theorie der compensation nach römischem und neuerem rechte* (cit. nt. 121), p. 101; LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (cit. nt. 358), p. 305; KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae* (cit. nt. 397),

información[401], resolviéndose su contenido fundamentalmente al hilo de las apreciaciones propias del *officium iudicis*: se le otorgaba al juez un amplio poder para valorar lo que ha de ser restituido atendiendo a las circunstancias concretas de la relación entre el marido y la mujer. En esta acción, el *iudicium* no invitaba al juez privado a condenar *sic et simpliciter* al marido a transferir la dote, sino que le daba instrucciones de avaluar cuánto del patrimonio de él se podía tener como incrementado a causa del uso de la dote; esto es, lo mejor y equitativo que la mujer, o el padre de ella, pueda obtener (*melius aequius*), con amplios poderes para dicha avaluación[402]. Acaso incluso habría que pensar que esto haya sido un problema de *praeiudicia*, aunque esto no cambia sustancialmente el problema[403].

No es, entonces, el pretor el que establece el monto de la condena, sino el juez, quien debe valorar todas las circunstancias del caso y revisados estos factores, condenar de acuerdo a su propio criterio de equidad. Esta valoración se hará, a lo menos en época clásica, guardando al *ius civile* -por ejemplo, en consideración a la máxima *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*-, en los términos recién planteados. Ocurre acá una disminución práctica de la cuantía de la condena, que opera por los distintos medios reconocidos en las fuentes, como ya se mencionara, la *compensatio*, *retentio* o simplemente *deductio*[404].

---

pp. 512 ss; WATSON, *The law of persons in the later roman republic* (cit. nt. 396), pp. 67 y 68. Cfr. Grosso, que aunque sostiene una postura distinta, señala a propósito de estas acciones, que aunque en el pensamiento romano ellas no se trataran de una verdadera y propia categoría orgánica, el juez debía considerar en su condena múltiples circunstancias, variados elementos, imponderables de distinta naturaleza, que en definitiva lo determinaban a condenar según "*il proprio criterio di equità*" (*el propio criterio de equidad*), GROSSO, "*Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*" (cit. nt. 399), pp. 44 ss.

[401] Esto ya fue advertido en su día por Leinweber, para quien la reclamación de la mujer quedaría sometida siempre al arbitrio del juez, LEINWEBER, Arnold: *Die Dotalimpensen*, Manz`sche k.u.k. Hof-Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1893, p. 8. Para la mayoría de la doctrina la fórmula de esta acción presenta una *intentio incerta* en la que se contiene la cláusula *melius aequius*, vid., por todos, BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 324; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 365; DERNBURG, *Geschichte und theorie der compensation nach römischem und neuerem rechte* (cit. nt. 121), pp. 101 y 102; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (cit. nt. 243), p. 221; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 199 nt. 46; MAGDELAIN, André: *Les actions civiles*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1954, p. 88; CREMADES-PARICIO, *Dos et virtus* (cit. nt. 397), pp. 105 y 106. Que pareciera que pudiese aparecer tanto en la *intentio* como la *condemnatio*, KASER, Max: "*Oportere und Ius civile*", ZSS [Romanistische Abteilung] 83 (1966), p. 34. En la reconstrucción que ofrece Lenel la fórmula tiene una *intentio certa* y la cláusula *melius aequius* aparece en la *condemnatio*, LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (cit. nt. 358), p. 305 (especialmente nt. 6). En este mismo sentido LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano* (cit. nt. 397), p. 99; v. *dote*, NICOLLETTI, NNDI (cit. nt. 391), p. 258. También Guarino cuando considera las facultades del juez en la avaluación de la restitución de la dote al "*quod melius aequius erit*", GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* (cit. nt. 392), p. 60.

[402] GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* (cit. nt. 392), p. 60.

[403] Gayo, *Inst.* 4.44: *...sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, uel quanta dos sit...*, vid. IHERING, *Geist des römischen Rechts* (cit. nt. 240), pp. 70 a 72.

[404] En este mismo sentido LEINWEBER, *Die Dotalimpensen* (cit. nt. 401), p. 9.

Y en este punto Lévy[405] acierta cuando se aleja de Riccobono y sus seguidores, al sostener que en la "teoría de las impensas" no se pueden considerar factores puramente abstractos, como la clase de gasto y la posición de quien lo realiza, puesto que el elemento que permite decidir en cada caso concreto es el de la *aequitas*. Para el autor francés, el fundamento jurídico del reembolso -ya en la época clásica-, es en el fondo la idea del enriquecimiento sin causa, esto es: *iniuria*[406]. El análisis de todos estos elementos, es el que debe hacer el juez al momento de dictar la sentencia, y estas fueron las consideraciones que quisieron ilustrar los juristas de esta época -principalmente a través de ejemplos de gastos compensables-, no sólo respecto de la dote, sino muy claramente en la *reivindicatio*, como lo observa Celso en su famoso pasaje 3 *digestorum*, D. 6.1.38, cuando indica: *bonus iudex varie ex personis causisque constituet.* Por ello, no se puede coincidir, con quienes han tratado de distinguir estos aspectos en la dote y la *reivindicatio*, señalando que en la dote las categorías de *impensae* se entienden desde un

[405] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 104 ss.

[406] Sobre *iniuria*, vid. Caravajal, y aunque su estudio se concentre en la figura delictual que aparece en las fuentes arcaicas, el autor siguiendo a la romanística más destacada, sostiene que la noción de *iniuria* ya desde esa época habría consistido "*según la versión más difundida, en un acto caracterizado por ser contrario al derecho*", CARVAJAL, "*La función de la pena por la* "iniuria" *en la Lay de las XII Tablas*" (cit. nt. 41), p. 155 y 169 ss. Como se observará esta *aequitas* -que se presenta como exclusiva de la época clásica-, no persigue sino evitar el enriqueciemiento sin causa. En ello entonces, no es posible distinguir como lo hace Riccobono (RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 16) el paso radical al principio justinianeo *nemo ex aliena iactura locupletari debet.* Para el autor italiano, de la lectura de Pomponio, 9 *ex variis lectionibus*, D. 50.17.206 (*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*), el derecho clásico habría limitado el enriquecimiento con la exigencia de dos condiciones; no sólo debía causar daño en otro, sino que debía ser *non iure*, esto es sin justificación en el *ius civile*. En el caso de los gastos hechos en cosa ajena, por la fuerza de la accesión, ellos se adquirían *iure* por el propietario del suelo -y con ello eran irrepetibles-, lo que sólo se podía salvar por medios extraordinarios en base a la *aequitas*. El progreso en el orden ético y jurídico del derecho justinianeo hacen que las causas formales (que determinan la adquisición o pérdida del derecho) no valgan *per se* para justificar el aumento o disminución patrimonial. Se exige ahora una causa efectiva que significará un aumento o dismunición patrimonial correlativa, de donde emerge que la adquisición por accesión de las obras hechas por el poseedor en suelo ajeno, no puede justificar por sí misma el lucro de su dueño, el cual será obligado a dar el reembolso: *nemo ex aliena iactura locupletari debet*. Con todo, la justificación de este autor del cambio en los principios que fundamentan el reembolso de los gastos a favor del poseedor -que por lo demás se limitan al caso de la *inaedificatio* y desde allí crean un principio general-, no convencen del todo. No pareciera que el principio del enriquecimiento sin causa haya sido del todo ajeno a la mentalidad romana clásica; por el contrario, como se verá a propósito de la *compensatio* en la obtención de los gastos *in fructus* ésta ya estaba presente; cosa distinta es la consideración del influjo del cristianismo en su evolución. Más allá de que se mencione por los juristas el principio de la *aequitas* o *nemo ex aliena iactura locupletari debet*, lo que se quiere evitar es igualmente el enriquecimiento injusto. Cfr. Schrage que niega la posibilidad de la existencia del enriquecimiento sin causa en el Derecho romano clásico: "*Ancora di più: il diritto romano non conosce né una parola, né una espressione che indica il complesso concetto che oggi chiamiamo l'arricchimento senza causa o l'arricchimento ingiustificato*" ("*Aún más: el derecho romano no conoce ninguna palabra, ni una expresión que indica el complejo concepto que hoy llamamos el enriquecimiento sin causa o el enriquecimiento injustificado*"), SCHRAGE, Eltjo: "*Arricchimento senza causa nel diritto intermedio*", RIDA 57 (2010), p. 426. Sin perjuicio de lo señalado sobre la *iniuria* también Carvajal a propósito de la revisión de Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.38 sostiene la posclasicidad del principio del enriquecimiento (*lucrum*), CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.

punto de vista "jurídico", mientras que en la *reivindicatio* (como también en otros ámbitos), únicamente puede aplicarse desde un punto de vista "material o económico" porque no se distinguen en ella una tripartición[407].

Por lo dicho, fue entonces la jurisprudencia la que se preocupó largamente de orientar al juez privado, con el fin de lograr uniformidad en sus juicios[408], y ello se aprecia en el lenguaje utilizado por los juristas severianos, como por ejemplo, Ulpiano en materia de deducción de frutos y la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1: *Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum*; y como Paulo lo hace también, comentando a Sabino, para referirse a los gastos útiles en 7 *ad Sabinum***,** D. 25.1.8: *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint*; y ya antes lo había utilizado Neracio en el comentado pasaje de 2 *membranarum*, D. 25.1.15: *Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est*. "*Nos generaliter definiemus*", "*dicunt*", "*dicitur*", términos que hablan de expresiones descriptivas propias de los amplios arbitrios a que estaban facultados los jueces.

Esta preocupación y el lenguaje utilizado por los juristas para la cuantificación de las impensas, en esta época, a propósito de la dote, es lo que realmente se traslada a otros ámbitos del derecho; y es, en definitiva, la que termina por configurar una "doctrina" de la materia de las *impensae* que bajo el halo de una misma "generalidad" se aplicará en múltiples juicios, incluso el reivindicatorio.

1.1 LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL ORIGEN DE LA TRIPARTICIÓN

Ya se mencionó que el tratamiento completo y coordinado de cada una de las categorías de impensas se encuentra en el tema *de re uxoria* (de la cosa dotal) en el pasaje paulino del título *De verborum significatione*, en 6 *ad* Plautium, D. 50.16.79 pr:

> "*impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* 1. "*utiles impensas*" *esse fulcinius ait,*
>
> Son "impensas necesarias", las que si no se hicieran, la cosa habría o perecido o sufrido deterioro futuro. 1. Fulcinio dice ser

[407] Atendiendo a lo señalado no se encuentra fundamento en lo que plantea González-Palenzuela cuando señala: "*Al menos en el campo de la dote, la tripartición se entiende desde un punto de vista jurídico; para los poseedores, vimos cómo no se distinguían las impensas necesarias y útiles, por lo que aquí la tripartición sólo puede aplicarse entendiéndola desde el punto de vista material o económico; lo mismo vale para los detentadores, en cuya esfera vimos cómo no se distinguían los gastos útiles de los voluptuarios; aquí la consideración de estos gastos sólo tiene sentido en relación con la cosa, por el efecto que la impensa produce en la cosa. Esto cambia en el derecho justinianeo, donde la tripartición es extendida a todas las relaciones.*", GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 162 (especialmente nt. 8).

[408] GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* (cit. nt. 392), p. 60.

quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. in his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus. 2. "*voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae*.	"impensas útiles", las que hagan mejor la dote, no las que no permitan tener deterioro; con las cuales se adquiera réditos para la mujer, como la plantación de árboles más allá de lo que fuera necesario. También la enseñanza de los niños, a cuyo título no debe gravarse a la mujer ignorante o contra su voluntad, para que no se vea desprovista del fundo, o de los esclavos. En estas impensas decimos generalmente comprendido sea el molino, sea el granero de la casa dotal. Son "voluptuarias" las que sólo adornan la especie, pero no aumentan el fruto, como son los jardines, las salientes de agua, las incrustaciones, los revestimientos pintados, las pinturas.

Y las tres categorías son mencionadas también por Ulpiano en D. 25.1: "*De impensis in res dotales factis*", pasaje 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1 pr:

Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptariae.	Algunas impensas son necesarias, algunas útiles, algunas ciertamente voluptuarias.

Del estudio de estas fuentes, y general del título completo de D. 25.1 -además de otras fuera de éste-, gran parte de los autores tradicionales afirman que la dote fue el campo en el que originariamente se planteó la necesidad de hacer un tratamiento de los gastos; y, por ende, la diferenciación de éstos en las tres categorías que aquí interesan.

Ya Girard[409] sostiene en su "*Manuel élémentaire de droit romain*", luego de definir cada una de las clases de impensa y en relación a la tripartición "*s`est sans doute d`abord constituée par rapport à l`obligation du mari de render la dot*"[410]. También Pernice[411], que reconoce en la dote un verdadero caso de *retentio propter impensas* y el inicio de la doctrina de los gastos en la *actio rei uxoriae*: "*Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Lehre von den Verwendungen ihren Ausgang bei der* a. rei uxoriae *hat*"[412]. A su juicio, la situación se puede encontrar en las fuentes ya con Labeón y Fulcino en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3[413] y Paulo, 6 *ad Plautuim*, D. 50.16.79, en las que se consuma la tripartición en impensas en *necessariae, utiles, voluptuosae*. También para Riccobono[414] el problema del reembolso de las impensas sobre cosa ajena se presentó en

[409] GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 368 nt. 4.
[410] "*es sin duda en principio formada en relación a la obligación del marido de restituir la dote*", GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 368 nt. 4.
[411] PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 386.
[412] "*No se puede dudar, que la doctrina de los gastos tiene sus inicios en la a. rei uxoriae*", PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 386.
[413] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D 25.1.3: *Vel si vites propagaverit vel arbores curaverit vel seminaria pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur. 1. Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.*
[414] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 4.

Roma por primera vez, al menos con carácter de urgencia, en el campo de la dote cuando al marido se le haya impuesto restituir el patrimonio dotal después de la disolución del matrimonio por causa de repudio o de divorcio. Y Bonfante[415], ahora a propósito de la *retentio* -como principio legislativo que rige la teoría de las impensas-, señala que ésta viene elaborada por la jurisprudencia romana principalmente en la dote; y en ella, se vería plenamente justificada y tendría una profunda aplicación.

Es cierto por otro lado, que para Lévy[416] en cambio, no existe *a priori* razón alguna para pensar que la dote ha sido el primer dominio de las impensas, ya que los juristas más antiguos las tratan a propósito de otras materias: Labeón en el caso del procurador y la gestión de los negocios de otro, en Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.10.9 (*Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et... ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit*); Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1 (*quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit?*) y Ulpiano, 71 *ad edictum*, D. 39.5.18.3 (*Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero*); Sabino a propósito de la petición de herencia en Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5 (*Fructus intelleguntur deductis impensis*); Casio con ocasión del usufructo en Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.3 (*Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: ... nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa ut tectoria et pavimenta et similia facere*) y el *damnum infectum* en D. 39.2.28 (*impensas eius rei ex stipulatu consequi posse*); e incluso antes, a finales de la República hay noticias de Ofilio, sobre el término *impensa* a propósito de la interpretación de una cláusula de un legado en Javoleno, 2 *ex posterioribus Labeonis*, D. 35.1.40.1 (*Ofilius impensae verbo negat pretium significari, sed eos dumtaxat sumptus*); también y un caso de gastos necesarios en sede de acción exercitoria, en Ulpiano, 28 *ad edictum*, D. 14.1.1.9 (*si hac lege accepit quasi in navem impensurus*).

Sin embargo, más allá de las críticas particulares que más adelante se hará a la lectura de las fuentes hecha por este autor[417], no puede desconocerse que las fuentes muestran claramente en esta *sedes materiae* la existencia de la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*, que al parecer habría sido el inicio de una distinción en materia de *impensae*, reconociéndose acá primeramente las denominadas *necessariae*. En consecuencia, se sigue en esto la tesis tradicional que sería éste el campo original de la tripartición[418].

---

[415] BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 493.
[416] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 15.
[417] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 43.
[418] Vid., por todos, PAULYS (WISSOWA), v. *dos*, Realenciplopädie der Classischen Altertumswissenschaft (PWR) 5, J. B. Metzlersche Buchhandlung, Stuttgart, 1905, cols. 1580 a 1595; FERRINI, Contardo: *Opere*, 2, Ulrico Hoepli, Milano, 1929, p. 83; SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano* (cit. nt. 2), pp. 117 a 119; v. *spese*, GUARNERI CITATI, NDI (cit. nt. 119), p. 723; RICCOBONO, "*Il compenso per spese*

1.2 EL INICIO DE LA CLASIFICACIÓN: *IMPENSAE NECESSARIAE DOTEM IPSO IURE MINUUNT*

Como se acaba de señalar, en general los autores coinciden en admitir que la máxima *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*[419] fue establecida en el seno del *iudicium rei uxoriae*, para referirse a la manera que se obtiene el reembolso de las impensas necesarias[420].

En virtud de ella, y en lo que en realidad aquí importa, es que al parecer los gastos necesarios habrían sido la primera clasificación que aparece en las fuentes jurídicas en materia dotal pero de forma fragmentaria; es decir, sin complementarse todavía por las categorías de impensas útiles y voluptuarias. Esta regla se encuentra principalmente en la obra de los juristas de la época severiana[421], aunque es probable que fuera ya conocida por Escévola, Labeón, y Nerva; y se refirió a ella también Pomponio. Destacan en esto el pasaje de Ulpiano, en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5 pr:

---

fatte da possessori su cose altrui" (cit. nt. 114), p. 4; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 493; PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 386 nt. 2; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 219; v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 235; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 368 nt. 4 y 1018 nt. 6; GONZÁLEZ-PALENZUELA, "*Impensas útiles dotales y voluntas mulieris*" (cit. nt. 119), pp. 399 a 414; GONZÁLEZ-PALENZUELA, María Teresa: "*Los gastos del poseedor en el Código Civil desde la perspectiva del derecho romano*", Revista jurídica del notariado, 40 (2001) p. 60.

[419] Sobre esta regla, vid., por todos, LEINWEBER, *Die Dotalimpensen* (cit. nt. 401), pp. 12 ss.; RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), p. 213; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 57 ss.; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 132 ss.; KASER, "*Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*" (cit. nt. 397), pp. 519 y 520; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), *passim*.

[420] Vid., por todos, DERNBURG, *Geschichte und theorie der compensation nach römischem und neuerem rechte* (cit. nt. 121), pp. 105 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 181; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 495; SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio rei uxoriae* (cit. nt. 397), p. 147; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 164. Hay quienes han planteado que la máxima pudo surgir ya antes con ocasión de la *actio ex stipulatu* con la que se reclamaba la dote en virtud de lo estipulado, y posteriormente encuentra aplicación en la *actio rei uxoriae.* Puesto que se trataba de una norma material operaba sólo en una acción de derecho estricto como lo era la acción de restitución nacida de la *stipulatio*, en la que la obligación del marido se veía disminuida de antemano en la cuantía de las impensas necesarias, vid. IHERING, *Geist des römischen Rechts* (cit. nt. 240), pp. 68 y 69; LENEL, Otto: *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Gustav Koester, Heidelberg, 1876, p. 86 nt. 1. Incluso para Biondi, esta máxima se forma en el seno del *iudicium doméstico*, como se verá, BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), p. 188. Por su parte sostienen que es recién de la época de Augusto, SOLAZZI, Siro: *La restituzione della dote nel diritto romano*, S. Lapi, Città di Castello, 1899, p. 318; LAURIA, *Matrimonio-Dote* (cit. nt. 397), p. 123.

[421] Cfr. Papiniano, 32 quaestionum, D. 23.2.61: *Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio de dote redditurus esset maritus solvere debet*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 23.4.5.2: *Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt*; Ulpiano, 5 *disputationum*, D. 33.4.2: *Quod si necessariae fuerunt impensae, quae ipso iure dotem minuunt...*; Ulpiano, 19 *ad Sabinum*, D. 33.4.1.4: *Impensae autem ipso iure dotem minuunt. Sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum*; Marciano, 3 *regularum*, D. 33.4.5: *...si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre vel ob impensas alias, quam quae ipso iure dotem minuunt.*

Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet [efficiet] desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem.

Lo que se dice, que los gastos necesarios disminuyen la dote, se habrá de aceptar, y que dice Pomponio, no como que se disminuyan corporalmente las cosas, como por ejemplo un fundo u cualquier otra cosa corporal: porque es absurdo, que se haga disminución de un cuerpo por causa de dinero. Ciertamente este asunto hará [producirá] que el fundo deje de ser dotal o parte de él. En consecuencia el marido detentará los bienes, hasta que se le satisfaga: porque no se hace disminución de derecho de los corpóreos [cosas], sino de la dote. ¿Dónde, por tanto, admitimos que se hace de derecho la disminución de la dote? Donde no hay corpóreos [cosas], sino dinero: porque en el dinero la razón admite que se haga disminución. Por consiguiente, si han sido estimados corpóreos [cosas] en la dote dada, de derecho se disminuirá la dote por los gastos necesarios. Esto que se ha dicho de las impensas, que se hayan hecho para la dote: pero si extrínsecamente, no disminuirán la dote.

Y Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 23.3.56.3[422]:

Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait dotem pecuniariam minui.

Lo que se dice que los gastos necesarios disminuyen de derecho la dote, no se extiende a, si acaso un fundo estuviera en dote, deje de ser dotal en alguna parte, sino que, si no se reintegrasen los gastos, se retenga o parte del fundo o todo. Pero si se hubiera gastado en un fundo dotal por partes, tanto sea el fundo, decía nuestro Escévola, deja éste de ser dotal, si la mujer no hubiere ofrecido voluntariamente al marido los gastos dentro del año. Si en la dote hubiera dinero y un fundo, y se hubieran hecho gastos necesarios para el fundo, dice Nerva, que se disminuye la dote pecuniaria.

Así Pernice, para quien este antiguo axioma del "*selbstverständlichen Minderung*"[423] señala que el juez debe retirar del patrimonio dotal las impensas necesarias, sin embargo nada dice que las otras quedan desatendidas. En los hechos, el sentenciador, para considerar las impensas útiles y voluptuarias, podrá o no reconocer la retención y la obligación de reembolso; y establecerá, así, requisitos particulares: fundamentalmente, que la mujer haya consentido en el gasto. El autor reconoce que la obligación de reembolsar las impensas útiles a comienzos del Imperio era aún discutida,

[422] Cfr. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 1156 (nt. 1128), que se ubica en el Liber VI. "*De re uxoria*", justo luego de la descripción tripartita de los gastos hechos en el libro 6 de comentarios a Plauto en D. 50.16.79.

[423] "*Lógica disminución*", PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 387.

puesto que Labeón no concede al marido ningún reembolso por los gastos que había realizado con la inversión y la explotación de la cantera del fundo en Javoleno, 4 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18[424]. Además, Javoleno plantearía, que son también impensas útiles, por lo que no se trataría de una conceptualización estable. En cualquier caso a su juicio esto debe mirarse desde otro punto de vista: la retención será admitida en principio para todas las formas de impensas. La mujer, empero, podía liberarse de la obligación de reembolso si permitía la sustracción. Ésta es la noción que se encuentra en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9[425], cuya autenticidad se asegura a través del cotejo con los pasajes de los *Scholia Sinaitica*[426].

Schulz[427] asume que los clásicos otorgaron para los gastos necesarios solamente la *retentio* y que la regla no asume nada más que ello, de manera que el *ipso iure* pone de relieve que la *retentio* se actúa sin la necesidad de algún medio jurídico especial, sin necesidad, en otros términos, de la *exceptio doli*. Los compiladores, más tardíamente, entienden la regla de otro modo: que las cosas dotales dejan de serlo en todo o en parte de la medida de los gastos, subordinando esto a la negativa de la mujer de pagar los gastos dentro de un cierto periodo de tiempo.

Para Biondi[428], por su parte, se trata de un principio que nace en el *iudicium domesticum* desafiando al *ius civile* y a la imposibilidad de obtener por el marido el reembolso de los gastos hechos en los bienes dotales. Los dichos de Ulpiano de D. 25.1.5 pr (*Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur... non enim ipso iure corporum sed dotis fit deminutio*), Ulpiano, 19 *ad Sabinum*, D. 33.4.1.4 (*sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum*) y también Paulo en D. 23.3.56.3 (*Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere*), indican que esta regla enuncia el principio de que los gastos necesarios hechos por el marido disminuyen la dote en su totalidad (puesto que los juristas romanos parten de la base de que es un complejo patrimonial distinto de sus elementos), y no los bienes singulares que la componen; a lo dicho por Biondi se debe

---

[424] Javoleno, 4 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18 pr: *Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. Ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.*

[425] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9: *Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.*

[426] PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 387 nt. 1; Cfr. RICCOBONO, "*Gli Scholii Sinaitici*" (cit. nt. 62), pp. 230 a 250.

[427] SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 59 ss.

[428] BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), pp. 187 ss.

agregar el siguiente comentario: por eso la *actio* es "*rei*" *uxoriae* y no "*rerum*" *uxoriarum*. Esta pretensión, no la concibe el autor como un derecho autónomo que se contrapone a la acción de la mujer, sino más bien, como un límite a la obligación del marido de restituir la dote, de manera que la mujer tendrá siempre derecho a obtener la totalidad de la dote reembolsando los gastos.

Riccobono[429] sostiene, a la luz de esta regla, que ya los *veteres* concebían el reembolso de las impensas necesarias al marido como un derecho perfecto, que opera inmediatamente sobre la dote sin atender al pronunciamiento del juez. Este efecto de las impensas necesarias tenía su fundamento, por sobre todo, en la responsabilidad que se debe atribuir *ab initio* al marido por el deterioro de la dote causada por la omisión de los gastos que se computan en el *iudicium rei uxoriae*. Sostiene que en ella se contempla el reembolso sólo para las impensas necesarias (los gastos útiles y voluptuarios no fueron considerados por la jurisprudencia republicana en la práctica de este juicio), el que opera de distinta forma dependiendo de la composición de la dote. Así, si la dote consiste únicamente en dinero, las impensas vienen computadas en el dinero dotal, y por ende resulta disminuida en la cantidad correspondiente a estas impensas. Pero si la dote consiste tan sólo en cosas inmuebles, a consecuencia de que no estaba admitida la deducción de las impensas al valor del inmueble, el marido no tenía otra medida que la retención del patrimonio dotal: la mujer para obtener la restitución del patrimonio, debía primero ofrecer el importe de las impensas.

Y en términos similares, para Bonfante[430]. Sostiene que en la restitución de la dote, si es una suma de dinero, o parte en dinero y parte en objetos, si el primero es suficiente como para el reembolso de los gastos, se deducen de éste integramente. Si la dote es en objetos (o parte en dinero y objetos, siendo el dinero insuficiente para satisfacer los gastos), el marido los retiene mientras no se satisfagan los gastos, pero las cosas no dejan de ser dotales, y que la importancia sobre todo para el fondo, que es inalienable, y la mujer podrá obtener la restitución en cualquier momento cuando ofrezca su reembolso. Esta situación cambiaría en el derecho justinianeo que establece que el fondo o el objeto dotal devienen en propiedad del marido, si dentro de un año no se han reembolsado los gastos. Para Fayer[431], siguiendo en esto a Bonfante, el principio se entiende -únicamente-, en el sentido que la disminusión a causa de los gastos necesarios se refiere a la dote en su totalidad, no a las cosas dotales en singular, como lo señala Ulpiano especialmente en D. 33.4.1.4[432].

---

[429] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 5 y 6; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 181.
[430] BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 495 y 496.
[431] FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 711 (especialmente nt. 157).
[432] Ulpiano, 19 ad Sabinum, D. 33.4.1.4: *Impensae autem ipso iure dotem minuunt. Sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum.*

En la doctrina más actual, observando las mismas fuentes jurídicas que en su día Pernice, Bürge[433] sostiene que es justamente este principio, el que hace pensar que la primera categoría de impensas habría sido la de *necessariae* y de ella habrían derivado luego las siguientes. De ello daría cuenta Labeón en el pasaje ulpianeo 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3[434], mientras que las otras se reconocen expresamente sólo posteriormente con Fulcino a través de Paulo en *ad Plautium***,** D. 50.16.79.1[435], justamente en oposición a las necesarias.

Para Lévy[436], en su línea, es poco lo que se puede desprender de la fecha de formación de la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* y tampoco aporta lo suficiente en la determinación de la formación de las categorías de gastos, aunque reconoce que fue una elaboración del derecho clásico. Con todo, sostiene que la clasificación de los gastos habría iniciado con la aparición de la categoría de las impensas necesarias, en virtud del texto de Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3 (*Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas*) que cita a Labeón. Luego vendría la categoría de las impensas útiles que son referidas por Fulcino en Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 ("*Utiles impensas*" *esse Fulcinius ait*). Finalmente las voluptuarias, de las que dan cuenta Aristón y Neracio en los pasajes de Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.11 pr. (*In voluptariis autem Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere*) y 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.3 (*et Aristo notat haec vera esse. Neratius autem libro quarto membranarum ait*).

Aunque, como ya notó González-Palenzuela[437], todos los casos analizados por Lévy se refieren igualmente a la dote, y aquellos de otras materias a los que hace alusión no contemplan expresamente ninguna clasificación. Esta autora, no descarta, sin embargo, que las impensas útiles habrían sido reconocidas ya antes por Labeón en 4 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18[438], aunque sin mencionarlas expresamente, donde se

---

[433] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 28.

[434] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait. Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit, aut si oliveta reiecta restauraverit, vel ex stipulatione damni infecti ne committatur praestiterit.*

[435] Paulo, 6 *ad Pautium*, D. 50.16.79.1:*"Utiles impensas" esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. Quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus.*

[436] LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 15 y 16, 28 a 32 y pp. 134 ss.

[437] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 43.

[438] Cfr. Javoleno, 4 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18: *Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. Ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.*

plantea la cuestión de la *doctrina puerorum* para las impensas útiles, a la que se hará alusión más adelante.

Para terminar con esto, no es fácil suponer cómo esta máxima operaba en la práctica del *iudicium*. Podría tratarse de un patrimonio dotal como lo es en los casos propuestos por Ulpiano[439] y Paulo[440], que coinciden en que el bien no sale inmediatamente de la dote, de manera que la máxima opera haciendo que a la mujer que no reembolsa las impensas el marido pueda retener el fundo en todo o parte a través de la *actio rei uxoriae.* En este punto acierta Leinweber[441], quien sostuvo de 6 *ad Plautium,* D. 23.3.56.3[442], que Paulo, que en realidad deseaba mostrar el pensamiento de Escévola, quería otorgar al marido una retención temporal. Que el término *retentio* puede tener ambos significados, de retención temporal o de sustracción definitiva. Que este último se encontraría en Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.8[443] con el uso del término técnico (*technischen terminus*) de *deducere* en contraposición al de retención, en virtud del cual se considerarían también las impensas útiles en la sustracción definitiva del bien.

---

[439] Ulpiano, en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5 pr: *Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet [efficiet] desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem.*

[440] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 23.3.56.3: *Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait dotem pecuniariam minui.*

[441] LEINWEBER, *Die Dotalimpensen* (cit. nt. 401), pp. 14 y 15. Sobre la dificultad de esa distinción se pronuncia también Dumont a quien le parece más bien una cuestión de hecho, DUMONT, "*Les revenus de la dot en droit romain*" (cit. nt. 161), p. 5.

[442] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 23.3.56.3: *Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait dotem pecuniariam minui. Quid ergo si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? An iam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.*

[443] Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.8: *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem.*

Sobre la dificultad de esa distinción, entre las impensas necesarias y útiles, en la aplicación de la regla se pronuncia también Dumont[444] a quien le parece que más bien se trata acá de una cuestión de hecho. Y estas posturas importan, puesto que reafirman que la distinción terminológica es para el caso banal, teniendo en cuenta en la mentalidad paulina, siempre el interés de la mujer a través de la posibilidad de obtener el reembolso de los gastos. Por su parte, la doctrina mayoritaria, considera que se trata en este caso de una *retentio* de carácter temporal[445].

De esta exposición se demuestra que si bien el nacimiento de la tripartición podría haberse iniciado en torno a las *impensae necessariae*, ni aún en la aplicación de la regla -propia de la materia dotal-, *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* significa exclusivamente las impensas necesarias, pudiendo incluirse en esta deducción también a las útiles. Esta falta de distinción es la se observará en adelante.

1.3 *IMPENSAE NECESSARIAS AUT UTILES IN RES DOTALES FACTAE*

En la misma materia, pero ahora en el título "*Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*", en el pasaje de Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16, señala Pomponio, luego de exponer sobre los gastos *in fructus*, que si el marido ha construido por necesidad (*necessario exstruxit*) o ha preparado la tierra de un fundo (*pastina instituit*), tendrá derecho a reembolso de estos gastos, puesto que recaen sobre cosas "necesarias" o "útiles", asimilando ambas categorías de *impensae*:

Plane si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit. Hae enim impensae aut in res necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem.	Precisamente si por necesidad construyó una nueva casa de campo o reparó una antigua, toda derruida sin su culpa, habrá petición de estos gastos: y del mismo modo también si preparó los terrenos. Porque estos gastos recaen o en cosas necesarias o útiles, y producen acción al marido.

Los gastos consisten en la construcción de una nueva casa (*novam villam*) cuando se hace por necesidad (*necessario*) o la reparación de una casa derruida (*veterem*) o la preparación de los los terrenos (*pastina*). Y por todos estos gastos se

[444] DUMONT, "*Les revenus de la dot en droit romain*" (cit. nt. 161), p. 5.

[445] Vid., por todos, BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 275; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 284; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 59 y 60; RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento* (cit. nt. 121), p. 250 nt. 4; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 5 y 6; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 182 y 183 nt. 29; BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), p. 190; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 711; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (cit. nt. 243), p. 225; DERNBURG, *Geschichte und theorie der compensation nach römischem und neuerem rechte* (cit. nt. 121), p. 140; WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3, p. 505.

concede al marido una acción (*cedunt pariuntque marito actionem*), porque estima Ulpiano que son gastos hechos "en" cosas necesarias o útiles (*res necessarias aut utiles*).

En lo que interesa, y que será la nota -permanente- de la crítica interpolacionista, la igualación de los gastos necesarios y útiles que se observa en las fuentes clásicas, es el producto de la mano de los compiladores.

Para Riccobono[446], el mayor exponente del punto, este pasaje es el ejemplo conspicuo de ello. A su juicio, lo que expone Ulpiano en este lugar es la contraposición de los gastos necesarios hechos por el marido en la dote, a aquellos *fructuum causa*. Entre ellos se aprecia una distinción en cuanto a su función económica y, por ello, para los gastos *in rem* sólo habría operado la *retentio*. Es por ello que Ulpiano habría escrito: *hae enim impensae in necessarias cedunt pariuntque marito retentionem.* La mención a las impensas útiles resulta sólo del esfuerzo compilatorio por igualar ambas categorías.

Para Schulz[447] -que comparte con la crítica anterior que se trata de gastos necesarios-, Ulpiano hubiese escrito, simplemente, que los gastos necesarios y útiles otorgan al marido un derecho de retención, aunque ello sea falso, puesto que por los últimos se otorgaría únicamente si fueron hechos con la autorización de la mujer. Así las cosas, la palabra "necesario" le parece superflua en el contexto del pasaje, hubiese sido igualmente correcta: *si novam villam necessario exstruxit*. El punto central, es que si Ulpiano se hubiese querido referir, no ya a los gastos *in fructus*, sino a los *in rem* (*Aufwendungen auf das Kapital*) hayan sido necesarios o útiles, el jurista debío haber dicho que el marido tiene un derecho de retención, porque no se trata de gastos hechos para la producción de los frutos, sino se gastos sobre el capital: *hae enim impensae in res ipsas fiunt pariuntque marito retentionem.* Y pese a las interpolaciones acusadas por el gran jurista alemán, no se observa que haga una distinción para el ejemplo de las categorías de necesarias o útiles en este caso, sino que más bien afirma que pueden ser de una u otra, ahora bien, con las limitaciones que en el reembolso acá ya se plantearon.

Similar ocurre en el notable pasaje 4 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18 pr, en que parece que las impensas útiles son igualadas a las necesarias por Javoleno cuando otorga el derecho a reembolso a favor del marido que ha hecho gastos en el fundo dotal:

> *Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. Ego non tantum*
>
> Un marido había abierto canteras de mármol en un fundo dotal: habiéndose verificado el divorcio, se pregunta de quién sería el mármol cortado y no exportado y si los gastos hechos en las canteras los debe pagar la mujer o el marido. Labeón dice que el mármol es del marido: en cuanto al resto niega que la mujer le deba cualquier cosa al marido, porque no fue una impensa necesaria y se hubo

[446] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 215.
[447] SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 71 y 72.

necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.	deteriorado el fundo. Yo estimo que se deben [pagar] por la mujer, no sólo las impensas necesarias, sino también las útiles, no considero que el fundo esté deteriorado, si las canteras son tales, que en ellas pueda crecer la piedra.

Se trata el caso de un marido que abrió las canteras de marmol ubicadas en el fundo dotal y extrajo el marmol de las canteras. Para Labeón, verificado el divorcio, el mármol que obtiene el marido (en la explotación de la cantera), es de su propiedad y la mujer nada debe reembolsarle, puesto que a su juicio el gasto no fue necesario (*nec necessaria ea impensa*) y además considera que se hubo deteriorado el fundo (*fundus deterior esset factus*). Por su parte, Javoleno concede al marido, no sólo el reembolso de los gastos necesarios, sino también de los útiles, puesto que el fundo no está deteriorado y la piedra de las canteras puede volver a crecer. Más allá de la discusión doctrinaria, que luego se verá, Labeón rechaza el reembolso de los gastos hechos por el marido porque no serían necesarios, sin embargo, no hay claridad tampoco de si ellos son gastos *in fructus*. Es claro, sin embargo, que en este caso éstos habrían producido el deterioro del fundo, entonces es dudoso igualmente que puedan ser calificados de "útiles", aunque no lo diga el texto. Y esa es la discusión que se expone en la doctrina.

Ya en su día Schröder[448] había apuntado que cuando Javoleno dice que con una tal extracción (*Anlage*) el fundo no se deteriora y la piedra de la cantera de mármol vuelve a crecer, no lo hace para ejemplificar, sino como un *argumentum a contrario*; esto es, que en todos los casos donde el mármol no vuelve a crecer, se produce el deterioro del fundo. Así, los dichos de Javoleno no contradicen en realidad a Labeón, sino que sólo pretenden limitar el concepto de "deterioro". La discusión de los juristas no es realmente sobre esto (si la piedra de la cantera vuelve a crecer, o si el fundo se ha deteriorado (o vuelto *fructuosior*), sino sobre la opción del marido de obtener el reembolso de los gastos de extracción de la cantera de mármol; esto es, si el mármol se considera o no como *fructus*, y lo que interesa, si los gastos son o no, *in fructus*. Y su opinión parece ser, que en el caso, se trata de gastos *in rem*, y que más bien responden a la categoría de los "útiles"[449].

En la misma línea Riccobono[450], siguiendo a Schröder, plantea que la decisión de Labeón de negar el reembolso de los gastos al marido que ha abierto la cantera de mármol, se fundamenta en que ellos no serían gastos necesarios, por una parte; y, por la otra, por el deterioro que el fundo ha sufrido en en el caso concreto. La interpolación la encuentra en los dichos de Javoleno (*non tantum... sed*), con lo que se permite justificar

[448] SCHRÖDER, Otto: "*Über das Recht des Nießbrauchers an mineralischen Produkten, insbesondere Bergwerkserzeugnissen*", Archiv für die civilistische Praxis 49 (1866) 3, pp. 362 ss.
[449] SCHRÖDER, "*Über das Recht des Nießbrauchers an mineralischen Produkten, insbesondere Bergwerkserzeugnissen*" (cit. nt. 448), p. 371.
[450] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 216 a 220.

su tesis de la equiparación de los gastos necesarios y útiles llevada a cabo por los compiladores. Javoleno habría apuntado a los siguientes puntos de la decisión de Labeón: por un lado, ampliar el reembolso a los gastos a los útiles, con el límite de la *voluntate mulieris*, como un desarrollo de la doctrina que en sede dotal venía propuesta por Fulcino y luego Servio. Por el otro, considerando el crecimiento de la piedra en la cantera de mármol, la apertura de la cantera puede consistir ya no un deterioro del fundo, sino una mejora (*meliorazione*). Así, en realidad el jurista habría dicho: *ego etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo* [*si voluntate eius factae sunt*], *nec puto fundum deteriorem esse si tales sunt lapidicinae in quibus lapis crescere possit.*

Otra posición asume Petrazycki[451] cuando califica los minerales como un ejemplo de fruto (*Beispiele der Früchte*) y, por ende, el mármol obtenido de la cantera no lo considera capital, sino un fruto. Lo principal de este fragmento, es la respuesta a la pregunta si la mujer debe reembolsar al marido los gastos en la excavación (*Anlegung*) de la cantera de mármol (*impensam in lapidicinas factam*). Como entiende que es el marido el que obtiene los frutos, es él quien debe soportar los costos de su producción. Aunque Javoleno mencione estos gastos como "útiles", considera que son gastos realizados para la propducción de los frutos: *impensae in fructus*.

De forma similar lo plantea Schulz[452]. A su juicio, en las interpolaciones de este pasaje destacan las palabras *ego non tantum necessarias sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo*, por las que Javoleno otorga al marido el reembolso de las impensas útiles. En los dichos de ambos juristas, los compiladores habrían querido representar una doctrina más antigua con Labeón, otorgando el derecho de retención sólo para los gastos necesarios, aunque no lo señale así el propio jurista; y la nueva legislación justinianea, de manera que introducen en los dichos de Javoleno la categoría de gastos útiles. Y aunque este último podría haber admitido la *retentio* para los gastos útiles, siempre considerando un régimen de reembolso sometido a la autorización de la mujer, en realidad a juicio del autor, el marmol en estas circunstancias consistía en un fruto y, por ello, no era poco probable que Javoleno quisiera señalar en realidad: *ego marmor in fructu esse existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae et rel*; esto es, que los gastos de los que trata el pasaje fueran *in fructus*. Y parece que la propuesta de este gran jurista alemán es, en este punto, razonable y que los gastos no son de aquellos *in rem* sino de los que se hacen en atención a la producción y recolección de los frutos, aunque ya se han advertido también las dificultades de esta clasificación.

Más actualmente, para Reszczyński[453] el pasaje de Javoleno, 6 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18 pr muestra la controversia jurisprudencial que existía a propósito

[451] PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen* (cit. nt. 140), pp. 85 ss. (especialmente p. 90 nt. 1).
[452] SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 73 a 75.
[453] RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 231.

de la clasificación de los gastos; esta vez, en torno a los costos de la creación de una cava de piedra y la extracción de su materia prima. En la fuente se encuentra el testimonio del uso del término *impensa*, citado por Labeón que así denomina (usando el singular como en los textos muy antiguos) a los gastos detinados a un nuevo "*ente industriale*"[454] de un valor económico relevante, resolviendo en este caso que son no reembolsables porque no son fructuosas: ni "*in fructus*", ni necesarias, ni útiles (*fundus deterior esset factus*). La fuente indica que el agente que gastaba en el fundo dotal hacía la inversión no a favor de un tercero (en el periodo del uso de término como *impensa*), sino por sí mismo. A juicio del autor, *impensa* asume aquí un significado corriente, pero -como se indica en la misma fuente-, puede convertirse en un gasto jurídicamente importante, si el mármol se entiende como fruto: las *impensae* que incrementan el rédito por muchos años, se transforman en útiles (*in rem*: *fundus fructuosiorem fecerit*).

A modo de conclusión se puede sostener que, más allá que el origen de la tripartición se encuentre en esta *sedes materiae* -aunque la postura de la doctrina tradicional parace la más acertada-, es acá donde la jurisprudencia romana realizó sus mayores aportes a la "doctrina" de la tripartición de las impensas.

Pero se debe reforzar un aspecto importante para esta investigación. Aún cuando sea en la dote donde las fuentes jurídicas dan cuenta de una clasificación tripartita en *necessariae*, *utiles* y *voluptariae* -como aparece en Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79, y en los textos postclásicos que, como se verá, continúan hasta el *Codex* de Justiniano-, incluso en esta misma, la tripartición no aparece en las fuentes de forma estable y permanente, sino más bien de forma irregular y limitada, y a veces incluso, a propósito de otras clasificaciones.

En esto se debe atender, en parte, la criticada posición de Bonfante[455], que admitiendo que la clasificación nace en materia dotal, considera que en principio no se distinguían las impensas necesarias de las útiles, concediéndosele al marido simplemente el reembolso de las impensas, excluyéndose sólo las voluptuarias. Sostiene que no hay indicios ni motivos que hagan pensar que en principio las impensas útiles no eran reembolsadas, por el contrario, que ambas categorías estarían, a lo menos en su origen, bajo el único término de *necessariae*; y, que por tanto, el concepto de las retenciones y el principio *ipso iure minuunt* se referían a ambas clases.

Para este gran romanista italiano, en los textos más antiguos -e incluso de la época clásica-, había una íntima conexión entre gastos necesarios y útiles, o bien, los mismos ejemplos constituyen tanto gastos necesarios como útiles; esto es, que se enmarcan según las circunstancias en uno u otro caso.

[454] "*ente industrial*", RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 231.
[455] BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 500.

Estos argumentos, no hacen más que confirmar lo que se observa en las fuentes y que se ha planteado hasta ahora; aunque esta tesis propone que debiera extenderse hacia las épocas posteriores, no limitando dichas consideraciones únicamente al origen de la tripartición.

Pues lo que está claro, es que los propios juristas romanos atendieron a las circunstancias del caso concreto para adscribir un "gasto" a una u otra categoría y con ello, lo que para un jurista es un gasto "necesario", para otro puede ser "útil"; y esto, que reconoce el propio Riccobono[456], que los propios juristas fueron conscientes de la relatividad de los conceptos de necesariedad y utilidad, no dista, sustancialmente de la teoría que Bonfante sostiene para los orígenes de la tripartición.

Así las cosas, son las propias fuentes las que demuestran con claridad, por una parte, que hay una confusión de las categorías, la ausencia (con ello) de una delimitación clara de los conceptos de necesidad e utilidad, toda vez que -como ya se sostuvo-, no se trata de conceptos jurídicos sino económicos que se entienden desde una perspectiva contable; y, por la otra, y como dijo Grosso, que la creación de estas distinciones "*è più romanistica che romana*"[457], de manera que no fueron tampoco los juristas los llamados a hacer distinciones (como especialmente aparece en la *reivindicatio*), concediendo así el mismo tratamiento jurídico al reembolso de una u otra clase de *impensa*.

2. EXTENSIÓN DE LA "DOCTRINA" DE LA TRIPARTICIÓN DE LOS GASTOS A OTRAS MATERIAS

Si bien gran parte de los autores coincide en que la teoría de las impensas es propia de la dote, no hay acuerdo, empero, si ésta se extendió hacia otras esferas del derecho privado durante la época clásica, puesto que un régimen restitutorio macizo como en la dote no reaparece en ninguna otra materia[458].

---

[456] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 69 a 74 (especialmente p. 74).

[457] "*es más romanística que romana*", GROSSO, "*Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*" (cit. nt. 399), p. 55.

[458] Ya en su día Bechmann sostiene que la regulación de los gastos en la sede dotal se debe tomar como un error sistemático puesto que ella se encuentra en varias otras áreas del Derecho privado: "*Nun kommt aber denselben eine viel umfassendere Anwendung auch auf anderen Gebieten des Privatrechtes zu, und es müsste demnach nicht nur als überflüssig, sondern auch als ein systematischer Fehler erscheinen, wenn diese allgemeine Materie hier in diesem speziellen Zusammhange besprochen würde*" (*Pero la misma viene aplicada más ampliamente en otros campos del Derecho privado, y debe parecer en consecuencia no sólo superfluo, sino también como un error sistemático, que esta materia general se discuta en este contexto específico*), BECHMANN, *Das römisches Dotalrecht* (cit. nt. 121), p. 257. Bonfante sostiene "*La teoria delle spese* (impensae, sumptus) *ha propiamente un carattere generale, perché questa ragione riconvenzionale torna in campo tutte le volte che alcuno si trova a godere o a possedere, legalmente o illegalmente, in buona o mala fede, una cosa altrui, specialmente una cosa fruttifera*" (*La teoría de los*

Aunque de ello se profundiza luego a propósito de la reivindicatoria, igualmente se observa en las fuentes jurídicas romanas la aparición de las distintas categorías, algunas veces conjuntamente, otras de manera aislada, como se verá.

2.1 *NEGOTIORUM GESTORUM* Y OTROS CASOS DE ADMINISTRACIÓN

Bürge en su "*Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*"[459] estudia con detalle la doctrina de la tripartición, puesto que considera que las impensas son una de las principales causas de aplicación de la *retentio*. Niega que la tripartición tuviera ya para los romanos un significado de principio, y que ella fuera extendida desde la dote a los demás campos del derecho privado, especialmente en relación a la *reivindicatio*.

Pero en lo que ahora interesa, sostiene que la tripartición está unida a la idea de gestión de negocios, y por tanto, tiene un papel de importancia en la *negotiorum gestorum*, además de todos aquellos ámbitos en los que existe conciencia de la administración y lo que denomina "*Fremdbezogenheit der Handlung*"[460]. Pero con todo, aunque haya sido entendido por los juristas como de su naturaleza, quedó entregada igualmente a la individualidad de cada uno de ellos, con sus particulares puntos de vista[461]. Con el planteamiento de este autor parece estar de acuerdo Backhaus[462], en la rescensión a la obra del propio Bürge, en especial que la extensión de la tripartición de los gastos no se encuentra en otras materias, en especial a la *reivindicatio*.

Diversas categorías de gastos aparecen en varios pasajes de la *negotiorum gestorum*[463], algunas veces en consideración a la *necessitas* como criterio de

---

gastos (impensae, sumptus) *tiene propiamente un carácter general, porque esta razón reconvencional vuelve al campo cada vez que alguno se encuentra gozando o poseyendo, legal o ilegalmente, en buena o mala fe, una cosa ajena, especialmente una cosa fructífera*), BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 493. Incluso a Söllner, sin mayor análisis del asunto, la extensión le parece natural, SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio rei uxoriae* (cit. nt. 397), p. 148.

459 BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116).

460 "*Conciencia de la ajenidad del acto*", BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 29.

461 BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 ss. Sigue en esto a SEILER, Hans H.: *Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im Römischen Recht*, Böhlau, Köln-Graz, 1968, p. 58 y MAYER-MALY, Theo: "*Probleme der negotiorum gestio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 86 (1969), p. 429.

462 BACKHAUS, Ralph: "*Resc. Alfons Bürge, Retentio in römischen Sachen- und Obligationenrecht*", ZSS [Romanistische Abteilung] 98 (1981), pp. 500 a 502.

463 Vid., en esta sede por todos, RICCOBONO,"*Tracce di diritto classico nelle collezioni giuridiche byzantine*" (cit. nt. 96), p. 203 nt. 1; RICCOBONO,"*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 73 a 89; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 119 y 120, 381 y 382; NARDI, Enzo: "*Testi in origine relativi alla ritenzione?*", Scritti in onore di Contardo Ferrini, 1, Società Editrice Vita, Milano, 1947, pp. 374 a 378; v. *gestione*, NICOSIA, Giovanni: *Enciclopedia del diritto* [Diritto Romano] 18, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 641; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 a 33.

cuantificación de la gestión; otras veces pero, en su mayoría, al de la *utilitas* e incluso en alguna fuente ambos criterios aparecen igualados.

Papiniano en 2 *responsorum*, D. 3.5.30.7 se refiere expresamente a los gastos necesarios (*necessarios ac probabiles*) que pueda hacer el gestor, cuando se obtuvo en el juicio de servidumbre sentencia a favor del predio:

Uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur: sed qui sumptus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.	Defendiendo uno la servidumbre de agua común, pronúnciase sentencia a favor del predio: pero el que hizo gastos necesarios y probables en el pleito común, tiene la accion de gestión de negocios.

Serán necesarios, pues se trata de gastos que permiten el sustento de la madre o hermana del pupilo, los que haga el tutor en la administración que de los bienes de éste, como aparece en el título "*De administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus*" en el pasaje gayano 12, *ad edictum provinciale*, D. 26.7.13.2: *Aliud est, si matri forte aut sorori pupilli tutor ea quae ad victum necessaria sunt praestiterit, cum semet ipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est: nec enim eadem causa est eius, quod in eam rem impenditur et quod muneris legatorumve nomine erogatur.* Y también los del Edicto Carboniano, en Paulo, 41 *ad edictum*, D. 37.10.6.5, en el que asimilan a los alimentos los gastos de su educación (*studia*) y otros gastos (*et in ceteras necessarias impensas*), todo en consideración a las facultades de sus bienes (*pro modo facultatium*): *Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatium.* Y en oposición a los gastos necesarios aparecen aquellos que se han hecho por causa de recreo (*voluptatis causa*), por los cuales Modestino niega todo tipo de reembolso en la parte final de 2 *responsorum*, D. 3.5.26 pr: *Herennius Modestinus respondit ob sumptus nulla re urguente, sed voluptatis causa factos eum de quo quaeritur actionem non habere.*

En todos estos casos el uso de los términos *necessaria* o *vuluptatis* no responden a que el jurista haya querido categorizar el gasto, sino a que atiende a la "necesidad" respecto de quien se realiza el gasto o sólo a la "voluntad" de quien lo hace. Por ejemplo, en Gayo, 12 *ad edictum provinciale*, D. 26.7.13.2, recién transcrito, el término "necesaria" (*necessaria*) de la manutención (*victum*) dados por el tutor a la madre o hermana del pupilo, lo son, puesto que ellas no tienen los medios por sí mismas para hacerlo. No son regalos ni legados y por ello habría derecho a obtener su reembolso. El uso de ambos términos es uno coloquial, de la vida práctica y bajo ningún respecto uno técnico-jurídico.

Es particularmente interesante cuando la *necessitas* del gasto aparece satisfecha por una conducta denominada "gestión útil", por cuanto es evidente así el cruce, al menos a nivel de la nomenclatura, con la clase de las impensas útiles.

En efecto, al parecer Labeón daba el carácter de *impensa necessaria* a la reparación de la casa o a la curación de un esclavo (*insulam fulsit vel servum aegrum curavit*) producto de una gestión útil (*utiliter gessit*), aunque de dicha gestión incluso no se haya seguido resultados (*licet eventus non sit secutus)*, y del mismo pensamiento fue también Juliano. Para Celso se trata también de un gasto necesario, pero sin embargo, para él la gestión debe provenir de una gestión útil, esto es, la que se emprende en una cosa necesaria o que no sea onerosa al padre de familia (*qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur*), como da noticias Ulpiano en 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1:

> *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.*
>
> También el que acciona por la gestión de negocios, usará esta acción, no sólo si tuvo efecto el negocio que gestionó, sino basta que haya gestionado útilmente, aunque no haya tenido efecto el negocio. Y por tanto si reparó una casa o curó un esclavo enfermo, aunque se haya quemado la casa o el esclavo se haya muerto, ejercita la acción de gestión de negocios: y esto mismo aprueba Labeón. Pero, como Celso, refiere Próculo en sus notas [a aquel], no siempre debe darse. ¿Por qué, verdaderamente, si reparó la casa, cuyo dueño abandonó por no tener para sus gastos o no consideró necesaria para sí? Dice que, según el parecer de Labeón, gravé al dueño, pues a cualquiera es lícito abandonar una cosa por razón de daño inminente. Pero Celso ridiculiza elegantemenete este parecer: verdaderamente tiene acción de gestión de negocios el que útilmente administra los negocios: pero no administra útilmente los negocios, el que emprende una cosa no necesaria o que grava al padre de familia. Conforme a esto, lo que escribo Juliano, que el que reparó la casa o curó al esclavo enfermo, tiene la acción de gestión de negocios, si esto lo hiciera útilmente, aunque no se haya seguido resultado. Yo pregunto, ¿Qué si creyó que obraba útilmente, pero no convenía al padre de familia? Digo que no ha de tener la acción de gestión de negocios: porque si no atendemos al resultado, debe haberse comenzado útilmente.

Para Bürge[464] este pasaje muestra que la tipicidad y la objetivación de los gastos necesarios, se dificulta en aquellos casos límites, en los que la intención y los intereses del dueño del negocio son opuestos. En su parecer Próculo piensa, que la regla que los gastos necesarios deben ser útiles, se quiebra cuando el dueño de la casa arruinada se la quiere dejar, y ya no tienen para él la calificación de gastos necesarios. Celso por el

[464] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 31 a 33.

contrario, rechaza esta interpretación, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, revisando si el gasto es o no útil para el dueño del negocio, y si da su aprobación. Con esto el jurista muestra ser contrario al concepto de "utilidad objetiva" que parece seguir Próculo. Considera que Ulpiano, finalmente, comprende el concepto de utilidad subjetiva para el problema de la gestión infructuosa, bajo la cual se obtiene el rembolso de los gastos, cuando la gestión de negocios haya sido útil bajo la consideración de los intereses del dueño del negocio. Bajo esta forma la *utilitas*, en condiciones en que típicamente se aplica la *actio negotiorum gestiorum* (generalmente consideradas impensas necesarias), rechazándose la necesidad del gasto, le será prohibido el reembolso, y lo mismo ocurrirá si se rechaza la *utilitas* en aquellos casos de gestión de negocios *voluptatis causa*[465].

Las ideas de Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1, en especial la exigencia del *utiliter gerere* como requisito de la acción del gestor y por tanto del reembolso de los gastos, aún incluso cuando el resultado de la gestión no haya sido efectivamente útil, aparece de la mano del pasaje gayano, en el título "*De obligationibus et actionibus*", 3 *rerum quotidianarum sive Aureorum*, D. 44.7.5 pr[466] (*sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari*). También a propósito de los gastos que se pueden pedir por la acción contraria en la tutela, se señala en la parte final de un texto del jurista de Tiro, en el que se autoriza a obtener el reembolso de los gastos que, aunque sin calificarlos, los restrige a aquellos que hayan sido de utilidad al pupilo (*utilitatem pupilli spectabit*), en 36 *ad edictum*, D. 27.4.3 pr (*Iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit et an tutor ex officio sumptus fecerit*).

Como se mencionó al revisar la noción del gasto en la doctrina romanista, los gastos pueden recaer sobre "algo" o "alguien", y en por ello, como en el caso, también el patrimonio de alguien y tener alguna consecuencia sobre éste, así lo enfatiza Ulpiano cuando antes sentencia: *ceterum si non expedit, dicendum est absolvi pupillum oportere: neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli.* En este caso, el medio para obtener el reembolso es la compensación, que no significa más que la deducción de la cuantía de la condena sin necesidad de la *exceptio doli*.

Lo mismo ocurre también en la Constitución del año 197 de los Emperadores Severo y Antonino, C. 2.18.2. Se concede la acción de gestión de negocios para obtener

[465] Señala el autor citando en esto a Mayer-Maly, "*typische Voraussetzung der Anwendbarkeit der actio negotiorum gestorum*", BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 33. Cfr. MAYER-MALY,"*Probleme der negotiorum gestio*" (cit. nt. 461), p. 426.

[466] Gayo, 3 *rerum quotidianarum sive Aureorum*, D. 44.7.5 pr: *Ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia disperire iniquum erat, quae sane disperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset.*

el reembolso de los gastos que se hicieron en el pupilo. Parece, que asimilando este supuesto a otro planteado en la parte inicial del texto, los gastos tienen el carácter de "urgentes" (*urguentibus*) -que en el caso sería llevar a Roma al pupilo para que se le nombre un tutor-, y que, además, se realizan por razones de necesidad (*necessitatis rationibus*), todo esto en el entendido que se trata de una gestión que se califica como útil (*utiliter gerantur*) para el pupilo.

Contra impúberes quoque, si negotia eorum urguentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem ex utilitate ipsorum receptum est. Quae tibi quoque iure decernetur, quod sumptus in pupillum, quem romae tutorum petendorum gratia duxisti, fecisse te adlegas, si non matertera eiusdem se facere paratam propriis impendiis ostenderit. (197)	También contra los impúberes, si por urgentes razones de necesidad sus negocios se gestionan útilmente, se ha admitido, se ha de dar acción por utilidad de los mismos en cuanto se hicieron más ricos. La que [acción] también se te concede en derecho, por los gastos que alegas haber hecho en el pupilo, que llevaste a Roma para pedirle tutores, si no probara tu tía materna que habría proveído por si misma los gastos. (197)

Con esto, no hay duda, que los juristas equiparan "utilidad" y "necesidad" de la gestión. Y en esto se debe recurrir a lo planteado por Ankum[467] sobre el concepto de "*utilitas*" en las fuentes jurídicas. Y esto ya fue dicho en la sede dotal, el actuar de la jurisprudencia romana era esencialmente casuista y pragmático, de modo que se alejan los juristas de consideraciones teóricas y rehusan las decisiones que dependen sólo de la dogmática y razonamientos lógicos, moviéndose más bien por las necesidades de la vida práctica. En este contexto se debe entender que es uso del "*utilitas*" haya atendido a consideraciones prácticas, y por ello no se trate de un concepto técnico-jurídico, como parece entenderlo el autor, por ejemplo en Papiniano, 8 *responsorum,* D. 33. 1.10.3[468]: "*the texts speak of* utilitas *in relation with the* expensae utiles*–expenses which have been useful for a thing*"[469].

Y siguiendo al maestro holandés, también Mayer-Maly[470] entiende que cuando los juristas hablan de *necessitas* usan el término en su sentido coloquial, puesto que la noción de necesidad (*Notwendigkeit*) no es un concepto jurídico. Por ello considera el

---

[467] ANKUM, Hans: "„Utilitatis causa receptum". *On the pragmatical methods of the Roman lawyers*", Symbolae Ivridicae et Historicae Martino David, 1, E.J. Brill, Leiden, 1968, pp. 1 a 3; ANKUM, Hans: "Utilitatis causa *en los trabajos de los juristas clásicos romanos*", RChD 43 (2016) 3, pp. 1221 a 1222. Un trasfondo similar se observa en el plateamiento de Mayer-Maly cuando revisa el término *necessitas* pero en el ámbito de las obligaciones, MAYER-MALY, Theo: "*Obligamur necessitate*", ZSS [Romanistische Abteilung] 83 (1966), pp. 47 ss.

[468] Papiniano, 8 *responsorum,* D. 33.1.10.3: *"Libertis dari volo quae viva praestabam": et habitatio praestabitur: sumptus iumentorum non debebitur, quem actori domina praestare solita fuit utilitatis suae causa: ideo nec sumptum medicamentorum medicus libertus recte petet, quem ut patronam eiusque familiam curaret, acceptabat.*

[469] "*los textos que hablan de* utilitas *en relación con las* expensae utiles-gastos que han sido útiles para una cosa", ANKUM, "„Utilitatis causa receptum" (cit. nt. 467), p. 3.

[470] MAYER-MALY, Theo: "*Topik der necessitas*", Études offertes à Jean Macqueron, Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 1970, p. 477.

autor[471] que la equiparación (*Gleichstellung*) de *necessitas* y *utilitas*, está lejos de ser inusitada (*unüblich*) en las fuentes jurídicas[472], y que la prueba de ello se encuentra en la definición ulpiana de la "necesidad" atribuido al Edicto en 10 *ad edictum*, D. 3.5.1[473]: *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur*.

2.2 CONTRATOS CONSENSUALES

Algo similar se observa en los contratos consensuales[474]. Una vez más para Riccobono[475], cualquier posibilidad que asome en las fuentes de obtener el reembolso de las impensas útiles es producto de la intervención de los compiladores en igualar éstas a las necesarias.

Por ejemplo, en materia de arrendamiento, en Paulo 2 *sententiarum*, D. 19.2.55.1, que ya se mencionó al pasar, se señala:

> *In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest.*
>
> Si en el fundo arrendado el arrendatario, con su trabajo hubiere en algo aumentado, o edificado, o instaurado, por necesidad o utilidad, no habiéndose convenido esto, para recobrar lo que gastó, puede ejercitar contra el dueño del fundo la acción de conducción.

El jurista severiano trata conjuntamente las impensas necesarias y útiles que se han hecho en el fundo dado en arrendamiento, sin hacer distinción alguna entre ellas. Se trata acá de que un arrendatario que, con su trabajo, ha aumentado, edificado o incorporado (*auxerit vel aedificaverit vel instituerit*) en el fundo ajeno, por necesidad o

---

[471] MAYER-MALY, "*Probleme der negotiorum gestio*" (cit. nt. 461), p. 423.

[472] Por señalar algunas de las referidas por el autor: Ulpiano, 14 *ad edictum*, D. 4.9.1: *Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere*; Ulpiano, 28 ad edictum, D. 14.1.1: *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus*; MAYER-MALY, "*Probleme der negotiorum gestio*" (cit. nt. 461), p. 423.

[473] Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.1: *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.*

[474] Vid., por todos, BIONDI, Biondo: *Studi sulle* actiones arbitrariae *e l´*arbitrium iudicis, 1, A. Reber, Palermo, 1913, p. 126 nt. 1; LEVY, Ernst: "*Zur Lehre von den sogenanten actiones arbitrariae*", ZSS [Romanistische Abteilung] 36 (1915), p. 54; BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), pp. 142 a 148; BUTERA, Antonio: *Del diritto di ritenzione*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1937, pp. 26 y 27; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 54), pp. 119 y 120, 396 a 408; ALBERTARIO, "*Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla ´res evicta`*" (cit. nt. 95), pp. 6 a 11; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 416 a 422; PERNICE, Alfred: *Labeo. Römisches Privatrecht im resten Jahrhundert der Kaisserzeit*, Teil B, 2, Scientia Verlag, Aalen, 1963 [pero, Halle 1878] , pp. 260 y 261; CALONGE, Alfredo: *Evicción, Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1968, pp. 56 y 57; KASER, Max: *Restituere als* Prozessgegenstand, C.H. Beck`sche Verlagsbuchhandlung, München, [2]1968, pp. 100 y 101.

[475] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 143 y 144.

utilidad (*necessario vel utiliter*), y en cuanto esto no se haya pactado con el arrendador, se autoriza a recobrar estos gastos mediante la acción de conducción.

Considera Riccobono[476] que la posibilidad de obtener el reembolso de las impensas útiles es producto de la intervención de los compiladores en igualar éstas a las necesarias. En este caso, el colono habría tenido derecho a conseguir el reembolso total por las últimas, mientras que por los gastos útiles le habría sido negada tal posibilidad. Que en su calidad de detentador no puede y no debe disponer de la cosa mutando su destinación o mejorándola de cualquier manera, obligando con ello al propietario de la cosa a pagarle los gastos de mejora que han sido de su propia iniciativa. Así entendido, un reembolso integral sería "*una cosa assurda*"[477], como se observa claramente a propósito de la *reivindicatio* en el pasaje de Celso, donde a su juicio el reembolso por estos gastos no fue conferido siquiera al poseedor de buena fe, sino por la vía de la *retentio*, donde el jurista enuncia que el buen juez debe valorar muchas cosas y decidir *varie ex personis causisque*, y no es posible sostener que se haya reconocido al colono un tratamiento más favorable, puesto que todas las consideraciones económicas y jurídicas estarían en contra.

Igualmente Biondi[478] considera que el pasaje está interpolado en este aspecto y es justiniano el que iguala los gastos útiles y necesarios y concede, por tanto, la *actio conducti*. Paulo habría admitido sólo la *deductio mercedis* (no la *actio*) para los gastos necesarios hechos por el arrendatario y negado, por tanto, cualquier compensación por los útiles.

Pero, de acuerdo a la finalidad de este contrato, es posible que el arrendatario realice gastos, no sólo necesarios sino de aquellos que se han considerado "útiles", destinados a obtener el rendimiento de la cosa. Como se sabe, estos gastos podrían ser calificados como *in fructus*, operando en ese caso la deducción que ya se ha visto. Sin embargo, habiendo gastos destinados tanto a los frutos como a conservar la cosa misma u obtener su utilidad, como lo reconoce Ulpiano en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1; o habiendo otros que excedan la operación contable de la deducción como igualmente se vio en Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48, sería posible entonces perseguir por parte

---

[476] En la reconstrucción propuesta por el autor: *In conducto fundo si conductor <necessarias impensas fecerit veluti si aedificium refecerit> ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest.* [*quod si*] *sua opera aliquid utiliter <in fundo> auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, <eo nomine agere cum domino non poteri>*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 143 y 144.

[477] "*una cosa absurda*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 143.

[478] BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), pp. 140 y 141. En esto sigue a Winscheid para quien el reembolso se habría limitado a los gastos necesarios o cuando se hubieren hecho en interés del arrendador, para los gastos de otras categorías tendría sólo el derecho de separarlas (*Wegnahme*), WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, ^{2}2, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1866, p. 117.

del colono su reembolso. Con ello las acusaciones de interpolaciones que propuso en su día Riccobono no parecen suficientes para descartar la igualación de gastos necesarios y útiles del pasaje paulino. Más aun, ya antes Escévola habla de cierta categoría de gastos cuando se refiere a los que hace útilmente el colono en la plantación de una viña en 7 *digestorum*, D. 19.2.61 pr: ... *an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione*.

Por su parte en la compraventa también destaca la categoría de los gastos necesarios en dos pasajes donde comprador se encuentra obligado a transmitir la propiedad de la cosa o restituirla a un tercero, como son los casos del comprador en la *in diem addictio* y en la *actio redhibitoria* después de la *litiscontestatio*. Respecto de estos casos se ha entendido que, en la aplicación de la doctrina de las *impensae*, éstos se equiparan a los detentadores; para ellos, la omisión de los gastos necesarios contituye una "culpa" de la que deben responder, a contrapartida se le concede el reembolso de los gastos necesarios hechos en la cosa[479].

El primer pasaje de Ulpiano, 32 *ad edictum*, D. 18.2.16 señala:

...ita rursus quae prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri vel, si non sufficiat, solvi aequum est.	...y a su vez, que lo que el primer comprador hubiere probado que gastó por necesidad, en el tiempo intermedio, se retenga del producto [de los frutos], o si no fuera suficiente, pagarlos equitativo es.

El jurista de Tiro dando cuenta de un rescripto del Emperador Severo sobre una casa que ha sido dada en adicción a día, entiende que los gastos necesarios (*necessario probaverit erogata*) que hizo el primer comprador en el tiempo intermedio (hasta el cumplimiento de la condición), se deben descontar de los frutos, y si ellos no fueran suficientes, se deben pagar por equidad (*solvi aequum est*).

Por lo recién dicho -y atendiendo sólo a este punto-, los gastos que se reembolsan a este poseedor son los necesarios, y según Riccobono[480], aquellos útiles o voluptuarios sólo si se han hecho *voluntate domini*. A su juicio, la decisión del jurista es proporcionada atendiendo a la situación de derecho y la fáctica que existe entre las partes y, también, la función económica de los gastos necesarios: quien ha devenido propietario de la cosa y ha hecho suyo los frutos *iure domini*, es constreñido con la revocación a su restitución, es justo entonces que se otorge el reembolso de los gastos necesarios. Sin embargo, no es posible observar en la fuente jurídica -una vez más-, lo sostenido por autor italiano.

---

[479] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 150; ARAGIO-RUIZ, Vincenzo: *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, p. 138; CANNATA, Carlo Augusto: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 128; SARGENTI, Manlio: "*Problemi della responsabilità contrattuale*", SDHI 20 (1954), p. 127.
[480] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 164.

Las impensas necesarias aparecen nuevamente en la *actio redhibitoria* en la fuente paulina 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.30.1:

Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.	Los gastos necesarios que el comprador hubiere hecho en la curación del esclavo, después de contestada la demanda, los imputará: dice Pedio, que los gastos anteriores [a la contestación] se han de comprender expresamente: pero dice Ariston, que no se han de imputar los alimentos dados al esclavo, porque tampoco se exige de él mismo, aquello [el importe] de cuando estuvo a su servicio.

Se ha revisado latamente este pasaje a propósito de los criterios y ejemplos que muestran las fuentes para determinar las distintas categorías de gastos. Para Paulo son gastos necesarios (*impensas necessario*) aquellos hechos por el comprador en el cuidado de un esclavo después de la *litiscontestatio* y son, por ello, reembolsables en su totalidad; no sin embargo los realizados ante *litem contestatam*, puesto que como dice Pedio deben exigirse expresamente. Finalmente Aristón, no concede ningún reembolso por los gastos de alimentación del esclavo, que al parecer se han de compensar con los servicios prestados por el esclavo.

Para Riccobono[481], el comprador de este pasaje paulino, ya ha manifestado su voluntad de restituir al esclavo y rescindir el negocio de compra. Estando *post litem contestatam*, está autorizado, por una parte, solamente a realizar gastos necesarios y sólo de esta clases de *impensae* hablaría el pasaje; y, por la otra, la forma de computar el rembolso de estos gastos es sumarlos al precio y formar con ello un sólo monto en la condena, lo que se desprende del uso del verbo *imputabit*.

Por la posición que tiene en el juicio, se entiende, que el comprador se asimila al detentador, con lo que tendría la obligación de custodia y conservación y, como contrapartida, el derecho a conseguir el reembolso de los gastos necesarios. Pero es de las noticias que tenemos de Pedio que Riccobono sostiene la interpolación del pasaje: *praecedentes impensas nominatim comprehendendas.* Considera que lo probable es que Paulo, con la guía de Pedio, hubiese considerado reembolsable varios casos de impensas necesarias, con exclusión de aquellas por la alimentación; y que, respecto de las realizadas antes de la aceptación del juicio, habría admitido la compensación únicamente por vía de la retención del esclavo. La alteración entonces no tiene otro motivo que "*la unificazione in diritto delle varie categorie di spese, e particolarmente in ordine alla repetibilità delle medesime per via di azione, costituisce una delle riforme più salienti attuate dal legislatore del VI secolo*" [482].

[481] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 169 y 170.

[482] "*la unificación en derecho de las varias categorías de gastos, y particularmente en orden a la repetibilidad de los mismos por vía de la acción, constituye una de las reformas más destacadas del*

2.3 CONTRATOS REALES

También en los contratos llamados reales[483] aparecen las impensas necesarias, en algunos pasajes admitidos como genuinos[484], del comodato y la prenda; justamente en éstos se menciona sólo los gastos "necesarios".

En general para Riccobono[485], no se aplica a estos casos más que la regla dada para los detentadores de cosa ajena, que se vio recién para el caso del arrendatario en la sentencia paulina de 2 *sententiarum*, D. 19.2.55.1. La regla ordinaria, es que a los detentadores temporales, en estos casos comodatario y acreedor prendario, el reembolso de los gastos computados en juicio se limita únicamente a los gastos necesarios; y donde tal determinación no aparece o se contemplan conjuntamente también las útiles, se manifiesta allí la acción de manipulación del codificador: quien tiene la obligación de restituir la cosa a un tercero (dueño), no puede sin su autorización realizar en la cosa un gasto útil o voluptuario, puesto que constituyen -por su función económica- actos de disposición que no están en la esfera de algún detentador.

Del comodato ilustra Juliano en un pasaje que se encuentra en el título *De furtis*, 3 *ex Minicio*, D. 47.2.60[486]:

> *...nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit.*
>
> ...porque si había hecho gastos necesarios en la cosa dada en comodato, le interesó recobrarlos con la retención, antes que ejercer la acción de comodato, entonces tendrá la acción de hurto.

Se concede acá la *actio furti* al comodatario, al que habíendosele hurtado la cosa que le había sido dada en comodato, hizo gastos en ella. Se le concede la acción del hurto para que pueda ejercitar la *retentio*. Lo único que se deprende de la fuente es que los gastos necesarios que hizo el comodatario en la cosa, en la medida que fuera de su interés recobrarlos, se podrían pedir.

---

legislador del siglo IV", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 170.

[483] WEGMANN, Adolfo: *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Mohr, Tübingen, 2017. A modo de ilustración, para los denominados contratos reales: vid., por todos, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 177, 212 y 213; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 417 a 425; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 y 29, 44 y 45; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 232 y 233; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 95 a 100 y 228 a 231.

[484] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 149.

[485] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 149.

[486] LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 486 (nt. 860).

En la prenda, aunque se trate al parecer de la fiducia[487], aparecen esta clase de gastos en el pasaje que se le atribuye a Paulo, indicado como Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 13.7.25, que señala en lo que ahora es relevante:

> *Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor.*
>
> Si los esclavos dados en prenda fueron instruidos en algún arte por el acreedor [prendario], si en realidad fueron instruidos, o [lo fueron] con voluntad del deudor, habrá la acción contraria: si verdaderamente no medió nada de esto, si las artes fueron realmente necesarias, habrá acción contraria, no sin embargo, de modo que el deudor se vea obligado a estar privado de los esclavos por el monto de los gastos.

Riccobono[488], a propósito de estos pasajes, sostiene que esta vez los compiladores equiparan los gastos necesarios a los útiles y limitan su reembolso a la medida que usualmente los juristas admitián para los poseedores de buena fe por los gastos útiles. La equivocación le parece clarisima (*si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic ut*), puesto que cuando el gasto es necesario se debía reembolsar íntegramente, y ello se debe a que los compiladores sacaron los ejemplos de gastos necesarios, equiparados por el jurista a los gastos hechos *voluntate debitoris* y lo sustituyeron por la frase *artificiis necessariis*, "*facendo un fascio delle spese necessariae e utile eseguite d'iniziativa del detentore*"[489]. Sostiene que es una expresión absurda "*per breviloquenza*"[490], ya que el esclavo que estaba dotado de condiciones puede ser necesario para el dueño y las fuentes lo indican como *servum necessarium*, pero no distinguen en el sentido objetivo las *artificia* necesarias o útiles.

---

[487] LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (cit. nt. 358), p. 291 nt. 3; LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 1027 (nt. 481); LENEL, Otto: *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000 [pero, 1889], cols. 629.

[488] Riccobono acusa de múltiples interpolaciones al pasaje paulino, que lo reconstruye: Paulus. *Si servos <fiduciae datos> artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris <iudicio fiduciae sumptus reciperabit: item si necessarias impensas fecerit in servum quem fiduciae causa acceperit, ut puta...> si vero nihil horum intercessit, <impensarum nomine onerari debitorem ignorantem vel invitum non oportet, ne> cogatur servis carere <propter> sumptus debitor. sicut enim neglegere creditorem <fides> quam praestat non patitur, ita nec* [*pretiosiorem*] *efficere rem <fiducia datam> un gravis sit debitori <fiduciae liberatio> puta saltum grandem <fiduciae> datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum <fiduciae> excoluisti sic, ut magni pretii faceres, alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 157 y 158. Lo consideran igualmente interpolado EISELE, Fridolin: "*Weitere Studien zum Texte der Digesten, IV*", ZSS [Romanistische Abteilung] 30 (1909), pp. 113 y 114; BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), pp. 132 ss.

[489] "*haciendo un manojo de los gastos necesarios y utiles exigidas por iniciativa del detentador*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 157.

[490] "*por brevilocuencia*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 156.

Para González-Palenzuela[491] este autor italiano estaría equivocado, puesto que la fuente no señala que el gasto de instrucción del esclavo sea "necesario", sólo que el *artificium* es necesario. Agrega -que en su opinión-, la extraña expresión *artificiis necessariis* consiste en un gasto "útil" y ello se prueba en el hecho de que el jurista le da el tratamiento de impensa útil.

En lo que importa, es que los gastos asumidos por el acreedor prendario sean de aquellos que le permitan cumplir con su obligación de restituir, esto es, aquellos que tienen lugar dentro de su deber de custodia, puesto que ellos benefician también al pignorante. En esto, la ausencia del reembolso produce un desmedro patrimonial de quien ha realizado el gasto, y a su vez, del enriquecimiento injustificado del deudor, como lo demuestran las fuentes.

Una decisión similar ofreció antes Pomponio, en 35 *ad Sabinum*, D. 13.7.8 pr, que señala:

Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.	Si hubiere hecho impensas necesarias en el esclavo o el fundo, que por causa de prenda acepté, no solamente tendré la retención, sino también la acción contraria de prenda: finge que di mi dinero en médicos, por el esclavo enfermo y éste falleció, lo mismo si reparé o reedifiqué una casa y después se quemó, no tengo qué poder retener.

Por su parte Pomponio otorga al acreedor prendario, además de la *retentio*, la acción contraria (*contrariam pigneraticiam actionem*) pues supone que la cosa dada en prenda ya no exista, al igual que lo hace Paulo en 31 *ad edictum*, D. 13.7.25 (*erit actio contraria*).

Otra vez Paulo, ahora en un pasaje de la *actio familiae eriscundae* otorga al acreedor prendario acción por los gastos necesarios hechos en la cosa dada en prenda en la parte final de 23 *ad edictum*, D. 10.2.29:

Sed huius rei ratio habebitur, quia quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.	Pero se tendrá razón de esto, por lo que el acreedor hizo, para ello se ha sostenido como si el deudor lo hubiese hecho por procurador y, por lo que a su cuenta por necesidad gastó, también entonces tiene el acreedor acción.

Para Biondi[492] la *actio contraria* es aplicada para los gastos hechos por el contratante en la cosa recibida, dependiendo del contrato que se trate. El depositario tiene derecho al reembolso de los gastos pero no a los de custodia porque ellos se consideran en la obligación de custodiar la cosa que ha asumido gratuitamente, pero si

[491] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 105.
[492] BIONDO, Biondi: *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953, p. 256.

los de mantenimiento, por ejemplo, la alimentación de los esclavos. A su juicio esos gastos no serían repetibles en el caso del comodato, ya que el comodatario usa gratuitamente la cosa; pero ellos tendrán derecho a los gastos realizados en la cura del esclavo enfermo como aparece en Modestino, 2 *differentiarum*, D. 16.3.23[493]. El acreedor pignoraticio tiene derecho al reembolso de los gastos de instrucción del esclavo recibido en prenda, siempre que tal instrucción hubiese sido iniciada por el otro contratante como se indica en 31 *ad edictum*, D. 13.7.25.

Respecto de estas fuentes cabe hacer algunas consideraciones generales. La primera, se expuso un poco antes: los tipos de gastos mencionados, a los que se entiende que se le da la categoría de necesarios, no encuentran un tratamiento uniforme en las fuentes clásicas. Los gastos destinados a la curación (*medicis cum aegrotaret servus*) e instrucción (*servos pigneratos artificiis instruxit*) de los esclavos y a la reparación de las casas (*insulam fulsisse vel refecisse*) como consideran Pomponio en D. 13.7.8 pr o Paulo en D. 13.7.25, que en estos pasajes -aunque como se vio recién no tan claramente-, son un gasto "necesario", sin embargo en otros pasajes son considerados como gastos útiles, y estos mismos pasajes fueron tomados anteriormente para demostración, y otros tales como Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1 (*doctrinam puerorum*), Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6 (*servos artes docuerit*) y Paulo, 2 *sententiarum*, D. 19.2.55.1 (*auxerit vel aedificaverit*), en los que los gastos se mencionan como útiles (o, al menos, como útiles y necesarias).

La segunda, es que sea como sea que lo justifique la romanistica, como lo hace Riccobono desde la crítica de la interpolación de las fuentes, o con los matices textuales a los que fuerza González-Palenzuela, una vez más, no se observa un tratamiento diferenciado de la *necessitas* y *utilitas*, lo que responde sólo al hecho de que los juristas romanos han introducido ambos conceptos desde la vida práctica y manteniendo su significación coloquial. Esto es lo que iguala finalmente los gastos necesarios y útiles.

2.4 IMPENSAS NECESARIAS EN LA LEY FALCIDIA Y *NECESSARIIS ET UTILIBUS IMPENSIS* EN LA *HEREDITATIS PETITIO*

En el título de la Ley Falcidia aparecen los gastos necesarios, en el pasaje paulino, *libro singulari ad legem Falcidiam*, D. 35.2.1.19:

> *De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. Et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantum*
>
> Se pregunta si los gastos hechos en razón de un monumento se deberán deducir. Y Sabino opina que se han de deducir, si hubiere sido necesario construir el monumento. Consultado Marcelo, si se debían deducirse como gastos

[493] Modestino, 2 *differentiarum*, D. 16.3.23: *Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.*

testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumptum est, deducendum. Nam eius, quod in extructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam: nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura. Idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum.	los del funeral y monumento, de la cuantía que el testador autorizó, respondió, que no se ha de deducir por tal título más que lo que se gastó por causa del funeral. Porque era diversa la causa de lo que se gastó en la construcción del monumento: no era la construcción del monumento tan necesaria, como los del funeral y la sepultura. Y por lo tanto, aquel a quien se le hubiera legado dinero para hacer un monumento habrá de soportar la Falcidia.

Sobre la pregunta, si los gastos hechos para la construcción de un monumento han de decucirse de la cuantía de la herencia, Paulo muestra las opiniones de Sabino y Marcelo. El primero se limita a concluir que si los gastos en la construcción fueron necesarios (*necessarium fuerit*), se habrán de deducir; aunque nada dice si en el caso hayan sido o no. Para Marcelo, en cambio, la construcción de un monumento no es un gasto "necesario" (*nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse*), podría incluso pensarse que a su juicio se trata de uno más bien de "lujo", puesto que lo distingue definitivamente de los gastos para el funeral y la sepultura (*funus ac sepultura*) que si tendrían ese carácter. Así las cosas, este jurista niega la deducción de estos gastos, de manera que el legatario en caso de hacerlos, responderá por la Falcidia.

Y la consideración de que la construcción del monumento haya sido "necesaria" (*necessariam esse*), tampoco puede entenderse como "jurídica", sino que responde a un uso coloquial. Esta misma opinión fue ya planteada por Reszczyński [494] cuando se refiere a las impensas hechas en la existencia biológica, dentro de las que reconoce distintas esferas, de cultura, valor espiritual, religioso, moral, etc. Dentro de éstas destaca el autor las *impensae funeris*, que especialmente -en su mayoría-, caracen de "valor patrimonial", y en sobre esta fuente, plantea que la "necesidad" del gasto, proclamando la *deductio*, lo único que indica es que el valor neto del patrimonio se avalúa después de la detracción del mismo.

La "necesidad" (*necessarium fuerit*) está determinada por considerar que el gasto se realiza "por causa del funeral" (*funeris causa consumptum est*) -como el funeral y la sepultura (*ut sit funus ac sepultura*)-; en la medida que no fuera tal, el gasto se vuelve en innecesario y por ello no ha de deducirse sino que habrá de soportar la Falcidia. En nada se relaciona dicho uso de término "necesario" con las definiciones que se han dicho de *impensae necessariae* como aquellas indispensables para la conservación de la cosa[495] o

[494] RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 241.

[495] Vid., por todos, v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 5; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 492; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; D`ORS, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), pp. 194 y 195; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 354; GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), p. 189; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 286; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 369 a 373; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 710; PÉREZ, "*El reembolso de los gastos dotales según la nueva regulación justinianea*" (cit. nt. 112), p. 2032.

los gastos cuya omisión producen la el perjuicio de la cosa en su valor o utilidad[496], u otras similares[497].

Y en un ámbito más próximo al tema de investigación, en la *hereditatis petitio*[498] se encuentran una serie de pasajes en los que se igualan los gastos necesarios a los útiles, influidos todos por la dictación del Senado Consulto Juvenciano del año 129 d. C.[499]. Gayo menciona las tres categorías de gastos en 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39:

> *Utiles autem necessariaeque sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia: aut in novelleta: aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, cum id utilius sit quam ipsos dedi: denique alias complures eiusdem generis esse impensas manifestum est.* 1. *Videamus tamen, ne et ad picturarum quoque et marmorum et ceterarum voluptariarum rerum impensas aeque proficiat nobis doli exceptio, si modo bonae fidei possessores simus: nam praedoni probe dicetur non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere: ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae*
>
> Pero son útiles y necesarias, por ejemplo, las que se hacen a modo de reparaciones de los edificios; o, en las nuevas plantaciones; o, cuando se paga la estimación del litigio de los esclavos, en caso de que sea más útil ello a que sean dados estos mismos; en fin, es manifiesto haber muchas otras impensas de este mismo género. 1. Veamos, sin embargo, que en efecto ecuamente nos corresponde las impensas con la excepción de dolo sea por las pinturas sea también por los mármoles sea por las demás cosas voluptuarias, siempre que seamos poseedores de buena fe: pues se dice de los ladrones ciertamente que no deben hacer impensas superfluas en la cosa ajena;

[496] v. *impensae necessariae*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285.

[497] "*aquellas que no se pueden omitir, en el sentido que el descuido deviene en un grave daño a la cosa, sea fundo o edificio*", RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 5.

[498] Vid., en esta sede por todos, RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 74; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 6 y 7; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 187 a 189; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 122 ss., 430 y 431; NARDI, "*Testi in origine relativi alla ritenzione?*" (cit. nt. 463), pp. 103 ss.; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 39 a 44; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 110 a 115.

[499] Parte de la doctrina entiende que previo a la dictación del Senado Consulto Juvenciano al poseedor de la herencia le eran aplicable espontáneamente los principios de la gestión de negocios, pero posteriormente, considerando sus repercusiones en materia de reclamación de herencia, se habría diferenciado la responsabilidad del condenado en el juicio seguido con ocasión de dicha acción, según su buena o mala fe, y con ello se le habrían aplicado los principios de la *reivindicatio*. Vid., por todos, LONGO, Giuseppe: *L'hereditatis petitio*, CEDAM, Milán, 1933, 166 ss.; BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto Romano*, 6, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963, p. 427; STURM, Fritz: "*Resc. Sandro Schipani, Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*", ZSS [Romanistische Abteilung] 90 (1973), pp. 450 ss.; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 y 29, 39 a 44; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 110 y 111; CASINOS, Francisco Javier: "*La repercusión del senadoconsulto juvenciano en materia de reclamación de herencia*", REHJ [Sección Derecho Romano] 23 (2001), pp. 53 a 74; CASINOS, Francisco Javier: *De Hereditatis Petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en el derecho romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155 y 156; GONZÁLEZ, Yuri: "*La responsabilidad del poseedor de buena fe respecto a los frutos e intereses en la perspectiva del senadoconsulto juvenciano*", Anuario Mexicano de Historia del Derecho 15 (2003), *passim*. Cfr. SCHIPANI, Sandro: *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, G. Giappichelli, Torino 1971, pp. 141 ss.

sine detrimento ipsius rei tolli possint.	pero que sin embargo tiene aquél la potestad de retirar aquellas que puedan ser apartadas sin detrimento de la cosa misma.

En el pasaje gayano se igualan las impensas útiles y necesarias (*utiles autem necessariaeque*) considerando dos aspectos: por una parte, los ejemplos mencionados lo son respecto de ambas categorías, tanto es así, que ambas se consideran como un género único (*eiusdem generis esse impensas*). Por la otra, se le otorga a ambos tipos de gastos el mismo remedio para obtener su reembolso, que ya para esta época era la *exceptio doli*[500]. Al parecer, el criterio que se tiene en cuenta para el reembolso es el de la utilidad (*cum id utilius sit*), a lo menos ello se señala expresamente en el caso del pago de la estimación del litigio noxal para la entrega del esclavo. Más aún, ambos tipos de gastos se oponen en conjunto a los voluptuarios (*ad picturarum quoque et marmorum et ceterarum voluptariarum rerum impensas*), para los que sólo se otorga un *ius tollendi*.

Riccobono[501], que acusa la interpolación de todos los pasajes en los que se igualan ambas categorías, en especial lo entiende de éste cuando en su primera parte reduce a un grupo único los gastos *utiles* y *necessariae*, prueba la interpolación con los mismos ejemplos que otorga Gayo: la introducción de *aut in novelleta* ha venido de la mano de los comisarios quienes han querido incorporar un ejemplo de gastos útil, cuando todo el resto se trata de gastos que en otras fuentes jurídicas son considerados como necesarios. En su segunda parte, la interpolación tiene lugar cuando se le otorga al poseedor de mala fe el *ius tollendi* para los gastos de lujo.

Para Bürge[502], al igual que en la dote, en D. 5.3.39 los criterios en la calificación de la administración se encuentran modificados, puesto que las típicas impensas necesarias se han ponderado bajo la regla de la *utilitas* y los ejemplos señalados no se mencionan en relación a una categoría determinada. Sin embargo, nada señala el autor sobre una posible interpolación.

---

[500] Nardi que revisa el pasaje desde la *retentio*, concluye que con la aplicación de los principios de Juvenciano, aunque de forma paulatina, se sustituye incluso la forma de la *deductio* por la *exceptio doli*, NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 433 ss.

[501] Entre otras, la reconstrucción propuesta por Riccobono extrae del pasaje *utiles autem* y mantiene sólo la categoría de gastos necesarios: [*Utiles autem*] *necessariae* [*que*] *sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia:* [*aut in novelleta*]; *aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, cum id utilius sit quam ipsos dedi: denique alias complures eiusdem generis esse impensas manifestum est*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 187 ss.

[502] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 41.

Y similar acusación hace sobre el pasaje de Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.38[503]:

> *Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur. Plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur, praedo autem non aliter, quam si res melior sit.*
>
> Sin duda puede distinguirse en las demás impensas necesarias y útiles, con el fin de que los poseedores de buena fe ciertamente puedan imputar éstas, pero el ladrón sólo debe quejarse de sí mismo de cualquier modo que gaste en una cosa ajena a sabiendas. Pero es más benigno tenerse el monto de las impensas también en cuenta para esta persona (ciertamente el peticionario [de la herencia] no debe obtener lucro del desembolso ajeno) y esto mismo [sc. las impensas] es contenido por el oficio del juez: pues no se requiere la excepción de dolo malo. En esto [sc. la buena o mala fe] puede haber sin duda una diferencia, de manera que ciertamente el poseedor de buena fe deduzca las impensas en todo caso, aunque no perdure la cosa en que se hicieron, tal como se consiguen por el tutor o el curador, en cambio el ladrón no de otra manera que si la cosa hubiera mejorado.

Para Paulo importaba poco distinguir los gastos necesarios de los útiles (*necessariis et utilibus impensis*), puesto que lo que busca el jurista es darle importancia a la forma que ellas -ambas en conjunto-, han de estimarse por el juez (*officio iudicis*), que debe tenerlas en cuenta por la introducción de la *exceptio doli*. Tampoco parece importarle, si la cosa sobre la que se hizo el gasto perdura o no, porque se podrán obtener igualmente, en este caso por su deducción (*omnimodo impensas deducat*).

Actualmente Carvajal[504] pone de relieve, especialmente en el texto paulino D. 5.3.38, la irrelevancia que se aprecia en las fuentes jurídicas de la distinción de impensas útiles y necesarias. Gayo simplemente las designa como "*utiles necessariaeque*", pues desde el punto de vista jurídico, sostiene este autor, tenían una única disciplina, donde la restitución del gasto era establecida a partir de la inclusión de la *exceptio doli* en la fórmula, beneficiando al poseedor de buena fe de la herencia. De este modo, cada especie de impensa ni tenía ni requería una entidad jurídica propia, por lo que ambas simplemente se expresaban estrechamente unidas por una conjunción. Más aún, que en el ejemplo propuesto por Gayo del pago de la estimación del litigio derivado de la acción noxal, ese pago debía de ser clasificado como "necesario" según lo dispuesto en 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79, pues evitaba la pérdida total del esclavo para su amo, pero sin embargo y como ya fue advertido, el criterio para considerar tal gasto como

[503] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 187 ss. También, COSTA, Emilio: *L'exceptio doli*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1970 [pero, Bologna 1897], pp. 48 ss.
[504] CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.

reembolsable es el de la "utilidad", no el de la "necesariedad" con lo cual se reafirma, dice el autor, "*el cierto relajo lingüístico que se observa en esta materia*"[505].

Opinión similar tiene del pasaje paulino 20 *ad edictum*, D. 5.3.38, aún reconociendo en éste algunos aspectos de intervención compilatoria, tampoco tendría valor las rígidas definiciones de D. 50.16.79, puesto que se declara que cualquiera que sea el gasto éste se le reembolsa al poseedor de buena fe; y cuando la cosa subsista y haya aumentado su valor (*res melior sit*), también al de mala fe. Con lo anterior se demuestra que la tripartición no es importante para el reembolso de los gastos, no sólo para el poseedor de buena fe, sino también para el de mala fe, "*puesto que el aumento de valor puede provenir de una impensa que tuvo por fin evitar la destrucción o deterioro de la cosa*"[506].

Pero ya antes con Papiniano se muestran ambas categorías igualadas en 2 *responsorum*, D. 5.3.51 pr:

Heres furiosi substituto vel sequentis gradus cognato fructus medii temporis, quibus per curatorem furiosus locupletior factus videtur, praestabit: exceptis videlicet impensis, quae circa eandem substantiam tam necessarie quam utiliter factae sunt. Sed et si quid circa furiosum necessarie fuerit expensum, et hoc excipiatur, nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest.	El heredero del furioso entregará al substituto o al cognado del siguiente grado, los frutos del tiempo medio, aquellos que al parecer hicieron más rico al curador del furioso: excepto evidentemente los gastos, que se hicieron tanto necesaria como utilmente, respecto a los bienes mismos. Pero y si respecto al furioso se hubiere por necesidad gastado, se exceptúe esto, si no tiene el furioso otros bienes suficientes con los que puede sustentarse.

Se admite acá que se descuenten, a los frutos percibidos por el curador del furioso durante el tiempo medio, los gastos necesarios y útiles hechos sobre los bienes, considerando, al igual como lo hace Gayo que el criterio para dicha operación es que los gastos hayan sido útiles, puesto claro que se trata de gastos *in fructus* y en caso concreto dichos frutos hicieron más rico al furioso (*quibus per curatorem furiosus locupletior factus videtur*). Pero incluso el jurista autoriza el descuento de aquellos gastos que califica ahora como necesarios (*necessarie fuerit expensum*) hechos en la persona del furioso cuando éste no tenga suficientes bienes para subsistir.

Riccobono[507] considera que el pasaje original tuvo que haber aplicado el principio que solamente los gastos necesarios y no los útiles hechos por el curador del

[505] CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.
[506] CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.
[507] Entre otras, la reconstrucción propuesta por Riccobono extrae del pasaje *utiles autem* y mantiene sólo la categoría de gastos necesarios: [*Utiles autem*] *necessariae* [*que*] *sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia:* [*aut in novelleta*]; *aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, cum id utilius sit quam ipsos dedi: denique alias complures eiusdem generis esse impensas manifestum est*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 187 ss.

furioso era computables, pero que sin embargo el pasaje fue modificado en armonía con el nuevo de derecho justinieaneo. Biondi[508], admitiendo la propuesta de Riccobono, sostiene en cambio, que el intento de los compiladores no fue en realidad el de equiparar los gastos útiles a los necesarios como se admite en general, sino más bien, de reafirmar el principio de que los gastos van primero a descontarse de los frutos.

De todo lo expuesto en este capítulo, se puede concluir que la tripartición no fue aplicada por los juristas clásicos de manera regular en ninguna de las materias, aún cuando se mencionan las distintas categorías. Al igual que en la dote, la distinción de las categorías no fue aplicada con claridad y de manera estable, muchas veces los gastos necesarios son tratados conjuntamente con los útiles, y sólo algunas veces se los pone en contradicción a los voluptuarios. Finalmente, el criterio para distinguirlos varía, puede ser algunas veces la *necessitas* en el caso de los gastos necesarios, pero también, y en especial cuando aparecen ambas, el criterio parece ser el de la *utilitas*. Se revisará ahora el panorama en la acción real de dominio.

[508] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 196.

CAPÍTULO IV

LA DOCTRINA DE LA TRIPARTICIÓN DE LAS *IMPENSAE* EN LA *REIVINDICATIO*

1. TRIPARTICIÓN DE LAS IMPENSAS EN LA *REIVINDICATIO*: *STATUS QUAESTIONIS*

La discusión romanística sobre la extensión de la tripartición de los gastos desde una materia particular hacia otras, está claramente inacabada. En este punto, las doctrinas se establecen entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Un buen número de autores sostiene que el esquema de las impensas de la dote fue aplicado por los juristas de la época clásica a otras esferas del derecho privado, y dentro de ellas, la *reivindicatio*. Como se dijo, esta es la postura que asume generalmente la manualística.

Para otros, dicha extensión no se produjo, y el régimen de reembolso de los gastos no tendrá ninguna disciplina común en las distintas esferas del derecho, de manera que el régimen de restitución de impensas en la *reivindicatio* constituiría un estatuto propio y particular al respecto.

1.1 TEORÍAS QUE SOSTIENEN LA EXTENSIÓN DE LA TRIPARTICIÓN

Ya Girard[509] sostuvo en su día que si bien la tripartición se inició en la obligación del marido respecto a los bienes dotales, la teoría de las impensas fue transportada incluso antes de los tiempos de Adriano a la materia de la reivindicación. En esta sede, se entrecruza -a su juicio poco felizmente- con la distinción de la buena y mala fe, extraña a su primer dominio. En este sistema, al poseedor de buena fe, se le reconoce el derecho a retener la cosa hasta recuperar el monto de las impensas necesarias y los gastos, o bien la plusvalía de las impensas útiles. Para las impensas voluptuarias no tiene sino, el derecho de sacar el producto, en tanto ello sea posible. Cuando se trata de un poseedor de mala fe, sólo podrá reclamar las necesarias y tendrá el *ius tollendi* por las otras impensas.

Para el autor francés, la introducción a la fórmula de la excepción de dolo lleva a sostener que, "*l'office du juge de la revendication comprend déjà le pouvoir d'apprécier les impenses et que par conséquent, si on insère l'exception, c'est pour donner au juge le pouvoir de repousser le demande au cas de refus de paiement du demandeur*"[510]. Por

[509] GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 368 y 369.

[510] "*el oficio del juez en la reivindicación, comprende ya el poder de apreciar las impensas y en consecuencia, si se inserta la excepción, es para dar al juez el poder de rechazar la demanda en el caso*

otro lado, en el caso de que el juez reconozca la excepción bien fundada y se pruebe, siguiendo las reglas generales, deberá absolver al demandado o condenarlo al saldo.

Para Riccobono[511], el sistema de reembolso que existía en el ámbito de la dote se mantiene inalterado en el periodo clásico, y se extiende a otras materias, en particular a la petición de herencia y la acción reivindicatoria. El punto de base del esquema presentado en la *reivindicatio*, radica en la carencia de alguna acción para perseguir su reembolso y dos son los motivos por los cuales el reembolso de las impensas hechas a la cosa fuera tan limitado: un motivo sustancial, que encuentra fundamento en el texto de Juliano, 39 *digestorum*, D. 12.6.33[512] (*nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse*). El texto da cuenta de que el propietario que reivindica un fundo, haya estado el poseedor de buena o mala fe, recibe aquello que es suyo con todas las impensas hechas al patrimonio, porque ninguna relación existe entre este último y el propietario que ejercita la acción reivindicatoria. El segundo motivo, es que el propietario al recuperar la cosa tiene derecho a tenerla en el estado en que se encuentra, por el principio *superficies solo cedit*, que es absoluto e inquebrantable. Así, la teoría de las impensas que se traslada desde la dote a la acción reivindicatoria tiene un régimen de reembolso que depende, por una parte, de la categoría de impensas de que se trate; y por la otra, de la calidad de quien ha hecho el gasto.

Para el autor[513], tan sólo el poseedor de buena fe puede pretender una devolución de las impensas necesarias y útiles. Por las necesarias, la compensación es debida en la medida de aquello que el poseedor ha gastado en realidad, en concepto de mano de obra y materiales usados de acuerdo a Gayo, *Inst.* 2.74 (*Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit*)[514]. Respecto de las útiles, la medida del reembolso la establece el texto de Celso en 3 *digestorum*, D. 6.1.38[515] (*In fundo alieno,*

---

de denegación de pago del demandante", GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 368 y 369 nt. 4.

511 RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 6 y 7; RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 74; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 16 nt. 1, 175, 325 y 380.

512 Juliano, 39 *digestorum*, D. 12.6.33: *...Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse*. El autor acusa la manipulación del texto en: *ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit*, y propone para el texto original: *Quod si nulla retentione facta domun tradisset incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 16 nt. 1.

513 RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 8.

514 Gayo, *Inst.* 2.74: *Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.*

515 Para este autor el pasaje se encuentra interpolado, en especial en la omisión de la *exceptio doli* y la autorización al juez del poder de deducir de la condena el valor de los gastos y es Justinano el que prescribe: *nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus,* [*eo deducto tu condemnandus es*], donde el texto genuino debía decir: *exceptione doli mali repellendus est*. Celso, *3 digestorum*, 6.1.38*: In*

quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur), que indica que el juez, ciertamente en virtud de la *exceptio doli*, tiene un amplio poder para avaluar todos los elementos objetivos y subjetivos y procurar que la compensación no resulte gravosa al propietario que reivindica la cosa suya. En efecto, a su juicio, el propietario nunca podrá ser obligado a contraer deudas o enajenar el fundo para pagar las impensas. El texto expresa esto diciendo, que el buen juez decidirá variadamente, según la persona y la causa: *bonus iudex varie ex personis causisque constituet*.

El reembolso puede conseguirse sólo mediante la *exceptio doli* que el demandado debe obtener del pretor. El texto admite además el *ius tollendi,* que significaba según Celso, que si el propietario no avistaba la posibilidad de pagar las impensas por el mejoramiento hecho por el poseedor de buena fe, éste, por lo menos, debía ser autorizado a quitar del edificio aquellas cosas que se podían quitar, sin violar la sustancia de la Ley de las XII Tablas. Por las impensas voluptuarias, no había reembolso alguno, salvo en el caso de que el propietario tuviese el propósito de vender el fundo o el edificio y hubiese recabado un mayor valor a causa de esos ornamentos.

Por su parte Biondi[516], siguiendo a Riccobono, sostiene igualmente que el poseedor podía hacer valer mediante una *exceptio doli* esta prestación contra el actor, por las impensas hechas sobre la cosa. Según el *ius civile,* el poseedor no tenía derecho a reembolso, porque para el principio *superficies solo cedit* "*tutti i miglioramenti si incorporano nella cosa e ne seguono le sorti*"[517]. Dada la rigurosidad impuesta por el Derecho civil, el pretor *aequitatis ratione,* otorgaba al poseedor la *exceptio doli* en el caso que el propietario no le reembolse las impensas, considerando que era doloso el simple hecho que se aprovechara de una inequidad del *ius civile* en detrimento del poseedor de buena fe; en cambio para el poseedor de mala fe no se admite ningún reembolso, porque él habría hecho gastos en una cosa que sabía que no era propia.

El reembolso tiene lugar sólo por medio de la excepción, la que determina que se produzca a favor del poseedor la *retentio* de la cosa. Dependerá la indemnización de la categoría de la impensa de que se tratare, fuera ésta necesaria, útil o voluptuaria. Por las

---

fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, [*dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas*] *neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus,* [*eo deducto tu condemnandus es*], RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 19 nt. 11 y 171 ss.

[516] BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 278 y nt. 114.

[517] "*todas las mejoras se incorporan a la cosa y siguen su suerte*". BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 278.

impensas necesarias, la indemnización es plena y absoluta; por las útiles el poseedor tiene derecho a la suma menor entre el gasto y el mejoramiento; y por las impensas voluptuarias, no hay derecho a la indemnización[518].

Bonfante[519] sostiene que la tripartición que encontramos en materia dotal, tiene propiamente un carácter general. Más aún, considera, que esta suerte de reconvención se encuentra en todos los campos en los que alguno se encuentra gozando o poseyendo, legal o ilegalmente, de buena o de mala fe, una cosa ajena, especialmente una cosa fructífera.

En el caso de la acción reivindicatoria el sistema de la responsabilidad está alterado por el intento de distinguir entre la buena y mala fe del poseedor. Para el autor, esta materia se habría desarrollado en el siguiente sentido: en el derecho clásico sólo el poseedor de buena fe tenía derecho de ser resarcido por los gastos. Por lo que concernía a los gastos necesarios ordinarios, esos venían descontados de la restitución de los frutos, porque *fructus non intelleguntur, nisi deductis impensis*. En los gastos necesarios extraordinarios y en los útiles, el resarcimiento se obtenía *officio iudicis*, pero el juez mismo debía tener en cuenta los frutos, de los cuales había gozado el poseedor y reducir en medida congrua la indemnización por los gastos.

Latorre[520], de manera indirecta, sin entrar a tratar el tema de la clasificación de las impensas, sostiene que instituciones propias de la dote así como la *doctrina puerorum*, aplicable al reembolso de las impensas útiles dotales, aparece transmitida a la acción reivindicatoria en Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5. Pero inmediatamente al autor previene "*Pero cuando en otros textos nos encontramos con limitaciones de este tipo aplicadas fuera del ámbito de la doctrina puerorum y mezcladas generalmente con lamentaciones sobre la triste suerte de los deudores pobres, no parece temerario afirmar que estamos ante glosas o reelaboraciones postclásicas*"[521].

1.2 TEORÍAS QUE DESCONOCEN LA EXTENSIÓN DE LA TRIPARTICIÓN

Para otros autores, la clasificación de las impensas no se traslada al ámbito de la acción reivindicatoria.

En su día Pernice[522] sostuvo que nos encontramos mal informados del reembolso de las impensas por parte del propietario reivindicante. Advierte que, antes que todo, ha de ser excluido de este ámbito el caso de la *inaedificatio*, que tradicionalmente se ha

[518] BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 278 a 279.
[519] BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 463.
[520] LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), p. 210.
[521] LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), p. 210.
[522] PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 380.

puesto como un caso de retención en sede de *impensae*. Aunque en ambas instituciones el reembolso se logre a través de la *exceptio doli* y el denominado derecho retención, el punto de partida en las impensas y en la edificación es distinto.

Para el autor, en el caso del "*Einbauen*" el principio *superficies solo cedit* sería ineludible, "*das auf fremdem Boden Gebaute oder Gepflanzte fällt daher unbedingt ins Eigentum des Grundeigentümers*"[523]. Así, el principio *superficies solo cedit* actuaría en este caso, tanto contra el poseedor de buena o de mala fe. Luego, de la interpretación de Gayo, 2 *rerum quotidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12[524] (*Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur*).

El constructor de buena fe tiene la *exceptio doli* para repeler la acción reivindicatoria del propietario del edificio. Con ésta puede obtener el pago del precio de los materiales y de los jornales y operarios, para el autor, los gastos en las más amplias dimensiones. Al de mala fe, en cambio, le será denegada. En algunos supuestos será el poseedor de mala fe autorizado a sacar el material construido en virtud del *ius tollendi*.

Al lado de la *inaedificatio*, sitúa Pernice, "*die Regeln über die eigentlichen Impensen*"[525]. Para el autor, un caso de *retentio propter impensa* es el que se encuentra en la *actio rei uxoriae*, pero similar a éste -advierte-, sería el que da Celso a las impensas en la acción reivindicatoria, en Celso 3, *digestorum*, D. 6.1.38. Por ende, en la época clásica se estaría reconociendo una real pretensión al poseedor de buena fe. Pero de inmediato reconoce el autor que esta transmisión lleva consigo ciertas dificultades: sin duda que "*die Einteilung der Impensen wird durchkreuzt vor der Rücksicht auf die bona und mala fides des Beklagten, die bei der Dotalklage gar keine Rolle spielen*"[526]. Se daría un régimen especial de reembolso en el cual el poseedor de buena fe, tiene retención incluso por las voluptuarias; en cambio el de mala fe tiene la retención respecto de las impensas útiles y sólo *ius tollendi* por las voluptuarias[527].

---

[523] "*lo construido o plantado en suelo ajeno cae, por lo tanto, necesariamente en propiedad del dueño del suelo*", PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 381.

[524] Gayo, 2 *rerum quotidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12: *Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum.*

[525] "*las reglas sobre las impensas propiamente tal*", PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 386.

[526] "*la clasificación de las impensas se cruzará con la consideración de la bona y mala fides del demandado, que en la acción dotal no jugó ningún papel*", PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 388. Vid. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 368 nt. 4; v. *impensas*, CORBELLA, *Enciclopedia Jurídica Española* (cit. nt. 1), p. 479.

[527] Sostiene que el favorecimiento del poseedor de buena fe se puede explicar tal vez en el texto del senadoconsulto Juvenciano. Según ello debe el poseedor sólo sacar, en lo que él resultó enriquecido.

Como ya se anunció Bürge[528], que dedica parte de su estudio de la retención a la tripartición de las impensas, es uno de los críticos más modernos a la doctrina tradicional que sostiene la extensión de la tripartición al resto de las materias del derecho, en especial a la que está en estudio. Según él, la doctrina de la tripartición surge de manera gradual, pero con un claro origen en la *actio rei uxoriae*, y en especial, en la consideración de las impensas necesarias. Sin embargo, reconoce la carencia de definiciones en las fuentes jurídicas romanas para las distintas clases de impensas, como se observa en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3[529] y Paulo 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1[530]. Así, la solución al problema del reembolso de los gastos viene dado de distinta manera en cada acción en particular[531].

A su juicio, la hipótesis de que la tripartición de las impensas tuvo también aplicación en la *reivindicatio*, o que ella tuvo incluso una significación principal, no tiene ningún sustento en las fuentes[532]. Lo anterior clarifica que la tripartición de las impensas no jugó ningún papel en la acción civil, en especial cuando se compara con acciones en las que sí tiene alguna función, como en la *negotiorum gestorum*, la dote, la *hereditatis petitio* y en las relaciones contractuales. Para el autor, son éstas las esferas en las que coinciden la clasificación de las impensas, la conciencia de la administración y la *Fremdbezogenheit der Handlung*[533], que ha su juicio no tiene sentido en la acción de dominio. Así, la cuantía del reembolso no depende de la asignación a una determinada

---

Puesto que el demandado no retuvo los frutos del proceso previo, como con la reivindicación, así parece la retención como una clase de compensación. Pero reconoce que los juristas fundamentan su decisión libremente no con Juvenciano. Más difícil de explicar es la situación del poseedor de mala fe. En cuanto a la *exceptio doli* por las impensas útiles, son dos los juristas que se refieren a ello, Gayo y Ulpiano, que nombran a ellas *praedo.* Cuando el poseedor mismo premeditadamente, mete algo de sus bienes en una cosa ajena, le deniegan derechamente la *exceptio doli*. Y esto es completamente generalizado: se puede el *praedo* admitir tan poco como al ladrón, ya que no puede invocar el dolo mientras el mismo ha cometido un delito. Esto significa entonces para Pernice, que se quiere imponer el contenido de la utilidad objetiva de las impensas sobre el error subjetivo del poseedor, PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), pp. 388 y 389.

[528] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 3 a 5 y 28 a 52.

[529] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait. Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit, aut si oliveta reiecta restauraverit, vel ex stipulatione damni infecti ne committatur praestiterit.*

[530] Paulo, 6 *ad Plautium*: "*Impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* 1. "*Utiles impensas*" *esse fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. Quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus.* 2. "*Voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.*

[531] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 y 29.

[532] "*An keiner einzigen Stelle werden nämlich für die* rei vindicatio *die Verwendungen in dieser Weise differenziert. Es wird nur generell von* impensae *oder* sumptus *gesprochen*" (*En ningún pasaje se diferencian de esta manera para la* rei vindicatio. *Se habla en general de* impensae *o* sumptus), BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 y 29.

[533] Conciencia de la ajenidad del acto, BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 29.

categoría de impensa, "*sondern in voller Höhe erfolgt uns lediglich in einigen Fällen modifiziert werden kann*"[534].

La consecuencia es que en la acción reivindicatoria, a diferencia de lo que ocurre en aquellos institutos en los que existe como supuesto la conciencia de la "ajenidad del acto", el demandado debe defender en juicio su posición frente a la afirmación del derecho de propiedad por parte del demandante. Para Bürge, la principal confusión es que la falta de ajenidad del acto en la *reivindicatio* implica que la *utilitas* y *necessitas* no operan como medida del reembolso de los gastos en el Derecho romano. Sostiene finalmente, apoyándose en las fuentes jurídicas, Ulpiano, 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9[535] (*nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit*) y Escévola, 2 *digestorum*, D. 4.4.39.1[536] (*nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit*), que en la acción reivindicatoria los gastos se deben reembolsar en todas las cuantías[537].

Para Reszczyński[538], en el estudio del término *impensa* -además de *impendere* e *impendium*- se requiere de un triple análisis: etimológico, del efectivo objeto indicado por el término y del contexto y las situaciones en las que viene usado el término. Así, todos los gastos pueden ser examinados desde dos aspectos: el económico y el jurídico. El análisis del primero, revela el sentido económico del gasto, su motivo, la destinación y cuando corresponde su efecto. El examen del otro, da su alcance en relación a la calificación jurídica del fenómeno, a la pertenencia del caso en el que resulta hecho el gasto en un cierto instituto jurídico, y su realización sometida a la regulación normativa.

Para el autor[539], la palabra más frecuente en el argumento dotal, para referirse a los gastos, es *impensa*. Sea que se trate de los gastos destinados a la dote como tal, o a un objeto singular que forme parte de la dote. Es un sustantivo que decididamente prevalece en los textos de los juristas romanos clásicos, tanto así que se encuentra en el título "*De impensis in res dotales factis*", que por otro lado es el único título que reconoce los diversos gastos hechos para los distintos fines, y a su juicio, contenidos dentro de un sólo instituto jurídico y una doctrina unitaria.

---

[534] "*sino que se verifica en el monto total, aunque sólo en algunos casos puede ser modificado*", BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 29.
[535] Ulpiano, 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9: *Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.*
[536] Escévola, 2 *digestorum*, D. 4.4.39.1: *Vendentibus curatoribus minoris fundum emptor extitit Lucius Titius et sex fere annis possedit et longe longeque rem meliorem fecit: quaero, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit. Respondi ex omnibus quae proponerentur vix esse restituendum, nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit, ei praestare, maxime cum sit ei paratum promptum auxilium curatoribus eis idoneis constitutis.*
[537] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 50.
[538] RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 203 a 212 y 231.
[539] RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 234.

Considera que, "*Solo nella sfera dell`applicazione di IMPENSA nell`argumento dotale sembra conseguente il tentativo di operare una tripartizione delle spese secondo i criterio: necessitas, utilitas, voluptas. I campi semantici di queste nozioni non sono del tutto separabili, ma sembra che la loro opposizione sia detteta prima di tutto dalla esperienza economica*"[540]. Concluye su monografía reconociendo al término impensa, en la tripartición dada por las categorías de necesarias, útiles y voluptuarias, un carácter de cuasi-técnico, y deja planteada en este punto una pregunta: "*se la tripartizione delle spese con le conseguenze giuridiche riguardante la materia dotale, nell`ambito della quale era verosimilmente nata, concerne in grado uguale anche altri campi del diritto. Fatto è che solo nell`ambito di questa prima le divisioni interne sono state operate con una certa rigorosità*"[541].

González-Palenzuela[542], sostiene que el reconocimiento de categorías en las impensas es propio de la materia de dote y no se extendió a otras esferas del derecho; en particular, en nuestro tema, a la acción reivindicatoria. Señala, "*la famosa tripartición que está en el centro de la teoría de las impensas, fue formulada por los juristas tardoclásicos en relación con la dote*".

Además, sostiene que una diferenciación de los gastos en esta sede corresponde ubicarla en una época más bien tardía, ya que los clásicos no utilizaron realmente la tripartición de los gastos a la hora de decidir cuáles habrían de reembolsarse o no. Considera que dar por hecho que la tripartición de las impensas nació para dar respuesta a una problemática común a todos los campos del derecho, es un error: "*Nosotros pensamos que en cada uno de los campos en los que se planteaba el tema de las impensas el tratamiento jurídico de las mismas debió de tener unos caracteres propios, un sentido distinto y una evolución peculiar, de acuerdo con la concreta relación existente entre las partes implicadas en este conflicto de intereses que las impensas suponen*"[543].

En la dote, señala, el reembolso de las impensas se justificaba y tenía pleno sentido. Suponía la consideración de los intereses de un patrimonio ajeno a aquél que gastó, a diferencia de lo que ocurre en el caso del poseedor que siempre actúa en nombre propio y en atención a sus propios intereses. A su juicio, los juristas clásicos habrían

---

[540] "*Sólo en la esfera de la aplicación de IMPENSA al argumento dotal, parece consecuente el intento de funcionar una tripartición de los gastos según los criterios: necessitas, utilitas, voluptas. El campo semántico de estas nociones no son del todo separables, pero parece que la sola oposición se ha dictado, antes que todo, de la experiencia económica*", RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 235 a 237.

[541] "*si la tripartición de los gastos con la consecuencia jurídica en materia dotal, en el ámbito en el cual era probablemente ha nacido, concierne en igual grado también otros campos del derecho. El hecho es que sólo en el ámbito de la primera la división interna ha sido hecha con cierta rigurosidad*", RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 252.

[542] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 37 y 38.

[543] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 48.

recurrido, en materia de la acción real, a la consideración del resultado del gasto, considerando también respecto del poseedor su buena y mala fe y asimismo "*ciertas circunstancias del caso concreto decididas todas ellas a la hora de determinar si el enriquecimiento que experimentaba el vencedor en un juicio reivindicatorio era contrario a la equidad o no*"[544]. Así, al poseedor de buena fe se le reconocería derecho a reembolso en la medida de lo gastado hasta el límite de su enriquecimiento. Se habrían establecido además correctivos para el reembolso y concedido incluso en ocasiones el *ius tollendi*. La forma para obtener el reembolso era la *exceptio doli* y el efecto del gasto había de mantenerse en el momento de la liquidación. Por lo mismo, no se distinguían a estos efectos entre gastos necesarios ni útiles, sino solamente entre gastos que producían enriquecimiento o no. En este sentido señala: "*En definitiva, el tratamiento de los gastos del poseedor estaba inspirado en la idea de enriquecimiento injusto, mientras que la idea de responsabilidad y de "ajeneidad" de la gestión, propias de la tripartición, no parecerían por ningún sitio*"[545].

2. LOS GASTOS EN LA *REIVINDICATIO*

La "doctrina" completa de la tripartición, esto es, la explicación íntegra de todas sus categorías -necesarias, útiles y voluptuarias-, consta sólo en las fuentes relativas a la dote de épocas tardoclásica y postclásica. Entre ellas, la más importante, es la de Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79, que se ha citado en este trabajo.

Sin embargo, como también ya se expuso, en el resto de las materias esta aplicación parece no haber tenido lugar de manera orgánica y sólo se aprecian algunas de sus categorías de manera aislada, y cuando aparecen tratadas conjuntamente -en especial las necesarias y útiles-, no parece que se haga respecto de ellas distinción alguna. El mismo fenómeno se observa a propósito de la *reivindicatio.*

Como se sabe, la regulación de la reivindicatoria se encuentra en los *Digesta* en D. 6.1: "*De rei vindicatione*", en el que se tratan todos los aspectos de la petición de cosas singulares, como anuncia Ulpiano en su inicio. Algunas observaciones sobre los pasajes de este título, aplicables también a otros supuestos de gastos en reivindicaciones que se encuentran fuera de éste. En primer lugar, de su totalidad, sólo una serie de ellos se refieren, de una u otra manera, a situaciones de reembolso de gastos; esto es, que a diferencia de la dote, no se dispuso fuera del título "*De rei vindicatione*" uno especial que regulase *De impensis in res evictas facti*, sino que sólo se consideró como un aspecto más de la acción *in rem*.

[544] Para la autora "*lo que llamaríamos ahora la mejora*". GONZÁLEZ-PALENZUELA, "*Los gastos del poseedor en el Código Civil desde la perspectiva del derecho romano*" (cit. nt. 418), p. 61.
[545] GONZÁLEZ-PALENZUELA, "*Los gastos del poseedor en el Código Civil desde la perspectiva del derecho romano*" (cit. nt. 418), p. 61.

Además, en ninguno de estos pasajes se encuentra una muestra completa de la "doctrina" de la tripartición. Tampoco se expone la clasificación conjunta de las distintas categorías de *impensae necessariae*, *utiles* o *voluptuariae,* ni aparecen de manera habitual y permanente. Más aún, como han indicado algunos autores[546], sólo en pocas fuentes se usan los términos de *impensa* o *sumptus* (o sus derivados), e incluso también el de *pretium*; los restantes, se limitan a mencionar supuestos concretos de gastos reembolsables.

La pluralidad terminológica demuestra, y como ya fuera expuesto en esta investigación, que no existió tampoco en la *reivindicatio* un lenguaje único y estable para designar el "gasto". Por su parte, el uso de ejemplos, confirma que la labor jurisprudencial de orientar al juez privado a fin de lograr una unificación en el *officium iudicis,* se trasladó también a esta *sedes materiae*; y no hay mejor ejemplo para citar que el pasaje celsino 3 *digestorum*, D. 6.1.38. Por ello no asombra, que en su mayoría destaque acá la regulación de dos ámbitos, el grupo de pasajes que regulan la enseñanza o instrucción del esclavo: los supuestos de la *doctrina puerorum* y los supuestos de accesión, en especial el caso de la *inaedificatio*.

Finalmente, como se expondrá, la calificación tripartita no adquiere en la reivindicatoria -aunque algo se adelantó de esto en la dote-, un contenido técnico-jurídico único, sino que aparece más bien como un vocabulario práctico, económico, o bien, "contable", desde luego jurídicamente atécnico, que ayudaba al jurista en su labor de orientación para la correcta estimación del litigio por parte del *iudex*. Estos, además de otros asuntos, se revisarán a continuación en las fuentes jurídicas.

2.1 LAS CATEGORÍAS DE GASTOS: *IMPENSAE IN FRUCTUS*-*IMPENSAE NECESSARIAE ET UTILES*

La aparición conjunta de las categorías de gastos necesarios y útiles se aprecia en este periodo de manera extraordinaria sólo en dos pasajes del Digesto. El primero de ellos, que se refiere además a los gastos *in fructus*, es el texto de Papiniano, 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1 que señala:

> *Fructus ex praediis, quae in dotem data videbantur, bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem absumptos, quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. Sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad*
>
> Los frutos de los predios, que se consideran dados en dote, percibidos de buena fe y consumidos en cargas de la mujer antes de la causa sobre su condición de libre, aunque después constare que fue esclava, concuerdo en que no se pueden pedir. Los gastos verdaderamente necesarios y útiles hechos en

[546] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 30, 41 y 87 ss.; CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.

finem superflui servari convenit.	los predios que se consideraban dotales, conviene que se retengan, hasta el límite de lo sobrante, compensados los frutos percibidos.

Si bien la fuente se refiere a materia dotal[547], este pasaje debe entenderse como un caso de reivindicación. Se trata del supuesto marido que detenta un predio que ha reputado como dotal, pero frente a la inexistencia del matrimonio, queda en realidad en la condición de poseedor frente al posible reivindicante. Papiniano, por una parte, considera inexigibles los frutos de estos predios dotales, percibidos de buena fe y consumidos en cargas de la mujer antes de la causa de su libertad. Por la otra, estima que los gastos necesarios y útiles hechos sobre el fundo dotal deben compensarse con los frutos percibidos hasta terminar el exceso. Lo que importa, es que no hace ninguna distinción entre ambas categorías para efectos de la compensación: *Sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.*

Para Riccobono[548], Papiniano admite el reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos en el fundo que se tenía como dotal, porque el jurista pone de manifiesto, que no existiendo el matrimonio, "*il supposto marito si trova in realità nella condizione guiridica del* bonae fidei possessor, *e la decisione fluisce in tutti i particolari dai principi della* b. f. possessio"[549]. Como se sabe, éste es uno de los mayores defensores de la expansión de la doctrina de la tripartición de las impensas a la reivindicación, y a los juicios petitorios en general; y considera que en éstos, el poseedor de buena fe puede pretender el reembolso de las impensas necesarias y útiles, aunque con diferencia en la mesura dependiendo de la categoría del gasto[550].

Por su parte González-Palenzuela, estima que la razón por la que no se haga distinción entre los gastos necesarios y útiles, es que aun siendo el marido un poseedor de buena fe, se aplican en este caso los principios propios de la *actio rei uxoriae*, puesto que el marido se comporta con el convencimiento de que está frente a una dote, como ve la autora española que ocurre en otro pasaje similar de Papiniano, 32 *quaestionum*, D. 23.2.61[551]. De este modo, tal como el marido hace suyo los frutos percibidos de buena fe y gastados en cargas de la mujer, tiene derecho a retener los gastos que hizo necesaria y útilmente, atendiendo a los intereses de la mujer. Y agrega, "*Pero como los predios son*

[547] LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 487), cols. 899 (nt. 504).
[548] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 221 ss.
[549] "*el supuesto marido se encuentra en realidad en la condición jurídica del* bonae fidei possessor, *y en la decisión fluye en todo las particularidades de los principios de la* b. f. possessio", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 221 nt. 148. En este sentido también RICCOBONO, Salvatore Jr.: "*Miscellanea critico storica*", AUPA 17 (1937), pp. 59 y 60.
[550] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 7 a 10.
[551] Papiniano, 32 *quaestionum*, D. 23.2.61: *Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio de dote redditurus esset maritus solvere debet.* Sobre las alteraciones y el sentido del pasaje, vid. SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 91 y 92 ss.

reivindicados será necesaria la excepción de una excepcio doli para que el marido putativo pueda servari impensas *en el seno del* iudicium strictum"[552].

No convence el razonamiento de esta autora de aplicar los principios de la *actio rei uxorie* a la *reivindicatio* y atribuir a ello la razón de la igualación de ambas categorías gastos. Lo anterior, por lo expuesto en el capítulo introductorio, ya que ni aún en la dote la doctrina la tripartición se ve aplicada de forma estable, de manera que si se trata éste de un caso de reivindicación, se presenta aún más factible su igualación.

Ocurre, que el gran jurista severiano no se ha preocupado mayormente de este asunto. Lo único que informa, es que los gastos necesarios y utiles, o más bien, que los gastos verdaderamente necesarios y útiles hechos en los predios (*sumptus vero necessarios et utiles in praedia*), son aquellos que exceden en su cuantía al valor de los frutos percibidos una vez realizada la compensación. Papiniano no centra su preocupación en la delimitación de alguna categoría de gastos, ni tampoco atiende a las que fueron ofrecidas por sus discípulos en materia de dote, sino que procura el reembolso de ellos cuando estima que hayan "mejorado" el fundo, puesto que en sus palabras han mejorado el fundo, como señala en 11 *responsorum*, D. 20.1.1.4[553], cuando los gastos han sido mayores que los frutos: *scilicet si maiores sumptus quam fructus fuissent, quos vir ex praedio percepit*. Y son estas las ideas que se repiten en el título de la *reivindicatio* en sus *responsorum* de D. 6.1.48 y D. 6.1.65 pr, aunque en estos pasajes haga referencia sólo a *sumptum* sin ninguna calificación.

El segundo pasaje es de Juliano en 18 *digestorum*, D. 39.6.14:

Si mortis causa donatus fundus est et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant.	Si un fundo es donado por causa de muerte, y en él se hubieran hecho gastos necesarios y útiles, los reivindicantes del fundo serán repelidos con la excepción de dolo malo, sino restituyeran su precio.

Se trata de un caso de donación por causa de muerte[554], en el que jurista, frente al ejercicio de la acción reivindicatoria, autoriza a oponer la excepción de dolo para obtener el reembolso de los gastos necesarios y útiles, igualando de esta forma ambas categorías de gastos. La doctrina que ha revisado esta fuente no está de acuerdo en el tratamiento jurídico que recibió este donatario.

---

[552] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 90 y 91.

[553] Papiniano, 11 *responsorum*, D. 20.1.1.4: *Cum praedium uxor viro donasset idque praedium vir pignori dedisset, post divortium mulier possessionem praedii sui reciperavit et idem praedium ob debitum viri pignori dedit. In ea dumtaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit meliore praedio facto, scilicet si maiores sumptus quam fructus fuissent, quos vir ex praedio percepit: etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur.*

[554] Cfr. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 370 (nt. 307).

Senn[555] sostiene que el *accipiens* es naturalmente asimilado, en lo que se concerne a las impensas, al poseedor de buena fe que cree que la cosa es suya, y con ello gasta según su exclusivo criterio, con lo que se encontraría justificado el reembolso de los gastos útiles.

Riccobono[556], sostiene que en la donación por causa de muerte el donante al reclamar la cosa debe reembolsar al donatario los gastos necesarios, pero no los útiles, que podrían constituir una gran carga para el propietario. Al respecto vale el principio general que el poseedor obligado a restitutir la cosa, no puede realizar sobre la misma sin autorización del propietario, un gasto útil o voluptuario (*impensae utiles* en el caso), lo que deriva en que éstos son irrepetibles y no dan lugar siquiera a una obligación natural. Así las cosas, no le cabe duda de que se trata de un pasaje que ha sido alterado, y que el autor reconstruye a su conveniencia dejando fuera el reembolso por los gastos útiles[557].

Para Amelotti[558], mientras la condición se encuentre pendiente debía hacerse cargo de los gastos, y una vez ocurrida, tendría él o sus herederos la *exceptio doli* para obtener su reembolso. Siguiendo a Riccobono, sostiene también que la referencia a los gastos útiles está interpolada -Juliano no las habría mencionado-, teniendo presente que en la *traditio* condicional *si mors secuta fuerit* el donatario, pendiente la condición, es un mero detentador, sabiendo entonces que debe restituir. Así, él debe realizar los gastos necesarios, los cuales sirven para tutelar la existencia de la cosa y hacen nacer la obligación de restituir. Esto es improbable respecto de las útiles, puesto que ello constituye imponerle una carga excesiva. En esto, el fragmento no sólo prevee el reembolso de los gastos útiles, además le impone su total reembolso (*pretium earum*), sin aplicar el criterio equitativo establecido para el poseedor de buena fe que también es digno de protección conforme al texto celsino, 3 *digestorum*, D. 6.1.38[559].

Por su parte González-Palenzuela entiende que se trata acá de una donación sometida a condición, o revocable madiante *condictio*, en la que el donatario mientras tiene la cosa en su poder "*tiene la consciencia de la inestabilidad de su situación*"[560] y debe suponer la posibilidad de restituir la cosa. Así, su situación no se puede equiparar a la de un poseedor de buena fe, pero tampoco a la del simple detentador, sino que se debe asimilar a la del marido que debe restituir la dote en caso que el matrimonio se disuelva,

[555] SENN, Félix: *Études sur le droit des obligations*, 1, L. Tenin, Paris, 1914, p. 149.
[556] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 150 y 151, 230 y 231.
[557] En la resconstrucción de Riccobono, D. 39, 6, 14 (Iul. 18 *dig.*): *Si mortis causa donatus fundus est et in eum impensae necessariae* [*atque utiles*] *factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant.*
[558] AMELOTTI, Mario: *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, A. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953, pp. 87 a 89.
[559] AMELOTTI, *La "donatio mortis causa" in diritto romano* (cit. nt. 558), p. 89 nt. 24.
[560] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 92.

o a la del acreedor fiduciario que es propietario de la cosa hasta que sobrevenga el pago de la deuda. Los gastos útiles habrían sido incluidos en el texto como gastos reembolsables, porque que el donatario sabe que debe restituir en caso de que la condición no se cumpla o que la donación sea revocada.

No hay suficientes motivos para desconocer la calidad de poseedor vencido del donatario, como opina Senn, y atribuirle una condición distinta. Con ello, tampoco los habría para que el jurista sabiano negara el reembolso de los gastos útiles. De la equiparación de la clasificación de las impensas, ya Ulpiano dio cuenta del parecer de Juliano y como éste a propósito de la *negotiorum gestorum* siguiendo a Labeón daba el carácter de *impensa necessaria* a la reparación de la casa o a la curación de un esclavo si era producto de una gestión útil (*utiliter gessit*) en 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1.

No queda más que concluir -siendo éstos los dos únicos pasajes en las que se sitúan conjuntamente los gastos necesarios y útiles-, que el tratamiento de la doctrina de la tripartición de los gastos *in rem* en la *reivindicatio*, ha sido una elaboración doctrinaria antes que de las fuentes jurídicas.

Con todo, en especial que la aparición de las categorías es muy limitada en esta *sedes*, tanto que muchas veces, se encuentran sólo los algunos términos que dan cuenta de la realización de gastos, o incluso sólo su ejemplificación (eje central de esta investigación), no cabe entonces sino revisar los casos de gastos propuestos por los juristas en la acción real y la problemática que a propósito de ello se observa.

2.2 EJEMPLOS DE *IMPENSAE* EN CASOS DE REIVINDICACIÓN

Ya se mencionó que las fuentes jurídicas que se refieren a la realización de *impensae* o *sumptus* en la *reivindicatio* lo hacen en dos grandes ámbitos, el que se relaciona con los esclavos y aquél de los predios o fundos. En el primero, destacan especialmente, los pasajes que tratan la enseñanza o instrucción del esclavo, esto es, la *doctrina puerorum.* Los segundos son en su mayoría supuestos de accesión, dentro de ellos el más recurrido por los juristas es el de la *inaedificatio*. Los ejemplos detectados son los que siguen.

2.2.1 Gastos de defensa en juicio, cura, alimentación y otros gastos del esclavo

La defensa en el juicio noxal se encuentra en sede de la *reivindicatio* en el pasaje paulino de 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5:

Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut	Lo mismo es también [sc. por la excepción de dolo malo se debe tener razón de los gastos],

in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium.	si defendió al esclavo en juicio noxal y condenado pagó el dinero, o si por error edificó una casa en solar que fue del demandante: a menos que, sin embargo, el demandante disponga que se demuela el edificio.

El dinero pagado por la condena en el juicio noxal del esclavo, antes de contestada la demanda, es un gasto que se debe reembolsar, que el jurista asimila a la edificación de una casa en solar ajeno (*insulam aedificavit*), que pronto se revisará. Nada señala si se trata aquí de una especial categoría de gastos, sino sólo que se deberán tener en cuenta en la reivindicación del demandante con la *exceptio doli*.

Lo mismo sobre la defensa en juicio noxal, tratada ahora por Paulo en conjunto a la cura del esclavo, que aparecen en 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4:

Si ex donatione alterius rem meam teneas et eam subripiam, ita demum furti te agere mecum posse Iulianus ait, si intersit tua retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis.	Si por donación de otro tuvieras una cosa mía y yo te la hurtase, dice Juliano, que puedes ejercitar la acción de hurto contra mí, si te interesara retener tu posesión, por ejemplo, si en el juicio noxal defendiste al esclavo donado, o si enfermo lo curaste, de suerte que hayas de tener justa retención contra el que lo reivindica.

Se muestra acá la decisión de Juliano, que concede la acción de hurto con la sóla finalidad de retener la posesión de una cosa donada, y frente a la *reivindicatio* poder exigir los gastos hechos en ella. El jurista no usa ningún término que indique que se tratan siquiera de "gastos", sino que se limita señalar casos por los que se autorizará una justa retención (*iustam retentionem*), cuando en el juicio noxal se ha defendido al esclavo (*noxali iudicio defendisti*) o se ha curado de una enfermedad (*aegrum curaveris*).

Pero sobre los gastos en la curación del esclavo se requiere recordar, puesto que ya se mencionó en el capítulo inicial, que las fuentes jurídicas distinguen entre los gastos *in fructus*, que se aplican en la cosa pero están destinados a la producción, recolección y conservación de sus frutos; de los *in rem*, que recaen sobre la cosa misma. También, la enorme dificultad que conlleva esta distinción, que se encuentra determinada antes bien por situaciones de la vida práctica que por calificaciones jurídicas[561]. Es sabido, que si bien este tipo de gastos son siempre necesarios para la conservación del esclavo, se

[561] A esto se refiere especialmente Reszczyński en gran parte de su monografía "*Impendere, Impensa, Impendium*" cuando trata de los gastos que atienden a la subsistencia y a la enfermedad del esclavo, como señala gastos por la "familia". A su juicio, del punto de vista económico son gastos de conservación de los medios de producción, como lo es mano de obra, con gran espectitiva de obtener con ello ventajas económicas. Pero advierte que la dificultad en su apreciación es, justamente, que han sido considerados en las fuentes como gastos *in rem* e *in fructus*, RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 224 SS.

encuentran en algunas fuentes como gastos *in fructus*[562]. En este caso, sin embargo, se autoriza la retención de la cosa para que se tengan en cuenta los gastos, por tanto se trata de un gasto *in rem*.

Para Riccobono[563], ambos supuestos son ejemplos típicos que las fuentes reportan como gastos necesarios hechos en los siervos, la *defensio* en el juicio noxal y la cura de la enfermedad, en la medida que ellos denotan el interés del dueño por tener al siervo y con ello la "necesariedad" del gasto. No es posible seguir en esto al romanista italiano, y nos quedamos más bien con lo dicho sobre la postura de Papiniano para los gastos *in fructus*: se autoriza en estos casos tener en cuenta estos gastos, en la medida de que no haya posibilidad de deducirlos de los frutos, es por ello que podrían entenderse como *in rem*.

Y similar a los gastos de curación del esclavo, ocurre para los de alimentación, y como se continuará viendo, algunos otros que recaen en esclavos. Aunque son necesarios para la conservación de éste, aparecen en una serie de pasajes del Digesto como gastos considerados *in fructus*[564]. Ahora bien, en esta *sedes materiae* se refiere el pasaje de Ulpiano del título *De doli mali et metus exceptione*, 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9:

Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.	Si un menor me hubiere donado un infante, y después lo reivindicara, ha de ser repelido con la excepción de dolo malo, sino restituyera los alimentos y algún otro gasto probable que se haya hecho en él.

Se autoriza a obtener el reembolso de la alimentación del esclavo (*alimenta reddat*) y, también, de algún otro gasto que se haya hecho en él (*alius sumptus probabilis in eum factus*) a través de la *exceptio doli*. Se entienden entonces los *alimenta*

[562] Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 7.1.45: *Sicut impendia cibariorum in servum, cuius usus fructus ad aliquem pertinet*; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 13.6.18.2: *...veluti de impensis in valetudinem servi factis … nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset*; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16: *Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur.*

[563] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 157 y 188 (especialmente nt. 45).

[564] Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D. 7.1.7.2: *quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta*; Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 7.1.45: *Sicut impendia cibariorum in servum, cuius usus fructus ad aliquem pertinet*; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 13.6.18.2: *modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant*; Paulo, 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.30.1: *sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 24.1.28.1: *Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit aut in doctrinam aut alimenta, non servatur marito, quia ipse ministeriis eorum utitur.*

como una *impensa in rem* y se equipara acá a "otros gastos probables" (*sumptus probabilis*) de ser reembolsados, sin que señale respecto de este ninguna categoría[565].

La autorización dada se puede justificar en que en el caso concreto no se han producido frutos[566], o a lo menos el jurista no da noticias de ello, pero no porque ese sea un supuesto general, como al parecer se ha sostenido de que el infante donado no esté "*aún en condiciones de procurar rendimiento alguno*"[567], porque de lo que si hay noticias es que los esclavos infantes prestaban servicios, especialmente destinados a labores agricolas y sexuales, y por ende, como una norma general, estaban en condiciones de procurar rendimiento[568].

Finalmente, llama la atención otro pasaje del jurista de Tiro, en el que -otra vez- autoriza a recuperar por medio de la *exceptio doli*, que se opone a la *reivindicatio* del dueño del esclavo, sus salarios y gastos en 5 *quaestionum*, D. 19.1.45.1:

> *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. Quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit,*
>
> Más claro se veía esto, si me hubieres vendido un solar ajeno y en él yo hubiere edificado y así fue evicto por su dueño: puesto que puedo repeler al que reclama el dominio con la excepción de dolo malo, si no pagaste el gasto de los edificios, es más cierto, que esto no corresponda al riesgo del vendedor. Lo que también se ha de decir del esclavo, si fuera evicto en esclavitud, no en libertad, de suerte que el dueño deba pagar los salarios y los gastos. Porque si el comprador no poseyera el edificio o el esclavo, tendrá la acción de compra. Más, en todos estos casos, si a sabiendas vende lo ajeno, de todos modos

[565] Para Riccobono no es auténtico *et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit*, en especial el término *probabilis* que en este caso está malipulado con la finalidad para determinar el gasto, a diferencia del uso que le da Papinano en el pasaje comentado en la primera parte 2 *responsorum*, D. 3.5.30.7 (*sed qui sumptus necessarios ac probabiles*), donde está utilizado para determinar el límite del gasto, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 191 nt. 53.

[566] Siguiendo en esto a Buckland, los frutos en el caso de los esclavos, pueden ser de muchas especies, dentro de ellos pueden significar las ganancias y resultados que puedan obtener de su labor, que incluso un *impubes* puede realizar, como aparecen en Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5 sobre la educación del niño esclavo (*si puerum meum, cum possideres, erudisses*) y D. 6.1.31 de los frutos del esclavo (*quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt*), BUCKLAND, W.W.: *The Roman Law of Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010 [pero, 1908], pp. 10 a 12.

[567] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 129.

[568] Vid., por todos, MORABITO, Marcel: *Les réalités des l'esclavage d'après le Digeste*, Centre de Recherches d'Histoire Ancienne 39 (1981), *passim* (especialmente para fuentes, pp. 81 ss.), BRADLEY, Keith: *Slavery and Society at Rome*, Cambridge University Prees, Cambridge, 1994, *passim* (especialmente p. 68 ss.); WIEDEMANN, Thomas: *Greek and Roman Slavery*, Routledge, London-New York, 2003, *passim*; BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (cit. nt. 566), pp. 10 ss.; GEORGE, Michele: "*Cupid Punished: Reflections on a Roman Genre Scene*", Roman Slavery and Roman Material Culture, (edit.), University of Toronto Prees, Toronto-Buffalo-London, 2013, pp. 158 a 179; PERRY, Matthew: *Gender, Manumission, and the Roman Freedwoman*, Cambridge University Prees, New York, 2014, *passim*. Incluso revisar, TONER, Jerry: *The Roman Guide to Slave Management*, The Overlook Press, New York, 2014.

omnimodo teneri debet. debe quedar obligado.

Y aunque la crítica no está conteste si el pasaje se refiere a un supuesto de daños antes que a la problemática de los gastos, no asombra la decisión de Paulo en lo que concierne al reembolso.

Albertario[569], lo sigue González-Palenzuela[570], afirma la clasicidad del pasaje, pero sostiene que no sería un caso de reembolso de gastos, sino un asunto de resarcimiento del daño que sufre el comprador de cosa ajena estando de buena fe como consecuencia de la evicción, que se puede obtener en el juicio del contrato. Por ello no importa acá hacer una distinción del tipo de gasto de que se trata.

Según Riccobono[571] el derecho clásico no dispuso norma especial para el reembolso de los gastos hechos por el comprador en la cosa evicta, puesto que ellos son de cargo del reivindicante y no del vendedor por el *iudicium empti*. Por supuesto, que el texto expuesto se encontraría interpolado cuando no hace ninguna distinción de los gastos, atendiendo al nuevo derecho que impone la codificación justinianea; y en lo que se trata acá, al poner bajo un mismo régimen los gastos hechos en el solar y aquellos del esclavo y desde luego *praestare mercedes et impensas* es de origen bizantino, que es de frecuente aparición en los pasajes interpolados[572]. Por una parte porque *impensas* da cuenta de una ilimitación de los gastos reembolsables; y, por la otra, a causa de la voz *mercedes* sin especificación, pudiendo designar incluso lo adquirido por el poseedor por obra del esclavo, cuando sin embargo se quiere indicar los salarios pagados para el siervo, y la interpolación iría en que un jurista clásico lo hubiese especificado para distinguir justamente los gastos necesarios de los útiles.

Desde el punto de esta investigación, nada obsta a que Paulo haya concedido al poseedor ambas posibilidades, y sea necesario elegir si es un caso de reembolso de impensas o resarcimiento de daños. El asunto es que se otorgan ambos remedios, el primero que le permite al poseedor obtener el reembolso de los gastos a través de la *exceptio doli* en el juicio reivindicatorio (*doli mali exceptione summovere*); o bien, en caso de no tener la cosa la posibilidad de perseguir al vendedor por los gastos en el el *iudicium empti*.

---

569 ALBERTARIO, "*Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla ´res evicta`*" (cit. nt. 95), pp. [483].
570 GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 219 nt. 189.
571 RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 222.
572 Ulpiano, 1 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.1.23.9:... *non solum si ipse fructus percepit mercedesve a servo vel conductore servi accepit*; Papiniano, 17 *quaestionum*, D. 33.2.2:... *ex operis mercedem percipere legatarius potest.*

Ahora bien, la crítica de Riccobono apunta otra vez a la igualación justineanea de ambas categorías, contraria a lo que se postula en esta investigación. Más aún, si se tiene en cuenta lo observado en el capítulo inicial -sobre el uso del término *pretium*-, que ocurría en Gayo, D. 41.1.7.12 donde aparecen incluso asimilados *mercedes* e *impensas* para efecto de su reembolso: ...*si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli*, además de las opiniones de Monier y Musumeci sobre ello. Luego se volverá sobre el pasaje gayano.

2.2.2 Gastos de educación del esclavo: *doctrinam puerorum*

También este gasto es controvertido, en cuanto a que en las fuentes es mencionado en ocasiones como un gasto *in rem*, mientras que en otras aparece como *in fructus*. El argumento de la *doctrina puerorum* se encuentra dispuesto por los compiladores en una serie de pasajes que inician en la parte final de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5 donde se expone de la siguiente forma:

Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.	Pero si a un niño esclavo mío, que poseo, lo hubiese educado, estima Próculo que no ha de observarse lo mismo [sc. por la excepción de dolo malo se debe tener razón de los gastos o consentir en la demolición del edificio], porque ni yo debo ser privado de mi esclavo, ni puede aplicarse el mismo remedio, que respecto del solar hemos dicho.
Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.28: *Forte quod pictorem aut librarium docueris. Dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse,*	Gayo, 7 al edicto provincial, D. 6.1.28: Lo que acaso hubieres enseñado al pintor o al librero. Se dice que no puede ser de otro modo estimado que por el oficio del juez,
Pomponio, 21 *ad Quintum Mucium*, D. 6.1.29: *Nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium,*	Pomponio, 21 a Quinto Muncio, D. 6.1.29: A menos lo tengas para venderlo y hayas de conseguir por él mayor precio por razón de su arte,
Gayo, **7** *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30: *Aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*	Gayo, 7 al edicto provincial, D. 6.1.30: O si antes hubieras denunciado al actor, para que pagase el gasto, y disimuló [el actor], se haya opuesto la excepción de dolo malo.
Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31: *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*	Paulo, 21 al edicto, D. 6.1.31: Por lo demás, cuando se trata de los frutos del esclavo reclamado, no sólo se ha de observar su pubertad, porque también del impúbero se pueden conseguir ciertas labores. Sin embargo, excesivamente querrá el demandante que se estimen los frutos, que pudieron percibirse de su arte, porque el arte lo aprendió por el gasto del poseedor.

Modestino, 8 *differentiarum*, D. 6.1.32: *Quod si artificem fecerit, post vicensimum quintum annum eius, qui artificium consecutus est, impensae factae poterunt pensari.*	Modestino, 8 diferencias, D. 6.1.32: si lo hubiere hecho artífice, después de los veinticinco años, el que aprendió un arte, podrá considerar los gastos hechos.

Las fuentes muestran lo siguiente: Paulo en D. 6.1.27.5, siguiendo la opinión de Próculo, niega el reembolso de los gastos cuando ello implique una carga tal que el propietario fuera privado del esclavo (*neque carere servo meo debeam*), puesto que en el caso no es posible aplicar el mismo remedio que para la construcción de una casa en solar ajeno, donde se autoriza a tener en cuenta los gastos o demoler con el consentimiento del propietario lo edificado. Pero tampoco se puede descartar que Paulo siguiendo al fundador de la escuela proculeyana, haya visto que se trata de un gasto que debe ser compensado con los frutos, en el caso, los servicios que provienen del esclavo y más aún, si haya sido el esclavo el que obtuvo frutos a causa de su arte, puesto que ambos casos sería un gasto *in fructum*. Y parece que esta idea es la que quiere transmitir Paulo D. 6.1.31, donde lo que importa del pasaje es el hecho de que el esclavo con la instrucción en la que ha gastado el poseedor (*artificium sumptibus possessoris*), ha igualmente percibido frutos (*fructibus*) de los que habría aprovechado el propio poseedor de manera indirecta con la prestación de sus servicios. Por su parte Pomponio en D. 6.1.29, admite su reembolso para el caso de que consiga un mayor precio con su venta (*plus ex pretio eius consecuturus*) a causa de su instrucción (*sis propter artificium*). Luego también Gayo en D. 6.1.30 y Modestino en D. 6.1.32, admiten su reembolso.

En general Riccobono[573] niega que los clásicos concedieran a cualquier poseedor el reembolso por los gastos de enseñanza del esclavo, salvo para el caso que fuera destinado a la venta. Del análisis de los cuatro primeros pasajes transcritos sostiene que tal vez la jurisprudencia más antigua negaba, de la mano de Próculo, el reembolso de los gastos útiles, en especial, aquellos por la instrucción del esclavo. Tras ello, con Pomponio, se debió admitir excepcionalmente para cuando el siervo era destinado a la venta y se lograba por éste un mejor precio precisamente por el arte aprendido, doctrina que terminaría por imponerse y adquirir valor general en el periodo adrianeo respecto de los gastos útiles hechos sobre cualquier cosa, como se observa en 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *finge... receptum fundum mox venditura sit*. Desde luego, sostiene la interpolación de los pasajes que no siguen la decisión negativa de Pomponio, en especial en la incorporación que se hace en los pasajes gayanos de la *exceptio doli*.

En el mismo sentido Biondi[574], en especial a propósito de Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31, cree que la *compensatio* entre gastos y frutos es parte de la regulación general de la compensación para todo tipo de gastos, que será admitida recién con Justiniano. La opinión de ambos autores se volverá a revisar a propósito de los medios que permiten tener en cuenta los gastos.

[573] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 197 a 199.
[574] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 388 y 389.

Reszczyński analiza especialmente este conjunto para demostrar lo trabajoso que resulta la clasificación de *impensae in rem* e *in fructus*, y a ello se refiere con una posibilidad que ya se abordó en esta investigación: "*Non è da escludere che i giuristi abbiano cercato di creare una categoría di spese che sono allo stesso tempo* in rem *e* in fructus, *oppure, che non in tutti casi abbiano considerato ragionevole la distinzione*"[575]. Encuentra que la instrucción artesanal de distingue de la enseñanza usual del esclavo, por los altos costos que debía tener la primera y en ello se evidencia la categoría de gasto *in rem*, como en Paulo D. 6.1.27.5 y Gayo D. 6.1.30. Pero Modestino, 8 *differentiarum*, D. 6.1.32, nada aclara sobre la categoría de los gastos en la instrucción del esclavo. La "*ratio decidendi*" podría estar en la certeza de que este gasto viniera restituido de un modo "natural", esto es, a través del trabajo (*tramite delle opere*), caso en el que opera la regla *fructus intelleguntur deductis impensisk*, de modo que los gastos van a cargo de los frutos, que si no se han hecho, se termina por consumir el producto.

Para González-Palenzuela[576] el gasto en la instrucción del esclavo es un ejemplo de gasto útil, y para ello debe cumplir con los requisitos exigidos para el un "gasto útil". Dentro de ellos, el propietario, a consecuencia de éste, debe experimentar un enriquecimiento con la restitución del esclavo, el que se dará evidentemente cuando la cosa que ha de ser vendida alcance un mayor valor (el precio de venta sea mejor).

Pero además también, cuando la instrucción que ha recibido el esclavo se traduzca en un mayor rendimiento para su propietario, por estar facultado para alguna tarea o actividad que resultan sin duda de utilidad en el marco del destino del esclavo y de los servicios que éste se ha adscrito, en caso contrario "*el enriquecimiento es nulo*"[577] y no tendría el carácter de útil, aunque no señala la autora si este podría ser un gasto voluptuario.

Pero este razonamiento pierde consistencia cuando ella misma observa que, en algunos casos, son gastos considerados *in fructus* y por ello compensados con los frutos.

2.2.3 Gastos hechos en el predio

No hay duda que los gastos hechos en el fundo son de los supuestos más controvertidos, en especial, los destinados a sembrar, arar, plantar o en general al cultivo de un fundo. En general, aparecen como *quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt*, y por ello gastos *in fructus*.

---

[575] "*No se puede excluir que los juristas hayan buscado crear una categoría de gasto que son al mismo tiempo* in rem *e* in fructus, *o, que no en todos los casos hayan considerado razonable la distinción*", RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), p. 227.
[576] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 131 a 133.
[577] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 131 y 132.

Sin volver a la distinción de estos ejemplos de gastos, cabe exponer los textos que de ellos se habla en la *reivindicatio.* Gayo en sus *Institutiones* 2.76 se refiere a los gastos de edificación, siembra y plantación que se pueden recuperar a través de la *exceptio doli*:

Sed si ab eo petamus fundum uel aedificium et inpensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soliere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit.	Pero si pedimos el fundo o el edificio y no queremos pagas los gastos hechos en edificios en plantación en siembra, podemos repeler por la excepción de dolo malo, en caso que fuera un poseedor de buena fe.

Y el mismo, luego en 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.9 pr. se refiere casi a los mismos supuestos:

Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur.... ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit, qui in alienum fundum sua impensa consevit.	Por la misma razón que las plantas que se unen a la tierra ceden al suelo, por la misma razón se entiende que lo que ha sido sembrado cede al suelo.... así podrá estar seguro con el auxilio de la misma excepción [de dolo malo], el que a su propia costa sembró en fundo ajeno.

Los ejemplos gayanos son supuestos de accesión (*in aedificium uel in seminaria uel in sementem* y *plantae... sata... aedificavit*), que a su vez constituyen impensas hechas por el poseedor al que se dirige la reivindicación de la cosa (*inpensas in, sua impensa consevit*).

En ambos casos se otorga el reembolso de los gastos por medio de la *exceptio doli*, podría decirse con ello que se trata de gastos *in rem*. Lo que está claro, es que son de la clase de gastos realizados *quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt*, y que por tanto en el caso de que existan frutos percibidos serán *in fructus*, de lo contrario serán *in rem*.

Y en términos más amplios aún aparece la posibilidad de hacer cualquier gasto en el predio, en Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48:

Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant:	Los gastos en un predio, que apareció [luego] ser ajeno, hechos por un poseedor de buena fe, no pueden pedirse ni al que donó el predio, ni al dueño, pero opuesta la excepción de dolo malo, son retenidos por el oficio del juez en razón de equidad, ciertamente si excedieran al importe de los frutos percibidos antes de contestada la demanda: porque admitida la compensación, el dueño será obligado a restituir el exceso de gastos que ha mejorado el predio.

Se trata acá de cualquier tipo de gasto hecho en el predio (*sumptus in praedium)*, y después de lo dicho del jurista y su especial preocupación por este tipo de gastos,

importa en D. 6.1.48, que los gastos hayan "mejorado el predio" (*sumptum meliore praedio facto*). Sólo podrán ser considerados *officium iudicis* por razones de equidad a través de la *exceptio doli*, en lo que excede al importe de los frutos percibidos *ante litem contestatam*, puesto que los otros ya fueron compensados con los frutos (*etenim admissa compensatione*).

Para Riccobono[578] se tratan de gastos "útiles"; más aún, se completa con este pasaje la doctrina del reembolso de los gastos útiles, que fue particularmente desarrollada por la escuela de los proculeyanos de Labeón a Celso, en cuyas sentencias priman el dictamen de la equidad. Por ello Papiniano, con la más perfecta probidad, le impone al poseedor la obligación de compensar los gastos con los frutos percibidos de la cosa poseída: *etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

2.2.4 Los gastos de edificación en solar ajeno: *inaedificatio*

La *inaedificatio* es un supuesto que la doctrina ha considerado un ejemplo de gasto "necesario", y que, aunque las fuentes no señalen expresamente el adverbio, ello se determinaría por el uso de expresiones tales como *augere*, *aedificare*, *instituere*[579].

Y al hilo de la tesis que acá se defiende, en especial en la indiferenciación de las distintas categorías, ocurre exactamente aquello en las fuentes de la *reivindicatio*, puesto que en ninguna aparece el término *necessaria*, sino que sólo ejemplos en este sentido: *aedificasti aut conseruisti*, *materia aedificaverit*, *aedificium extruxerit* y en su mayoría simplemente, el verbo *aedificare* en sus distintas conjugaciones.

Habitualmente además, la *inaedificatio* va acompañada de otro tipo de gastos, como la defensa en juicio noxal u otros sobre el esclavo, por lo que algunos de estos pasajes ya han sido transcritos, como se verá.

En la *reivindicatio* aparecen como uno de los ejemplos de gastos mencionados por Celso en 3 *digestorum*, D. 6.1.38 la edificación o reparación (*aedificasti aut conseruisti*) que se hace en el fundo ajeno que es objeto de evicción. Se revisó hace un momento este pasaje, que se verá luego con más detalle a propósito de los remedios para obtener el reembolso, y más allá de las variadas observaciones de la crítica[580], incluso la

[578] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 186.
[579] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 143 (especialmente nt. 15) y 144. Cabe en esto recordar que Schulz en Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16: *Plane si novam villam necessario exstruxit*, estima que el la palabra "*necessario*" aparece superflua en el contexto del pasaje, SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), p. 72.
[580] EISELE, Fridolin: *Die Compensation nach römischen und gemeinem Recht*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1876, pp. 82 ss.; STOLL, Heinrich: "*Literatur: Mario Rotondi, L'abuso di diritto*", ZSS [Romanistische Abteilung] 47 (1927), p. 432; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto*

más moderna que aquí se sigue[581], Celso no le atribuye a estos gastos ninguna calificación:

> *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet.*
>
> En el fundo ajeno, que imprudente habías comprado, edificaste o reparaste, y después hay evicción: el buen juez constituye variadamente según las personas y las causas.

Y lo mismo se observa en el pasaje de Pomponio en el que tampoco aparece el término "necesarios" para designar los gastos de edificación realizado por la mujer en el solar del marido en 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2: *Si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est, sed eam impensam mulierem servaturam placet.* Y luego Ulpiano en 17 *ad edictum*, D. 6.1.37, donde presenta las noticias que da Juliano sobre la edificación que se hace en el suelo que era ajeno: *Iulianus libro octavo digestorum scribit: si in aliena area aedificassem, cuius bonae fidei quidem emptor fui.*

También se trata de la *inaedificatio* en el interesante pasaje de Gayo que se expuso ya al inicio de la investigación y que acaba de ser mencionado, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12. Lo hace a propósito de la adquisición del dominio de las cosas (*de adquiriendo rerum dominio*), en la edificación en suelo ajeno que hace un poseedor con materiales propios[582].

Como opera la accesión del edificio al suelo, pierde el poseedor la propiedad de éstos y, mientras la unión persista, no podrán ser reivindicados. Es por ello que se le otorga por medio de la *exceptio doli* el reembolso de los gastos, y que el pasaje gayano señala como el precio de los materiales y los salarios de los fabricantes (*pretium materiae et mercedes fabrorum*), que se han entendido como sinónimos de *impensae*[583]:

> *Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium nec*
>
> Por contrario si quien habrá edificado en suelo ajeno con sus materiales, y estos se hacen del edificio de quien es el suelo, y si sabe que el suelo es ajeno, se entiende que su voluntad perdió la propiedad de los materiales: y así ni aún arruinado en efecto el edificio le compete la vindicación de sus materiales. Ciertamente

---

moderno" (cit. nt. 54), pp. 165 ss.; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 8 y 9; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 327 y 328; LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), p. 211 nt. 7; PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 384; CALONGE, *Evicción* (cit. nt. 474), p. 58 nt. 152.; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 415 n. 2.; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 59 a 61; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 207 ss.

[581] CARVAJAL, "*Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica*" (cit. nt. 85), *passim*.

[582] LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 255 (nt. 491).

[583] Vid. MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 92; KASER, "*Tabula Picta*" (cit. nt. 18), p. 48 nt. 54; MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), p. 160; APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), p. 9; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* (cit. nt. 35), p. 201 nt. 25.

solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit:	si el dueño del suelo pide el edificio sin que pague el precio de los materiales y salarios de los fabricantes, podrá ser repelido por la excepción de dolo malo, especialmente, si el que edificó no sabe que el suelo es ajeno y como si fuera suyo edificó de buena fe:

Pero el juristas que más utiliza como ejemplo de gasto el de la *inaedificatio* es Paulo. En el título de la *reivindicatio*, en 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5 sentencia que la edificación de la casa en solar ajeno realizada por el poseedor antes de contestada la demanada, al igual que la defensa en juicio noxal, son gastos que deben ser reembolsados por medio de la *exceptio doli*, como ya fuera apuntado:

In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium.	Si en la cosa pedida el poseedor antes de contestada la demanda hizo gastos, por la excepción de dolo malo se debe tener razón de ellos, si perseverara el actor en pedir su cosa sin devolver los gastos. Lo mismo es también, si defendió al esclavo en juicio noxal y condenado pagó el dinero, o si por error edificó una casa en solar que fue del demandante: a menos que, sin embargo, el demandante disponga que se demuela el edificio.

Y luego también en el caso de evicción, concede a quien hubo edificado en el solar ajeno el reembolso de los gastos realizados en el edificio en 5 *quaestionum*, D. 19.1.45.1, que en lo hay que destacar señala:

Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: ...nisi impensam aedificiorum solvat.	Más claro se veía esto, si me hubieres vendido un solar ajeno y en él yo hubiere edificado y así fue evicto por su dueño: ...si no pagaste el gasto de los edificios.

Y en el título D. 44.4: "*De doli mali et metus exceptione*" aparecen dos casos de *reivindicatio* en los que el jurista considera gastos reembolsables la edificación en solar ajeno, en 71 *ad edictum*, D. 44.4.5.2:

Si donavi alicui rem nec tradidero, et ille cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et cum aedificaverit, nanctus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est: an de dolo replicandum est? Dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas.	Si doné algún bien sin entregarlo, y aquel a quien doné sin entrega de posesión hubiere edificado en este lugar sabiéndolo [yo], y cuando hubiere edificado hubiere alcanzado yo la posesión, y me pidiera la cosa donada, y yo excepcionara, que se hizo sobre la medida legal: ¿se ha de oponer la réplica de dolo? Porque obré con dolo, que sufrió teniendo que edificar y no reintegro los gastos.

Y Paulo, 3 *responsorum*, D. 44.4.14:

Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.	Paulo respondió, el que en solar ajeno hubiere edificado, ningún otro gasto puede conseguir, como si poseyera y el dueño del solar vindicara la cosa, ciertamente opuesta la excepción de dolo malo.

Es común en los pasajes de Paulo la sóla aparición de ejemplos que dan cuenta de la realización de gastos que corresponden a una *inaedificatio* -sin ninguna calificación adicional-, y respecto de los cuales el remedio que tiene el poseedor para obtener el reembolso es la *exceptio doli*.

3. EL *OFFICIUM IUDICIS* EN LOS MEDIOS PROCESALES DE COMPENSACIÓN DE LAS *IMPENSAE*

La intención de los juristas clásicos era, como se dijo, poder ilustrar al juez en el cálculo de la estimación del litigio (también con ello de las *impensae*), puesto que no es un asunto que se revisara con exactitud en la fórmula, sino que era una materia entregada al *officium iudicis*.

Las instrucciones dadas por el pretor en la fórmula de la *reivindicatio* podían limitarse tan sólo a la introducción de la *exceptio*, y en ello la doctrina mayoritaria acierta cuando sostiene que la única forma de obtener el reembolso de los gastos era a través de la *exceptio doli*[584]. Esto se encuentra suficientemente respaldado en las fuentes,

[584] BRINZ, Alois: *Lehrbuch der Pandekten*, 1, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, [2]1873, p. 660; EISELE, *Die Compensation nach römischen und gemeinem Recht* (cit. nt. 580), pp. 80 ss.; APPLETON, Charles: *Histoire de la compensation en droit romain*, G. Masson, Paris, 1895, pp. 333 ss. (especialmente pp. 371 a 375); KRETSCHMAR, Paul: *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Verlang von Veit & Comp., Leipzig, 1907, pp. 30 ss.; BETTI, Emilio: *Sulla opposizione della exceptio all'actio*, Zerbini & Fresching, Parma, 1913, pp. 18 a 20; BIONDI, Biondo: "*Actiones stricti iuris*" , BIDR 32 (1922), p. 64 (especialmente nt. 3); BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 202 a 207; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *L'exceptio in diminuzione della condanna*, Università degli Studi, Modena, (1930), pp. 1 a 22; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: "*L'exceptio in diminuzione della condanna*", Atti del II° Congresso Nazionale di Studi Romani, 3, paolo Cremonese, Roma, 1931, p. 9; SOLAZZI, Siro: "*Sull'exceptio in diminuzione della condanna*", BIDR 42 (1934), pp. 268 ss.; BUTERA, *Del diritto di ritenzione* (cit. nt. 474), pp. 14 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano* (cit. nt. 170), p. 97; MARRONE, Matteo: "*D. 14.2.2 pr.:«retentio» e «iudicia bonae fidei»*", IURA 6 (1955), p. 170 nt. 3; NARDI, Enzo: *Studi sulla ritenzione in diritto romano, Profilo storico*, 2, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957, pp. 149 ss.; RICCOBONO,"*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 192 y 199; DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte* (cit. nt. 121), pp. 216 ss. (especialmente p. 227); COSTA, *L'exceptio doli* (cit. nt. 503), pp. 284 y 285; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 25 a 28; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 217 y 218.

en el título de Digesto 6.1: "*De rei vindicatione*"[585], como en las que están fuera de éste[586].

Todo el resto quedaba entregado al juez, quien debe elaborar todo un régimen restitutorio que en base al *officium iudicis*, lo que podrá significar que se recomiende en un caso la *retentio*, la *compensatio* o el *ius tollendi*, como se observa en el paradigmático fragmento celsino, 3 *digestorum*, D. 6.1.38[587]:

> *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. finge eam*
>
> En el fundo ajeno, que imprudente habías comprado, edificaste o reparaste, y después hay evicción: el buen juez constituye variadamente según las personas y las causas. Finge que quien había sido dueño habrá de hacer la misma; restituye la impensa, para que reciba el fundo, hasta no más allá que por aquello, en que se ha hecho más valioso, pero si obtiene más por el precio del fundo, sólo lo que está invertido. Finge pobre, a quien, si se obligara a restituir esto, quede privado de los lares y los sepulcros ancestrales, es suficiente serte permitido retirar de estas cosas las que puedas, mientras así el fundo no tenga más deterioro, que si al inicio no hubiera sido edificado. Por lo demás, constituimos que, si el dueño está preparado para dar tanto cuanto es lo que el poseedor habrá de obtener por

[585] Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5: *per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet*; Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30: *et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio*; Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48: *verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur*, y D. 6.1.65 pr: *quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur*. Aunque sólo aparezca el término exceptio Ulpiano, 17 *ad edictum*, D. 6.1.37: *an nihil mihi exceptio prosit.*

[586] Paulo, 3 *ad Plautium*, D. 10.3.14.1: *per exceptionem doli retinere possem*; Paulo, 5 *quaestionum*, D. 19.1.45.1: *doli mali exceptione summovere*; Juliano, 18 *digestorum*, D. 39.6.14: *fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur*; Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12: *poterit per exceptionem doli mali repelli*; Ulpiano, 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9: *exceptione doli mali repellendus est*; Paulo, 3 *responsorum*, D. 44.4.14: *scilicet opposita doli mali exceptione*; *Gai*, *Inst* 2.76: *poterit nos per exceptionem doli mali repellere.*

[587] Sobre el pasaje vid., por todos, EISELE, *Die Compensation nach römischen und gemeinem Recht* (cit. nt. 580), pp. 82 ss.; LEINWEBER, *Die Dotalimpensen* (cit. nt. 401), pp. 5 ss.; LEVY, Ernst-RABEL, Ernst: *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, 1, Böhlaus, Weimar, 1929, cols. 85 y 86; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 8 y 9; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 327 y 328; LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), p. 211 nt. 7; PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 384; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 165 ss.; CALONGE, *Evicción* (cit. nt. 474), p. 58 nt. 152; WIEACKER, Franz: *Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, IURA 13 (1962), p. 20 nt. 41; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 415 n. 2.; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 59 a 61; MACCORMAK, Geoffrey: "*Ius tollendi*", BIDR 24 (1982), pp. 77 ss.; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 207 ss.; SANTOS, Francisco: "*Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*", REHJ [Sección Derecho Romano] 33 (2011), p. 102; CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil*", RChD 39 (2012) 3, p. 571 (especialmente nt. 25); CARVAJAL, "*Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica*" (cit. nt. 85), *passim*.

personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es[588].	aquellas cosas retiradas, que opere la potestad para ello: ni tampoco hay indulgencia para la malicia, si, por ejemplo, quieras raspar el estuco y las pinturas que habrás introducido, nada llevarás salvo para dañar. Finge ser aquella persona del dueño, la que recibido el fundo inmediatamente haga la venta: si no restituye, cuanto en la primera parte dijimos deber ser restituido, eres condenado según deducción de esto.

Se trata de un poseedor de buena fe (*quem imprudens emeras*) que ha realizado un gasto en edificar o reparar (*aedificasti aut conseruisti*) una cosa que después fue evicta. No hay mención alguna en el pasaje a la *exceptio doli*, que el jurista no habría omitido[589], puesto que Celso quiere poner la atención en las decisiones judiciales[590], en el caso, sobre el *officium iudicis,* y como el tema libremente escogido por el jurista es el de la restitución de las *impensae*, el mismo recomienda que se considere en esto: "*varie ex personis casisque constituet*". Se contemplan tres situaciones atendiendo tanto a la situación patrimonial de las partes involucradas, principalmente la del dueño reivindicante, como a las características objetivas del caso.

---

[588] Sobre las numerosas interpolaciones del pasaje celsino: ERMAN, Heinrich: "*Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus*?", ZSS [Romanistische Abteilung] 25 (1904), pp. 352 y 353; EISELE, "*Weitere Studien zum Texte der Digesten*" (cit. nt. 488), p. 114; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (cit. nt. 132), p. 135 y *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (cit. nt. 81), pp. 123 y 124; PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 235; STOLL, "*Literatur: Mario Rotondi, L'abuso di diritto*" (cit. nt. 580), p. 432; BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), p. 251; BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 214; SOLAZZI, "*Sull'exceptio in diminuzione della condanna*" (cit. nt. 584), pp. 268 ss.; Nardi sostiene "*et si – impensum est*" implícito en el "*reddat – factus est*", y superfluo "*usque – est"* que fuera introducido por los justinianeos, NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 327 y 328; Para Latorre se aprecia "*con seguridad poco frecuente, el doble estrato de la alteración prejustinianea y justinianea. Mientras que fundamentalmente el texto transmite una redacción prejustinianea, (*finge et dominum… finge pauperem… finge eam personam…*), la mano de los compiladores se revela inconfundible en el párrafo constituimos… potestas*", LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), p. 211 nt. 7; CALONGE, *Evicción* (cit. nt. 474), p. 58 nt. 152; WAGNER, Herbert: "*Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*", N.G. Elwert, Marburg, 1968, p. 92 nt. 581; SCARANO USSANI: Vincenzo: "*Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano: studi su Nerazio e Celso*", Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979, p. 136 ss.; KALB, Wilhelm: "*Roms Juristen: nach ihrer Sprache dargestellt*", B.G. Teubner, Leipzig, 1890, pp. 48 y 89; WIEACKER, *Amoenitates Iuventianae* (cit. nt. 587), p. 20 nt. 41; CARVAJAL, "*Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica*" (cit. nt. 85), *passim*; SOLAZZI, "*Sull'exceptio in diminuzione della condanna*" (cit. nt. 584), pp. 268 ss.; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano* (cit. nt. 170), pp. 258 y 259. PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 384.

[589] Son sabidas las críticas hechas a las opiniones, que aunque con distintos fundamentos, sostienen que Celso habría entendido innecesaria la inserción de la *exceptio doli* y promovido, igualmente, la consideración de los gastos por la actuación de *officium* del juez, vid., por todos, APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain* (cit. nt. 584), pp. 371 ss.; ERMAN, "*Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus*?" (cit. nt. 588), pp. 352 y 353; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 344; PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 255 nt. 1.

[590] Lenel lo ubica bajo el título "[*De iudiciis omnibus (E. XIV)?*]", LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 131. De la materia del pasaje en comento y de su ubicación palingenésica, vid. CARVAJAL, "*Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica*" (cit. nt. 85), pp. 116 a 118.

La primera, "Finge que quien había sido dueño habrá de hacer la misma" (*finge et dominum eadem facturum fuiste*). El dueño de la cosa evicta hubiera hecho el mismo gasto. Para recuperar el fundo, deberá restituir en cuanto éste se hizo de más valor, aunque no más alla de aquello en que se ha hecho más valioso (*usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est*); y, si aumentó el precio del fundo, hasta el monto de lo invertido (*et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est*).

La segunda, "Finge pobre, a quien, si se obligara a restituir esto, quede privado de los lares y los sepulcros ancestrales" (*finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat*). Si el propietario fuera pobre, de manera que si fuera obligado a rembolsar dichos gastos supondría tener que desprenderse de sus lares y sepulcros de sus abuelos. Se trata de no causar un perjuicio mayor al propietario, que habría de desprenderse del fundo. Se quiere evitar al poseedor que ha gastado conceder el reembolso. Así el jurista opta por conceder lo que la doctrina denomina *ius tollendi*, esto es, la facultad de retirar las cosas, sin producir el deterioro del fundo. La exclusión del reembolso en semejante situación no es una novedad celsina, se encuentra en otras fuentes, como en 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5[591].

La tercera, "Finge ser aquella persona del dueño, la que recibido el fundo inmediatamente haga la venta" (*finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit*). Finalmente el jurista se pone en el caso que el dueño, aunque no fuera pobre no está en condiciones de reembolsar los gastos sin vender el fundo.

Los razonamientos retóricos plasmados en el pasaje celsino tienen la finalidad de sentar las bases para la decisión judial, que deberá considerar para el asunto de los gastos *varie ex personis casisque constituet*, tanto a la situación patrimonial de las partes involucradas, como a las características particulares del caso concreto.

Y por ello, ahora sin omitir la *exceptio doli*, en similares términos Papiniano reconoce igualmente el *officium iudicis* en 2 *responsorum*, D. 6.1.48:

> *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam*
>
> Los gastos en un predio, que apareció [luego] ser ajeno, hechos por un poseedor de buena fe, no pueden pedirse ni al que donó el predio, ni al dueño, pero opuesta la excepción de dolo malo, son retenidos por el oficio del juez en razón de equidad, ciertamente si excedieran al

[591] Cfr. Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 13.7.25: *Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor*; Ulpiano, 29 *ad edictum*, D. 15.3.3.4: *Pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.8: *iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem*; Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1: *Quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere.*

perceptorum summam excedant:	importe de los frutos percibidos antes de contestada la demanda:

Es también acá un poseedor de buena fe que ha realizado gastos, que el jurista no califica de ninguna forma, pero que debieron haber mejorado el predio (*sumptum meliore praedio facto*). Y en lo que importa ahora: se autoriza el reembolso de los gastos, por una parte a través de la *compensatio*, que se puedan hacer de éstos con el importe de los frutos percibidos *ante litem contestatam* (*perceptorum summam excedant*), puesto que el jurista severiano lo admite expresamente: *etenim admissa compensatione*. Y por la otra, en todo lo que excede, se producirá por razones de equidad la *retentio*, también a través de la *exceptio doli*. Todo ello, puesto que se trata que se revisa *apud iudicem* por el juez que conocerá las circunstancias del caso y que decide en virtud del *officium iudicis.*

Como fuera advertido, hay materias en las que no causa asombro las distintas posibilidades que tiene el juez para tener en cuenta los gastos; para la categoría de gastos *in fructus* como opera la regla *fructus intelliguntur deductis impensis*, por la que se admite la *deductio* (en la dote) o la *compensatio* (en la reivindicatio); o, incluso, como en sede dotal los gastos necesarios son descontados *ipso iure* del patrimonio por la aplicación de la máxima *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*.

En esto va el *officium iudicis*, también en la *reivindicatio*, que el juez -frente a la poca información que entrega la fórmula-, pueda actuar con total libertad en cada caso concreto, considerando los supuestos de hecho que éste presente. Las sentencias de los juristas romanos aconsejarán que frente a la interposición de la *exceptio doli*, ésta tenga, algunas veces efecto perentorio y el demandado sea absuelto frente a la negativa del demandante de pago de las *impensae*; otras que produzca como efecto la *retentio*, sea para lograr la retención material de la cosa objeto de la reivindicación por parte del demandado, sea para lograr una condena minutoria.

Puestas así las cosas, el *officium iudicis* no depende de la instrucción formularia, por lo que más allá de las concepciones gayanas de la *exceptio* en las distintas acciones[592], la defensa introducida por el demandado tendrá en la *reivindicatio* clásica la finalidad de que al demandado se le autorice a probar la realización del gasto. En un sistema como el del procedimiento formulario, que considera la total libertad del juez, la *exceptio doli* permite, al menos que quede establecido ya desde la fórmula, la carga de la prueba de las *impensae* que le ha de corresponder al demandado[593].

[592] En especial la parte final de *Gai*, *Inst.* 4.117: *item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summoueris.*

[593] Paulo, 69 *ad edictum*, D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, sobre la interpretación del pasaje paulino y la carga de la prueba en el procedimiento formulario, vid. CARVAJAL, "*Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil*" (cit. nt. 587), pp. 569 a 571.

3.1 LA *COMPENSATIO* DE LOS GASTOS *IN FRUCTUS*

Ya se vio como en la dote, además de otras *sedes materiae*, se reconoce expresamente la operatividad de la regla *fructus intelleguntur deductis impensis*, por la que se produce una *deductio* entre los frutos (producidos) percibidos y los gastos realizados en la cosa, como dan cuenta Neracio, 6 *membranarum*, D. 25.1.16[594] y Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5[595], entre otros pasajes.

En el título del Digesto 6.1 "*De rei vindicatione*", si bien no aparece referencia expresa a la regla, ésta se manifiesta a través de la *compensatio* entre los frutos y las *impensae*. De la *compensatio*, en los términos desarrollados en la primera parte de esta investigación -como la operación matemática que hace el juez cuando la cosa sobre la que se han realizados los gastos ha producido frutos-, da cuenta Paulo en el caso de la *doctrinam puerorum*, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31[596] que señala:

> *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*
>
> Por lo demás, cuando se trata de los frutos del esclavo reclamado, no sólo se ha de observar su pubertad, porque también del impúbero se pueden conseguir ciertas labores. Sin embargo, excesivamente querrá el demandante que se estimen los frutos, que pudieron percibirse de su arte, porque el arte lo aprendió por el gasto del poseedor.

Riccobono[597], que analiza el pasaje con detalle, considera que, si bien se trata de un pasaje propio de reivindicación, estaría interpolado, en especial por la ubicación que mantiene en la compilación justinienea en relación a la que debiera tener en la obra de Paulo. Pero además, porque a la decisión paulina le faltan elementos esenciales: *Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.* El jurista no se pronuncia sobre la buena o mala fe del poseedor; ni tampoco del momento que en que se percibieron los frutos, si fue antes o después de la *litis contestatio*.

Además en lo sustantivo, considera que la decisión de Paulo es falsa para el derecho clásico, pero en cambio justa en el derecho justinianeo. Sostiene que la jurisprudencia clásica, en especial Papiniano, ya habría admitido la compensación de los

---

[594] Neracio, 6 *membranarum*, D. 25.1.16: *Et ante omnia quaecumque impensae quaerendorum fructuum causa factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.*

[595] Paulo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.36.5: *Fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit.*

[596] LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 487), col. 1007 (nt. 337).

[597] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 203 a 205 (especialmente nt. 90). La misma interpolación acusa Biondi en BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 389.

gastos hasta la concurrencia de los frutos para el poseedor de buena fe, puesto que en él su posesión conllevaba, por una parte, el lucro de los frutos, pero por la otra, la pérdida de los gastos hechos en la cosa que le dan según el derecho una ventaja al propietario; de manera que si se invocaba la equidad para obtener el reembolso de los gastos, era justo que se comprendieran el valor de los frutos percibidos.

Concluye que han sido los compiladores quienes adecuaron la ubicación del pasaje, reanudando el grupo antes visto que regula la *doctrina puerorum* donde finalmente con Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31, el propietario no podrá reclamar los frutos percibidos por el poseedor por el arte ejercido por el siervo. Esta propuesta no hace más que manifestar, a su juicio, el deseo del legislador de atribuir el reembolso de los gastos también por la instrucción a cualquier poseedor, que entiende que sería: "*in aperto contrasto con l'insegnamento dei giuristi romani*"[598].

Se expuso que Biondi[599] fue uno de los principales defensores de la tesis de la incorporación justineanea de la compensación entre gastos y frutos. Sostiene que ésta adquiere con justiniano un valor distinto, exorbitante a la naturaleza misma de la *compensatio* propiamente tal, que persigue una extinción de derechos recíprocos en el límite de su concurrencia. A su juicio este pasaje demuestra una nueva manifestación de este principio en el derecho bizantino: por una parte, puesto que importa acá la extinción en bloque de prestaciones recíprocas con prescindencia de monto efectivo de las mismas; y, por la otra, porque las *operae* se habrían compensado siempre sólo con los gastos por la alimentación del esclavo y ahora, los compiladores excluyeron cualquier indemnización por éstas y las retienen compensadas con los gastos por la enseñanza de un arte.

Otro es el parecer de Kaser[600], que entiende que éste es un gasto *in fructus* y al hilo del análisis de la regla *fructus intelleguntur deductis impensis*, estima que la frase sería objetivamente correcta, cuando señala que los frutos del proceso no podrán ser reclamados por el demandante, y no habrá ningún reintegro de ellos, puesto que no ha sido quien le enseñó el arte al esclavo. Para sus propósitos la frase no aporta utilidad, puesto que de ella no se puede saber si los gastos se hicieron antes o después de la litiscontestación.

Y similar González-Palenzuela[601] que también desestima la interpolación del pasaje paulino en lo que atañe a los gastos de instrucción. A su juicio, de lo único que

---

[598] "*en abierto contraste con la enseñanza de los juristas romanos*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 205.
[599] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 382 ss.
[600] KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (cit. nt. 474), pp. 101 y 102 (especialmente nt. 4). Ya antes Lévy lo señala especialmente como un gasto *in fructus*, LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 87 nt. 46.
[601] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 72.

trata este pasaje es que de acuerdo a la regla del *restituere*, por "estimación de los frutos" se ha de atender a lo que el propietario podría haber recibido, y no a lo que pudo percibir el poseedor, aunque nada se diga si los gastos fueron hechos antes o después de la *litis contestatio*.

Parecen acertados Lévy y Kaser, puesto que los gastos del pasaje paulino se pueden indicar como *in fructus*, y si bien no aparecen los términos *deductio* o *compensatio*, se entiende que no se autoriza el reintegro de los frutos porque habiendo sido el poseedor el que incurrió en el gasto -por el arte enseñado al esclavo (*artificium sumptibus possessoris didicit*)-, parece conforme a la equidad (*improbe*) sea él quien pueda compensar frutos y gastos.

Destacan en la *compensatio* entre frutos y gastos las decisiones de Papiniano. En este título se encuentran dos comentados pasajes en los que el jurista usa expresamentre el término, ambos de sus *libri responsorum*. El primero de ellos es 2 *responsorum*, D. 6.1.48:

Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.	Los gastos en un predio, que apareció [luego] ser ajeno, hechos por un poseedor de buena fe, no pueden pedirse ni al que donó el predio, ni al dueño, pero opuesta la excepción de dolo malo, son retenidos por el oficio del juez en razón de equidad, ciertamente si excedieran al importe de los frutos percibidos antes de contestada la demanda: porque admitida la compensación, el dueño será obligado a restituir el exceso de gastos que ha mejorado el predio.

El poseedor de buena fe que ha realizado gastos que debieron mejorar el predio (*sumptum meliore praedio facto*) obtiene su reembolso -en lo que excede al importe de los frutos percibidos *ante litem contestatam* (*perceptorum summam excedant*)-, a través de la *retentio* que se produce como efecto de la *exceptio doli*, puesto que se revisa *apud iudicem* por el juez que conocerá del caso y que decide en virtud del *officium iudicis.*

Y Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.65 pr:

Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum reciperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.	El comprador de un predio, que compró a quien no era dueño, opuesta la excepción de dolo, no de otro modo, forzará al dueño a restituir, como si el dinero pagado al acreedor de éste, que tuvo el predio dado en prenda, y el excedente de los intereses recaudados en el tiempo medio, ciertamente si fueron menos que los frutos percibidos antes del juicio: porque es justo que ellos se compensen en la medida de los nuevos intereses, a ejemplo de los gastos hechos en un predio.

Es el caso del comprador de un fundo que lo adquirió de quien no era dueño (*non domino*), habiendo pagado al acreedor del verdadero dueño la deuda garantizada con el predio que tenía en prenda. Papiniano autoriza al comprador a retener la cosa hasta que pague la cantidad que dio y los intereses del dinero pagado en el tiempo intermedio, y puesto que respecto de los anteriores admite por razones de equidad la compensación, y a modo de aplicación análoga de la regla, el jurista se refiere a la compensación entre los frutos del predio y los gastos hechos en éste (*compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est*).

Y finalmente del mismo jurista, el pasaje ya transcrito 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1 que en su última parte señala:

Sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.	Los gastos verdaderamente necesarios y útiles hechos en los predios que se consideraban dotales, conviene que se retengan, hasta el límite de lo sobrante, compensados los frutos percibidos.

Biondi[602] insiste, también, en la imposibilidad que hubiese tenido lugar la *compensatio* en el procedimiento formulario. Y más allá de las interpolaciones formales de las que los acusa[603], Papiniano no habría admitido ninguna compensación entre gastos y frutos, sea porque los frutos anteriores a la *litiscontestatio* debían reclamarse con una acción separada, sea porque los frutos y gastos eran deducidos en juicio por medio de dos clásusulas distintas de la fórmula: los frutos por medio de la cláusula *neque ea res restituetur*, los gastos por medio de la *exceptio doli*. Por ello, se trataría sólo de la introducción justineanea de la compensación entre gastos y frutos.

Criticado por Biondi[604], en este punto Riccobono[605] sostiene, que la *compensatio* entre los gastos y los frutos recolectados por el poseedor de buena fe habría tenido como

---

[602] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 382 ss.

[603] Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48: *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur,* [*scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur*]; Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.65 pr: *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis* [*superfluum*] *reciperaverit,* [*scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est*], donde los términos como *scilicet*, *etenim* y *superfluus* son propios del vocabulario bizantino, BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 385. Vid., NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 305, PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 235 nt. 2; v. *exceptio*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), pp. 180 a 184 (especialmente p. 183).

[604] "*Pertanto è vano parlare in questa materia di equità o di sentimento di probità, come fa il Riccobono, per giustificare la compensazione tra spese e frutti, appunto perchè questa era esclusa dallo stesso meccanismo formulare, che nessuna finezza di giurista poteva superare*" (*por lo tanto es vano hablar en esta materia de equidad o de sentimiento de probidad, como hace Riccobono, para justificar la*

fundamento, al igual que la *exceptio doli*, consideraciones de equidad. Que en estos casos Papiniano no ofrece un "derecho" a obtener los gastos, sino sólo responde a una exigencia de equidad frente a la situación sigular que aquí se crea: por una parte, el lucro de los frutos sancionado por el derecho, y por la otra, la pérdida de los gastos hechos en la cosa que proporcionan una ventaja al propietario. Procede la *compensatio* considerando el valor de los frutos percibidos, a su juicio no en bloque, sino por conteo. Sostiene pero, que el fundamento de la equidad, en general en el reembolso de los gastos, debe tener en cuenta todos los elementos en concretos, por ello en la compensación se debe demostrar que el patrimonio del actor tuvo un aumento a causa del mismo, con una correspondiente disminución del patrimonio del demandado.

Riccobono Jr.[606], en abierta oposición a la doctrina de la hipercrítica, defiende la clasicidad de la regla compensatoria propuesta por Papiniano. A su juicio, "*aequitas ratione*" viene admitida la posibilidad de que el poseedor de buena fe tuviera una compensación por los gastos hechos en la cosa ajena, porque desde el punto de vista jurídico el propietario que reivindica la cosa lo hace con todas sus accesiones y no tiene ninguna obligación de pagar por ellos. Así es como debe oponer la *exceptio doli* de manera que toda la materia de los gastos y los frutos queda entregada a la apreciación del juez, quien debe considerar todos los elementos de hecho para dar una solución equitativa: "*bonus iudex varie ex personis causisque constituet*". Inserta en la fórmula la *exceptio doli* amplía los poderes del juez, de manera que, respecto a la cuestión deducida en juicio, y en este caso respecto a los gastos, el juez tiene todos los poderes para valorar no sólo el *quantum* si no también si se deben reembolsar o no.

3.2 LA *RETENTIO* COMO EFECTO DE LA *EXCEPTIO DOLI*

Con la inserción de la *exceptio doli* el otro efecto que permitiría el reembolso de los gastos es el de la *retentio*. En su mayoría la doctrina romanista[607], considera que

---

compensación entre gastos y frutos, precisamente porque fue excluida del propio mecanismo formulario, lo que ninguna sutileza de los juristas podría superar), BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 386.

[605] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 58 nt. 12, 186 y 205.

[606] Especialmente crítico de las razones procesales invocadas por Biondi para negar la regla compensatoria, que no le parecen de ninguna evidencia absoluta, RICCOBONO, "*Miscellanea critico storica*" (cit. nt. 549), pp. 53 ss. Sigue esta postura González-Palenzuela: "*A nosotros nos parece que la idea sostenida por el autor no es descartada: si lo que motiva el reembolso en el derecho clásico es la intensión de evitar un daño injusto al poseedor que ha gastado de buena fe sobre una cosa ajena, es posible que Papiniano crea que es justo que se tengan en cuenta los frutos percibidos, porque en la cuantía que ellos ascienden, el daño patrimonial del poseedor es menor. También creemos que el juez podía en base a la exceptio doli tener cuenta de ello para determinar la cantidad a reembolsar como prueba D. 6.1.38 (varie personis causisque)*", GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 211.

[607] BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* (cit. nt. 584), p. 660; EISELE, Fridolin: *Die Compensation nach römischen und gemeinem Recht*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1876, pp. 80 ss.; APPLETON,

siendo la *aequitas* el fundamento de la inserción de la *exceptio*, si el *dominus* se negaba al reembolso de las *impensae* por las cuales él obtenía provecho, su actuación era considerada contraria a la buena fe, por lo que si prosperaba, perdía todo derecho a recuperar la cosa.

De este modo, el poseedor estaba autorizado a retener la cosa hasta que se produjera el reembolso de los gastos, y si el propietario no los pagaba, el demandado debía ser absuelto; esto es, en consonancia con los principios del procedimiento formulario se considera que la *exceptio doli* tenía eficacia absolutoria.

La *retentio* acá no es más que el efecto que produce la incorporación de la *exceptio doli* a la fórmula. Producto de la *retentio* el actor que no hubiese reembolsado los gastos antes de la *litis contestatio*[608], discutible es que fuera incluso hasta la sentencia[609], habría sido rechazado en virtud de la *exceptio doli* y el demandado habría mantenido la cosa consigo, puesto que el principio de la preclusión procesal (*bis de eadem re ne sit actio*) impedía una nueva proposición de la acción[610].

Riccobono[611] considera que la *exceptio doli* era necesaria en todos los *stricta iudicia*; en la *reivindicatio*, con la finalidad de que el demandado pudiera obtener *officio iudicis* la valoración de los gastos hechos en la cosa. Por ello, todos aquellos pasajes que omiten la mención a la *exceptio doli* y su función perentoria, han sido intervenidos y adecuados al nuevo derecho justinianeo en el que los gastos vienen computados y deducidos en el juicio (*officium iudicis*), y opera como regla la disminución de la condena: todos los juicios asumen la naturaleza de *bonae fidei*, y son ejemplos de ello el fragmento celsino D. 6.1.38 (*bonus iudex varie ex personis causisque constituet*) o los gayanos de D. 6.1.28 y 30 (*non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse*) en los que fue puesto de relieve el *officium iudicis* y suprimida cualquier huella de la fuerza consuntiva de la *exceptio doli* en el procedimiento romano.

Histoire de la compensation en droit romain (cit. nt. 584), pp. 333 ss. (especialmente pp. 371 a 375); BETTI, *Sulla opposizione della exceptio all'actio* (cit. nt. 584), pp. 18 a 20; BIONDI, "*Actiones stricti iuris*" (cit. nt. 584), p. 64 (especialmente nt.3); BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 202 a 207; SOLAZZI, "*Sull'exceptio in diminuzione della condanna*" (cit. nt. 584), pp. 268 ss.; BUTERA, *Del diritto di ritenzione* (cit. nt. 474), pp. 14; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano* (cit. nt. 170), p. 99; MARRONE, "*D. 14.2.2 pr.:«retentio» e «iudicia bonae fidei»*" (cit. nt. 584), p. 170 nt. 3; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 584), pp. 149 ss.; RICCOBONO,"*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 192 y 199; COSTA, *L'exceptio doli* (cit. nt. 503), pp. 284 y 285; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 25 a 28.

608 MARRONE, "*D. 14.2.2 pr.:«retentio» e «iudicia bonae fidei»*" (cit. nt. 584), pp. 170.

609 SOLAZZI, "*Sull'exceptio in diminuzione della condanna*" (cit. nt. 584), p. 171 nt. 2; MARRONE, "*D. 14.2.2 pr.:«retentio» e «iudicia bonae fidei»*" (cit. nt. 584), p. 170 (especialmente nt. 2); NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 584), pp. 149 ss.; KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (cit. nt. 474), p. 108 nt. 1; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 217 nt. 176.

610 MARRONE, "*D. 14.2.2 pr.:«retentio» e «iudicia bonae fidei»*" (cit. nt. 584), p. 170.

611 RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 58 nt. 12, 192, 199 ss.

Algunos autores, en cambio, se han pronunciado por la posibilidad de una *exceptio doli* minutoria, por la que si el actor no pagaba las impensas el juez debía reducir su importe de la condena, que al ser pecuniaria, permitía dicha deducción[612]. En su tiempo su gran defensor fue Dernburg[613], que en sede de *reivindicatio* toma como ejemplo el pasaje celsino, 3 *digestorum*, D. 6.1.38. Más tarde destacan los trabajos de Arangio-Ruiz, en especial su monografía "*L'exceptio in diminuzione della condanna*"[614].

Atendiento a la realidad de las fuentes, esta tesis plantea una mirada inclusiva de la forma de obtener los gastos vía *exceptio doli*. En esto, algunas veces los juristas aconsejarán que la *exceptio* tenga un efecto perentorio y el demandado será absuelto frente a la negativa del demandante de pago de las *impensae*, autorizándose la *retentio* material sobre la cosa misma objeto de la reivindicación; en otras, en cambio, el efecto de la *retentio* será el de la condena minutoria.

Que la inserción de la *exceptio doli* haya tenido efecto absolutorio, aparece en una serie de pasajes que indican que el demandado podrá "repeler" o "rechazar" la *actio* del reivindicante, a través del uso de términos como: (*doli mali exceptione*) *summovere*, *repellere*, *defendere*. Juliano autoriza a "repeler" (*summoventur*) la *reivindicatio,* por los gastos necesarios y útiles hechos "en" el fundo objeto de la reivindicación, en 18 *digestorum*, D. 39.6.14:

Si mortis causa donatus fundus est et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant.	Si un fundo es donado por causa de muerte, y en él se hubieran hecho gastos necesarios y útiles, los reivindicantes del fundo serán repelidos con la excepción de dolo malo, sino restituyeran su precio.

[612] KRETSCHMAR, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte* (cit. nt. 584), p. 30 ss.; ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna* (cit. nt. 584), pp. 1 a 22; DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte* (cit. nt. 121), pp. 216 ss. (especialmente p. 227). De manera confusa pareciera querer asumir esta postura González-Palenzuela. La autora señala: "*Creemos, por ello, que quizá la idea de la retención en la acción reivindicatoria pudiera no haber sido clásica, o al menos no anterior a finales de la época clásica, y que la retención que conocían los juristas clásicos, era aquella minutoria de la condena, propia de los juicios de buena fe y de la actio rei uxoriae, que se actuaba por el officium iudicis, y con Justiniano es concebida como un derecho material de retener la cosa, a modo de prenda, donec ei sasisfiat, que se aplica a otros campos*." Pero luego en la nota al pie con la que se culmina este párrafo señala: "*En la rei vindicatio clásica parece que no hay una retentio en sentido técnico, sino únicamente un efecto absolutorio de la exceptio doli, consecuencia del cual el demandado efectivamente retiene la cosa en su poder.*", GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 217 y 218 (especialmente nt. 182). No se comprende la postura de la autora, puesto que la *exceptio doli* puede conllevar a distintas posibilidades pero contrapuestas en un mismo caso, o tendrá función absolutoria (como condición positiva de su inserción), o será, en cambio, diminutoria de la condena; esto es, como lo ha dicho Arangio-Ruiz ("*L'exceptio in diminuzione della condanna*" (cit. nt. 584), p. 9), una condena parcial o una parcial absolución.

[613] DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte* (cit. nt. 121), pp. 216 ss. (especialmente p. 227)

[614] ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna* (cit. nt. 584), pp. 1 a 22.

En los mismos términos (*doli mali exceptione summovere*) Paulo, cuando se hubiese edificado en el fundo evicto y no se hubiesen pagado los gastos de edificación, como aparece en 5 *quaestionum*, D. 19.1.45.1:

Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat.	Más claro se veía esto, si me hubieres vendido un solar ajeno y en él yo hubiere edificado y así fue evicto por su dueño: puesto que puedo repeler al que reclama el dominio con la excepción de dolo malo, si no pagaste el gasto de los edificios, es más cierto, que esto no corresponda al riesgo del vendedor

También para obtener el reembolso de gastos de alimentación, además de otros, Ulpiano se refiere a la *exceptio doli* para que con ella se pueda "repeler" la *actio* del demandante cuando no quiera pagarlos (*exceptione doli mali repellendus est*), en 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9:

Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.	Si un menor me hubiere donado un infante, y después lo reivindicara, ha de ser repelido con la excepción de dolo malo, sino restituyera los alimentos y algún otro gasto probable que se haya hecho en él.

Y Gayo, no sólo la considera en sus *Institutiones* 2.76 cuando se refiere a los gastos de edificación, siembra y plantación:

Sed si ab eo petamus fundum uel aedificium et inpensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soluere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit.	Pero si pedimos el fundo o el edificio y los gastos hechos en la edificación o en la plantación o la siembra reusamos pagar, nos pueden repelar por la excepción de dolo malo, ciertamente si fuera un poseedor de buena fe.

También en los pasajes gayanos de los *Digesta* de 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12 (*pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli*) y -bajo supuestos similares-, D. 41.1.9 pr (*defendi potest per exceptionem doli mali*).

Ahora bien, cómo opera la *retentio* no es del todo claro a la luz de otros pasajes. Por ejemplo, cuando aparece conjuntamente con la *exceptio doli* en el comentado fragmento paulino 3 *ad Plautium*, D. 10.3.14.1, que señala, en lo que importa, que se podrá hacer *retentio* "de" los gastos hechos "en" el fundo que se creía propio y resultó ser ajeno:

Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum	Más los gastos, que hice mientras estimé el fundo propio, los cuales ciertamente, podría retener por la excepción de dolo, si fuera vindicada una parte del fundo, o incluso, se ha de considerar, por la equidad misma juicio poder retener, si contra mí se intentara el

est. juicio de división de cosa común.

La omisión de la *exceptio* y la sola mención al efecto de la *retentio*, se observa en el pasaje ya visto de Pomponio por los gastos de edificación (*insulam aedificaverit*), en 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2: *sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam*; y también cuando Paulo da cuenta de la decisión de Juliano por los gastos hechos en la defensa en juicio noxal o la curación del esclavo, en 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4: *ita demum furti te agere mecum posse Iulianus ait, si intersit tua retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis.*

Ya se mencionó que la doctrina mayoritaria atribuye a la *exceptio doli* un carácter perentorio, que produciría como efecto la *retentio* que autoriza al demandado ha mantener la cosa objeto del litigio. Es así como Riccobono[615] no acusa, en esta parte, ninguna interpolación del pasaje paulino 3 *ad Plautium*, D. 10.3.14.1[616], porque el poseedor de buena fe de cosa ajena podría obtener el reembolso de los gastos sólo por vía de la retención mediante la inserción de la *exceptio doli* -por la naturaleza de *iudicium strictum* de la *reivindicatio*-, en la cual el poder del juez vendría señalado rigurosamente en la fórmula. Pero claro, en lo que respecta a 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2, para Riccobono un jurista no podría haber omitido la mención a la *exceptio doli* en su función perentoria; la afirmación absoluta que los gastos vienen computados y deducidos (*officium iudicis*) en el juicio, atiende al nuevo derecho justinianeo. La frase *retentionem impensae* no puede ser auténtica, ya que en el derecho clásico la *retentio* se refería a la cosa vindicada, a causa del gasto: *propter impensas, impensarum nomine*.

Y parte de esta crítica la sigue Nardi[617], para quien en D. 10.3.14.1 *retinere* debío haber ocupado el puesto que originalmente tendría *servare*: *per exceptionem doli* [*retinere*] <*servare*> *possem*, puesto que "*impendia retinere*" no es una terminología clásica en el campo del derecho de retención, donde los clásicos hablaban de retener la cosa por los gastos (*per le spese*), y no de retener los gastos (*le spese*). Para D. 24.1.31.2

[615] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 5 y 192 ss.

[616] Sólo en lo relativo a la reivindicatoria y no en lo respecta al *communi dividundo iudicium*, puesto que sostiene que en la época clásica también era necesaria la incorporación de la *exceptio doli* por tratarase igualmente de un *iudicium strictum*, y propone la siguiente reconstrucción: *aequitat <is ratione exceptione doli oposita> retinere possim, considerandum est*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 5. En esto, vid., por todos, BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*" (cit. nt. 393), p. 220 a 222; Beseler lo considera justinianeo, BESELER, Gerhard: "*Aequitas*", ZSS [Romanistische Abteilung] 45 (1925), p. 453; LEVY, *Die Konkurrenz der aktionen und personen im klassischen recht* (cit. nt. 359), p. 55 nt. 1; LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (cit. nt. 358), p. 208 nt. 10; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 355.

[617] NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 356.

mantiene la postura sobre los términos "*retentio impensae*"[618], pero no comparte que el pasaje haya sido adaptado al sistema justinaeo del *officium iudicis*, y la sustancia del concepto "*impensam-placet*" no le parece espurio.

Bürge[619], en cambio sostiene una postura distinta. El verbo *retinere* en la expresión *per exceptionem doli retinere possem* de 3 *ad Plautium*, D. 10.3.14.1 -que demuestra la necesidad de la *exceptio doli* para hacer valer la *retentio*-, no significa sólo una sutileza o un matiz estilístico, sino que designa (en las acciones de derecho estricto) una situación específica de derecho de fondo (*eine bestimmte materiellrechtliche Lage*), que invoca el demandado, y que será considerado por el *iudex* como parte de la buena fe. E incluso en casos como 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2 (*retentionem impensae mulierem facturam*) y 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4 (*ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis*), en los que se podría sospechar inicialmente que el verbo tiene un uso más bien estilístico, se debe entender la *retentio* como el reflejo del enfoque procesal del derecho sustantivo mismo: "*Der Ausdruck ist nicht anders zu werten als etwa die gebräuchliche Wendung actionem habere, die doch auch einen materiellrechtlichen Kern enthält*"[620]. Así, *retentio* no sólo sirve para designar una posición preliminar sobre el derecho de propiedad (*sachenrechtliche*), que será importante en el proceso, sino que también podrá especificar la pretensión que se persigue con ella (*obligatorischen*).

Concluyendo este punto, la *retentio* es un efecto de la introducción de la *exceptio doli* en la fórmula y que, como dice justamente Riccobono, le confiere al juez amplios poderes para que resuelva *officium iudicis*. El juez podrá autorizar al demandado a retener la cosa objeto de reivindicación y frente al no pago de los gastos, absolver al demandante, como pareciara que lo aconsejan los pasajes paulinos. Siguiendo a Bürge, y sin atender a las críticas interpolacionistas, se puede entender que Pomponio en 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2 (*sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam*) autoriza la *retentio* "por" los gastos; esto es, por la avaluación que el juez haga de los mismos. Le parece aceptable que la mujer recupere gastado en la casa que será del marido luego de la reivindicación, en lo que el juez puede por el *officium iudicis* conceder una condena minutoria.

Finalmente, existen una serie de pasajes -especialmente en el título 6.1 "*De rei vindicatione*"-, que aunque parezcan extraños, admiten una condena minutoria. Destacan

---

618 "*l'espressione è rara ed impropria, e si rileva pertanto sicuramente di pretto uso giustinianeo*" (la expresión es rara e impropia, y se estima por tanto seguramente de uso justinianeo), NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 302.

619 BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 236 a 239.

620 "El término no debe considerarse de otro modo que como el uso común de la locución *actionem habere*, que por supuesto contiene también un derecho sustantivo", BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), p. 238.

el pasaje paulino y los fragmentos gayanos que componen el grupo que se codificó en los *Iustiniani Digesta* el supuesto de la *doctrina puerorum*, que en lo tratamos señalan:

Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5: *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium.*	Paulo, 21 ad edictum, D. 6.1.27.5: Si en la cosa pedida el poseedor antes de contestada la demanda hizo gastos, por la excepción de dolo malo se debe tener razón de ellos, si perseverara el actor en pedir su cosa sin devolver los gastos. Lo mismo es también, si defendió al esclavo en juicio noxal y condenado pagó el dinero, o si por error edificó una casa en solar que fue del demandante: a menos que, sin embargo, el demandante disponga que se demuela el edificio.
Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. : *Forte quod pictorem aut librarium docueris. Dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse,*	Gayo, 7 al edicto provincial, D. 6.1.28: Lo que acaso hubieres enseñado al pintor o al librero. Se dice que no puede ser de otro modo estimado que por el oficio del juez,
Gayo, **7** *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30: *Aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*	Gayo, 7 al edicto provincial, D. 6.1.30: O si antes hubieras denunciado al actor, para que pagase el gasto, y disimuló [el actor], se haya opuesto la excepción de dolo malo.

Para Riccobono[621] estos pasajes ilustran la intromisión justinianea en la función de la *exceptio doli*: en general, los clásicos admitían la *exceptio doli* con consecuencia perentoria. Justiniano regula todo *ex novo*, concediendo al juez el poder de valorar los gastos e imponer al actor un pago; esto es, admite en consecuencia, por una parte, dismunuir en proporción la condena; y por la otra, el *ius tollendi* que se verá más adelante.

En cuanto a lo primero, sostiene que a pesar de la ventaja que el dueño consigue por los gastos hechos por el poseedor, no debe ser puesto en condición de vender la cosa o de hipotecarla para procurarse el dinero necesario. El fundamento de ello es que la equidad, que es sensible a toda la influencia de orden ético y material.

En estos pasajes se pretende, principalmente establecer normas y límites de la compensación de los gastos. Respecto de los necesarios la solución era obvia, se deben considerar de manera íntegra; respecto de los gastos útiles, la enseñanza de los sabineanos, que se observa en varios pasajes de Gayo, garantiza al poseedor de buena fe el reembolso de los gastos mediante la *exceptio doli* sin que se distinga particularmente

[621] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 184.

entre los gastos necesarios y útiles. Para las voluntarias, la *exceptio doli* no podía aprovechar ni aún al poseedor de buena fe[622].

El problema, a juicio del autor se centra sólo respecto de las útiles, puesto que no se comprende que Gayo se haya preocupado sólo de respresentar la función de la *exceptio doli* sin atender a ningún efecto práctico, sin hacer distinción en los gastos. Pero esto se entiende, como ya fue expuesto, porque el asunto de los gastos útiles fue particularmente estudiado por los proculeyanos y discretamente omitido por los sabinianos.

En lo que interesa ahora, para el autor, estos pasajes muestran que, ante todo los motivos que atenúan el reembolso de los gastos, el que más importa se encuentra en la máxima que el propietario en ningún caso puede ser obligado a pagar sino la menor suma que resulta del cálculo de los gastos efectivos respecto al mejoramiento efectivo. Entonces la reconstrucción que el maestro italiano propone para D. 6.1.27.5: *per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, <et> si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus <submovetur>*[623]. Idéntica será la interpolación que se observa en Gayo, 7 *ad edictum provinciale* D. 6.1.28: *... pictorem aut librarium docueris <N.N. dixit> non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse <quam si doli mali exceptio opposita sit>* y D. 6.1.30: *... si ante <condemnationem> denuntiatum sit actori ut impensam solveret, et <is solvat, potest evitare exceptionem doli mali, quod si dissimulaverit eam, summovevitur>. Ratio haberi debet, per exceptionem doli mali*, significa que acá, como en los otros fragmentos y el celsino 3 *digestorum*, D. 6.1.38, que el juez por la fuerza de la *exceptio doli* puede tener en cuenta los gastos y dismunuir en proporción la condena, y asumido en el nuevo derecho, la naturaleza de buena fe de todas las acciones, fue admitido el *officium iudicis* y suprimida cualquier huella de la fuerza consuntiva que la *exceptio doli* tenía en el procedimiento romano.

También para Biondi[624], en 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5 la frase "*per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet*" quiere decir que el juez por la fuerza de la *exceptio* puede tener en cuenta los gastos y disminuir consecuentemente la condena, y es claro que se entra acá en la órbita del derecho justinianeo. A su juicio Paulo no habría podido hablar de *ratio impensarum*, esto es, de computo de los gastos, y no considerar el efecto absoluto de la exceptio. Por tanto el pasaje va reconstruido: "*per doli mali exceptionem* [*ratio eorum haberi debet*] *si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus* (*submovetur*)".

---

[622] Lo declara expresamente D. 5.3.39.1: *Videamus tamen, ne et ad picturarum quoque et marmorum et ceterarum voluptariarum rerum impensas aeque proficiat nobis doli exceptio, si modo bonae fidei possessores simus: nam praedoni probe dicetur non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere: ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possint.*

[623] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 200 nt. 79.

[624] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 375 ss.

Solamente con Justiniano se admite la concesión de una acción para obtener el reembolso de los gastos en consonancia de su concepción del derecho a los gastos como un derecho perfecto. La *actio negotiorum gestorum* habría permitido al poseedor, tanto de buena como de mala fe, y cualquier otro que haya realizado gastos sobre cosa ajena cuando no cuente para ello con una acción específica nacida de la relación contractual. Pero la acción deriva, no ya de la gestión, ni menos aún de la intención de gestionar asuntos ajenos, sino exclusivamente del enriquecimiento que experimenta aquel cuyos asuntos se gestionan.

Y se debe volver al fragmento celsino, 3 *digestorum*, D. 6.1.38:

> *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es*.
>
> En el fundo ajeno, que imprudente habías comprado, edificaste o reparaste, y después hay evicción: el buen juez constituye variadamente según las personas y las causas. Finge que quien había sido dueño habrá de hacer la misma; restituye la impensa, para que reciba el fundo, hasta no más allá que por aquello, en que se ha hecho más valioso, pero si obtiene más por el precio del fundo, sólo lo que está invertido. Finge pobre, a quien, si se obligara a restituir esto, quede privado de los lares y los sepulcros ancestrales, es suficiente serte permitido retirar de estas cosas las que puedas, mientras así el fundo no tenga más deterioro, que si al inicio no hubiera sido edificado. Por lo demás, constituimos que, si el dueño está preparado para dar tanto cuanto es lo que el poseedor habrá de obtener por aquellas cosas retiradas, que opere la potestad para ello: ni tampoco hay indulgencia para la malicia, si, por ejemplo, quieras raspar el estuco y las pinturas que habrás introducido, nada llevarás salvo para dañar. Finge ser aquella persona del dueño, la que recibido el fundo inmediatamente haga la venta: si no restituye, cuanto en la primera parte dijimos deber ser restituido, eres condenado según deducción de esto.

Riccobono[625] entiende que se trata de impensas útiles hechas por el poseedor de buena fe. En el primer supuesto sería equitativo que el poseedor obtuviera un reembolso de los gastos que redundan realmente en una ventaja para el *dominus*. Considera que la frase *eadem facturum fuiste* tiene el valor objetivo de la *voluntas domini*, por la que se analoga a la situación de los detentadores -aunque en el caso el poseedor actúa por

[625] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 8 y 9; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 173 ss. También Nardi en NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 326; PERNICE sostiene igualmente que se trata de un poseedor de buena fe, pero lo hace sin dar fundamento alguno, PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 389.

iniciativa propia y no hace nacer ningún derecho de crédito a su favor-, y por equidad puede recuperar los gastos, considerado la ventaja real que obtiene por ello el *dominus*.

Se fija acá la medida del reembolso para los gastos útiles, que se plasma en la fórmula medieval, de acuerdo a la cual el poseedor podrá tener el *minus inter impensum et melioratum*, que en el texto clásico aparece *usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.* Esta medida tendría una perfecta proporción desde el punto de vista económico como desde la equidad.

Aunque el propio autor reconoce que el reembolso de la totalidad de los gastado en mano de obra y materiales, medida adoptada para las impensas necesarias, parece haber sido reconocida por los sabinianos también para las impensas útiles y que probablemente esta era la tradición jurídica del primer siglo, la cual fue superada por los proculeyanos, en particular por Celso en el texto que se examina[626]. Sobre la segunda hipótesis ya se ha mencionado la postura del autor a propósito de 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5. Para el supuesto final, es justo en este caso, que el poseedor consiga un reembolso en el mismo límite descrito en la primera de las hipótesis, porque el dueño al destinar la cosa obtendrá un precio por ello[627].

Nardi[628], que considera igualmente un poseedor de buena fe que ha hecho impensas útiles, no comparte que se trate acá de la consagración clásica de la medida *minus inter impensum et melioratum*; más aún que supone de inserción justinianea, puesto que es contraria a la lógica y la equidad clásica. Cuando la mejora hubiese sido menor a lo gastado, se cuestiona por qué el propietario que hubiese hecho el mismo gasto (*eadem*) debe resarcir en este caso sólo el valor de la mejora. Cree que para los gastos útiles al igual que los necesarios, en realidad la cuantía del reembolso alcanzaba igualmente lo gastado.

Más actualmente lo sigue González-Palenzuela[629], que no encuentra en las fuentes apoyo para sostener la operación de la máxima de Riccobono, puesto que en general, todos los pasajes que se tratan de la *reivindicatio*[630], autorizan al poseedor de buena fe tiene derecho a conseguir lo gastado. Siguiendo en esto a Bürge, este reembolso estaría sujeto a una serie de "correctivos" que se establecen por obra del jurista Celso, que impone la equidad y el jurista manifiesta para guiar la actuación de los

---

[626] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 7 (especialmente nt. 6) y 8; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 173 y 174.

[627] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 174.

[628] NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 326 ss.

[629] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 206.

[630] Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.23.4; Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5; Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12; Paulo, 3 *responsorum*, D. 44.4.14; Paulo, 5 *quaestionum*, D. 19.1.45.1; Paulo, 3 *ad Plautium*, D. 10.3.14.1; Pomponio, 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2; Juliano, 18 *digestorum*, D. 39.6.14; Paulo, 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4; *Gai*, *Inst*. 2.76 a 78.

jueces que en base a la *exceptio doli* tienen un margen de arbitrio para apreciar las circunstancias del caso concreto.

Pero de regreso al asunto procesal, la mayor crítica de Riccobono[631] es que se omite la mención a la *exceptio doli* con efecto perentorio y, producto de esto, el poder del juez de deducir de la condena el valor de las impensas. Puesto que no hay duda de la concesión de este poder, que en frase celsina se traduce en el *bonus iudex varie ex personis causisque constituet*, y que recorre otras veces las fuentes respecto a la libre avaluación de los elementos materiales y éticos de la causa -que es admitida al juez en los *iudicia bonae fidei*-, a merced de la *exceptio doli* en los *stricta iudicia*, como se demuestra, especialmente en el notable fragmento papinianeo 2 *responsorum*, D. 6.1.48: *verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant.*

3.3 *IUS TOLLENDI*

Superada la postura tradicional encabezada por Pernice[632], la doctrina más reciente admite la clasicidad del denominado *ius tollendi*, para el poseedor de buena fe. Parte esta tendencia con las ideas de Pampaloni[633], quien sostiene que los clásicos conocieron el derecho a retirar lo incorporado en la cosa principal, no ya como una facultad especial, sino como una manifestación del derecho de propiedad.

Entre ambas posturas Riccobono[634] ha sostenido que el *ius tollendi* en la época clásica sólo fue admitido por los juristas proculeyanos, en una línea más avanzada que los de los sabinianos, a pesar de lo cual en la época tardo-clásica fue la postura sabiniana la que se impuso; por su parte Justiniano resucitó y amplió el *ius tollendi* de los proculeyanos. Esto ya fue explicado antes.

La postura anterior se amplía más aún por la doctrina posterior en orden a aceptar la clasicidad del *ius tollendi* y la genuidad de los pasajes que lo contemplan, incluso por autores que niegan esta posibilidad en otros campos[635]. Sobre esta discusión no cabe

---

631 RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 8; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 172.

632 Pernice sostuvo que el *ius tollendi* es de cración justinianea, que los clásicos no lo admitieron porque iba en contra de la prohibición del *tignum iunctum* contenido en la ley de las XII Tablas, PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), pp. 383 ss. También son de este parecer BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (cit. nt. 132), p. 39 y *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Mohr, Tübingen, 1920, p. 124; NARDI, "*Testi in origine relativi alla ritenzione?*" (cit. nt. 463), pp. 382 ss.; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 351; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 584), pp. 8 ss.

633 PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), pp. 232 a 241.

634 RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 220 ss.

635 PAMPALONI, "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*" (cit. nt. 91), p. 217 nt. 37. Vid., por todos, DETER, *Impensae dotem minuunt* (cit. nt. 121), pp. 10 ss.; SCHULZ,

señalar más ahora, puesto que el planteamiento de la doctrina más moderna parece ser una apertura razonable y las fuentes de la *reivindicatio* así lo respaldan.

A propósito de la defensa en juicio noxal se encuentra el *ius tollendi* (*pati tollere*) en sede de la *reivindicatio* en el pasaje paulino de 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5:

Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium.	Lo mismo es también, si defendió al esclavo en juicio noxal y condenado pagó el dinero, o si por error edificó una casa en solar que fue del demandante: a menos que, sin embargo, el demandante disponga que se demuela el edificio.

También en aparece en el pasaje de Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38:

finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias.	Finge pobre, a quien, si se obligara a restituir esto, quede privado de los lares y los sepulcros ancestrales, es suficiente serte permitido retirar de estas cosas las que puedas, mientras así el fundo no tenga más deterioro, que si al inicio no hubiera sido edificado. Por lo demás, constituimos que, si el dueño está preparado para dar tanto cuanto es lo que el poseedor habrá de obtener por aquellas cosas retiradas, que opere la potestad para ello: ni tampoco hay indulgencia para la malicia, si, por ejemplo, quieras raspar el estuco y las pinturas que habrás introducido, nada llevarás salvo para dañar.

Lo que se discute es el alcance del *ius tollendi* en el texto celsino, que autoriza a retirar las cosas incorporadas al fundo bajo ciertas condiciones. La primera es que por la condición del *reivindicante*, el reembolso le produzca una situación tan gravosa que se vea obligado a perder sus lares y los sepulcros ancestrales (*laribus sepulchris avitis carendum habeat*). De este modo se pretende evitar un mayor perjuicio al poseedor que ha hecho las *impensae*. Además, no podrá llevarse todo lo que ha incorporado a través de los gastos, sino sólo aquello que pareciera estar permitido o autorizado (*fiat ei potestas*), y aunque el jurista no señale a cuales normas debe atender dicho permiso, por lo que sigue del pasaje se entiende que se autoriza a separar aquellas cosas adheridas que lo permitan, con la que no se cauce el detrimento de la sustancia de la cosa (*nihil laturus nisi ut officias*). Celso no quiere permitir que con el retiro se cause un daño en el patrominio del dueño.

"*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 58 y 59; MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), pp. 92 a 94; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 40; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 502 y 503; LÉVY, Jean-Philippe: "*D. 6.1.27.5, Le droit de retention et le* «ius tollendi»", Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz, 1, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1964, pp. 97 a 103; MELILLO, *Tignum iunctum* (cit. nt. 91), p. 90; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 53 ss.; FRIER, Bruce: *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1980, p. 159; MACCORMAK, "*Ius tollendi*" (cit. nt. 587), pp. 77 ss.

En conclusión, en la época clásica ya se admite el derecho a retirar lo incorporado cuando se trate de evitar un mayor daño al reivindicante, sea porque no se encuentre en situación de poder pagar los gastos por ser una carga que no puede soportar, sea porque se le quiere evitar un daño mayor porque la cosa se vería afectada con el retiro. En realidad los pasajes no muestran más que los consejos orientadores de los juristas clásicos destinados a un buen juez (*bonus iudex*) que resuelva *officium iudicis* el caso concreto.

3.4 LOS PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE TRIPARTICIÓN EN LA *REIVINDICATIO*

En el capítulo inicial se señaló que Ulpiano en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1[636] define las impensas necesarias como aquellas que se producen en situaciones en sí mismas constitutivas o justificativas de su necesidad, y que cuando se complementa con Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 pr[637] y Paulo, 36 *ad edictum*, D. 25.1.4[638], determina que en la dote las *impensae necessariae* son aquellas que el marido está constreñido a realizar, puesto que su omisión acarrea el deterioro del patrimonio dotal y la consecuente condena a través de la *actio rei uxoriae*.

Por su parte, de D. 50.16.79.1[639] se desprende que en los gastos útiles, por una parte, no está en juego el deterioro o la destrucción de la cosa como propone Fulcino; y, por la otra, al hilo del texto de Fulcino-Paulo, son éstas la causa de una *melioratio* o aumento de valor del gasto "*meliorem dotem faciant*", o "*reditus mulieri adquiratur*"; y lo mismo se desprende de Ulpiano**,** 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5.3[640].

Finalmente, las impensas voluptuarias, que vienen determinadas negativamente respecto de los gastos necesarios y útiles, aparecen en Paulo 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.2[641] como aquellas que sólo adornan la cosa, y no tienen incidencia alguna en

---

[636] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1: *Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptariae.* 1. *Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.* 2. *In necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere, quae in dotem factae sunt: ceterum si in dotem factae non sint, non habent in se reputationem.*

[637] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 pr: "*Impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*.

[638] Paulo, 36 *ad edictum*, D. 25.1.4: *Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri.*

[639] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1: *"Utiles impensas" esse fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant.*

[640] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5.3: *Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem*.

[641] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.2: "*Voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent*: *ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.*

su productividad, como confirma también Ulpiano en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7[642]. Estos gastos no responden sino a una liberalidad espontánea, movida por el puro y mero goce o placer de hacer tal gasto, y son de mero embellecimiento, lujo u ornato, sin aumentar la utilidad de la cosa y sin los cuales ella no hubiera sufrido daño o disminuido su valor: *ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.*

Las definiciones doctrinarias dadas para cada clasificación ya fueron expuestas, y no es necesario repetirlas. Sólo cabe mencionar cómo la crítica ha intentado adecuar estos presupuestos a la *reivindicatio*. Para Riccobono[643], el criterio ulpianeo de 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.1 no sería suficiente, puesto que sería razonable presumir que con *necessariae-habent in se necessitatem*, el jurista desea expresar un concepto y no sólo una "tautología". Para ello Ulpiano recurre a un elemento relativo: la necesidad del gasto. Ésta puede existir económicamente de manera precisa, en aquel caso en el cual la omisión de una obra proporciona transforma la cosa en inservible y como consecuencia se produce un daño al propietario. Por lo anterior, es indispensable agregar a este criterio relativo un elemento subjetivo: la necesidad de los gastos pero en relación a una persona determinada. Este elemento se encuentra en las fuentes cuando ellas se refieren a la *necessitas impendendi*.

Para el autor[644], la clasificación de los gastos desde consideraciones únicamente objetivas (en definitiva meramente económicas), tendrían consecuencias absurdas, por lo que requieren de una fundamentación subjetiva, la necesidad debe considerarse respecto quien tiene la disponibilidad de la cosa: el propietario. Sostiene así, que si la cosa fuera inservible o no tuviera utilidad alguna para él, cualquier gasto realizado aunque fuera indispensable para la conservación de la cosa, no podría ser considerado como necesario. Agrega además, que no se puede decir que la formulación de los juristas fuera defectuosa o errónea, sino la interpretación que se ha hecho de éstas. Por ello, si en las decisiones jurisprudenciales viene indicado como gasto necesario aquel que sirve a la conservación de la cosa, es porque este solo elemento es suficiente parta establecer que el gasto es necesario: según el autor, se presume el interés del propietario consustancial al mismo.

Inquietud similar plantea Niederländer[645]. Considera que el término "necesidad" en esta primera categoría de gastos (cuyo significado está revestido de consideraciones principalmente económicas), hace que éstos tengan que ser estudiados teniendo en

[642] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7: *Voluptariae autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit et quae species exornant*.
[643] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 64 a 67.
[644] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 65 a 67; PÉREZ, "*El reembolso de los gastos dotales según la nueva regulación justinianea*" (cit. nt. 112), p. 2034.
[645] NIEDERLÄNDER,"*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*" (cit. nt. 110), pp. 211 a 213.

cuenta una determinada finalidad: "*der Erstattungspflichtige, dem die Sache aus irgendeinem Rechtsgrund zurückzugeben ist, oder derjenige, der die Aufwendungen macht*"[646].

A juicio del autor, las respuestas de los juristas no resuelven la pregunta y nada se puede extraer del término "necesidad" en la doctrina de las impensas. Ellos circunscriben el grupo de los gastos necesarios con la formulación hecha en Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 (*quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*) y luego en *Regulae Ulpiani* 6.15: *...quibus non factis dos deterior futura est*, que se entienden bajo el concepto de "*werterhaltenden*"[647].

En su análisis del concepto de "utilidad" es más claro que el de "necesidad", y en una correcta interpretación de las fuentes, son impensas útiles aquellas que según la práctica económica presentan una utilidad en cualquier forma y, por tanto, tienen repercusión positiva en el valor del rendimiento y en el valor de cambio de la cosa. Los clásicos circunscriben la categoría de los gastos útiles con la formulación de Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79: *quae meliorem dotem faciant.*

Ahora bien, este criterio del incremento del valor no se encuentra precisado con el término *utiles*, sino que con dicho adjetivo sólo alude a ello de manera aproximada o indirecta, puesto que en realidad el concepto que subyace es el de enriquecimiento. De esta manera, el criterio que justifica esta categoría es que aquél a quien se restituye una cosa, no puede resultar gratuitamente enriquecido por el incremento del valor de aquella. Así los gastos hechos por quien esté legitimado a recibir el reembolso, significan un ahorro para éste que debe reembolsar.

Desde esta perspectiva, el propietario estaría obligado al reembolso del enriquecimiento injusto, pero desde un punto de vista siempre subjetivo. Así las cosas, tan pronto como la presunta voluntad del dueño de la cosa se pueda conocer, éste se aleja de la responsabilidad por el enriquecimiento en clave objetiva (económica). Cuando la medida de los gastos está determinada por los fines específicos del propietario -y a su juicio esto sólo se determina a través de conjeturas-, deja de tener sustento el concepto del enriquecimiento. Para el autor, esta concepción es totalmente irreal y criticable, a pesar de que reconoce que las fuentes muestran que ésta era la noción de los juristas romanos que operan con la ecuación: impensas necesarias para la conservación es igual al interés y la probable voluntad del propietario es igual al ahorro del gasto.

---

[646] "*el obligado al reembolso, al cual hay que devolverle la cosa por razones legales o al cual hizo el gasto*", NIEDERLÄNDER, "*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*" (cit. nt. 110), p. 211.
[647] "*mantención del valor*", NIEDERLÄNDER,"*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*" (cit. nt. 110), p. 211.

En este punto se debe permanecer con Ankum[648] y Mayer-Maly[649], cuando sostienen que los conceptos de *necessitas* y *utilitas* provienen del mundo ajeno al derecho, y de la misma forma se incorporan a él. Especialmente para el autor austriaco[650], la noción de necesidad (*Notwendigkeit*) no es un concepto del sistema jurídico (*Systembegriff des Rechtst*), ni tampoco puede ser utilizado como un elemento idóneo del concepto.

Esta afirmación -más conveniente claro para los sistemas de conceptos rígidos del derecho actual-, se aplica a los más móviles, "propios" ("*inneren*") elementos del sistema, que no fueron convenidos por los juristas romanos. Así, cuando los juristas hablan de necesidad, toman prestado el término del lenguaje coloquial, y con ello, la ambigüedad del término penetra en el derecho. Sin embargo, el derecho puede dar en ello una orientación, que se puede entender como necesidad.

Clara es a su juicio la contraposición de las definiciones de *voluntas* y *necessitas* de D. 50.16.79. Pero, que entre las entre las impensas necesarias y las voluptuarias aparezcan las útiles, hace perder la confrontación de *necessitas* y *voluntas*. Más claro sería ello en otro contexto, como cuando aparece una confrontación general de los conceptos como en los casos de Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.2 (*Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem*) y Paulo, 23 *ad edictum*, D. 10.2.29 (*adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria*); o en completa oposición como los casos de Africano, 7 *quaestionum*, D. 3.5.45 (*nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te eius voluntatis ese*) y Ulpiano, 6 *ad Sabinum*, D. 23.3.33 (*maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat*). Así se muestra más clara la confrontación de *voluntas* y *necessitas* como a la pregunta controvertida del peso de un ánimo específico, cuyo significado tenía para los juristas clásicos la orientación de la voluntad.

Con lo dicho, se deben volver a revisar los ejemplos que se proponen en las fuentes, en particular, cuando en ellas aparecen los advervios "necesarios" y "útiles" o la exigencia de que el gasto haya sido hecho por "necesidad" o "útilmente", con la finalidad de observar cómo se dan estas situaciones en la *reivindicatio*.

---

[648] ANKUM, "„Utilitatis causa receptum" (cit. nt. 467), pp. 1 a 3; ANKUM, "Utilitatis causa *en los trabajos de los juristas clásicos romanos*" (cit. nt. 467), pp. 1221 a 1222; MAYER-MALY, "*Obligamur necessitate*" (cit. nt. 467), pp. 47 ss.

[649] MAYER-MALY, "*Probleme der negotiorum gestio*" (cit. nt. 461), p. 423; MAYER-MALY, "*Topik der necessitas*" (cit. nt. 470), p. 477.

[650] MAYER-MALY, "*Topik der necessitas*" (cit. nt. 470), p. 477.

Hay que insistir en que las fuentes clásicas no hacen más que confirmar la relatividad de las categorías, y sólo por mencionar, Labeón en Ulpiano D. 25.1.1.3[651] ofrece como ejemplos de gastos necesarios los bloques echados al mar o río (*moles in mare vel flumen proiectas*) y hacer un molino o un granero si es por necesidad (*sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait*).

Pero para Fulcino, el molino o granero agregado a la casa dotal son ejemplos de gastos útiles en la parte final del pasaje paulino D. 50.16.79.1[652]. En D. 13.7.8[653], Pomponio considera *necessarias impensas* en general, aquellas que se hacen en el esclavo o el fundo (*in servum aut in fundum*). Menciona como ejemplos la cura del esclavo (*finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse*) o la reparación o la refacción de la casa del fundo (*insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam es*). Y ahora veamos qué ocurre con estos casos que son los que mayoremente aparecen en la *reivindicatio.*

Sobre los primeros, gastos realizados en los esclavos, se mencionó que en varios de los casos, desde la definición paulina de D. 25.1.4 (...*etsi res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est*...), se deben entender como *impensae necessariae*, puesto que permiten la subsistencia del esclavo; y, sin embargo, en varios de estos supuestos se consideran *in fructus*, como en los casos de la cura, alimentación y educación del esclavo.

E incluso, sin considerar esta primera dificultad, los problemas en la distinción de las categorías se mantienen. Fulcino-Paulo en D. 50.16.79.1[654] proponen como un ejemplo de *utiles impensas* el de la *doctrinam puerorum* cuando la mujer no ha sido gravada ignorándolo o en contra de su voluntad (*quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet*).

Bajo la unificación de las categorías de gastos necesarios y utiles (*utiles autem necessariaeque*) en el pasaje visto en *sedes* de *hereditatis petitio* D. 5.3.39[655], aparece el

---

[651] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait.*

[652] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1: *In his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus.*

[653] Pomponio, 35 *ad Sabinum*, D. 13.7.8 pr: *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere*.

[654] Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1: "*Utiles impensas*" *esse Fulcinius ait,…, item doctrinam puerorum. Quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere.*

[655] Gayo, 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39: *Utiles autem necessariaeque sunt…: aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, cum id utilius sit quam ipsos dedi.*

pago de la estimación del litigio noxal, donde el criterio que se tiene en cuenta para el reembolso es el de la utilidad (*cum id utilius sit*).

En las fuentes de la *reivindicatio* los gastos hechos en los esclavos no han sido calificados por ningún jurista ni como *necessariae* ni como *utiles*, ni tampoco su reembolso ha sido condicionado a los criterios de la *necessitas* o *utilitas*. Ellos pueden ser descontados de los frutos en la medida que ellos existan, y con eso ser *in fructus*, como parece en el caso de la *doctrinam puerorum* en Paulo, D. 6.1.31; o, salvo la negativa de Próculo en D. 6.1.27.5 -y las interrogantes de esta decisión fueron plantedas en su minuto-, pueden ser reembolsados. La regla general en esta *sedes* está determinada por el reembolso de este tipo de *impensae* a través de la *exceptio doli*, y que su estimación, como se verá más adelante, quedará entregada al *officio iudicis.*

Sobre los segundos, los realizados en los fundos, se presentan dificultades similares a las anteriores. Se tratan, de un lado, de gastos *quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt*; y del otro, de aquellos que autorizan a obtener un reembolso, esto es, *in rem*.

Y una vez más, superada la supuesta distinción inicial en el caso concreto, tampoco se resuelve la inestabilidad en la aplicación de las categorías de *necessariae* y *utiles* (*pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur*), como se aprecia con claridad primero en Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3[656]. También para el jurista de Tiro son necesarios los gastos en apuntalar una casa que se arruinaba en 36 *ad edictum*, D 25.1.4[657] y también en el pasaje de Ulpiano D. 25.1.14 pr[658]. Para Fulcino lo son igualmente en D. 25.1.1.3[659], pero sólo en tanto si la reparación del edificio ruinoso reporta utilidad para la mujer (*si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit...*). Y si había una confusión de los criterios en el pasaje ulpianeo, la equiparación es textual en Gayo en D. 5.3.39[660].

En la *reivindicatio* las refacciones hechas en los fundos, y en general el caso de la *inaedificatio*, son gastos que los juristas no calificaron de forma alguna, y tampoco condicionaron a algún criterio de necesariedad o utilidad su reembolso. Basta recordar

---

656 Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3: *Vel si vites propagaverit vel arbores curaverit vel seminaria pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur. 1. Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.*

657 Paulo, 36 *ad edictum*, D 25.1.4: *...itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur.*

658 Ulpiano, 5 *regularum*, D. 25.1.14 pr: *Impensae necessariae sunt, ... aedificia vetera fulcire itemque reficere*.

659 Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit.*

660 Gayo, 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39: *Utiles autem necessariaeque sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificorum gratia.*

que ni Juliano en 17 *ad edictum*, D. 6.1.37[661], Pomponio, D. 24.1.31.2[662] o Gayo, D. 41.1.7.12[663] exponen sino la realización de este tipo de gastos; y en pasaje gayano, pero principalmente en la obra de Paulo[664], aparece adicionalmente como medio adecuado para obener el reembolso la *exceptio doli*.

Y no hay mayor muestra de la inestabilidad de todos estos conceptos que la discusión jurisprudencial que se suscita entre Labeón, Celso y Juliano en la *negotiorum gestorum* en Ulpiano en 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1[665]. Al hilo de esta investigación la situación no llama ya sustancialmente la atención.

No deja de ser interesante el hecho de que la *necessitas* del gasto venga, en opinion del jurista augusteo, satisfecha por una conducta denominada "gestión útil" (*utiliter gessit*), por cuanto es evidente así el cruce al menos a nivel de la nomenclatura con la clase de las impensas útiles. En efecto, Labeón daba esta el carácter de *impensa necessaria* a la reparación de la casa producto de una gestión útil y también Juliano, aunque de dicha gestión incluso no se haya seguido resultados. Para Celso se trata también de un gasto necesario, pero sin embargo, para él la gestión debe provenir de una gestión útil, esto es, la que se emprende en una cosa necesaria o que no sea onerosa al padre de familia.

En la reivindicatoria Celso vuelve a tener notoriedad en la misma cuestión, cuando refleja en nuestra *sedes materiae* en D. 6.1.38 las múltiples posibilidades que se han de considerar para el reembolso de los gastos de edificación y conservación, y que

---

[661] Ulpiano, 17 *ad edictum*, D. 6.1.37: *Iulianus libro octavo digestorum scribit: si in aliena area aedificassem, cuius bonae fidei quidem emptor fui.*

[662] Pomponio, 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2: *Si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est, sed eam impensam mulierem servaturam placet.*

[663] Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12: Ex *diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit.*

[664] Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5: *... aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium*; Paulo, 5 *quaestionum*, D. 19.1.45.1: *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit:*; Paulo, 71 *ad edictum*, D. 44.4.5.2: *… et ille cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente*; Paulo, 3 *responsorum*, D. 44.4.14: *qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse.*

[665] Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1: *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.*

se aprecia desde el encabezado de su sentencia: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet.*

Al observar las fuentes jurídicas, se pueden compartir sólo en parte las críticas de Riccobono, porque en esto la postura de Niederländer parece más cercana a su realidad textual.

Pareciera que el elemento relativo de la necesidad ecónomica, que determina que la omisión del gasto proporciona un deterioro de la cosa y el consecuente daño a su propietario, se observa sólo respecto de algunos tipos de gastos: en especial en los gastos hechos sobre los esclavos y en algunos casos de repartaciones en las edificaciones ruinosas.

El elemento relativo no se presenta siempre a primera vista en el caso de la *inaedificatio*. Y lo mismo ocurre con el elemento subjetivo, con la necesidad que el gasto importa para el propietario de la cosa. Desde luego, la defensa en el juicio noxal aparece de principal necesidad puesto que si no se realiza el gasto la propiedad del esclavo se pierde, pero no por ello es posible presumir que el gasto responde a la *necessitas impendendi* del propietario. Lo mismo se observa en el caso de los gastos de cura y alimentación del esclavo, puesto que la omisión de los gastos de esta naturaleza conlleva, sin duda, el deterioro del esclavo e incluso su muerte.

Y si es posible en estos casos hacer una presunción de la necesidad "subjetiva" de algún sujeto, es de la que tuvo el poseedor al realizar el gasto, pero no con certeza la que ha de tener el propietario, aún cuando sea éste el que finalmente resulte tener la disponibilidad de la cosa. En la *inaedificatio* la dificultad anterior se aprecia más fácilmente: por una parte, ninguno de los juristas que tratan el caso utiliza el adverbio de *necessariae* -tampoco *utiles*-, y frente a ello cabe agregar que no es fácil determinar que se trate de un gasto necesario porque su omisión, claro está, no trae como consecuencia el deterioro del fundo o solar ajeno.

Y en esto Riccobono parece estar equivocado, puesto que si las decisiones jurisprudenciales han omitido la consideración a la necesidad de manera que no son gastos que apunten necesariamente a la "conservación" o "utilidad" de la cosa, menos aún, es posible presumir en ellas la *necessitas impendendi* del propietario para considerar que se trata de una *impensa necessaria* o *util*, de manera invariable en uno y otro caso.

Se deben seguir, también sólo en parte, otras ideas de Niederländer y Lévy. Si bien en el desarrollo de esta investigación no se han encontrados criterios suficientes que justifiquen la extensión de la tripartición de las *impensae* a la *reivindicatio*, si se aprecian en las fuentes criterios para el reembolso de los gastos realizados bajo

determinadas circunstancias por el poseedor vencido, en los que prima como idea fundamental evitar el enriquecimiento sin causa.

Es pertinente sostener como Riccobono, que Ulpiano en D. 25.1.1 y Paulo, D. 50.16.79 hayan pretendido dar conceptos para cada una de las categorías, porque no parece que éstos sean conceptos "jurídicos" sino que más bien "económicos", como se mencionara tantas veces antes, conceptos "contables".

Es por ello, que las deciciones jurisprudenciales no pueden ser entendidas sino como mera recomendaciones que encaminan la labor que hará el juez en el caso concreto; la mejor muestra de ello, y que fue lo que en realidad tuvo plena recepción en la acción real, se observa en 3 *digestorum*, D. 6.1.38, con la decisión de que los casos se resuelven *bonus iudex varie ex personis causisque constituet.*

CAPÍTULO V

ÉPOCA POSCLÁSICA

1. LOS GASTOS EN LA ÉPOCA POSCLÁSICA

Pareciera que en la época posclásica comienza una tendencia a consolidar la preocupación de Ulpiano y Paulo, fijándose en la materia dotal el tópico de la categorización de las *impensae.*

Para la doctrina tradicional[666] el régimen de reembolso de los gastos de la época clásica (que distinguiría claramente las distintas categorías de *impensae* y que tiene un carácter general), sufre importantes modificaciones en el derecho jutinianeo, pero que tienen su origen en el posclásico. Especialmente ha sostenido el argumento Riccobono[667], en su tarea de justificar la supuesta equiparación de los gastos necesarios y útiles.

Para este autor, además de causas dogmáticas y técnicas, se requiere atender a las condiciones económicas y espirituales del Bajo Imperio, que influyen la legislación del periodo bizantino. En efecto la legislación bizantina del IV siglo d. C. había debido abandonar algunos principios basilares del derecho romano respecto del dominio, porque el interés supremo del Imperio exigía el repoblamiento y la cultivación de la tierra. Ya desde el siglo III d. C., estas circunstancias influyeron en materias de derecho privado e hicieron necesario que los compiladores hayan ideado medios enérgicos que garantizaran cualquier suerte de privilegio con ese fin, particularmente para reclamar las tierras.

---

[666] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 11 a 14; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 280 ss.

[667] Sostiene que la igualación de los gastos necesarios y útiles en todos los juicios no sería obra justinianea, tampoco de las escuelas orientales, sino que de ello se encontrarían testimonios en la legislación visigota, como aparece de los pasajes paulinos de la *Lex Romana Wisigothorum*, *Sententiarum*, 2.13.7: *Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium* y 2.4.1: *Quidquid in rem commodatam ob morbum vel aliam rationem impensum est, a domino recipi potest*. Por ejemplo, el primer pasaje lo considera manipulado puesto que se tratarían por la letra del texto de impensas útiles (*rem meliorem fecerit*), sin embargo, la jurisprudencia clásica en ningún caso habría aceptado otorgar una acción para el reembolso integral de los gastos útiles cuando se hayan realizado sin la voluntad del dueño; y, en el caso del acreedor fiduciario, debe conservar la destinación de la cosa y respetar la propiedad del fiduciario, tal como lo sostiene respecto del pasaje clásico D. 19.2.55.1. En ambos casos debieron tratarse de gastos necesarios, y Paulo en *Sententiarum*, 2.13.7 debió haber señalado: *Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem <valuntate debitoris vel sumptus in eam necessarios fecerit> ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.* Sostiene que el texto Visigodo prueba que ya antes de Justiniano habrían operado nuevos factores en la mutación del derecho que se observa en este punto, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 158 a 160 y 234.

Con esta finalidad tiene gran importancia el título del *Codex Iustinianus* 11.59: *De omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur*, donde la C. 8 del año 388 d. C. declara libre la ocupación de los *agri deserti* y garantiza al ocupante la adquisición del dominio después de dos años, pero si el propietario repite el fundo antes del término del bienio, debe pagar al ocupante todos los gastos hechos: *restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur*[668]. Acá ya se ignora la clasificación de los gastos necesarios y útiles que han sido puestos en una misma línea. Esta ley, a su juicio, representa un precedente insigne de toda la reforma justinianea en materia de gastos, en particular porque asegura al poseedor el reembolso integral de los gastos necesarios y útiles y mostraría un paso decisivo en la vía de la limitación de la soberanía del dominio por un interés público[669].

A la luz de estas consideraciones las mejoras debían ser resguardadas desde el punto de vista social[670], y con ello, la distinción de las varias categorías de *impensae* casi desaparece y los gastos útiles se igualan a los necesarios[671]. El principio general que domina la doctrina del reembolso de los gastos reúne ahora en un sólo manojo todas las categorías de los mismos, y se aplica a todos los individuos, poseedores de buena o mala fe, arrendatarios, inquilinos depositarios, acreedores prendarios y usufructuarios.

---

[668] Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio a Tatiano, C. 11.59.8: *Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit* (388-392). Cfr. *Codex Theodosianus*, 5.15.12: *Qui agros domino cessa(nte) desertos vel longe positos vel in finitimis ad priv(atum) pariter publicumque compendium excolere festina(t, vo)luntati suae nostrum noverit adesse responsum: (ita) tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor (inse)derit ac vetus dominus intra biennium eadem ad s(uum ius uoluerit reuocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur, nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit),* en la edición de Mommsen-Meyer, Berlin, 1905, disponible en *The roman law library* < https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>.

[669] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 23 y 24; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 236 y 237.

[670] A juicio del autor ello podría apreciarse en la Constitución del año 444 de los Emperadores Teodosio y Valentiniano, en la que se afirma el principio que los arrendatarios de fundos estériles no debían quedar sujetos a un aumento en el canon inicial producto de la mejora conseguida por ellos mismos en el fundo, donde se muestra la más alta consideración al trabajo empleado en la bonificación de la tierra, como se expresa en C. 11.59.17: *quoniam nimis absurdum est eos, qui nobis hortantibus fundus inopes atque egenos magno labore impenso aut exhausto patrimonio vix forte meliorare potuerint, utpote deceptos inopinatum onus suscipere illudque velut quadam circumventione deposci, quod si se daturos praescissent, fundos minime suscipere aut etiam colere paterentur*, que muestra el cambio en la apreciación de los distintos factores de riqueza, cuando en el mundo romano el dominio de la tierra lo era todo (y absorbía todo por el principio de la accesión); ahora, en cambio se comienza a distinguir la tierra de otros factores de la producción que influyen en la atribución jurídica de los bienes, especialmente del trabajo que se realiza en el campo: *magno labore impenso aut exhausto patrimonio.*

[671] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 237 y 238.

Según el autor[672] no se puede decir que estas leyes son el producto de condiciones contingentes o transitorias que responden a necesidades sociales o económicas, sino que son el resultado de una nueva consciencia que viene madurando en el tiempo, que por muchos aspectos cambia el juicio de valor sobre la vida, sobre el concepto y la esencia de la justicia, por lo cual intereses sociales y de orden público se imponen y exigen una mayor consideración. "*Così si arriva alla conclusione, che il nuovo ordinamento, rispetto al compenso delle spese su cosa altrui, fu determinato, non soltanto da motivi economici impellenti, ma insieme dallo sviluppo naturale di istituti e principii di diritto materiale e processuale e da forze spirituali*"[673]. Sostiene que en el derecho justinianeo no hay duda del influjo de la doctrina cristiana, que ha impregnado también el derecho de la ética cristiana, que vuelve el derecho más humano sacrificando incluso la lógica jurídica, y hace de éste un instrumento eficaz en el que actúan los principios de la solidaridad social y humana.

La causa dogmática - que se habría desarrollado ya incluso en medio del periodo clásico-, es la pérdida del carácter de "absoluto" del principio *superficies solo cedit.* La jurisprudencia clásica, negaba un derecho del poseedor al reembolso de los gastos por el principio. Éste habría perdido -ya con el pretor-, parte de su fuerza y dejó de ser infranqueable. Pero, especialmente en la época posclásica, con el desarrollo y la regulación de la enfiteusis -por la que las *meloratione*s son consideradas una entidad independiente del suelo[674]-, se le concede al enfiteuta un derecho de dominio sobre las *meloratione*s, con lo que el principio *superficies solo cedit* habría terminado por decaer[675].

Otra causa de este tipo, consecuencia de la anterior, es que la superficie (que puede consistir en edificaciones, plantaciones, construcciones), pasa a considerarse en el derecho posclásico, en muchos aspectos, una entidad en sí misma separada del suelo. Por ello el propietario debe ahora reembolsar al poseedor que ha realizado gastos

---

[672] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 24 a 26.

[673] "*Así se llega a la conclusión, que el nuevo ordenamiento, respecto al reembolso de los gastos en cosa ajena, fue determinado no sólo por motivos económicos apremiantes, pereo junto al desarrollo natural de instituciones y principios de derecho material y procesal y por fuerzas espirituales*", RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 25.

[674] En esto se debe recordar que el verbo *meliorare* y *melioratio* interesan en el sentido de "mejorar (en contradicción a deteriorar) o hacer más valiosa una cosa" que aparece en las fuentes como sinónimo de *impendere* e *impensa*, vid., por todos, v. *meliorare*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht* (cit. nt. 25), p. 337; v. *melior, -or, -us, a* (used as compar. of *bonus*), GLARE, *Oxford Latin Dictionary* (cit. nt. 8), p. 815. Pero también fue advertido, que desde los clásicos, parece más exacto decir que la mejora equivale al efecto que la *impensa* tiene en la cosa (el provecho económico experimentado por la cosa), que es la idea de Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.* Considerando la sinonimia de los términos, las posibilidades -desde el periodo clásico- de obtener el reembolso, una opinión tajante en esta materia no parece coincidir con la evolución histórica de las institciones, como quiere presentarlo el maestro italiano.

[675] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 16.

necesarios o han aumentado el valor del fundo. Esto significa que la exigencia de la equidad, que actuaba en el derecho clásico mediante la *exceptio doli* se ha transformado en un deber jurídico, puesto que no es lícito enriquecerse con el daño ajeno. El reembolso responde ahora a un principio distinto: *nemo ex aliena iactura locupletari debet*[676].

Finalmente, está la condición de la transformación del *ius civile* y *ius honorario* en un derecho único. En el tema investigado, esta fusión trae como efecto que la facultad del poseedor de buena fe de invocar la *exceptio doli* para obtener el reembolso de los gastos *aequitas ratione*, se haya transformado por fuerza propia en un derecho perfecto para el poseedor, de manera que en el procedimiento *extraordinem* la *exceptio* no fue necesaria y muchas veces eliminada por los compiladores. Pero esta idea tiene en realidad su desarrollo en la época posclásica, por la influencia de la ética cristiana, la que reprueba cualquier enriquecimiento aunque se produzca por una norma de derecho[677].

Pero los puntos centrales de la tesis del gran maestro italiano no pueden compartirse tal como los plantea, de forma aislada y absoluta. Por lo pronto, como se dijo, porque el origen de esta investigación sostiene, en lo más relevante, que en el periodo clásico la "doctrina" de las impensas no tuvo aplicación general, y más aún, no jugó ningún papel en la *reivindicatio*, como tampoco lo hizo en varias otras materias. Por ello, descartadas las infinitas interpolaciones observadas por éste, y otros varios autores de la época, la tripartición de *impensae necessariae*, *utiles* y *voluptuariae* no encuentra fundamento en las fuentes jurídicas.

Así las cosas, sostener que la igualación de los gastos necesarios y útiles haya sido posclásica, puesto que ya en esta época se observa la obligación del propietario de reembolsar los gastos útiles a cualquiera; incluso al simple detentador que ha dispuesto de la cosa por iniciativa propia, es una postura que puede desmentirse con los dichos del propio Riccobono[678], que a lo largo de toda su exposición admite que la posición asumida por los sabinianos en torno a las *impensae* (*utiles*) no era del todo clara, que había sido incluso un tema omitido por esta escuela.

Todavía, acepta el autor, que en la obra de Gayo no se encuentra en muchos casos -efectivamente-, una diferencia entre los gastos útiles y necesarios apareciendo ellas en bloque o sujetas a la misma regla. Acepta que la difusión del manual gayano en las escuelas del periodo posclásico, permite suponer que la influencia de la doctrina sabiniana habría tenido parte en la mutación que se manifiesta tan vigorosamente en el periodo de la "decadencia". Por ello no se debe hablar que se trata de una reforma

[676] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 17.
[677] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 21 y 22.
[678] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 234 y 235 (especialmente nt. 185).

elaborada o madurada por la doctrina bizantina, sino más bien de recensiones de ideas y teorías clásicas divulgadas por defecto de un largo estudio de las fuentes antiguas, merced de la tradición de escuela, que era siempre muy árida y extremada, en torno al manual de Gayo[679], como en *Institutiones* 2.76 que sobre la accesión no aparece entonces ninguna distinción: *sed si ab eo petamus fundum uel aedificium et inpensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soluere nolimus*.

Tampoco se puede coincidir con que el gran cambio que se habría producido desde la *aequitas* clásica al principio posclásico y justinianeo *nemo ex aliena iactura locupletari debet*. Y también acá el mismo Riccobono[680] sostiene que la máxima no era ignorada en el derecho romano clásico, aunque tenía un campo muy limitado, en cuando presuponía dos condiciones, las que aparecen en la formulación de Pomponio en 9 *ex variis lectionibus*, D. 50.17.206: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.* El autor lo explica de la siguiente forma: en el derecho clásico el enriquecimiento es injustificado, no sólo cuando produce daño a alguien, sino también *non iure*, esto es, sin una justificación reconocida en el *ius civile*. Este último presupuesto hizo la máxima inaplicable, como en el caso de los gastos hechos sobre cosa ajena, donde producto de la accesión la cosa se adquiere *iure* por el propietario, como dice Gayo, *iure naturalis*, y sólo la equidad podría socorrer por los medios indicados. En el desarrollo del derecho este presupuesto sufrió notables limitaciones en pro del orden ético y jurídico, hasta que la máxima se simplifica con Justiniano en los términos que señala en 21 *ad Sabinum*, D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*, donde el texto que deriva de Pomponio, le fue mutilada la palabra *iniuria*.

Pero sin considerar las acusaciones que hace el autor, y atendiendo los pasajes por él mismo observados, ya se ve la máxima, en 20 *ad edictum*, D. 5.3.38 (*non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere*), en el que ya incluso parece conceder el reembolso de los gastos al poseedor de mala fe. Lo que se observa es que para Juliano, lo que existe es la reprobación del lucro *occasione iuris*, vale decir, en este caso, el lucro por efecto de la accesión, la cual estando fundada en la estructura de la propiedad quiritaria ofrecía una tenaz resistencia.

Y en esto de la mano de Levy, ya fue mencionado, que no satisface la idea del cambio de la *aequitas* el principio posclásico que pretende Riccobono. Ahora bien, se debe agregar en este punto algunas consideraciones procesales. Ya fue dicho que en el época clásica, asuntos como éste se resuelven ante el juez en la fase *apud iudicem* del proceso formulario. Que poco aporta la *formula* en la bor posterior del juez. Por ello, la caída de la *exceptio* enervadora, poco importa en la sustancia. Éste no es un asunto del derecho del pretor.

[679] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 234.
[680] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 17 a 20.

Finalmente del *Codex Iustinianus* 11.59: *De omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur*[681]. Para Riccobono esta ley representa un precedente insigne de toda la reforma justinianea en materia de gastos, en particular porque asegura al poseedor el reembolso integral de cualquier gasto, ignorando la clasificación de necesarios y útiles.

Pero no se entiende con claridad las razones del autor para "fijar" un cambio legislativo en dicha Constitución, y más aún en su precedente del Código Teodosiano. Ya Carvajal[682] puso atención que en el *Codex Theodosianus*, 4.18: "*De fructibus et litis expensis*" no asoma por ninguna parte la tripartición de los gastos, ni en el pasaje 4.18.1[683], en el que se habla del pago de los frutos y de los gastos del litigio en un caso de *reivindicatio*, nada se dice de las *impensae*; aunque a juicio de este autor podría tratarse de que en la experiencia jurídica romana el poseedor de mala fe no tuviere en esta época derecho alguno sobre ellas, cosa que como indicamos no necesariamente es posible entender de las fuentes. Estas normas posclásicas se encuentran luego en Justiniano en C. 7.51: "*De fructibus et litis expensis*", título que tampoco consagra en ninguna de sus constituciones la tripartición.

Finalmente, y al margen de lo observado, la fuente jurídica en la Riccobono pretende fijar un precedente legislativo, tampoco parece ser adecuada por la materia que en ella se trata, puesto que lo que pretende regular, antes que todo, es el interés público. La norma propuesta por el maestro italiano resulta ser más cercano al antecedente arcaico que sobre los gastos de edificación que se encuentra en la *Lex Icilia de Aventino*

---

[681] Emperadores Valentiniano, Teododio y Arcadio, C. 11.59.8: *Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit* (388-392). Cfr. *Codex Theodosianus*, 5.15.12: *IDEM AAA. TATIANO P(RAEFECTO) P(RAETORI)O ORIENTIS. Qui agros domino cessa(nte) desertos vel longe positos vel in finitimis ad priv(atum) pariter publicumque compendium excolere festina(t, vo)luntati suae nostrum noverit adesse responsum: (ita) tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor (inse)derit ac vetus dominus intra biennium eadem ad s(uum ius uoluerit reuocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur, nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit)*, en la edición de Mommsen-Meyer (cit. nt. 668).

[682] CARVAJAL, "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*" (cit. nt. 96), *passim*.

[683] *Codex Theodosianus*, 4.18.1: *Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisset, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est. Addimus etiam, ut inpensas sumptusque litis re ad finem deducta petitoribus praestent. Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et iurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab istius cautionis merito segregamus; iubemus enim, ut, si intentio petitoris inproba iudicetur, praestet possessori sumptus, praestet inpensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiamsi super hac re expressior cesset sententia iudicantis*.

publicando de la cual nos reporta Dionisio de Halicarnaso en su obra Ῥωμαική ἀρχαιολογία[684], y que ya fuera analizado.

Todo lo que se haya dicho por la doctrina, considerando los grandes maestros de los siglos XIX y XX que se han referido al tema investigado, no parece, muchas veces, encontrar un claro sustento en las fuentes jurísicas. Pareciera, más bien, que la "doctrina" de las impensas no sufrió hacia la época posclásica grandes variaciones, y basta para ello recordar lo señalado de la época anterior sobre los conceptos y los casos utilizados para ejemplificar las distintas categorías

1.1 TRIPARTICIÓN EN LA DOTE

El tratamiento completo de la tripartición se mantiene en esta época en la sede dotal y continúa de la mano de sus grandes compiladores clásicos Ulpiano y Paulo.

Demuestran lo anterior los *Tituli ex corpore Ulpiani*: *Liber singularis regularum*, 6.: "*De dotibus*", Ulpiano, *Regulae* 6.14-17:

Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur aut utiles aut voluptuosae. 15. *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit.* 16. *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit.* 17. *Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similisbusque rebus*.	Son tres las especies de impensas: ciertamente o se dicen necesarias, o útiles, o voluptuarias. 15. Son impensas necesarias, las cuales no hechas la dote tiene deterioro futuro, por ejemplo si alguno refaccionara unas casas ruinosas. 16. Son útiles, las cuales no hechas ciertamente la dote no habrá tenido deterioro, pero hechas es más fructífera, como por ejemplo si se habrá hecho unas viñas o unos olivares. 17. Son voluptuarias, las cuales omitidas ni se hubiera hecho deterioro a la dote ni hechas se hace más fructífera: lo que ocurre en jardines y pinturas y en cosas similares.

Y también, aunque más incompletos, los pasajes de los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.16-19 y 9.20[685]:

---

[684] Ῥωμαική ἀρχαιολογία 10.32.2: Ὡς δ΄ ἀπελύσατο ταύτας τὰς κατηγορίας, τὸν ὑπὲρ τοῦ λόφου νόμον εἰσέφερεν. ἦν δὲ τοιόσδε· Ὅσα μὲν ἰδιῶταί τινες εἶχον ἐκ τοῦ δικαίου κτησάμενοι, ταῦτα τοὺς κυρίους κατέχειν· ὅσα δὲ βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες ᾠκοδομήσαντο, κομισαμένους τὰς δαπάνας, ἃς ἂν οἱ διαιτηταὶ γνῶσι, τῷ δήμῳ παραδιδόναι· τὰ δὲ ἄλλα, ὅσα ἦν δημόσια, χωρὶς ὠνῆς τὸν δῆμον παραλαβόντα διελέσθαι.

[685] La traducción latina utilizada en la investigación es la de FIRA: "*regulam generalem, quae sint necessariae impensae.* 17. *Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus.* 18. *Nos generaliter: vides, quomodo etiam Ulpianus regulam nobis ponit: quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit: quae vero perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent, velut moles vel pistrinum vel plantatio, eae necessariae sunt et dotem minuunt. Idem ait etiam Paulus libro 7 ad Sabinum titulo 35.* 19. *Ubi non sunt corpora: tum necessariae impensae*; 9. 20. *…voluptaria vero neque exigit neque computat nisi forte*

κ□νονα γενικ⟩ν, τ⇔ ⁄στι necessaria δαπαν→ματα. 17. Necessaria ⁄στι δαπαν→ματα, ∈ν μ↓ γινομϒνων κατεδικ□ζετο ⌡ □ν↓ε ⁄ναγ⟩μενοω τ≈ rei uxoriae. 18. Nos generaliter: ⌡π□ω, π∩ω κα⇐ Ulpianos κανον⇔ζει ″μ⎍ν, ⎜σα δαπαν→ματα πεπο⇔ηκεν ⌡ □ν↓ρ πρ⟩σκαιρα τ∩ν καρπ∩ν ♣νεκεν, τα⎝τα το⎍ω καρπο⎍ω compensateueται, ο⌈ μ↓ν ποιε⎍ τ↓ν retentionα. ⎜σα δ′ διηνεκ° ℜ κα⇐ ⁄π⇐ πολ⎟ν ξρ⟩νον παρϒξει τ↓ν ξρε⇔αν, ο™ον μ∩λοω ∝ □ρτοκοπε⎍ον ∝ τ⌋ φυτε⎝σαι, τα⎝τα necessaria ⁄στι κα⇐ μειο⎍ τ↓ν προ⎍κα. το⎝τ⟩ φησι κα⇐ ⌡ Paulos βιβλ⇔⊗ ζ□ τ∩ν ad Sabinum α⌈το⎝ τ⇔τλ⊗ λε□. 19. Ubi non sunt corpora: τ⌋ιε τ□ necessaria δαπαν→ματα.

Regla general, que sean impensas necesarias. 17. Son impensas necesarias, las cuales no hechas se condenare al marido demandado por la acción de la cosa dotal. 18. Nosotros generalizamos: ves, en qué modo también Ulpiano nos pone la regla: cuáles impensas hizo el marido en el tiempo a causa de los frutos, aquellas compensa con los frutos y no hace retención: en cambio, las que son perpetuas y se proveen para la utilidad en un largo tiempo, como las grandes edificaciones, o el molino, o la plantación, aquellas son necesarias y disminuyen la dote. Lo mismo dice también Paulo en el libro 7 a Sabino, título 35. 19. Donde no son cuerpos [sc. independientes]: entonces, impensas necesarias.

9. 20. …να □λλα… τ□ μϒντ⟩ι voluptaria ο⌈δ′ □παιτε⎍ ο⌈δ′ λογ⇔ζεται, ε⇒ μ↓ □ρα ♣λοιτο ″ γυν↓ *f*ξειν α⌈τ□. ε⇒ δ′ ο⌈ βο⁄λεται *f*ξειν α⌈τ□ ″ γυν→, δ⇔δοται τ® □νδρ⇐ παρρησ⇔α το⎝ □φελϒσψαι α⌈τ□ μ↓ βλ□πτοντι τ↓ν □ρξα⇔αν ⎠χιν.

9. 20. …en cambio, voluptuaria ni exige ni computa a menos que tal vez la mujer prefiera tener aquellas. Pero desde que la mujer no quiere tener aquellas, se da licencia al marido para retirarlas, mientras no dañe la primera especie.

La definición de *impensae necessariae* del epitomista de Ulpiano de 6.15: *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit*, que apunta al deterioro del patrimonio dotal que conlleva la omisión del gasto, encontraba ya en el pasaje del propio jurista 5 *regularum*, D. 25.1.14 pr (*Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur*), pero también en el principal fragmento paulino que contiene la exposición completa de la tripartición 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 pr ("*Impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*).

Ya se señaló que éste ha sido el contenido que la doctrina mayoritariamente le ha dado a las impensas necesarias, que positivamente han definido como "*aquellas indispensables para la conservación de la cosa*"[686], o también negativamente, como

mulier eas habere praeferat. Sin autem mulier eas habere nolit, viro licentia datur eas tollere, dum priorem speciem non laedat", FIRA (cit. nt. 105), pp. 643 (nts. 1 y 2) y 644.

[686] Vid., por todos, v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 5; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 492; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; D`ORS, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), pp. 194 y 195; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 354; v. *impensae necessariae*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285; GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), p. 189; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 286; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 369 a 373; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 710; PÉREZ, "*El reembolso de los gastos dotales según la nueva regulación justinianea*" (cit. nt. 112), p. 2032.

aquellas cuya omisión producen un grave daño a la cosa[687] o las que permiten mantener la cosa en condiciones adecuadas para satisfacer la función a la cual ha sido destinada, de modo que si fuesen omitidas se derivaría un daño al propietario[688].

Por su parte en los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.17: *Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus*, se destaca que la "*necessitas*" pasa ahora porque el marido está constreñido a realizar la impensa, puesto que si no la hiciere sería condenado por la *actio rei uxoriae*. Esta idea, que ya fuera referida como el "derecho aplicable" (*alio iure habentur*), propia de los gastos necesarios, es la que presenta en Ulpiano en D. 25.1.1.1 (*Necessariae hae dicuntur,...: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur*). Significa entonces que aún en época posclásica un criterio de clasificación de un gasto como necesario, es que su omisión genera una acción contra quien no los realizó, que es todavía la *actio rei uxoriae*.

Para el epitomista el ejemplo de gasto necesario del pasaje 6.15 es la refacción de unas casas ruinosas (*ruinosas aedes refecerit*) y en los escolios 8.18 lo son las grandes edificaciones, el molino, o la plantación (*velut moles vel pistrinum vel plantatio*), todos casos que encontramos desde en el periodo anterior.

Las refacciones de una construcción ruinosa ya habían sido tomados por tal, de las noticias que nos llegan de Fulcino, que reporta Ulpiano, en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3 donde denomina *necessarias impensas* a la reparación del edificio ruinoso (*si aedificium ruens… refecerit*) y 5 *regularum*, D. 25.1.14 pr (*Impensae necessariae sunt,... aedificia vetera fulcire itemque reficere*). Pero también las califica así Paulo en 36 *ad edictum*, D 25.1.4 (*itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit*). Y cabe la misma observación que se hizo en su oportunidad, puesto que perdura la consideración de la "necesidad" en torno a la "utilidad" que presta el gasto. Si en el pasaje ulpianeo 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3 (*si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit...*) Fulcino considera la reparación del edificio ruinoso como un gasto necesario cuando es de utilidad para la mujer[689], en los *Scholia Sinaitica* 8.16 "necesarias" son las impensas que se proveen para la "utilidad" en un largo tiempo (*perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent*).

---

[687] "*aquellas que no se pueden omitir, en el sentido que el descuido deviene en un grave daño a la cosa, sea fundo o edificio*", RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 5.

[688] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 73.

[689] Vid., por todos, RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), pp. 65 ss.; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), p. 40; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 y 29, 44 y 45; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 61 y 62.

Por su parte la construcción de un molino, las plantaciones y, en general, los gastos que se realizan para la plantación de un fundo, se demostró que, cuando no han sido destinadas a la producción de los frutos, han sido considerados algunas veces como necesarios, y sólo por mencionar un caso, ya Labeón lo señala en Ulpiano 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3 (*Inter necessarias impensas esse Labeo ait… et si pistrinum vel horreum necessario factum sit*).

La falta de rigurosidad del lenguaje, observado en la época anterior, continúa en los escolios en la consideración del criterio de la "*necessitas*". Ya se expuso como Javoleno en 6 *ex posterioribus Labeonis*, D. 23.5.18 pr (*non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas*) y Ulpiano en 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16 (*enim impensae aut in res necessarias aut utiles*) igualan expresamente los gastos necesarios y útiles en la sede dotal.

Pero también, que dicha igualación se manifiesta por la falta de claridad en los criterios que sirven para categorizar cada a tipo. Y lo mismo se observa, en esta época, en los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani* 8.18 cuando se autoriza la retención por los gastos necesarios (*velut moles vel pistrinum vel plantatio, eae necessariae sunt*) que se proveen para la "utilidad" -se entiende- del fundo: *quae vero perpetuae sunt et in longum tempus utilitatem praebent.*

El uso de estos términos en idéntico sentido se encuentra en las noticias que nos llegan por Ulpiano de Fulcino cuando considera como gasto necesario aquél hecho, como recién se vio la reparación del edificio, cuando fuera "útil" para la mujer en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3 (*si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit*). E incluso en otras materias, como cuando en la gestión de negocios, las noticias del mismo jurista en 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1 (*si utiliter gessit*) y en la *hereditatis petitio* las de Gayo en 6 *ad edictum provinciale*, D. 5.3.39 (*cum id utilius sit*), dan cuenta que el criterio para considerar tal gasto como reembolsable es el de la "utilidad", no el de la "necesidad" con lo cual se reafirma, una vez más, la falta de estabilidad de la aplicación de ambas categorías.

Se reconocen expresamente también las reglas clásicas *fructus intelleguntur deductis impensis* e *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*. Ambas se encuentran recogidas en los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.18 (*quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit... eae necessariae sunt et dotem minuunt*). Y continuando la posición de Ulpiano, los escolios asumen la *compensatio* para los gastos hechos por el marido en la obtención de los frutos (*quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat*), como el jurista ya había autorizado en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3.1 (*cum fructibus hoc compensandum*). Luego, aquellos gastos que no fueron destinados a la producción de los frutos, que los posclásicos designan como "perpetuos" (*perpetuae*),

son necesarios y por ello disminuyen la dote (*necessariae sunt et dotem minuunt*), como ya había dispuesto el jurista de Tiro comentando a Sabino en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.2 (*In necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere, quae in dotem factae sunt*). Desde los criterios, este es uno más que promueve la supuesta distinción de esta categoría con la de los "útiles" que no autorizarían una *deductio* como fuera revisado en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7.1 (*Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem*).

Por su parte los útiles, continúan siendo definidas en oposición a las necesarias cuando su omisión no pone en juego el deterioro o la destrucción de la cosa, sino que hacen la dote más fructífera como aparece en las *Regulae Ulpiani* 6.16: *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est.* Y ya fue señalado que la fuente posclásica no hace más que seguir el hilo de la idea planteada antes por el texto de Paulo en el que Fulcino ya decía que la impensa útil mejora la dote, no los que dejan que se deteriore (*quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur*), como que el gasto es la causa de una *melioratio* o aumento de valor del gasto "*meliorem dotem faciant*", o "*reditus mulieri adquiratur*"; es decir, en otras palabras, la impensa útil hace la cosa "*pretiosior*"[690].

Y aunque sólo el epítome otorga ejemplos de este tipo de gastos, como la plantación de viñas u olivares (*si vineta et oliveta fecerit*), a los mismos se refiere antes Alfeno, 3 *digestorum a Paulo epitomatorum*, D. 23.5.8 (*Vir in fundo dotali uxoris rogatu olivetum succiderat ad hoc, ut novellum reponeret*). Nada más señalan estas fuentes posclásicas sobre ellas.

Los gastos voluntarios son definidos en estas fuentes posclásicas atendiendo a dos criterios. Por una parte, las *Regulae Ulpiani* lo hacen distinguiéndolos de forma negativa de los necesarios y útiles: *quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est.* Son de mero goce o lujo (*voluptuosae sunt*) y su omisión no acarrea el deterioro de la cosa (*neque omissis deterior dos fieret*) ni tampoco tienen el efecto de aumentar su rendimiento productivo (*neque factis fructuosior effecta est*), como los jardines y las pinturas (*quod evenit in viridiariis et picturis similisbusque rebus*).

[690] Vid., por todos, v. *spese*, GUARNERI CITATI, NDI (cit. nt. 119), p. 723; v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 355; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 359, nt. 1; GONZÁLEZ-PALENZUELA, "*Impensas útiles dotales y voluntas mulieris*" (cit. nt. 119), p. 401; v. *impensae utiles*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 69 ; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 711.

Hay una continuidad de las ideas clásicas de Ulpiano en sede dotal en 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7 (*Voluptariae autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit et quae species exornant*) y Paulo en 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.2 ("*Voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum Nugent*).

Así, se tratan de gastos que adornan la cosa, en la fuente ulpianea *quae especies exornant*, y en el fragmento paulino *dumtaxat*, y en ambos que no responden a más que a una liberalidad espontánea (*ad voluptatem fecit*), movida por el puro y mero goce o placer de hacer tal gasto (*voluptas*). Los ejemplos propuestos por Paulo son los mismos que aparecen acá en el Epítome: los jardines, las salientes de agua, las incrustaciones, los revestimientos pintados (*ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae*).

Por la otra, los *Scholia Sinaitica* en 9.20 atienden a la forma de obtener los gastos, puesto que ellos no se exigen ni se computan, salvo que la mujer quiera retener las inversiones (*voluptaria vero neque exigit neque computat nisi forte mulier eas habere praeferat*). Pero desde que la mujer no quiere mantenerlos, se concede al marido un *ius separationis* para retirarlas, mientras no dañe la primera especie (*Sin autem mulier eas habere nolit, viro licentia datur eas tollere, dum priorem speciem non laedat*).

Esto es, la mujer mantiene todavía su derecho de optar, o pagar la compensación al marido si quiere retener las inversiones o permitir al marido el ejercicio del *ius tollendi*. Ya se mencionó que idéntica solución la expresó Ulpiano en esta misma *sedes materiae* en el comentado pasaje 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9 (*Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem*)[691].

1.2 DISTINTAS CATEGORÍAS EN OTRAS *SEDES MATERIAE*

Y lo mismo que en el derecho clásico, un régimen restitutorio macizo y estable como el de la dote no aparece, tampoco en esta época, en ninguna otra materia; aunque una vez más, es posible observar la aparición de algunas de las categorías.

[691] Vid., por todos, PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 244; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), p. 66; PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* (cit. nt. 132), p. 89; LENEL, "*Zur Entstehung der Digesten*" (cit. nt. 132), p. 378; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (cit. nt. 3), p. 205 nt. 2; COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano* (cit. nt. 132), p. 129; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (cit. nt. 132), p. 39; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 5; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 282 a 286.

1.2.1 *Negotiorum gestorum*

Otra vez la *negotiorum gestorum* se puede mencionar como un ejemplo de la relatividad de la categorización de las *impensae*. Perdura en esta época la falta de estabilidad en la calificación de la *necessitas* e *utilitas* como criterios de reembolso del gasto.

Principalmente aparece en el juego de una serie de Constituciones dispuestas en el *Codex* en el título "*De negotiis gesti*", de los que es posible concluir que aún en el posclásico necesidad y utilidad en la gestión de negocios fueron lo mismo.

González-Palenzuela[692], es de opinión diversa. Aunque reconoce que en el campo gestión de negocios sin mandato no resulta fácil detectar la aplicación de la tripartición de las impensas, no la desconoce[693]. Sostiene que en esta materia es constante la exigencia del *utiliter gestum* como requisito de la acción del gestor y, por tanto, del reembolso de los gastos. Que, por una parte, en base al pasaje ulpianeo 10 *ad edictum*, D. 3.5.1[694], el requisito señalado se encontraría cumplido cuando evita un daño al ausente, esa sería una gestión útil. Por la otra, gestiona útilmente el que atiende en todo momento en su actuación a los intereses del *dominus negotii* y hace lo que el mismo *dominus*, aunque ella se debe valorar atendiendo a lo que un buen padre de familia habría hecho en la misma situación.

A su juicio todos los supuestos de gastos que contemplan en el seno de la gestión útil son gastos que evitan un daño al *dominus* -gastos que un buen padre de familia en la misma situación habría hecho igualmente-, que conforme al *utiliter gerere* son gastos necesarios. En general no se establece acá la categoría intermedia de impensas útiles, ni aún en C. 2.18.11[695] aunque se hable de *utiliter*: "*no toda gestión útil ha de suponer un gasto, pero cuando la gestión comporta un gasto, cuando gastando se gestiona, sólo habrá gestión útil si gastar era necesario para los intereses del* dominus"[696].

---

[692] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 106 ss.

[693] "*En definitiva, la tripartición no es aplicada claramente por los clásicos, al menos en nuestra opinión, en la esfera dela gestión de negocios, si bien el criterio que domina toda la materia es, como en la dote, la utilidad. Con Justiniano parece que se equipara el* utiliter gestum *al resultado útil del gasto*", GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 106 a 110.

[694] Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.1: *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.*

[695] Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.11: *Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes.*

[696] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 108.

A su juicio, la excepción sólo aparece en C. 2.18.24.2[697] donde se habla de gastos hechos útilmente y ello se identifica con impensas útiles, pues se trata de *meliorationibus.* Concluye en definitiva, que la actuación del actor sería valorada hasta justiniano según el criterio de la *utilitas*, atendiendo a los intereses del *dominus*, dentro de los límites en que la injerencia de uno en los asuntos de otro está justificada es decir, cuando la gestión evita un daño (gestión necesaria) o cuando corresponde a su voluntad clara o expresamente manifestada por el *dominus*.

Pero nada de lo expuesto se aprecia realmente en las fuentes[698]. Ni en la época anterior[699], como ya se expuso; pero tampoco en ésta como se revisará ahora.

Ella parte del principio de "utilidad" como el criterio subyacente para calificar la gestión, que hay que decir, no aparece siempre en las fuentes, menos en las se expondrán más adelante. Se equivoca también en considerar que *necessitas* y *utilitas* son criterios jurídicos, porque -es preuspuesto de esta investigación-, ambos son términos que se toman de la vida cotidiana y se importan materialmente por los juristas como demuestran Ankum y Mayer-Maly.

Finalmente, pareciera que las fuentes jurídicas no dicen lo que entiende González-Palenzuela, que ha tenido que presumir mucha información que en realidad no es proporcionada por los juristas. Cada uno de los presupuestos que acá se van a revisar responde a consideraciones y circuntancias particulares.

Por ejemplo el pasaje del Emperador Alejandro Severo del año 226, C. 2.18.10:

Si servum alienum non inutilem domino Si al siervo ajeno constituido en no inútil para

[697] Emperador Justiniano, C. 2.18.24.2: *Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem.*

[698] González-Palenzuela no hace una revisión casuista de las fuentes jurídicas, de manera que tampoco se observa en su monografía una diferenciación periodica de éstas, y por eso llega a conclusiones generales, GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 106 ss.

[699] Aunque para Bürge la tripartición tiene un papel de importancia en la *negotiorum gestorum*, además de los otros casos en los que existe conciencia de la administración y conciencia de la ajenidad del acto (*Fremdbezogenheit der Handlung*) (BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 29 ss.). Pero lo cierto es que tampoco en dicha materia la tripartición aparece de forma estable, basta con recordar lo mencionada sobre la "gestión útil" y los criterios que arroja Ulpiano en 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1. Vid., por todos, RICCOBONO, "*Tracce di diritto classico nelle collezioni giuridiche byzantine*" (cit. nt. 96), p. 203 nt. 1; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 73 a 89; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 119 y 120, 381 y 382; NARDI, "*Testi in origine relativi alla ritenzione?*" (cit. nt. 463), pp. 374 a 378; v. *gestione*, NICOSIA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 463), 1958, p. 641; MAYER-MALY, "*Probleme der negotiorum gestio*" (cit. nt. 461), p. 426; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 a 33; BACKHAUS, "*Resc. Alfons Bürge, Retentio in römischen Sachen- und Obligationenrecht*" (cit. nt. 462), pp. 500 ss.

constitutum aegrum curastis et negotium utiliter gessistis, competenti vobis actione sumptus recuperare potestis. (226)	su dueño su enfermedad curaste y gestionaste útilmente un negocio, por la acción que os compete, podéis recuperar los gastos. (226)

Para la autora española recién citada, una cosa es la gestión útil -que justifica la intromisión del gestor y que abre las puertas al *iudicium*-, y otra es la impensa. Ambos elementos son posible de distinguir en este pasaje: por un lado el gasto necesario, que es la curación del esclavo ajeno que no era inútil al dueño; y por el otro, el *utiliter gessisti*, como resultado de la gestión. Concluye con esta base que no habría modo de recuperar el gasto si la gestión no llegó a buen resultado, como podría advertirse también en la Constitución de los Emperadores Severo y Antonino, C. 2.18.2[700].

Pero la información que da la constitución severiana es que un gasto realizado sobre el esclavo enfermo (*aegrum curastis*), que aún es "útil" para su dueño (*non inutilem domino*), es un gasto cuyo reembolso se puede obtener con el ejercicio de la acción de gestión de negocios, cuando se estima que se ha gestionado útilmente (*utiliter gessistis*).

No aparece ninguna referencia a la intención de que se haya evitado un daño, lo único que los compiladores estimaron decir es que el gasto no le fue inútil; o le produjo un aumento patromonial o lo preservó. Tampoco consta que se haya manifestado, clara o expresamente, la voluntad del *dominus*, nadie ha indagado sobre eso, puesto que la voluntad del dueño podría haber sido dejar morir al esclavo o que "jamás lo habría dejado morir".

Por su parte, en la Constitución de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano el año 293 en C. 2.18.18 aparece la "necesidad" como el criterio que autoriza el reembolso del gasto:

Ob negotium alienum gestum sumptuum factorum usuras praestari fides bona suasit: quo iure contra eos etiam, quorum te necessitate compulsum negotium gessisse proponis, per iudicium negotiorum gestorum uteris. (293)	Los intereses de los gastos hechos en la gestión de negocios ajenos, aconsejó la buena fe que se paguen: de cuyo derecho usarás también contra ellos, por cuya necesidad declaras que fuiste compelido a gestionar un negocio, por el juicio de gestión de negocios. (293)

Se trata ahora de un gestor que actúo compelido por la "necesidad" (*necessitate compulsum*) de realizar el gasto y que, por lo que aconseja la buena fe (*fides bona*), debieran ser reembolsados a través de la acción de gestión de negocios. El daño que haya sufrido el *dominus* o la expresión de su voluntad, no juegan acá tampoco ningún papel. Lo más importante es que la información se concentra en la acción del gestor que

[700] Emperadores Severo y Antonino, C. 2.18.2: *... si negotia eorum urguentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem ex utilitate ipsorum receptum est.*

observa la "necesidad" de realizar la gestión que da lugar al gasto del que podrá verse reembolsado conforme a derecho (*iure*).

La mirada desde la acción del gestor es la misma de la Constitución clásica del año 197 de los Emperadores Severo y Antonino, C. 2.18.2[701]. Se concede la acción de gestión de negocios para obtener el reembolso de los gastos que se hicieron en el impúber o pupilo donde los gastos son "urgentes" (*urguentibus*) y realizados por razones de necesidad (*necessitatis rationibus*), todo esto en el entendido que se trata de una gestión que se califica como útil (*utiliter gerantur*) para el pupilo.

La discusión sobre "utilidad" del gasto y "gestión útil" se planteó en la época clásica, en los casos de la reparación de una casa (*si insulam fulsit*) y la curación del esclavo (*servum aegrum curavit*), en noticias Ulpiano en 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1[702]. Ya se dijo que Labeón y Juliano daban el carácter de *impensa necessaria* a la reparación de la casa o a la curación de un esclavo (*insulam fulsit vel servum aegrum curavit*) que fuera el producto de una gestión útil (*utiliter gessit*), aunque de dicha gestión incluso no se haya seguido resultados (*licet eventus non sit secutus*). Para Celso, se trata de un gasto necesario, pero cuando proviene de una gestión útil; esto es, la que se emprende en una cosa necesaria o que no sea onerosa al padre de familia (*qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur*); como recién se dijo: produjo un aumento patromonial o preservó el patrimonio.

Otro pasaje del Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.11 dispone lo siguiente:

Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse	Los alimentos que, prestares a tus hijos, no con justa razón pretendes que se reintegren a ti, si ellos los hiciste con piedad maternal. Pero si en sus bienes hiciste gastos útilmente y probares ostensiblemente, que no lo hiciste también por liberalidad maternal, sino con

[701] Emperadores Severo y Antonino, C. 2.18.2: *Contra impúberes quoque, si negotia eorum urguentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem ex utilitate ipsorum receptum est. Quae tibi quoque iure decernetur, quod sumptus in pupillum, quem romae tutorum petendorum gratia duxisti, fecisse te adlegas, si non matertera eiusdem se facere paratam propriis impendiis ostenderit.*

[702] Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1: *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.*

ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes. (227)	ánimo de recobrarlo, puedes conseguirlo con la acción de gestión de negocios. (227)

Al igual que en la constitución anterior, habrá derecho a obtener los gastos hechos "útilmente" en los bienes de los hijos (*in rebus eorum utiliter*), cuando se hayan realizado con el ánimo de recobrarlos (*sed recipiendi animo fecisse*); esto es, cuando no hayan hecho por *materna liberalitate.*

Sobre esta constitución González-Palenzuela[703], como ya se advirtió, sostiene que los gastos mencionados no se pueden identificar con gastos útiles, y que en general en las fuentes posclásicas no se establece la categoría intermedia de impensas útiles, hasta la constitución justinianea del año 530 cuando en ellas se habla de gastos hechos útilmente en C. 2.18.24.2.

Pero en realidad el pasaje en nada se relaciona acá con el asunto investigado. Lo que señala la fuente es, que cuando el gasto se hace por liberalidad materna (*materna pietate*), el ámbito de esa actuación queda fuera de la gestión de negocios, no es un ámbito relevante al derecho. Cuando no se obra, en cambio en dicha esfera, y lo único que se dice del problema de la clasificación de las *impensae*, se pueden pedir los gastos cuando se gastó útilmente (*utiliter et probabili more impendisti*).

Por ello, lo que se debe rescatar es que no importan acá ni la declaración del *dominus* o que si éste hubiera estado presente para evitar algún daño. Otra vez se debe atender a la acción del gestor, el que realiza el gaston con el ánimo de repetir: *recipiendi animo.* Nada más puede extraerse del pasaje.

Y del mismo emperador la Constitución del año 230 C. 2.18.13 señala:

Quod in uxorem tuam aegram erogasti, non a socero repetere, sed adfectioni tuae debes expendere. In funus sane eius si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem, ad quem dos rediit, iure convenis[704]*.* (230)	Lo que en la curación de tu mujer enferma gastaste, no debes repetirlo de tu suegro, sino gastarlo de tu afecto [marital]. En el funeral sanamente lo que llegara a gastar inmediatamente en su nombre, al padre, quien revertió la dote, reclamas en derecho. (230)

Los gastos que realice el marido en la curación de la enfermedad de su mujer, no puede repetirlos del suegro, porque -señala el pasaje-, corren por cuenta de su afecto

[703] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 108.

[704] Para la traducción de Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.13 se tuvo a la vista, Gothofredi: Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.13: *Quod in uxorem tuam aegrá erogasti: non à socero repetere: sed affectioni tuae debes expedere. In funus sanè eius si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem, ad quem dos rediit, iure convenis*, CODICIS DN. IUSTINIANI SACRATISSIMI IMP. PP. AUGUSTI, Gothofredi (edit.), Ex Officina Rouill. Sumptib. Andreae & Iacobi Proft., Lyon, 1617, p. 438; García del Corral: *Quod in uxorem tuam aegram erogasti, non a socero repetere, sed affectioni tuae debes expedere. In funus sane eius si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem, ad quem dos rediit, iure convenis*, GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 4, Lex Nova, Valladolid, 2004 [pero, Barcelona 1892], p. 269.

marital: *sed adfectioni tuae debes expendere.* Pero aquellos hechos en el funeral de la mujer, cuando el padre haya revertido la dote, podrá demandarlos (*iure convenis*).

Sobre esto podría haber tentación de ver que en el pasaje se ha clasificado el gasto como "necesario"; de esta forma, no hay reembolso en el primer caso, puesto que si nada se ha aclarado, existiendo la dote debieran deducirse de ella por la máxima *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt.* Sin embargo, si no hay dote de la cual deducir, claro es que los gastos del funeral sean reembolsados por el padre de la mujer. Tampoco estas explicaciones satisfacen lo que se desprende de las propias fuentes.

Lo que realmente aparece de las fuentes, es que hay ciertos ámbitos en los moralmente los gastos que se hacen no se deben cobrar, como aquellos que se hayan hecho dentro del matrimonio por la afección marital (*sed adfectioni tuae debes expendere*). Es sencillamente que la acción, en este caso, jamás podría entenderse como una gestión de negocios.

Pero volviendo a las nociones expuestas por González-Palenzuela[705], en las que olvida la casuistica propiamente romana, cabe preguntarse ahora dónde aparecen las nociones de la manifestación de la voluntad del *dominus* o la intención de evitar el daño. Basta mencionar que en este caso no es posible saber, siquiera, si el padre hubiese querido celebrar el funeral de su hija. Y lo que sí es claro, a lo menos de este pasaje, es que no hace referencia al requisito del *utiliter gerere*, y por ello tampoco la *utilitas* del gasto en los términos recién criticados.

Los principios que inspiran la *materna liberalitate* y el ánimo de recobrar los gastos de C. 2.18.11 se aprecian, otra vez, en la Constitución del Emperador Gordiano, C. 2.18.15:

Si paterna adfectu privignas tuas aluisti seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti, negotiorum tibi gestorum intendenda actio est[706]. (239)	Si por afecto paterno alimentaste a tus hijastras, o gastaste para ellas rentas por algunos maestros, no tienes ninguna acción para repetir estos gastos. Mas si hiciste algunos con intención de reclamar lo que gastaste, se te ha de dar la acción de gestión de negocios. (239)

Riccobono acusa este pasaje de interpolación en el uso del término *mercedes* sin ninguna especificación, puesto que ahora -en época posclásica- podría designar

[705] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 108.

[706] Para la traducción de Emperador Gordiano, C. 2.18.15 se tuvo a la vista, Gothofredi: *Si paterno affectu privignas tuas aluisti seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti, negociorum gestorum tibi intendenda est actio*, CODICIS DN. IUSTINIANI SACRATISSIMI IMP. PP. AUGUSTI (cit. nt. 704), p. 440; García del Corral: *Si paterno affectu privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. Quodsi ut repetiturus ea, quae in sumtum misisti, aliquid erogasti, negotiorum gestorum tibi intendenda est actio*, GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (cit. nt. 704), p. 270.

cualquier tipo de gasto, sin distinción en su condición de útil o necesario; y todavía en cualquier caso, Justiniano se habría complacido en señalar expresamente *mercedes* de cualquier naturaleza (pagadas por el poseedor) para poner de relieve "*la sua riforma circa le spese d'istruzione*"[707], y en lo que respecta al pasaje el periodo interpolado estaría en: *seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti.*

El asunto radica, en que exigencia del *utiliter gerere* como requisito de la acción del gestor se mantiene, al menos con carácter general, además de una serie de consideraciones no jurídicas que concurren a la determinación de la calificación del gasto y su reembolso. Lo realmente relevante es que através del *utiliter gerere* se equiparan "necesidad" con "utilidad" produciendo la relativización de las distintas categorías, y las observaciones hechas a las fuentes clásicas son ahora igualmente pertinentes.

1.2.2 *Commodatum* y *pignus*

Ya se dijo que para Riccobono[708], los gastos que se reembolsan al comodatario y acreedor prendario se limitan únicamente a los necesarios; puesto que cualquier fuente que haga referencia a la equiparación de éstos con lo útiles, sea expresamente o por omisión de su distinción, ha sido manipulada por el codificador.

Pero el maestro italiano también parece considerar los conceptos de "necesidad" y "utilidad", como conceptos jurídicos en sí mismos, y esto se evidencia, ahora en esta época posclásica en el pasaje tardío en el título "*De deposito*" en las *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, 10.2.5, en el que se concede expresamente el reembolso de las *inpensas necessarias*, en los siguientes términos:

*...a*t is *cui res commodata est inprobe cibariorum exactionem intendit. Inpensas tamen necessarias iure persequitur, quas forte in aegrum vel alias laborantem inpenderit.*	...pero el que tiene la cosa en comodato es excesivo que intente las cargas ordinarias. Sin embargo los gastos necesarios los persigue en derecho, como los gastados en enfermedad [del esclavo] u otras labores.

El ejemplo de *inpensa necessaria* en este pasaje de la *Collatio* es lo gastado en la curación del esclavo enfermo (*aegrum*) y otras labores de éste (*alias laborantem inpenderit*). Se dice que los gastos que se pueden perseguir a través de la acción del contrato (*iure persequitur*) -que en el caso sería la *actio contraria*-, son los que exceden a los gastos ordinarios que permiten la correcta ejecución del contrato. No se volverá a revisar la difilcultad que implica atribuir este tipo de gastos a alguna categoría particular

[707] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 223 (especialmente nt. 151).
[708] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 149.

sin entenderlo en el contexto del caso[709] y las discusiones doctrinales que ello ha motivado[710]. Lo importante es que aparecen en la fuente como *inpensas necesarias* y, por tanto, reembolsables.

A propósito de la relación contractual que genera la prenda, se concede al acreedor la *actio pigneraticia* para obtener el reembolso de los gastos necesarios (*necessarios sumptus*) que éste ha hecho en la cosa (*res pigneraticias fecit*), como se da cuenta en el título "*De actione pigneraticia*" en la Constitución del año 241 del Emperador Alejandro Severo, C. 4.24.7[711], que en lo que nos interesa indica:

Creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur. (241)	Al acreedor, sin embargo, los gastos necesarios que hizo para las cosas prendadas, no le está prohibido exigir. (241)

Como fuera mencionado, el fundamento del reembolso de los gastos hechos por el comodatario y el acreedor prendario, cuando ellos le han permitido cumplir con su obligación de restituir, y han sido parte de su deber de custodia, pero extralimitando los gastos que "ordinariamente" se implican en ella, está en el enriquecimiento injustificado que puede beneficiar al comodante o deudor pignorante como demuestran los pasajes expuestos.

2. LAS FUENTES POSCLÁSICAS DE LA *REIVINDICATIO*

Lo observado sobre las *impensae* en la *reivindicatio* clásica, se mantiene aún en esta época, sin mayores modificaciones.

En primer lugar, otra vez, la "doctrina" más o menos completa de la tripartición sólo consta en las fuentes relativas a la dote de épocas tardoclásica y posclásica, como recién se expuso las *Regulae* de Ulpiano, 6.14-17 y los *Scholia Sinaitica*, 8.16-19 y 9.20. En ninguno de los pasajes revisados de la *reivindicatio* se encuentra una muestra

[709] Esto ya fue observado en la época anterior respecto de las fuentes clásicas que regulan los gastos en la curación del esclavo enfermo, especialmente en la bipartición de *impensae in rem-in fructus*: Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 7.1.45; Gayo, 9 *ad edictum provinciale*, D. 13.6.18.2; Ulpiano, 31 *ad Sabinum*, D. 24.3.7.16.

[710] Vid., por todos, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 177, 212 y 213; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), pp. 417 a 425; BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 28 y 29, 44 y 45; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), pp. 232 y 233; GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), pp. 95 a 100 y 228 a 231.

[711] Emperador Alejandro Severo, C. 4.24.7: *Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum in rationem deducere cogitur et , si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit, eo quoque nomine pigneraticia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis.* 1 . *Creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur*.

completa de la tripartición (*impensae necessariae, utiles* y *voluptuariae*), ni tampoco se observa que estas categorías aparezcan de manera habitual y permanente.

Por ejemplo, se mencionan excepcionalmente los gastos necesarios y útiles, en la regulación de la *reivindicatio* en la Constitución del año 239 del Emperador Gordiano a Herasiano, C. 3.32.5.1[712]:

> *Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.* (239)
>
> Pero es mérito del rescripto que no se puede tener razón de lo que se gastó, como los poseedores de mala fe que gastan en cosas ajenas, no son administradores de los negocios de aquellos de quienes es la cosa, no tienen para repetir, sino los gastos necesarios que se hicieron; pero si hubieren sido útiles, se les permite retirarlos sin lesión del primitivo estado de la cosa. (239)

Para Riccobono[713] se trata de un pasaje interpolado y la intervención justinianea se aprecia, primero, entre las impensas necesarias y las útiles, en cuanto las primeras son debidas íntegramente también al poseedor de mala fe, mientras las otras dan origen sólo al *ius tollendi*.

Luego, la omisión de la regla que existe para el propietario de impedir el ejercicio del *ius tollendi* pagando al poseedor un determinado precio por ello. Este derecho preeminente del propietario no aparece en el Código e infiere el autor que provenga al hecho de que los comisarios de la *repetita praelectio* se limitaron a acoger la Constitución 5 *De rei vindicatione*, puesto que no fueron éstos los inventores del *ius tollendi*, que como se sabe fue desconocido para los redactores del *Edictum de rei uxoriae actione* del año 530 d. C., C. 5.13.1.5[714]; así, el perfeccionamiento del instituto

---

[712] Emperador Gordiano, C. 3.32.5: *Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui iubebit. 1. Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.*

[713] Para el autor es segura la interpolación: *Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt,* [*non eorum negotium gerentes quorum res est*], *nullam habeant* [*repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre*], donde el texto genuino debió decir: *eius quod in rem alienam impendunt nullam habeant <retentionem>*, esto si se confronta con Harmenopulo, *Hexabiblos*, 2.1.35: *Qui mala fide aedes alienas tenec ac possidet, domino eas restituit cum omnibus, quibus illas fecit meliores, neque factas impensas recipit* (HARMENOPULO, Constantino: *Manuale legum sive Hexabiblos*: *cum appendicibus et legibus agrariis*, T.O. Weigel, Lipsiae, 1851, p. 219), RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 73 y 74 nt. 3 y 244 nt. 205. Además, vid., por todos, RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), p. 205; FERRINI, Contardo: *Manuale di Pandette*, Società Editrice Libraria, Milano, 1908, p. 438 (especialemenet nts. 2 y 3); COSTA, *L'exceptio doli* (cit. nt. 503), p. 50.

[714] *Edictum de rei uxoriae actione*, C. 5.13.1.5: *Taceat in ea retentionum verbositas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto.* 5a. *Vel ex qua causa ob res*

se debe atribuir al tiempo de confección del Digesto, como se aprecia del resultado del pasaje celsino 3 *digestorum*, D. 6.1.38, donde se enuncia expresamente como un nuevo ordenamiento legislativo: *constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas*[715].

También para González-Palenzuela[716] habría sido manipulado, puesto que el derecho clásico habría desconocido el reembolso de los gastos al poseedor de mala fe que se introduce tardíamente, a lo menos en época posclásica; y, más aún, para el de buena fe, la posibilidad de accionar (*rationem haberem*, *repetitionem*) y sólo admite oponerse al actor mediante la *exceptio doli* como señalan C. 3.32.11.1 y 16, que se han tenido como genuinos. Igualmente, como todas las fuentes que confieren el *ius tollendi* al poseedor de mala fe, estaría en ello también interpolado[717]. Además, sostiene que la posibilidad para el poseedor de ejercitar la *actio negotiorum gestorum* a la que alude el texto es claramente justinianea.

Pero no es suficiente justificación la crítica sobre la interpolación de las fuentes. Ya en las clásicas, no es extraño encontrar, también en la *reivindicatio*, por una parte, la aparición en bloque de las impensas necesarias y útiles, como en el texto de Papiniano, 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1 (*sumptus vero necessarios et utiles*) y también en el de Juliano en 18 *digestorum*, D. 39.6.14 (*impensae necessariae atque* utiles). Por la otra, la equiparación de ambas a través del uso indistinto de los criterios de la *necessitas* y *utilitas*, como se aprecia con claridad en ambos periodos la *negotiorum gestorum*, como por mencionar algunos en el pasaje ulpianeo 10 *ad edictum*, D. 3.5.9.1 (*non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur*) y la Constitución de Severo y Antonino, C. 2.18.2 (*si negotia eorum*

---

donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per condictionem suo iuri mederi ? 5b. *Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium.* 5c. *Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.* 5d. *Ne varium genus culpae mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum iam etiam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum fuerit matrimonium, quid fieri oportet.* 5e. *Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio.* 5f. *Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.*

[715] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 287 y 288.

[716] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 93.

[717] Aunque luego de esta aseveración formula la siguiente pregunta: "*Si los clásicos admiten la pérdida de la propiedad por el poseedor de mala fe, el* ius tollendi *que se le concede no puede ser clásico; si es Justiniano el que admite la pérdida de la propiedad, ¿cómo es que concede el* ius tollendi?, GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 225.

urguentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur); y en la *reivindicatio*, en este pasaje recién comentado de C. 3.32.5.1: *nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles.*

En segundo lugar, al igual que en las fuentes clásicas, el lenguaje usado por los posclásicos no es único y estable. Los gastos se designan algunas veces por el término *impensa*, que en la Constitución de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano, C. 8.44.16 aparece en conjunto con el sustantivo *meliora* y con el verbo *erogare*: *impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit.*

Este último verbo (*erogare*) es usado ya antes en la codificación de Gregoriano para referirse a "gastar" y los gastos se señalan acá como *sumptus* en *Codex Gregorianus*, 3.6.1: *sumptus eo nomine erogatos.*

Por su parte *sumptus* aparece con un uso habitual en las fuentes tardías y se encuentran también, por ejemplo, en otra de las constituciones del *Codex Gregorianus*, 3.6.2, ahora para referirse a la edificación en suelo ajeno: *aedificium in alieno agro extructum solo cedere sumptusque eo nomine factos* y en otros rescriptos de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano, en C. 3.32.11, cuando se refieren a los gastos de siembra o plantaciones realizados en el fundo: *contra vindicantem dominium servare sumptus*, y una vez más, sobre los gastos de edificación en C. 3.32.16: *sumptus offerre debes.*

Finalmente, en el en la Constitución del año 224 del Emperador Alejandro Severo, C. 8.51.1 se utiliza el término *consumpta* para referirse a los gastos hechos en la mantención del esclavo: *si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris.*

Lo que importa en esta Constitución, que el poseedor de mala fe (*malae fidei possessors*) que hiciera gastos en una casa (*domum*), que ocupa injustamente (*ab adversa parte iniuria occupatam*), puede repetir los gastos necesarios; por los útiles, tendrá sólo un *ius tollendi* siempre cuando la separación no produzca el deterioro de la cosa primitiva (*sine laesione prioris status rei eos auferre*).

En todo caso, pareciera que es que no se trata acá de la *reivindicatio* sino de la gestión de negocios ajenos que es intentada por un poseedor, pero, al hilo de un juicio de buena fe. Más áun, si se puede aceptar una profundización de los escenarios del poseedor, no porque sea ello el efecto de su buena o mala fe, sino porque la unión -en todo caso-, que autoriza el retiro no es una unión permanente (*licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre*). No se trata el rescripto de los remedios posibles que tenga un poseedor, pues el caso no es el de la accesión.

En conclusión, los ejemplos a los que aluden las constituciones no distan tampoco de los ya referidos; estos es, aquellos realizados en los esclavos o en los fundos,

como sigue. Una vez más, la calificación tripartita no adquiere tampoco en este periodo un contenido técnico-jurídico único, más aún, podría decirse que es jurídicamente atécnico, que parece más bien un vocabulario cotidiano, como mencionamos anteriormente, del tipo "contable".

2.1 GASTOS EN LA MANUTENCIÓN E INSTRUCCIÓN DEL ESCLAVO

De estos gastos se habla en el título *De infantibus expositis liberis et servis et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt*, en la Constitución del año 224 del Emperador Alejandro Severo, C. 8.51.1, que señala:

Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscripticiae tuae expositus est, repetere eum non prohiberis. Sed restitutio eius, si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris. (224)	Si desafiándote o ignorándolo el parto de la esclava o adscripticia tuya fue expuesto, no se te prohíbe que los repitas. Pero su restitución, si no vindicares de un ladrón, se hará de modo que, si lo que en mantenerlo o acaso en enseñarle un oficio fue justamente gastado, lo restituyas. (224)

En el pasaje se admite el reembolso de los gastos realizados en la manutención (*in alendo eo*) o instrucción del esclavo (*ad discendum artificium*), al parecer respecto de cualquier poseedor, salvo para el caso de que se trate de un ladrón, a quien se le niega cualquier reembolso (*si non a fure vindicaveris*).

Riccobono[718] ve una serie de razones para considerarlo manipulado y en abierta contradicción con los principios del derecho vigente en la época de los severos. Primero, la eliminación en materia de gastos de la diferencia entre poseedor de buena y de mala fe: la retención se excluye sólo al ladrón (*si non a fure vindicaveris*), mientras que los juristas clásicos excluían del beneficio de la retención a cualquier poseedor de mala fe; así, debió señalar el jurista positivamente, *si a bonae fidei possessore vindicaveris*. Lo segundo, desde luego, es la igualación de los gastos útiles a los necesarios, puesto que los clásicos sólo excepcionalmente admitían el reembolso de gastos que consideraban como útiles, como el caso de la instrucción del esclavo (*artificium docere*). Finalmente, que el uso del adverbio *iuste* es propio del estilo justinianeo, que subroga la frase clásica *bona fide*, para expresar que los gastos deben ser "*moderate o giustificate*"[719], como debió de ser la mención original.

Pero las críticas de este maestro no se corresponden a lo observado en las fuentes. En especial en la *reivindicatio*, como fue expuesto, el reembolso de los gastos está determinado por una serie de circunstancias que consideran los juristas en cada caso. Ya se previno que los gastos de manutención o de alimentación, como también el

[718] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 192 y 193.
[719] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 193.

caso de la *doctrinam puerorum*, son algunas veces considerados *in fructus* y otras *in rem*. Por ejemplo, ya se sabe que la regulación de la instrucción del esclavo se encuentra en una serie de pasajes de los juristas serverianos y Gayo, desde Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5 hasta Modestino, 8 *differentiarum*, D. 6.1.32, en los que no existe unificación sobre el tema. Por ejemplo, así como Paulo, siguiendo la opinión de Próculo, niega el reembolso de los gastos cuando sea una carga desmedida para el propietario del esclavo de modo tal que se vea privado de éste (*neque carere servo meo debeam*); Pomponio en tanto, en 21 *ad Quintum Mucium*, D. 6.1.29[720] lo admite para el caso de que se consiga un mayor precio con su venta (*plus ex pretio eius consecuturus*) y luego igualmente Gayo en **7** *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30[721] y Modestino en D. 6.1.32[722]. No es necesario profundizar más sobre este aspecto.

2. 2 GASTOS EN EL PREDIO

El Emperador Gordiano Aurelio se refiere a ellos en la Constitución visigoda del año 242 del *Codex Gregorianus*, 3.6.1:

Vineas in alieno agro institutas solo cedere et, si a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem seruari non posse incognitum non est.	Las viñas que en fundo ajeno instruyes y ceden al suelo, si las ha hecho el poseedor de mala fe, los gastos en su nombre gastados no puede retener si no fueron desconocidos.

Son gastos hechos en las viñas del fundo ajeno (*vineas in alieno agro*), que podrían consistir en su siembra, plantación, o en general cultivo; o, más bien, en cualquier supuesto de accesión (*solo cedere et*), que constituye una impensa hecha por el poseedor de mala fe (*malae fidei possessore*), al que se le rechaza la posibilidad de la retención (*per retentionem seruari non posse*).

Ya se ha dicho que los gastos hechos en el fundo, son los supuestos más controvertidos, puesto que en general, aparecen como gastos *in fructus*, aunque parece que no es el caso. No se observa acá ninguna de las categorías ni tampoco un mayor detalle del tipo de gastos de que se trata, pero se sabe que son de aquellos que suponen que opere el principio *superficies solo cedit*[723].

---

[720] Pomponio, 21 *ad Quintum Mucium*, D. 6.1.29: *Nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium.*

[721] Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30: *Aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*

[722] Modestino, 8 *differentiarum*, D. 6.1.32: *Quod si artificem fecerit, post vicensimum quintum annum eius, qui artificium consecutus est, impensae factae poterunt pensari.*

[723] Para González-Palenzuela el pasaje comprueba que el poseedor de buena fe tiene la *retentio* de todas las impensas necesarias y útiles por el total de su cuantía, desconociendo en esto la tesis de Riccobono de la aplicación para las últimas de la expresión medieval *minus inter impensum et melioratum* en la cuantía de su reembolso. Con ello, no comprendemos del todo la postura de la autora, puesto que a lo largo de su

Por medio de la *retentio* podría obtenerse los gastos hechos en la viña que accede al suelo. Que nada se diga sobre la *exceptio doli*, es un punto al que ya se ha hecho mención, y el medio a través del cual se autorice el reembolso depende sólo de las circunstancias del caso concreto. Se observa la misma solución en los pasajes mencionados de Pomponio por los gastos de edificación (*insulam aedificaverit*) en 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2 (*sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam*) y Paulo en 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4 (*si intersit tua retinere possessionem, … ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis*).

Y respecto del poseedor, el rescripto descarta el reembolso de cualquier gasto cuando se trate de un poseedor de mala fe; y en esto tampoco hay novedad respecto del periodo anterior, donde los juristas tampoco parecen resolver de manera uniforme, mientras que unos pasajes se refieren expresamente a la buena fe, como lo hace Papiniano en 2 *responsorum*, D. 6.1.48 (*a bona fide possessore facti*) o parecen hacerlo como Celso en 3 *digestorum*, D. 6.1.38 (*quem imprudens emeras*), en otros no hay ninguna referencia a la calidad del poseedor, como se expuso recién en la crítica hecha a Riccobono, en los pasajes de Gayo con respecto a la accesión.

También aparecen en el rescripto de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano del año 290 d. C. en C. 8.44.16:

Super empti agri quaestione disceptabit praeses provinciae et, si portionem diversae partis esse cognoverit, impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit. Nam super pretio evictae portionis non eum qui dominium evicerit, sed auctricem conveniri consequens est. (290)	Sobre la cuestión disputada de un campo comprado y, si conociere el gobernador de la provincia, que una porción es de parte diversa, las impensas, que para mejorar la cosa constare que vosotros gastaste, en razón de los frutos a vosotros se os restituyan. Porque sobre el precio de la porción evicta, es consecuente convenir, no al dueño que hubiere hecho evicción, sino es consecuente se demande al actor. (290)

Respecto de cualquier gasto que se haya hecho para mejorar el predio (*impensas, quas ad meliorandam rem*) opera como medio para obtener el reembolso la compensación con los frutos (*habita fructuum ratione restitui vobis iubebit*), que se critica que sea introducción justinienea[724].

obra sostiene ser contraria a las teorías que asumen la extensión de la tripartición a materias como la *reivindicatio*, GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 206 (especialmente nt. 148).

[724] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 382 ss.; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 81), p. 305; SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano* (cit. nt. 170), p. 196.

Desde luego este pasaje ha sido acusado de estar interpolado por algunos autores[725]; en resumen, porque nada se señala de la calidad del poseedor, si es de buena o mala fe, aunque en esto se entiende que si se concede el reembolso debiera ser uno de buena fe[726].

También, porque se omite toda referencia a la *exceptio doli*, aunque se debe agregar que también incluso los términos *deductio* o, más propiamente en la acción real, *compensatio* y sólo se dice: *habita fructuum ratione restitui vobis iubebit.* Por último, tampoco hay ninguna aclaración si los frutos a compensar habrían de ser los percibidos antes o después de la *litis contestatio*.

Y de los mismos emperadores el rescripto del año 293 d. C., se refieren a las siembras y plantaciones hechas en el predio en C. 3.32.11:

Si quis sciens agrum alienum sevit vel plantas imposuit, postquam eae radicibus terram fuerint amplexae, solo cedere rationis est. Domini enim magis segetem vel plantas quam per huiusmodi factum solum suum facit. 1. Sane eum, qui bona fide possidens haec fecerit, per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus iuris auctoritate significatum est. (293)	Si quien sabiendo sembró o hizo plantaciones en un fundo ajeno o, después que sus raíces en la tierra se arraigan, se hacen accesorias del suelo después que hubieren arraigado en la tierra. Porque por este hecho hace de propiedad del dueño las miés o las plantas mas bien que suyo el suelo. 1. Mas respecto del que poseyendo de buena fe hubiera hecho esto, se determinó por la ley, que por la excepción de dolo malo puede retener los gastos contra el que reivindique el dominio. (293)

Se concede al poseedor de buena fe (*bona fide possidens*) el reembolso de los gastos que hubiese realizado en la siembra o plantación del fundo ajeno (*agrum alienum sevit vel plantas imposuit*). Como se trata de supuestos de accesión (*solo cedere rationis est*), esta vez, el rescripto concede al poseedor la *exceptio doli* para recobrar los gastos. Al igual que en el pasaje anterior, no aparecen por ninguna parte las categorías de los gastos.

2.3 GASTOS DE EDIFICACIÓN EN EL SOLAR AJENO

En la Constitución del emperador Filipo del año 244 aparecen los gastos de construcción en el fundo ajeno (*aedificium in alieno agro extructum*), donde al igual que

[725] Para Riccobono no pudo haber faltado en el rescripto la mención a la *exceptio doli* y los gastos debieron ser indicados específicamente de la siguiente forma: *impensas, quas <in exstructionem aedificii> vos erogasse constiterit <per exceptionem doli mali> habita fructuum ratione restitui vobis iubebit*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 224; BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), p. 385; NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* (cit. nt. 54), p. 398.

[726] También parece considerarlo interpolado González-Palenzuela, GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 214.

en el pasaje visigodo recién visto, la edificación en suelo ajeno es un supuesto de accesión (*solo cedere*), como señala *Codex Gregorianus*, 3.6.2:

> *Aedificium in alieno agro extructum solo cedere sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emptorem per retentionem posse seruare certissimi iuris est*.
>
> El edificio construido en fundo ajeno cede al suelo y los gastos hechos a su nombre, ciertamente es justo que no se pueden retener sino por el comprador de buena fe.

No aparece acá ninguna de las categorías, sólo que se trata de un supuesto de *inaedificatio*, de aquellos que suponen igualmente que opere el principio *superficies solo cedit*, en el que se autoriza también acá sólo al poseedor de buena fe (*bonae fidei emptorem*) conseguir el reembolso a través de la *retentio* (*per retentionem posse seruare*).

Y de los mismos emperadores de C. 3.32.11 que acabamos de ver, y casi con idéntica intención, sobre los gastos en la edificación en solar ajeno se pronuncian en la Constitución del año 293 d. C. en C. 3.32.16:

> *Si in area communi domum aliquis extruxit, hanc vobis communem iuris fecit ratio. Cuius portionem ab eo, qui bona fide possidens aedificavit, si velis vindicare, sumptus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri.* (293)
>
> Si en lugar común alguien construyó una casa, la razón de derecho hizo que ella os sea común. Si su porción de aquella, que poseyendo de buena fe edificó, quisiera reivindicar, debe ofrecer los gastos, para que no puedas ser rechazado con la excepción de dolo malo. (293)

El que ha hecho gastos en levantar la cosa común creyéndola propia tiene el mismo tratamiento que el poseedor de buena fe (*qui bona fide possidens aedificavit*) y por ello podría oponer la *exceptio doli* para obtener el reembolso de los gastos hechos en la edificación (*aliquis extruxit*).

2.4 LA COMPENSACIÓN DE LOS GASTOS

Las distintas formas de obtener el reembolso de los gastos autorizadas por los clásicos se mantienen todavía para esta época, sólo con algunas modificaciones textuales.

En el pasaje ya expuesto de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano, C. 8.44.16 se reconoce la *compensatio*, que en lo que importa señala:

> *Super empti agri quaestione disceptabit praeses provinciae et, si portionem diversae partis esse cognoverit, impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit.* (290)
>
> Sobre la cuestión disputada de un campo comprado y, si conociere el gobernador de la provincia, que una porción es de parte diversa, las impensas, que para mejorar la cosa constare que vosotros gastaste, en razón de los frutos a vosotros se os restituyan. (290)

Hay pocas dudas de la procedencia de la *compensatio* entre los frutos y los gastos en la época clásica, e incluso en ésta, en especial de la lectura de las fuentes de Papiniano 2 *responsorum*, D. 6.1.48 (*etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur*), D. 6.1.65 pr (*compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est*) y 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1 (*compensatis fructibus perceptis*).

En esto Biondi[727], sostiene que esto no es más que una introducción justinianea, mientras que Riccobono[728] y Riccobono Jr.[729] la admiten sin discusión, siempre, en la medida que ella hubiese operado por medio de la *exceptio doli* por consideraciones de equidad.

El rescripto dioclesiano repite la fórmula papinianea y consagra en términos similares la compensación entre frutos y los gastos en el entendido que estos gastos hayan sido destinados a su "producción" o como expresa la fuente "mejora", como podría entenderse de su parte final: *impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit.*

Retentio y *exceptio doli* aparecen también en las fuentes posclásicas y, como en la época anterior, algunas veces la *exceptio* perece tener efecto perentorio y, otras en cambio, efecto minutorio.

El primero, absolutorio, se observa en el rescripto dioclesiano C. 3.32.16, que otorga reembolso por los gastos hechos en la edificación (*domum aliquis extruxit*), por medio de la excepción, cuando señala en lo que importa:

Si in area communi domum aliquis extruxit, hanc vobis communem iuris fecit ratio. Cuius portionem ab eo, qui bona fide possidens aedificavit, si velis vindicare, sumptus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri. (293)	Si en lugar común alguien construyó una casa, la razón de derecho hizo que ella os sea común. Si su porción de aquella, que poseyendo de buena fe edificó, quisiera reivindicar, debe ofrecer los gastos, para que no puedas ser rechazado con la excepción de dolo malo. (293)

Tal como en los pasajes de Juliano D. 39.6.14 (*fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur*) y, casi con idénticos términos Paulo en D. 19.1.45.1 (*doli mali exceptione summovere*), el demandado podrá "rechazar" la *actio* del reivindicante con la inserción en la fórmula de la *exceptio doli* y que en la fuente posclásica se expresa: *doli mali possis exceptione submoveri*. La *exceptio* no tendrá sino efecto perentorio.

[727] BIONDI, "*La compensazione nel diritto romano*" (cit. nt. 154), pp. 382 ss.
[728] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 58 nt. 12, 186 y 205.
[729] RICCOBONO, "*Miscellanea critico storica*" (cit. nt. 549), pp. 53 ss.

Sin embargo, el efecto anterior no parece haberse consagrado con tal nitidez -por los mismos emperadores-, por los gastos hechos en predio ajeno en siembras y plantaciones, en C. 3.32.11.1, cuando señala:

Sane eum, qui bona fide possidens haec fecerit, per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumptus iuris auctoritate significatum est. (293)	Mas respecto del que poseyendo de buena fe hubiera hecho esto, se determinó por la ley, que por la excepción de dolo malo puede retener los gastos contra el que reivindique el dominio. (293)

Si bien, hay expresa mención a la excepción, no aparece acá el término mismo de *retentio* sino el de *servare.* Y nace la misma duda que se ha planteado sobre las fuentes clásicas, que ya se ha resuelto siguiendo en esto la postura de Bürge[730], a propósito del significado que el verbo *retinere* asume en las expresiones de 3 *ad Plautium*, D. 10.3.14.1 (*per exceptionem doli retinere possem*), e incluso 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2 (*retentionem impensae mulierem facturam*) y 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4 (*ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis*), que esta fuente posclásica lo hace el verbo *servare.*

Ambos términos (*retentio, servare*) no sólo sirven para designar una la posición preliminar sobre el derecho de propiedad (*sachenrechtliche*), que se autorice en el proceso respecto de la cosa como en el caso anterior de C. 3.32.16, sino que también podrá especificar una pretensión que se persigue con ella (*obligatorischen*), cuando autorice la retención "por" los gastos, y en este sentido se podrá igualmente referir a la impensa (*sumptus*).

También en el *Codex Gregorianus* se omite referencia a la *exceptio doli*, como en los siguientes pasajes que mencionan sólo la *retentio*:

Codex Gregorianus, 3.6.1: *Vineas in alieno agro institutas solo cedere et, si a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem seruari non posse incognitum non est*.	Código de Gregoriano, 3.6.1: Las viñas que en fundo ajeno instruyes y ceden al suelo, si las ha hecho el poseedor de mala fe, los gastos en su nombre gastados no puede retener si no fueron desconocidos.
Codex Gregorianus, 3.6.2: *Aedificium in alieno agro extructum solo cedere sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emptorem per retentionem posse seruare certissimi iuris est.*	Código de Gregoriano, 3.6.2: El edificio construido en fundo ajeno cede al suelo y los gastos hechos a su nombre, ciertamente es justo que no se pueden retener sino por el comprador de buena fe.

Y sin aludir a la *exceptio doli* y tampoco usando siquiera los términos *retentio* o *servare*, la misma idea se expresa con el el verbo *repetere* por el Emperador Alejandro Severo, C. 8.51.1, que señala:

Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscripticiae tuae expositus est, repetere eum	Si desafiándote o ignorándolo el parto de la esclava o adscripticia tuya fue expuesto, no se

[730] BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (cit. nt. 116), pp. 236 a 239.

non prohiberis. Sed restitutio eius, si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris. (224)	te prohíbe que los repitas. Pero su restitución, si no vindicares de un ladrón, se hará de modo que, si lo que en mantenerlo o acaso en enseñarle un oficio fue justamente gastado, lo restituyas. (224)

Los primeros pasajes del *Codex Gregorianus* reconocen la posibilidad al poseedor de buena fe (*malae fidei possessore... seruari non posse*, *bonae fidei emptorem*) de "retener" (*retentionem seruari*) como un medio para obtener el reembolso. El rescripto severiano encambio autoriza a cualquier poseedor de mala fe, excluyendo esta posibilidad, como se dijo, sólo al ladrón (*si non a fure vindicaveris*), y por ello la acusación de interpolación que recién se expuso.

Pero en lo que interesa ahora, "retener" o "repetir" se refieren así al efecto que tendrá la introducción de la *exceptio doli* en la fórmula que le confiere al juez amplios poderes para que resuelva *officium iudicis*. En la operación de la decisión judicial el juez podrá autorizar al demandado la *retentio* "por" los gastos, lo que se traduce finalmente en una condena minutoria, no en el derecho material de retener la cosa.

En la Constitución del año 239 del Emperador Giordano a Herasiano, C. 3.32.5.1[731]:

Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre. (239)	Pero es mérito del rescripto que no se puede tener razón de lo que se gastó, como los poseedores de mala fe que gastan en cosas ajenas, no son administradores de los negocios de aquellos de quienes es la cosa, no tienen para repetir (reclamar), sino los gastos necesarios que se hicieron; pero si hubieren sido útiles, se les permite retirarlos sin lesión del primitivo estado de la cosa. (239)

De todo lo dicho se puede concluir, que en la época posclásica, comienza la tendencia a codificar la preocupación de la última jurisprudencia clásica y el desarrollo incipiente de las categorías que se reflejarán luego, siempre en la materia de la dote. La tripartición se encamina a concretarse sólo en este terreno parcelado, como se aprecia en las fuentes tardías *Ulpiani Regulae* que las trata en su título 6: "*De dotibus*", y también los pasajes de los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.16-19 y 9.20.

En las otras *sedes* no se observa este esfuerzo codificador y se mantiene la inestabilidad en el uso de las distintas clasificaciones, en especial, en en el ámbito de la *negotiorum gestorum*, en torno a la consideración de los criterios de *necessitas* y *utilitas*,

[731] Emperador Gordiano a Herasiano, C. 3.32.5: *Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui iubebit. 1. Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.*

como aparece en las Constituciones del Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.10[732] y C. 2.18.11[733].

Tampoco hay regularidad en su uso, y son pocos los pasajes que hacen referencia a alguna en particular, como aparecen en materia de comodato en las *Mosaicarum et Romanarum legum collatio,* 10.2.5[734] y la prenda en Emperador Alejandro Severo, C. 4.24.7[735].

Y esto mismo ocurre en la *reivindicatio*, por ejemplo sobre la inestabilidad de los conceptos, a propósito de la de la Constitución de Gordiano a Herasiano, C. 3.32.5.1[736], donde parece que habiéndose otorgado el *ius tollendi* para los gastos útiles.

Así las cosas, aunque pudiera entenderse que se incia alguna tendencia de generalización de lo que había, está lejos de poderse hablar de una "doctrina" o "teoría" de la tripartición de los gastos. No podría agregarse más sobre esta época.

[732] Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.10: *Si servum alienum non inutilem domino constitutum aegrum curastis et negotium utiliter gessistis, competenti vobis actione sumptus recuperare potestis*.

[733] Emperador Alejandro Severo, C. 2.18.11: *Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes.*

[734] *Mosaicarum et Romanarum legum collatio,* 10.2.5: *...a*t is *cui res commodata est inprobe cibariorum exactionem intendit. Inpensas tamen necessarias iure persequitur, quas forte in aegrum vel alias laborantem inpenderit.*

[735] *Imperator Alexander Severus*, C. 4.24.7: *Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum in rationem deducere cogitur et , si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit, eo quoque nomine pigneraticia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis.* 1 . *Creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur* (241).

[736] Emperador Gordiano, C. 3.32.5: *Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.*

CAPÍTULO VI

ÉPOCA JUSTINIANEA

En la época justinianea se consolida la preocupación de los juristas tardo clásicos, que incipientemente apareció en la época anterior, de codificar el tópico de la claisificación de las *impensae* ya definitivamente en la sede dotal.

No hay duda de que los grandes juristas que terminan por fijar la tripartición de las impensas en la compilación justinianea, en materia de dote, son Paulo y Upiano; en especial, a propósito de los comentarios que ambos realizaron a la obra de Sabino. Basta para ello revisar el orden previsto por los comisarios para sus fuentes en el *Corpus Iuris* en D. 25.1: "*De impensis in res dotales factis*", de los cuales hay 7 pasajes de Paulo[737] todos son comentarios al libro 7 *ad Sabinum* y 7 de Ulpiano[738], 6 de ellos comentarios al libro 36 *ad Sabinum*, siempre en el mismo título de los *Digesta*.

---

[737] Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.2: *vel in valetudinem servorum impenderit*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.4: *Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est: itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.6: *veluti si novelletum in fundo factum sit, aut si in domo pistrinum aut tabernam adiecerit, si servos artes docuerit*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.8: *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.10: *Quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptariae, sed utiles sunt*; Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.12: *Omnino et in aedificandis aedibus et in reponendis propagandisque vineis et in valetudine mancipiorum modicas impensas non debet arbiter curare: alioquin negotiorum gestorum potius quam de dote iudicium videbitur*; Paulo, 7 *brevium*, D. 25.1.13: *Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt.*

[738] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1: *Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptariae.* 1. *Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.* 2. *In necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere, quae in dotem factae sunt: ceterum si in dotem factae non sint, non habent in se reputationem.* 3. *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait. Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit, aut si oliveta reiecta restauraverit, vel ex stipulatione damni infecti ne committatur praestiterit*; Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.3: *Vel si vites propagaverit vel arbores curaverit vel seminaria pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur.* 1. *Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum*; Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5: *Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet [efficiet] desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio*

A los de estos grandes juristas severianos, hay que agregar el par de destacados pasajes de Neracio[739], y claro, las noticias indirectas que se tiene de Labeón[740], Fulcino[741], Pomponio[742], Marcelo[743] y Sabino[744], para terminar la exposición completa del título. También las contenidas en otros títulos que son igualmente de la mayor relevancia, todos alusivos a la materia dotal; basta con mencionar que entre ellos aparece el pasaje paulino del título D. 50.16: "*De verborum significatione*", en 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79. Los comisarios fijan la tripartición en el libro de los *Digesta* que se refiere a los principios, lo que no hace más que demostrar su capacidad abstracta de los juristas justinianeos[745].

---

admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem. 1. *Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat an vero dicimus ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse.* 2. *Si dos tota soluta sit non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. Et Marcellus admittit condictioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.* 3. *Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem*; Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7: *Voluptariae autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit et quae species exornant. Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem*; Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9: *Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit*; Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.11: *In voluptariis autem aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere.* 1. *Donationem inter virum et uxorem circa impensas quoque inhibitam vere Sabinus scribit*; Ulpiano, 5 *regularum*, D. 25.1.14: *Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur, veluti aggeres facere, flumina avertere, aedificia vetera fulcire itemque reficere, arbores in locum mortuarum reponere.* 1. *Utiles sunt veluti pecora praediis imponere, id est stercorare.* 2. *Voluptuosae sunt balinea exstruere.*

[739] Neracio, 2 *membranarum*, D. 25.1.15: *Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit: nam tueri res dotales vir suo sumptu debet. Alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent: omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. Sed ipsae res ita praestare intelleguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris. Quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt*; Neracio, 6 *membranarum*, D. 25.1.16: *Et ante omnia quaecumque impensae quaerendorum fructuum causa factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.*

[740] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas.*

[741] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.3: *Proinde Fulcinius inquit,…*.

[742] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5 pr: *… ut et Pomponius ait....*

[743] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.5.2: *Et Marcellus admittit condictioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.*

[744] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.11.1: *… Sabinus scribit.*

[745] Sobre el principio de la abstracción en el Derecho romano, en su desarrollo hasta la época justinianea, vid. SCHULTZ, Fritz: *Principien des römischen Rechts*, Dunker & Humblot, München, 1934, pp. 27 ss. (especialmentete pp. 35 a 39).

Visto el destino de la fuente paulina, el jurista de mayor preponderancia en la codificación es Paulo[746] y la posición de Ulpiano, si bien es recogida, queda atomizada por el casuismo, al punto que da la impresión, de que la falta de una recepción orgánica y general. Ello provocó que pasaran inadvertidas las antinomias de su doctrina con la posición general de Paulo. Claro está, que esto es producto de un razonamiento de lógica codificadora y no ya interpretativa.

Lo anterior, el valor general y abstracto que se encuentra en la dote y queda de manifiesto en 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79, no se replica en otras *sedes materiae*, y en lo que respecta a la *reivindicatio*, tampoco. De las fuentes que tratan los casos de reivindicaciones, se aprecia que Justiniano no sintió la necesidad de aplicar la tripartición -que él mismo había elevado al grado de regla general en materia de dote-, para la resolución de éstos.

De hecho estas fuentes, que no acuden para nada a la tripartición, y a ninguna de sus partes, en consideración a la preponderancia que se dio al jurista, son: en D. 6.1: "*De reivindicatio*", hay 2 pasajes paulinos de sus comentarios al Edicto en 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5[747] y D. 6.1.31[748].

Sus otras decisiones en los casos de reivindicaciones, se encuentran en los libros de D. 10.3: "*Communi dividundo*" en 3 ad *Plautium*, D. 10.3.14.1[749] (*Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci*). También en la compraventa en el título D. 19.1: "*De actionibus empti venditi*" el comentado pasaje 5 *quaestionum*, D

[746] En este sentido Leinweber cuando señala que ha sido el sistema vencedor escogido en la codificación, LEINWEBER, *Die Dotalimpensen* (cit. nt. 401), p. 16.

[747] Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.27.5: *Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium*.

[748] Paulo, 21 *ad edictum*, D. 6.1.31: *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*

[749] Paulo, 3 ad *Plautium*, D. 10.3.14.1: *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo: sed hoc ita, si mecum agatur. Ceterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim. Sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere: et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. Quae cum ita sint, rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione. Diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis: hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut Iulianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio.*

19.1.45.1[750] (*nisi impensam aedificiorum solvat*); a propósito del dolo y la fuerza, se refiere en D. 44.4: "*De doli mali et metus exceptione*" a dos pasajes en los que se trata el caso de la *inaedificatio* en 71 *ad edictum*, D. 44.4.5.2[751] (*qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas*) y 3 *responsorum*, D. 44.4.14[752] (*non alias sumptus consequi posse*); finalmente en el título D. 47.2: **"***De furtis*", sin utilizar el término *impensa* en 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4[753] (*veluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis*).

Destaca la importancia que los comisionados justinianeos le atribuyen a Gayo. Sus decisiones aparecen en 2 pasajes del título de la *reivindicatio* a propósito de los comentarios al Edicto sobre los gastos hechos en esclavos en 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.28[754] y D. 6.1.30[755]. Otras aparecen en el título D. 41.1: "*De adquirendo rerum dominio*", que son parte de sus *Rerum cottidianarum sive Aureorum*, y que corresponden a los comentados pasajes 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12[756] (*pretium materiae et mercedes fabrorum*) y D. 41.1.9 pr[757] (*qui in alienum fundum sua impensa consevit*). El resto de los textos son de las *Gai Institutiones*, que

[750] Paulo, 5 *quaestionum*, D 19.1.45.1: *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. Quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

[751] Paulo, 71 *ad edictum*, D. 44.4.5.2: *Si donavi alicui rem nec tradidero, et ille cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et cum aedificaverit, nanctus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est: an de dolo replicandum est? Dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas.*

[752] Paulo, 3 *responsorum*, D. 44.4.14: *Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

[753] Paulo, 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4: *Si ex donatione alterius rem meam teneas et eam subripiam, ita demum furti te agere mecum posse Iulianus ait, si intersit tua retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis.*

[754] Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.28: *Forte quod pictorem aut librarium docueris. Dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse*.

[755] Gayo, 7 *ad edictum provinciale*, D. 6.1.30: *Aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*

[756] Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12: *Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum*.

[757] Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.9 pr: *Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificavit, si ab eo dominus soli petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit, qui in alienum fundum sua impensa consevit.*

como se verá son el gran insumo de los textos que codifica Justiniano en sus propias *Institutiones*, sobre los supuestos de accesión, *Inst.* 2.76 a 2.78[758].

De los pasajes de Papiniano, los más comentados son aquellos en los que el jurista se refiere a la compensación de los gastos *in fructus*, el título de la *reivindicatio* está 2 *responsorum*, D. 6.1.48[759] y D. 6.1.65 pr[760].

De Pomponio, se fija una de sus opiniones en la *reivindicatio* comentando a Quinto Muncio, insertado en una serie de pasajes referidos a los gastos en los esclavos, 21 *ad Quintum Mucium*, D. 6.1.29[761] y otra en el título de D. 24.1: "*De donationibus inter virum et uxorem*", 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2[762] (*sed eam impensam mulierem servaturam placet*).

Del resto de los juristas tardíos figuran sólo fuentes aisladas. Tanto Celso como Modestino, fueron incorporados por los comisarios justinianeos a la *reivindicatio*. Del primero se ha expuesto suficiente, incluso en este trabajo, de su famoso *dictum*, 3 *digestorum*, D. 6.1.38[763] y del segundo, 8 *differentiarum*, D. 6.1.32[764]. Finalmente,

---

[758] En las *Gai Institutiones* se refieren a la accesión, *Inst.* 2.76: *Sed si ab eo petamus fundum uel aedificium et inpensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soliere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit*; *Inst.* 2.77: *Eadem ratione probatum est, quod in cartulis siue membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae cartulis siue membranis cedunt: itaque si ego eos libros easue membranas petam nec inpensam scripturae soluam, per exceptionem doli mali summoueri potero*; *Inst.* 2.78: *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere. cuius diuersitatis uix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse nec soluas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoueri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio aduersum te dari debeat; quo casu nisi soluam inpensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. illud palam est, quod siue tu subripueris tabulam siue alius, conpetit mihi furti actio.*

[759] Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.48: *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

[760] Papiniano, 2 *responsorum*, D. 6.1.65 pr: *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum reciperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

[761] Pomponio, 21 *ad Quintum Mucium*, D. 6.1.29: *Nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium.*

[762] Pomponio, 14 *ad Sabinum*, D. 24.1.31.2: *Si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est, sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam.*

[763] Celso, 3 *digestorum*, D. 6.1.38: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare,*

como ya se adelantó, otro de los juristas que aparecen aisladamente citados en sede de *reivindicatio* -y en esto hay gran diferencia en relación a la dote-, es Ulpiano, del que se encuentra en los *Digesta* sólo un caso, ni siquiera considerado en el título mismo de la acción real, sino en el de D. 44.4: "*De doli mali et metus exceptione*", 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9[765].

Y las que sí acuden a alguna de las categorías de la tripartición se encuentran el pasaje de Papiniano que, cabe señalar, se ubica en materia dotal en D. 24.3: "*Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*"**,** en el que se igualan los gastos necesarios a los útiles, 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1[766] (*Sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos*).

Luego, en materia de adquisiciones y donaciones por causa de muerte aparece el comentado pasaje de Juliano, 18 *digestorum*, D. 39.6.14[767] en el que se igualan, casi en idénticos términos, los gastos necesarios y útiles (*impensae necessariae atque utiles factae sint*). Sin embrago, de su opinión da cuenta también Paulo en el texto recién expuesto, 39 *ad edictum*, D. 47.2.54(53).4 (…*Iulianus ait*).

Todo esto que ya fuera observado en la época clásica, se proyecta en el posclásico, de manera que la distinción de regímenes a propósito del reembolso de las *impensae* se mantiene en términos similares hasta el periodo justinianeo, como ahora se verá.

1. LA FALTA DE CONCORDANCIA ENTRE TODAS LAS APLICACIONES DE LA TRIPARTICIÓN

El gran parámetro -el gran producto evolutivo-, es el pasaje paulino 6 *ad* Plautium, D. 50.16.79, porque así lo elegió Justiniano. Pero incluso con él, no hay

---

quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

[764] Modestino, 8 *differentiarum*, D. 6.1.32: *Quod si artificem fecerit, post vicensimum quintum annum eius, qui artificium consecutus est, impensae factae poterunt pensari.*

[765] Ulpiano, 76 *ad edictum*, D. 44.4.4.9: *Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.*

[766] Papiniano, 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1: *Fructus ex praediis, quae in dotem data videbantur, bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem absumptos, quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. Sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.*

[767] Juliano, 18 *digestorum*, D. 39.6.14: *Si mortis causa donatus fundus est et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant.*

concordancia total en lo que se entiende por uno de los autores a otro. Esto se aprecia en una lectura crítica de Justiniano, no ya exegético, sino desde la ley.

Como recién se apuntó, el proceso de abstracción tiene un vértice que es Paulo, pero fuera de éste, existen una serie de otros pasajes que representan el casuismo y que sirven de insumo a la formación de los *Iustiniani Digesta*. Esto no tiene concordancia en sí, por ello la concordancia de la "tripartición" fue asumida por los romanistas posteriores.

1.1 LA TRIPARTICIÓN EN LA DOTE

Esta es la consolidación de los criterios justinianeos de las definiciones de las *impensae*, y por ello en su Edicto *de rei uxoriae actione* a Justiniano no le quedó más que preocuparse de los aspectos procesales de la obtención de su reembolso.

Los gastos están en la codificación en el título *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita*, *Codex* 5.13.1.5 e., que se fijan en la Constitución justinianea del año 530 d. D., que en lo que interesa señala:

> *Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio.* f. *Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.* (530)
>
> Pero ni aún por los gastos hechos en las cosas dotales nos parece la retención ser suficientemente idónea. Porque ciertamente necesarias son aquellas expensas que disminuyen la cuantía de la dote, pero las expensas útiles no de otra suerte que por voluntad de la mujer, en la acción de los bienes de la mujer se retengan, no es fuera de la cosa, si intercediera la voluntad de la mujer, a nuestra autoridad se le conceda al marido contra la mujer la acción de mandato, para que por ella se pueda observar que se gastó útilmente: o si no intercediera la voluntad de la mujer, pero los bienes fueron administrados útilmente, la acción de gestión de negocios es suficiente contra ella la. f. Pero si los gastos fueran voluptuarios, gastados con la voluntad de ella, déjesele al marido la deducción de las obras que hizo, pero sin lesión de la especie primitiva, de suerte que quede expedito el manejo de todas las retenciones y la acción de lo estipulado no admita con según su naturaleza ninguna retención. (530)

Ya abrogada la *actio rei uxoriae*[768], Justiniano trata acá la acción de lo estipulado y la procedencia de la *retentio*, la que no autoriza o justifica ni aún por los gastos hechos en la dote.

En primer lugar, para los gastos necesarios, no justifica que se haga retención de ellos, puesto que se deducen de la dote (*necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates*). Justiniano codifica la regla clásica *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*[769].

Ya se dijo que en época clásica ella encuentra reconocimiento en varios pasajes de los juristas severianos, pero en la dote principalmente en los pasajes de Paulo en 6 *ad Plautium*, D. 23.3.56.3 (*Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere*) y Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.1.2 (*necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere*) y D. 25.1.5 pr (*quod dicitur necessarias impensas dotem minuere*), finalmente, también con Neracio en 2 *membranarum*, D. 25.1.15 (*quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere*).

Luego, el posclásico sólo refleja la continuidad que llevaría a la codificación, de la mano de los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.18 (*quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit... eae necessariae sunt et dotem minuunt*), los gastos que no fueron destinados a la producción de los frutos, que los posclásicos designan como "perpetuos" (*perpetuae*), son necesarios y por ello disminuyen la dote (*necessariae sunt et dotem minuunt*).

Ahora, en la codificación justinianea, se indican con la fórmula: *Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates.* Justiniano admite del todo la operatividad de la regla, por ello no busca acá explicarla, sino consagrar la importancia de su aspecto procesal: los gastos necesarios disminuyen la cuantía de la dote, producen su deducción *ipso iure*[770].

---

[768] v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 7.

[769] Sobre esta regla, vid., por todos, LEINWEBER, *Die Dotalimpensen* (cit. nt. 401), pp. 12 ss.; RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), p. 213; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 57 ss.; LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique* (cit. nt. 5), pp. 132 ss.; KASER, "*Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*" (cit. nt. 397), pp. 519 y 520; RESZCZYŃSKI, "*Impendere, Impensa, Impendium*" (cit. nt. 4), *passim*.

[770] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9: *Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.* Sobre las críticas a este pasaje, vid., por todos, PAMPALONI, "*Questioni di diritto giustinianeo*" (cit. nt. 81), p. 244; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), p. 66; PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* (cit. nt. 132), p. 89; LENEL, "*Zur Entstehung der Digesten*" (cit. nt. 132), p. 378; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (cit. nt. 3), p. 205 nt. 2; COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano* (cit. nt. 132), p. 129; BESELER, *Beiträge zur Kritik der*

No es necesario otorgar acá ninguna definición de *impensae necessariae*, puesto que en la estructura interna del tratamiento de los gastos, ya se había decidido por que otorga Paulo cuando en 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 pr las señala como aquellas cuya omisión acarrean el perjuicio o deterioro futuro de la dote:

> "*impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.*
>
> Son "impensas necesarias", las que si no se hicieran, la cosa habría o perecido o sufrido deterioro futuro.

En el derecho justinianeo las impensas necesarias se definen por la existencia de una "*necessitas*" ("*Impensae necessariae*" *sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*); esto es, el deterioro que su omisión puede producir en el patrimonio dotal, y replica el mismo concepto en 36 *ad edictum*, D. 25.1.4 (*Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri*).

Pero tampoco Ulpiano parece haber sido ajeno a esta consideración de la "*necessitas*", porque es la que se considera en época posclásica, por su epitomista y plasma en las *Regulae* en 6.15: *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit*, que apunta también al deterioro del patrimonio dotal que conlleva la omisión del gasto.

Y ya fue dicho que es éste el concepto con el que la doctrina romanista en general categoriza este clase de gastos cuando las define como "*aquellas indispensables para la conservación de la cosa*"[771], o en su forma negativa cuando las señala como aquellas cuya omisión producen un grave daño a la cosa[772] o las que permiten mantener la cosa en condiciones adecuadas para satisfacer la función a la cual ha sido destinada, de modo que si fuesen omitidas se derivaría un daño al propietario[773].

En segundo lugar, por las útiles, procede la retención cuando ellos fueron hechos con la voluntad de la mujer (*voluntas mulieris intercedat*), a través de la acción del

---

römischen Rechtsquellen (cit. nt. 132), p. 39; v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 5; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 282 a 286.

[771] Vid., por todos, BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 492; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; D`ORS, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), pp. 194 y 195; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 354; v. *impensae necessariae*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285; GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano* (cit. nt. 112), p. 189; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 286; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 369 a 373; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 710; PÉREZ, "*El reembolso de los gastos dotales según la nueva regulación justinianea*" (cit. nt. 112), p. 2032.

[772] "*aquellas que no se pueden omitir, en el sentido que el descuido deviene en un grave daño a la cosa, sea fundo o edificio*", RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 5.

[773] RICCOBONO, "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*" (cit. nt. 109), p. 73.

mandato; pero sin ella, si los bienes fueron administrados útilmente, le concede al marido la acción de gestión de negocios.

Y también fue expuesta la complejidad que el asunto de la *voluntas mulieris*[774] presenta en el periodo clásico, la posible contradicción entre la posturas de Paulo[775] y Ulpiano[776], y cómo ha sido la doctrina la que se ha decantado por considerarlo como un requisito subjetivo que opera en el reembolso de los gastos útiles, antes que los propios juristas.

Para los útiles se otorgan los siguientes medios de reembolso: la retención, cuando los gastos fueron hechos con la voluntad de la mujer (*voluntas mulieris intercedat*), a través de la acción del mandato; pero si no hubiere mediado la voluntad de la mujer (*vel si non intercedat mulieris voluntas*), pero los bienes fueron administrados "útilmente" (*utiliter*), le concede al marido la acción de gestión de negocios (*negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio*)[777].

En lo que importa ahora, es que Justiniano concede el reembolso de los gastos útiles siempre, se hayan hecho con o sin la voluntad de la mujer. Al suprimir la retención, el reembolso se obtiene ahora sea a través de la acción del mandato (*mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri*), sea a través de la del gestor (*negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio*).

Para Riccobono[778] Justiniano le dio a la *actio negotiorum gestorum* una nueva forma de operatividad para la obtención de los gastos, incluso aquellos útiles hechos sin la voluntad de la mujer. Puesto que el marido sigue considerándose dueño de la dote, actúa siempre en su propio beneficio, pero con el ánimo de realizar un negocio ajeno o simplemente común. El autor apenas el reconocimiento del "*comune interesse*"[779], por lo

---

[774] Vid., por todos, DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte* (cit. nt. 121), pp. 153 y 154; BECHMANN, *Das römisches Dotalrecht* (cit. nt. 121), pp. 329 y 330; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (cit. nt. 121), pp. 344 y 345; LONGO, *Diritto romano* (cit. nt. 118), p. 240; PERNICE, *Labeo* (cit. nt. 121), p. 387; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 500; RICCOBONO, "*Gli Scholii Sinaitici*" (cit. nt. 62), pp. 230 ss.; RICCOBONO, "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni guiridiche bizantine*" (cit. nt. 96), pp. 220 ss.; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 181 a 183; SCHULZ, "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*" (cit. nt. 62), pp. 60, 61 y 69 nt. 1; RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento* (cit. nt. 121), p. 201; DETER, *Impensae dotem minuunt* (cit. nt. 121), p. 24; RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 5 y 6; LATORRE, "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*" (cit. nt. 121), pp. 209 a 211; v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), pp. 368 nt. 4 y 1018 nt. 6.

[775] Paulo, 7 *ad Sabinum*, D. 25.1.8: *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint*; Paulo, 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79.1: … *ex quibus reditus mulieri adquiratur.*

[776] Ulpiano, 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.7: *Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem.*

[777] v. *dote*, CANNATA, *Enciclopedia del Diritto* (cit. nt. 112), p. 7.

[778] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 53 ss.

[779] "*el interés común*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 54.

que en época clásica, la *actio negotiorum gestorum* en cualquier forma le hubiere sido negada por lo que los juristas afirmaron del *creditor missus in possessionem*, esto es: *suum potius nogotium gerit*. Se trata para esta época de una concesión nueva y particular, por la que la acción es admitida no por el hecho de la gestión, sino por el sólo desequilibrio patrimonial que de la actividad del gestor se deriva, y se entiende por ello, cuando su patrimonio ha tenido una disminución a causa de esta actividad. A su juicio, la *actio negotiorum gestorum* justinianea fue modelada orgánicamente como un medio extraordinario apto para cumplir en cualquier caso una función equilibradora de dos patrimonios.

Tampoco fue necesario definir las *impensae utiles*, que la fuente paulina D. 50.16.79.1 lo hace en contradicción a las anteriores (*necessariae*), que hacen mejor la dote, ofreciendo un rédito para la mujer:

> "*utiles impensas*" *esse fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. in his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus.*
>
> Fulcinio dice ser "impensas útiles", las que hagan mejor la dote, no las que no permitan tener deterioro; con las cuales se adquiera réditos para la mujer, como la plantación de árboles más allá de lo que fuera necesario. También la enseñanza de los niños, a cuyo título no debe gravarse a la mujer ignorante o contra su voluntad, para que no se vea desprovista del fundo, o de los esclavos. En estas impensas decimos generalmente comprendido sea el molino, sea el granero de la casa dotal.

Respecto de las útiles, ya se dijo que se ofrece acá la decisión de Fulcino, son definidas en oposición a las necesarias, no ya como aquellas en las que se pone en juego el deterioro de la cosa (*non deteriorem esse non sinant*), sino que como la que hace que el patrimonio dotal sea más fructífero (*quae meliorem dotem faciant*); esto es, que el gasto es la causa de una *melioratio* o aumento de valor del gasto "*meliorem dotem faciant*", o "*reditus mulieri adquiratur*".

Lo mismo también ya fue observado sobre el pasaje posclásico de las *Regulae Ulpiani* 6.16: *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est…*, puesto que Ulpiano podría haber entendido lo mismo (*deterior dos non fuerit*), y coincide en destacar que la cosa se hace fructífera (*fructuosior effecta est*).

Y ha sido éste al criterio que atiende la doctrina cuando alude al aumento del rédito, la mejora de la cosa, o su utilidad o valor[780]; y más cercano aún a la fuente

[780] Vid., por todos, v. *spese*, GUARNERI CITATI, NDI (cit. nt. 119), p. 723; v. *spese*, CERVENCA, NNDI (cit. nt. 10), p. 1109; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 355; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (cit. nt. 112), p. 359, nt. 1; GONZÁLEZ-PALENZUELA, "*Impensas útiles dotales y voluntas mulieris*" (cit. nt. 119), p. 401; GONZÁLEZ-

jurídica cuando se definen como los "*gastos realizados en la cosa de otro con los que ésta ha adquirido una utilidad que antes no tenía o ha adquirido un valor mayor y sin los cuales la cosa no hubiera sufrido una disminución de su valor o utilidad originaria*"[781].

En tercer lugar, para los gastos voluptuarios, cuando fueron hechos con voluntad de la mujer (*licet voluntate eius expensae*), se autoriza al marido solamente la separación de la obra que hizo (*deductio operis quod fecit*), opera también acá el *ius tollendi*.

Y ya se expuso que en la época clásica el *ius tollendi* fue uno de los asuntos en los que existió *ius controversum*, y cómo ello se deriva a la posibilidad de opción que se consagra en el popsclásico a favor de la mujer en los *Scholia Sinaitica* en 9.20 donde los gastos voluptuarios no se exigen ni se computan, salvo que la mujer quiera retener las inversiones (*voluptaria vero neque exigit neque computat nisi forte mulier eas habere praeferat*). Pero si no hay voluntad de la mujer en mantenerlos, se concede al marido un *ius separationis* para retirarlas sin que esto dañe la cosa (*Sin autem mulier eas habere nolit, viro licentia datur eas tollere, dum priorem speciem non laedat*).

Esto es, la mujer tiene un derecho de optar: o pagar la compensación al marido si quiere retener las inversiones o permitir al marido el ejercicio del *ius tollendi.* Y esto ya venía de la fuente clásica ulpianea de la sede dotal 36 *ad Sabinum*, D. 25.1.9 (*Nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem*).

Y de la mano de Paulo D. 50.16.79.2 los gastos voluptuarios, que se definen también en contraposición pero ahora a los *utiles*, son los que adornan la cosa:

"*voluptariae*" *sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae*.	Son "voluptuarias" las que sólo adornan la especie, pero no aumentan el fruto, como son los jardines, las salientes de agua, las incrustaciones, los revestimientos pintados, las pinturas.

Lo único que puede desprenderse del pasaje paulino, -y que codifica Justiniano-, es que son aquellas que adornan la cosa (*speciem… ornant*) y que no tienen incidencia alguna en la productividad de la cosa (*non… fructum augent*). Esta segunda idea es la que destaca, por su parte, el epitomista de Ulpiano 6. 17 en: *Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est.* Se dice, entonces, que son impensas de mero goce o placer (*voluptuosae sunt*), aquellas cuya omisión ni acarrea el deterioro de la cosa (*neque omissis deterior dos fieret*) ni tampoco tienen el

---

PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 69 ; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 711.

[781] v. *impensae utiles*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285.

efecto de aumentar el rendimiento productivo de la cosa (*neque factis fructuosior effecta est*).

Y la doctrina prácticamente no ha desarrollado más sobre esta categoría, limitándose a reiterar, simplemente, los términos de la fuente jurídica: son aquellas de mero embellecimiento, de lujo o de pura agregación u ornato, que no aumentan la utilidad de la cosa y sin los cuales ella no hubiera sufrido daño o disminuido su valor, como los jardines, las pinturas[782].

Una vez más, todas estas categorías que se encuentran en la dote, aunque sea ahora para dar un tratamiento procesal del asunto, más adecuado al derecho justinianeo, esto no tiene ninguna relación con lo que se observa en las fuentes justinianeas de la reivindicatoria. La tripartición de trata de un asunto de la historia de la dote, que sin embargo, la romanística ha transformado en una parte de la reivindicatoria en contra de la realidad de las fuentes, pues como se verá nada tiene que ver con ella.

1.2 LA APARICIÓN IRREGULAR DE ALGUNAS DE LAS CATEGORÍAS EN LA *REIVINDICATIO*

De todo lo expuesto, se debe recordar acá, que en la disposición hecha por Justiano en el Digesto sólo en dos fuentes se aprecia la aparición de dos categorías. Cabe señalar, que si bien se trata de casos de reivindicaciones, ninguno de ellos por cierto se encuentra en el título D. 6.1: "*De reivindicatio*".

El primero, que ya fuera expuesto con detalle, es un caso de reivindicación resuelto por Papiniano tratado a en materia dotal[783] en el título D. 24.3: "*Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*", en 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1, que señala:

> *Fructus ex praediis, quae in dotem data videbantur, bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem absumptos, quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. Sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.*
>
> Los frutos de los predios, que se consideran dados en dote, percibidos de buena fe y consumidos en cargas de la mujer antes de la causa sobre su condición de libre, aunque después constare que fue esclava, concuerdo en que no se pueden pedir. Los gastos verdaderamente necesarios y útiles hechos en los predios que se consideraban dotales, conviene que se retengan, hasta el límite de lo sobrante, compensados los frutos percibidos.

Ante la inexistencia del matrimonio, el marido queda en la condición de poseedor para algunos[784], mero tenedor para otros[785], o incluso, que independiente de su calidad,

---

[782] Vid., por todos, BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 279; TREGGIARI, *Roman Marriage* (cit. nt. 112), p. 356; v. *impensae voluptuosae*, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano* (cit. nt. 27), p. 285; FAYER, *La familia romana* (cit. nt. 112), p. 712.
[783] LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 487), cols. 899 (nt. 504).

el jurista le otorga el mismo tratamiento que al marido por la dote[786], lo que importa es que Papinaino no hace distinción entre las categorías de gastos necesarios y útiles (*sumptus necessarios et útiles*) para efectos de la compensación.

Y lo mismo ocurre en Juliano en 18 *digestorum*, D. 39.6.14:

Si mortis causa donatus fundus est et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant.	Si un fundo es donado por causa de muerte, y en él se hubieran hecho gastos necesarios y útiles, los reivindicantes del fundo serán repelidos con la excepción de dolo malo, sino restituyeran su precio.

En el caso de donación por causa de muerte[787], frente al ejercicio de la acción reivindicatoria, se autoriza a oponer la excepción de dolo para obtener el reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos sobre el fundo donado. Igualmente acá se ha discutido por la doctrina, si se debe dar el tratamiento de poseedor[788], mero tenedor[789] o la misma calidad que el marido respecto de la dote[790], sobre lo que no se volverá.

Lo que importa a esta investigación, es que Juliano no hace ninguna distinción entre los gastos necesarios y útiles (*impensae necessariae atque utiles*), y confiere respecto de ambos la *exceptio doli* (*doli mali exceptione*) como el medio para obtener el reembolso.

Considerado que incluso en la dote se observa una irregularidad en la aplicación de las categorías de las *impensae,* y siendo éstos los únicos pasajes que comtemplan algunas de sus clases, no queda más que concluir que la tripartición no se consagró siquiera con el trabajo de los compiladores justinianeos de disposición de las fuentes clásicas.

La doctrina de la tripartición de los gastos *in rem* en la *reivindicatio,* es producto exclusivo de la elaboración romanística posterior. De ella poco -o nada-, se aprecia en las fuentes jurídicas.

---

[784] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 7 a 10; RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 221 nt. 148; RICCOBONO, "*Miscellanea critico storica*" (cit. nt. 549), pp. 59 y 60.

[785] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 150 y 151, 230 y 231; AMELOTTI, Mario: *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, A. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953, pp. 87 a 89.

[786] GONZALEZ-PALENZUELA, María Teresa: *Las impensas en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Extremadura, Extremadura, 1998, pp. 90 y 91.

[787] Cfr. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (cit. nt. 104), col. 370 (nt. 307).

[788] SENN, *Études sur le droit des obligations* (cit. nt. 555), p. 149.

[789] RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), pp. 150 y 151, 230 y 231; AMELOTTI, Mario: *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, A. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953, pp. 87 a 89.

[790] GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el Derecho Romano Clásico* (cit. nt. 23), p. 92.

2. LA "DOCTRINA" DE LA TRIPARTICIÓN DE LOS GASTOS DE LA *REIVINDICATIO* EN EL DERECHO JUSTINIANEO

Para Riccobono[791], la primera de las innovaciones que se observa en la tripartición de las impensas en la *reivindicatio* es la igualación de las categorías de *impensae necessariae* con las *utiles*, y la concesión de una acción para obtener el rembolso de ambas. La segunda, es que el reembolso de las impensas favorece también al poseedor de mala fe. Finalmente la tercera, diferencia de carácter procesal, es la falta de mención de la *exceptio doli* en las fuentes justinianeas, puesto que para la época el reembolso se consagra como un derecho perfecto, que tiene lugar en cualquier juicio, sea uno *bonae fidei* o *stricti iuris.*

Para el autor, estas generalizaciones vienen a simplificar también la justificación del reembolso: *tutte la spese que recano un vantaggio a colui che assume la cosa sono repetibili*[792] y la distinción de las impensas que se mantiene en las fuentes conserva sólo valor respecto de la medida del reembolso.

Ahora bien, para las voluptuarias, Justiniano habría seguido la doctrina de los proculeyanos en cuanto a la concesión del *ius tollendi*. De este modo se trataría para Riccobono de una nueva "*dottrina general delle spese fatte su cosa altrui*"[793] que es posible encontrar no sólo en la dote, sino también en la *reivindicatio* y en la detentación, que en su base se encuentra regido por otro principio, de acuerdo al cual, "*nessuno deve arricchirsi a danno di altri*"[794].

En este mismo sentido Biondi[795], sostiene que el cambio en el derecho justinianeo se encuentra en el nuevo fundamento de la indemnización: "*mentre per i classici si basava su considerazioni di equità, che valevano soltando in confronto del possessore di buona fede, nel diritto giustinianeo si fonda su ragioni di equilibrio patrimoniale, cioè sul principio* nemo ex aliena iactura locupletari debet"[796].

La consecuencia de ello es un cambio en el régimen de reembolso de las impensas, ahora tanto el poseedor de buena como el de mala fe tienen derecho al reembolso y, al no tratarse más de una concesión meramente equitativa, sino una

---

[791] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), pp. 11 a 14.
[792] *todas las impensas que reportan una ventaja a aquel que asume la cosa son repetibles*, RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 180.
[793] "*doctrina general de las impensas hechas sobre cosa ajena*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 174.
[794] "*ninguno debe enriquecerse con daño de otro*", RICCOBONO, "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*" (cit. nt. 54), p. 180.
[795] BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), pp. 280 ss.
[796] "*mientras para los clásicos se basaban sus consideraciones de equidad, que valían solamente frente al poseedor de buena fe, en el derecho justinianeo se funda en razones de equilibrio patrimonial, esto es, en el principio* nemo ex aliena iactura locupletari debet", BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (cit. nt. 112), p. 280.

prestación jurídica, el medio para hacer valer dicho reembolso no consiste ya sólo en la *exceptio doli,* sino también en la concesión de una acción: *actio util, actio in factum, actio negotorum gestio*, además de la admisión del *ius tollendi* para los gastos voluptuarios y útiles.

Cabe señalar, que en este punto tampoco es posible adherir a esta doctrina, en tanto que el supuesto del que parte esta investigación no coincide desde el origen con el de estos ilustres autores: las fuentes clásicas no evidencian que los juristas hayan aplicado la tripartición de las *impensae*, que desde la dote haya impregnado el resto de las materias, en especial a la *reivindicatio*.

Lo único que es posible observar en las fuentes justinieaneas es que el criterio de la tripartición no es propio de la *reivindicatio*, que la crítica de los grandes autores italianos no se sustenta sino en la acusación de la interpolación de los pasajes clásicos.

En los pasajes que se revisarán aparece usado -en el sentido de gasto-, sólo una vez el término *impensa* y otra el de *pretium*, y antes bien, los ejemplos que se pueden entender como "gastos" realizados en la cosa ajena. Y desde luego, no hay ningún pasaje que haga uso de alguna de las categorías de *necessariae*, *utiles* y *voluptuariae* cuando se trata de un caso de *reivindicatio*. Así las cosas, tampoco en las fuentes justinianeas hay un valor estable de la tripartición de las impensas.

2.1 LOS CASOS DE GASTOS EN LA *REIVINDICATIO*

Justiniano se refiere a los gastos en sus *Institutiones* dentro del título "*De rerum divisione*", sobre los modos de adquirir el dominio de los particulares, en los casos que se pueden señalar como de accesión. Los que mayormente interesan son los que antes se han incluido dentro de los gastos realizados en el predio o en la edificación en suelo ajeno.

2.1.1 Plantación y siembra en suelo ajeno

A este tipo de gastos se refiere en las *Iustiniani Institutiones* 2.1.32:

Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelleguntur. Ceterum sicut is qui in alieno solo aedificaverit si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quae diximus: ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide	Y por la misma razón que las plantas que se arraigan a la tierra ceden al suelo, se entiende por la misma razón que los granos que han sido sembrados ceden al suelo. Ciertamente es como, el que hubiere edificado en suelo ajeno si el dueño de él le pide el edificio, puede defenderse, según lo que hemos dicho, por la excepción de dolo malo: así podrá estar seguro con el auxilio de la misma excepción, el que a

consevit.	su propia costa sembró de buena fe en fundo ajeno.

Estos supuestos, claro está, ya se encontraban en los textos gayanos en materia de accesión en *Gai Institutiones* 2.76 (*inpensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soluere nolimus*), y principalmente, en los *Digesta* en Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.9 pr. (*Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur*).

Pero los textos posclásicos continúan mostrando los mismos supuestos bajo el lineamiento clásico, como por ejemplo, se expuso del *Corporis Gregorianis*, 3.6.1 (*sumptus eo nomine erogatos*) sobre los gastos hechos en la plantación de viñas en fundo ajeno (*vineas in alieno agro*), una vez que ellas acceden al suelo (*solo cedere et*), se entienden como una impensa reembolsable también sólo al poseedor de buena fe (*malae fidei possessore… retentionem seruari non posse*). Lo mismo en el rescripto de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano, C. 3.32.11 en el que se concede sólo al poseedor de buena fe (*bona fide possidens*), por medio de la *exceptio doli* el reembolso de los gastos que hubiese realizado en la siembra o plantación del fundo ajeno (*agrum alienum sevit vel plantas imposuit*).

No hay duda de la continuidad textual hasta llegar a Justiniano, que termina por reproducir el pasaje gayano de las *Rerum cottidianarum*, al que le agrega la exigencia de la buena fe de las *Institutiones* y de los siguientes pasajes posclásicos, concediendo así a quien edifica, siembra o planta en suelo ajeno, el reembolso de los gastos -aunque no se mencione ahora el término *inpensas* ni algún sinónimo de éste-, por medio de la *exceptio doli.* Al igual que en todos los pasajes anteriores, no aparecen en ellos ninguna mención a las categorías de los gastos.

2.1.2 *Inaedificatio*

Por su parte, particularmente la *inaedificatio* está en las *Iustiniani Institutiones* 2.1.30:

Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intellegitur, utique si non ignorabat, in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non poterit. certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum	Por el contrario si quien hubiere edificado con sus materiales una casa en suelo ajeno, y éstos se hacen de la casa de quien es el suelo. Pero en este caso el dueño de los materiales pierde la propiedad de ellos, que por su voluntad se entienden enajenados, y sólo si no ignoraba, que edificaba en suelo ajeno: y así, aunque la casa haya sido derruida, no puede vindicar los materiales. Ciertamente si consta, que el edificador se ha constituido en posesión, el dueño del suelo pidiera la casa que es suya, y

per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti, alienum esse solum, potest culpa obici, quod temere aedificaverit in eo solo quod intellegeret alienum esse.	no pagase el precio de los materiales y los salarios de los fabricantes, puede ser repelido por la excepción de dolo malo, solamente si fue poseedor de buena fe el que edificó: pues sabiendo, que el suelo era ajeno, puede oponérsele su culpa, que temerariamente hubiera edificado en aquel suelo que conocía que era ajeno.

Se trata ahora de la reproducción del pasaje gayano de Gayo, 2 *rerum cottidianarum sive Aureorum*, D. 41.1.7.12, en el que producto de la edificación en suelo ajeno el poseedor de buena fe que ha edificado con materiales propios pierde la propiedad de éstos mientras la unión persista. Es por ello que se le otorga por medio de la *exceptio doli* el reembolso de los gastos, que el pasaje gayano señala como el precio de los materiales y los salarios de los fabricantes (*pretium materiae et mercedes fabrorum*), que se ya señalamos se han entendido como sinónimos de *impensae*[797]**.**

De las fuentes posclásicas ya se revisaron los pasajes del *Codex Gregorianus*, 3.6.2 referido a la construcción en el fundo ajeno (*aedificium in alieno agro extructum*) y C. 3.32.16 de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano, donde a quien hubiera hechos gastos en levantar la cosa común creyéndola, se le concede el tratamiento del poseedor de buena fe (*qui bona fide possidens aedificavit*) y con ello *excepctio doli* para obtener el reembolso de los gastos hechos en la edificación (*aliquis extruxit*).

Al igual que en los otros gastos hechos en fundo ajeno, tampoco se observa que se haya querido dar alguna categoría particular a los gastos que consisten en el supuesto de la *inaedificatio*.

2.2 LA *EXCEPTIO DOLI* COMO MEDIO PROCESAL PARA OBTENER LOS GASTOS EN JUSTINIANO

Todas las fuentes revisadas se refieren como medio para obtener el reembolso de las impensas hechas en cosa ajena la *exceptio doli*. No queda duda que el interés de Justiniano era, antes que terminar de consagrar cualquier clasificación -que no lo hizo tampoco a propósito de la *reivindicatio* en las disposiciones clásicas-, hacerlo respecto del medio que permitiera obtener el reembolso.

Por ello dispone en sus *Iustiniani Institutiones* en 2.1.32, sobre los gastos hechos en predio ajeno, edificación siembra y plantación, el recurso de la *exceptio doli* a favor del que está de buena fe, como señala:

[797] Vid. MONIER, *Le tignum iunctum* (cit. nt. 35), p. 92; KASER, "*Tabula Picta*" (cit. nt. 18), p. 48 nt. 54; MUSUMECI, *Ineadificatio* (cit. nt. 35), p. 160; APATHY, "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`" (cit. nt. 35), p. 9; GRÖSCHLER, *Actiones in factum* (cit. nt. 35), p. 201 nt. 25.

Ceterum sicut is qui in alieno solo aedificaverit si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quae diximus: ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.	Ciertamente es como, el que hubiere edificado en suelo ajeno si el dueño de él le pide el edificio, puede defenderse, según lo que hemos dicho, por la excepción de dolo malo: así podrá estar seguro con el auxilio de la misma excepción, el que a su propia costa sembró de buena fe en fundo ajeno.

Lo mismo cuando se refiere exclusivamente a la *inaedificatio* en *Inst.* 2.1.30, que en lo importa señala:

certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti, alienum esse solum, potest culpa obici, quod temere aedificaverit in eo solo quod intellegeret alienum esse.	Ciertamente si consta, que el edificador se ha constituido en posesión, el dueño del suelo pidiera la casa que es suya, y no pagase el precio de los materiales y los salarios de los fabricantes, puede ser repelido por la excepción de dolo malo, solamente si fue poseedor de buena fe el que edificó: pues sabiendo, que el suelo era ajeno, puede oponérsele su culpa, que temerariamente hubiera edificado en aquel suelo que conocía que era ajeno.

Pero no sólo en las fuentes ya transcritas, sino también en aquellas accesiones que no han sido mayormente analizadas, como los casos de la *scripturae* en *Iustiniani Institutiones* 2.1.33[798] (*nec impensam scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali*) y en el caso de la *picturae* de 2.1.34[799] (*si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli*), en los que Justiano se refiere expresamente a la *excepctio doli* como el modo de obtener los gastos para el poseedor.

Qué duda podría caber, después de revisar las fuentes, incluso con lo que se ha sostenido sobre la *exceptio doli*, de que aún en Justitiano continúa siendo el medio para obtener el reembolso de los gastos. No es posible compartir con Riccobono[800] que

[798] Justiniano, *Inst.* 2.1.33: *Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt acsi solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse videberis. sed si a Titio petas, tuos libros tuasve membranas esse, nec impensam scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nanctus est.*

[799] Justiniano, *Inst.* 2.1.34: *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur pictura, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. unde si a domino tabulae, imaginem possidente, is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoveri: at si is qui pinxit possideat, consequens est ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

[800] RICCOBONO, "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*" (cit. nt. 114), p. 15.

Justiniano le haya dado a la *actio negotiorum gestorum* un nuevo papel en la obtención de los gastos, no a lo menos en la *reivindicatio*.

Como conclusión preliminar de los dos últimos capítuos, se puede señalar que si en la época posclásica comienza la consolidación de las nociones de los juristas Paulo y Ulpiano, de la clasificación de las *impensae*, sólo ocurre a propósito de la dote. Esto es lo que se refleja en el *Tituli ex corpore Ulpiani*: *Liber singularis regularum*, 6.: "*De dotibus*", Ulpiano, *Regulae* 6.14-17 y los pasajes de los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.16-19 y 9.20.

En la *reivindicatio* se mantienen equiparados los conceptos de la *necessitas* y *utilitas* como lo demuestra la Constitución del año 239 del Emperador Gordiano a Herasiano, C. 3.32.5.1. También los ámbitos de preocupación de los juristas son los supuestos de reembolso en la manutención e instrucción del esclavo y los gastos realizados en el predio y el supuesto de la *inaedificatio* en solar ajeno. Los medios procesales perduran; destacan la *retentio* operada a través de la *exceptio doli* y el *ius tollendi*.

Con Justiniano se consolida la preocupación anterior. La preponderancia de la fuente de Paulo 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79 hace pensar que sus ideas sobre la tripartición resultaron vencedoras. La posición de Ulpiano parece pasar más desadvertida en la tarea codificadora -de lógica moderna-, con la actúan los compiladores.

El gran parámetro evolutivo en la fijación de la tripartición es Paulo, porque así lo quiso Justiniano; pero incluso con él no hay concordancia total en lo que se entiende por uno y otros juristas. Así es como la gran fuente justinianea que recepciona las ideas clásicas y posclásica, se encuentra una vez más en materia dotal en el Edicto *de rei uxoriae actione* que se codifica para el 530 d. C. en el título *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita*, C. 5.13.5 e. Acá los comisarios tratan la practicidad del reembolso de los gastos, ocupándose exclusivamente de la operatividad jurídica del nuevo sistema de retenciones en esta *sedes*.

Pero el grado de abstracción que los compiladores dieron a la materia de las *impensae* en la dote no se aprecia en la *reivindicatio*, donde el asunto fue resuelto de forma más bien fragmentaria. El tratamiento propiamente justinianeo se encuentra hecho en las *Iustiniani Institutiones* en lo referido a la plantación y siembra en suelo ajeno y el caso de la *inaedificatio.* En ninguna parte ahora parece tener importancia la tripartición de las *impensae*.

CONCLUSIONES

1. La teoría de la tripartición que distingue las *impensae* en *necessariae*, *utiles* y *voluptuariae* recibe, siempre en la dote, un tratamiento que tiende a la unidad sistemática (si bien siempre en el marco de la polémica del *ius controversum*) en el Derecho romano clásico tardío; en especial en el pasaje de Paulo del título "*De verborum significatione*", 6 *ad Plautium*, D. 50.16.79, además de otros que se encuentran en D. 25.1 "*De impensis in res dotales factis*".

2. En cuanto a la *reivindicatio*, en la época arcaica, según exponen las *Gai Institutiones* 4.16, no hay espacio para el reembolso de los gastos, puesto que la conjunción *praedes litis et vindiciorum* (*id est rei et fructuum*) de dicha fuente no se relaciona de forma alguna con las *impensae*. Si es difícil en la *actio per sacramentum in rem* ampliar el objeto perseguido en juicio y considerar no sólo la cosa, sino además los frutos que podían emanar de ésta; menos aún podría ser éste el régimen jurídico adecuado que permita operar un reembolso de las impensas hechos por quien perdió la posesión interina de la cosa.

3. Otro asunto de esta misma época es, que ni en la legislación monárquica de repartición de tierras de Rómulo o posterior distribuciones y delimitaciones de Numa Pompilio, es posible encontrar algún indicio referido al reembolso de gastos.

4. Pero en las leyes republicanas está el caso de la *Lex Icilia de Aventino publicando*. La repartición plebeya de las tierras del Aventino distingue, entre otros, los terrenos públicos que en sus orígenes habían sido tomados con fuerza o usurpación (βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες) y sobre los que se había edificado, por tanto, sin la autorización estatal necesaria para edificar en suelo público (ᾠκοδομήσαντο). Estos terrenos fueron entregados al pueblo, y luego a sus nuevos asignatarios, una vez que éstos pagaran los gastos de edificación (τὰς δαπάνας) de acuerdo a los que estimaran los árbitros (διαιτηταὶ).

5. No se pretende desconocer la proximidad temática del caso de esta *lex* con el de las *impensae*, pero es un relato que se desconecta del sistema procesal arcaico del procedimiento sacramental -en el que, por lo demás, ya fuera demostrado la imposibilidad de la referencia a los gastos-, menos probable sería hallar alguna justificación para este caso.

6. Tampoco es posible que la *actio de tigno iuncto* se entienda como un antecedente arcaico del reembolso de las *impensae*. Primero, porque se trata de una acción penal, y por ello, su objeto es completamente diferente. Luego, porque el supuesto de hecho de ambas instituciones es también distinto, aunque la doctrina -por razones de equidad-,

intente igualar el caso de la construcción con materiales ajenos al caso de la construcción en suelo ajeno. El *tignum iunctum* es otra prueba de la inexistencia de un régimen de reembolso de los gastos en el periodo arcaico y la similitud con el caso de las *impensae* es puramente económica.

7. En la época clásica la aplicación de los criterios de clasificación es ocasional. Además el uso conjunto de las tres categorías no se produce jamás; el de las *necessariae* y *utiles*, sólo en dos oportunidades en los pasajes de Papiniano, 4 *responsorum*, D. 24.3.42.1 (*sumptus vero necessarios et utiles*) y Juliano en 18 *digestorum*, D. 39.6.14 (*impensae necessariae atque utiles*). Estos casos no denotan categorias jurídicas fijas, aparecen ambas "necesarias" y "útiles" por comodidad del lenguaje como uso contable; lo que se explica fácilmente porque todo esto no era parte de la discusión jurídica de la fórmula, sino de la fáctica propia del *officium iudicis.*

8. La tripartición de los gastos es un asunto de la dote. Y lo anterior se debe sostener con resguardo, puesto que ni en dicha materia se observa que opera con estabilidad. No hay ningún rastro que ella haya tenido carácter general y se haya trasladado a otros ámbitos del derecho. Más aún, cuando se encuentran usadas las categorías, de manera recurrente se produce la igualación de ellas, en particular sucede así con las *necessariae* y *utiles.* Como han planteado Ankum y Mayer-Maly, *necessitas* y *utilitas* son locuciones coloquiales que se incorporan al vocabulario de los juristas manteniendo su sentido material, práctico y económico.

9. Finalmente, tampoco se aprecia alguna funcionalidad práctica de la distinción de las *impensae necessariae* y *utiles*, cuyo reembolso se lograr a través de la *exceptio doli*; alguna diferencia se podría presentar con las *voluptuariae* que se obtienen mediante el ejercicio del *ius tollendi*. Pero esta es una consideración especulativa, porque no hay alusión a un caso así respecto de la *reivindicatio* en el Digesto.

10. En la época posclásica comienzan a consolidarse las ideas de los juristas severianos, Paulo y Ulpiano, fijándose en la materia dotal el tópico de la clasificación de las *impensae.* Se plasma en el *Tituli ex corpore Ulpiani*: *Liber singularis regularum*, 6.: "*De dotibus*", Ulpiano, *Regulae* 6.14-17 y los pasajes de los *Scholia Sinaitica ad Ulpiani Libros ad Sabinum* 8.16-19 y 9.20. Tanto acá, como en otras materias, el panorama respecto de la época clásica no varía mayormente.

11. En la propia *reivindicatio* se mantienen equiparados los conceptos de la *necessitas* y *utilitas* como lo demuestra la Constitución del año 239 del Emperador Gordiano a Herasiano, C. 3.32.5.1. También los medios procesales perduran, destaca la *retentio* operada a través de la *exceptio doli* y el *ius tollendi*. Así las cosas, no hay posibilidad de hablar en este periodo de una teoría general de las *impensae* en la

reivindicatio, aunque se advierte que ha derivado en un asunto más general, si acaso se puede señalar así, de lo que había en la época anterior.

12. En la época justinianea se consolida la preocupación de Paulo y Ulpiano en el tópico de las *impensae*. El grado de abstracción que los compiladores dieron a la materia de las *impensae* en la dote, no se aprecia sin embargo en la *reivindicatio*. Si bien la codificación termina por relevar la preeminencia de las ideas paulinas, el asunto fue resuelto de forma más bien fragmentaria, en distintas *sedes materiae* y de la mano de diversas opiniones jurisprudenciales, donde incluso ocupa una posición preponderante la de Gayo.

13. El cambio que se ha querido ver desde el derecho clásico al justinianeo es más bien del lector y su anticipación histórica. Justiniano no quiso trasladar la "doctrina de la tripartición de las impensas" a la *reivindicatio* y la prueba de ello es la escacez de cualquier tipo de referencia.

BIBLIOGRAFÍA

ABDY, John Thomas-WALKER, Bryan: *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, The Lawbook Exchange, LTD., Clark-New Jersey, 2005 [pero, Cambridge 1885].

ALBANESE, Bernardo: *Il processo privato romano delle legis actiones*, Pubblicazioni del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, Palumbo, Palermo, 1987.

ALBERTARIO, Emilio: "*Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla ´res evicta`*", AG 93 (1953), pp. 3-14.

ALFÖLDI, Géza: *Römische Sozialgeschichte,* Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, ^{3}1984.

AMELOTTI, Mario: *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953.

AMUNÁTEGUI, Carlos: "*El origen de los poderes del "paterfamilias". I. El "paterfamilias" y la "patria potestas"*", REHJ [Sección Derecho Romano] 28 (2006), pp. 37-143.

AMUNÁTEGUI, Carlos: "*La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*", REHJ [Sección Derecho Romano] 30 (2008), pp. 37-46.

AMUNÁTEGUI, Carlos: "*Las "gentes" y la propiedad colectiva*"; REHJ [Sección Derecho Romano] 32 (2010), pp. 39-58.

AMUNÁTEGUI, Carlos: "*The Collective Ownership and Heredium*", RIDA 57 (2010), pp. 53-74.

AMUNÁTEGUI, Carlos: "*Las relaciones entre el mercado y la propiedad en el Lacio primitivo*", REHJ [Sección Derecho Romano] 36 (2014), pp. 37-73.

ANKUM, Hans: "„Utilitatis causa receptum". *On the pragmatical methods of the Roman lawyers*", Symbolae Ivridicae et Historicae Martino David, 1, E.J. Brill, Leiden, 1968, pp. 1-32.

ANKUM, Hans: "Utilitatis causa *en los trabajos de los juristas clásicos romanos*", RChD 43 (2016) 3, pp. 1121-1132.

APATHY, Peter: "*Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei ´*inaedificatio`", IURA 42 (1991), pp. 1-11.

APPLETON, Charles: *Histoire de la compensation en droit romain*, G. Masson, Paris, 1895.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *L'exceptio in diminuzione della condanna*, Università degli Studi, Modena, (1930), pp. 1-22.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: "*L'exceptio in diminuzione della condanna*", Atti del II° Congresso Nazionale di Studi Romani, 3, paolo Cremonese, Roma, 1931, pp. 9-28.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1958.

ARE, Gonario: *Teoria della propietà (parte speciale)*, Lorenzo Alvano, Napoli, 1908.

ARU, Luiggi-ORESTANO, Riccardo: *Sinopsis de Derecho Romano*, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1964.

BACKHAUS, Ralph: "*Resc. Alfons Bürge, Retentio in römischen Sachen- und Obligationenrecht*", ZSS [Romanistische Abteilung] 98 (1981), pp. 500-514.

BECHMANN, August: *Das römische Dotalrecht*, 2, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, ^{2}1867.

BECHMANN, August: *Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten*, Mohr, Kiel, 1867.

BEHRENDS, Okko: "*La mancipatio nelle XII Tavole*", IURA 33 (1982), pp. 46-103.

BEKKER, Ernst Immanuel: "*Zu den Lehre von L.A. sacramento, dem Uti possidetis und der Possessio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 5 (1884), pp. 136-165.

BEKKER, Ernst Immanuel: "*Zur Lehre von den Legisaktionen*", ZSS [Romanistische Abteilung] 25 (1904), pp. 54-80.

BENVÉNISTE, Émile: *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2, Les Éditions de Minuit, Paris, 1969.

BERGER, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The Lawbook Exchange, 1991 [pero, Philadelphia 1953].

BERTOLINI, Cesare: *Diritto romano, Il Processo Civile*, 1, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913.

BESELER, Gerhard: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Mohr, Tübingen, 1910-1931.

BESELER, Gerhard: "*Aequitas*", ZSS [Romanistische Abteilung] 45 (1925), pp. 453-455.

BESELER, Gerhard: "*Et (atque) Ideo, et (atque) ideireo, ideoque, idcircoque*", ZSS [Romanistische Abteilung] 45 (1925), pp. 456-488.

BESELER, Gerhard: "*Zum Römischen Frührecht*", Hermes 77 (1942) 1, pp. 78-88.

BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August: *Der römische Civilprocess*, 1, Marcus, Bonn, 1864.

BETTI, Emilio: *Sulla opposizione della exceptio all'actio*, Zerbini & Fresching, Parma, 1913.

BINDER, Julius: *Die Plebs. Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, A. Deichert' sche Verlagsbuchhandlung Nachf, Leipzig, 1909.

BIONDI, Biondo: *Studi sulle* actiones arbitrariae *e l´*arbitrium iudicis, 1, A. Reber, Palermo, 1913.

BIONDI, Biondo: "*Iudicia bonae fidei*", AUPA 7 (1918), pp. 3-280.

BIONDI, Biondo: "*Actiones stricti iuris*", BIDR 32 (1922), pp. 61-72.

BIONDI, Biondo: "*La compensazione del diritto romano*", AUPA 12 (1929), pp. 161-476.

BIONDO, Biondi: *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953.

BIONDI, Biondo: *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, [4]1972.

BLÁNQUEZ, Agustín: *Diccionario Latín-Español*, Editorial Ramón Sopena, Barcelona, 1985.

BONFANTE, Pietro: *Istituzioni di diritto romano*, G. Giappichelli- Editore, Torino, [10]1951.

BONFANTE, Pietro: *Corso di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963-1966.

BORTOLUCCI, Giovanni: "*Nota a Gaio Inst. II. 78*", BIDR 33 (1924), pp. 151-161.

BOTTIGLIERI, Anna: *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.

BRADLEY, Keith: *Slavery and Society at Rome*, Cambridge University Prees, Cambridge, 1994.

BRINI, Giuseppe: *Della condanna nelle legis actiones*, Giorgio Bretschneider, Roma, 1978.

BRINZ, Alois: *Lehrbuch der Pandekten*, 1, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, ^{2}1873.

BROGGINI, Gerardo: *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1957.

BROGGINI, Gerardo: "*Sulle origini del iusiurandum in litem*", Coniectanea, Studi di diritto romano, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966.

BRUNS, Carl: *Fontes iuris Romani antiqui*, 1, I.C.B. Mohrii, Tubingae, 1909.

BRUNS, Carl: *Fontes iuris Romani antiqui: Additamentum*, I.C.B. Mohrii, Tubingae, ^{7}1912.

BRUTTI, Massimo: *Il Diritto Privato nell'antica Roma*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.

BUCKLAND, W.W.: *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian*, University Press, Cambrige, ^{3}1963.

BUCKLAND, W.W.: *The Roman Law of Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010 [pero, 1908].

BURDESE, Alberto: "*Sulla condanna pecuniaria del processo civile romano*", Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 1 (1990).

BURDESE, Alberto: "*Resc. R. Cardilli, La nozione giuridica di 'fructus*'", IURA 51 (2000), pp. 147-158.

BÜRGE, Alfons: *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Schulyhess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.

BUTERA, Antonio: *Del diritto di ritenzione*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1937.

CALONGE, Alfredo: *Evicción, Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1968.

CALONGHI, Ferruccio: *Dizionario latino italiano*, Rosenberg & Selier, Torino, [3]1990.

CAMBRIA, Carla: "*'Res parva' Magistro dicata*", Studi in onore di Antonino Metro, 1, Russo, Carmela (edit.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 335-354.

CANNATA, Carlo Augusto: v. *dote*, *Enciclopedia del Diritto* [Diritto Romano] 14, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958.

CANNATA, Carlo Augusto: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966.

CANNATA, Carlo Augusto: *Profilo istituzionale del processo privato romano, Le legis actionis*, 1, G. Giappichelli, Torino, 1980.

CANNATA, Carlo Augusto: "*Resc. Nicosia, G. Il proceso privato romano. La regolamentazione decemvirale*", IURA 37 (1986).

CAPANELLI, Daniele: "*Appunti sulla Rogatio Agraria di Spurio Cassio*", Legge e società nella repubblica romana, Jovenne Editore, 1, Napoli, 1981.

CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi: *La terra in Roma antica*: *forme di proprietà e rapporti produttivi*, La Sapienza Editrice, Roma, 1981.

CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi: *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, La Sapienza Editrice, Roma, 2000.

CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi: *Diritto e potere nella storia di Roma*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2007.

CARDILLI, Riccardo: *La nozione giuridica di fructus*, Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil*", RChD 39 (2012) 3, pp. 565-604.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual*", RChD 40 (2013) 2, pp. 727-743.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio : "*La función de la pena por la* "iniuria" *en la Ley de las XII Tablas*", REHJ [Sección Derecho Romano] 35 (2013), pp. 151-178.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*Celso, D. 6,1,38. Una interpretación desde la retórica*", Inter Cives Necnon Peregrinos. Essays in Honour of Boudewijn Sirks, V & R, Goettingen, 2014, pp. 115-132.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio: "*La clasificación de las impensas en las fuentes romanas y su elaboración medieval*", *passim*, en prensa.

CASINOS, Francisco Javier: "*La repercusión del senadoconsulto juvenciano en materia de reclamación de herencia*", REHJ 23 (2001), pp. 53-74.

CASINOS, Francisco Javier: *De Hereditatis Petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en el derecho romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

CASINOS, Francisco Javier: *La restricción del lujo en la Roma Republicana*, Dykinson, Madrid, 2015.

CASTIGLIONI, Luigi-MARIOTTI, Scevola: *IL. Vocabolario della Lingua Latina*, Loescher Editore, Torino, ^{3}1996.

CASTRESANA, Amelia: *Actos de Palabra y Derecho*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.

CERVENCA, Giuliano: v. *spese*, NNDI [Diritto Romano] 17, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970.

CLEMENTE, G.: "*Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo A.C.*", Giardina, A. y Schiavone, A. (edits.), *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, 3, Roma-Bari, Laterza, 1981, pp. 1-14.

CORBELLA, Arturo: v. *impensas*, *Enciclopedia Jurídica Española* 17, Francisco Seix Editores, Barcelona, 1910.

COVIELLO, Nicola: "*Della superficies*", AG 49 (1892), pp. 3-192.

CORBINO, Alessandro: Iura *e* forma civitatis: *scienza e politica nella produzione e applicazione del diritto privato nell'esperienza romana*, Libreria Editrice Torre Catania, Catania, ^{3}2005.

CORBETT, Percy Ellwood: *The Roman Law of Marriage*, Scientia Verlag, Aalen, 1979.

CORNELL, T.J.: *The Fragments of the Roman Historians*, University Press, Oxford, 2013.

COSTA, Emilio: *Storia del diritto romano privato*, Fratelli Bocca, Milano, 1911.

COSTA, Emilio: *Profilo storico del processo civile romano*, Athenaum, Roma, 1918.

COSTA, Emilio: *L'exceptio doli*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1970 [pero, Bologna 1897].

CREMADES, Ignacio-PARICIO, Javier: *Dos et virtus, devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Bosch, Barcelona, 1983.

CURSI, María Floriana: *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.

CZYHLARZ, Karl: *Das römische Dotalrecht*, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1870.

CZYHLARZ, Carl: "*Zur Lehre vom tignum iunctum*", Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 21 (1894), pp. 85-106..

DARI-MATTIACCI, Giuseppe-PLISECKA, Anna: *Luxury in Ancient Rome: Scope, Timing and Enforcement of Sumptuary Laws*, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper 3 (2010) <disponible en: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=ALEA2010&paper_id=73>.

DE MARINI AVONZO, Franca: "*Recs. Renato Quadrato, Tignum iunctum ne solvito*", Labeo 15 (1969) 3, pp. 378-381.

DE MARTINO, Francesco: *Storia della costituzione romana*, 1, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972.

DE MARTINO, Francesco: *Storia económica di Roma antica*, 1, La nuova Italia, Firenze, 1979.

DE MARTINO, Francesco: *Nota di Lettura*, reimpresión de MASCHKE, Richard: *Zur Theorie und Geschichte der Römischen Agrargesetze*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1980.

DEMELUIS, Gustav: *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Verlag von Leuschner & Lubensky, Gratz, 1872.

DERNBURG, Heinrich: *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte*, Scientia Verlag, Aalen, 1965 [pero, Heidelberg ^{2}1868].

DETER, Egon: *Impensae dotem minuunt*, Dissert. Erlangen, 1933.

DIÓSDI, György: *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970.

D'IPPOLITO, Federico: "*La legge agraria di Spurio Cassio*", Labeo 21 (1975) 2, pp. 197-210.

DONADIO, Nunzia: *La tutela del compratore tra actiones ediciliae e actio empti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.

D`ORS, Alvaro: *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, [10]2004.

DREYFUS, Robert: *Essai sur les lois agraires sous la république romaine*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1971 [pero, París 1898].

DE SANCTIS, Gaetano: *Storia dei Romani*, 2, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1960 [pero, Torino, 1907].

DE SANCTIS, Gaetano: "*Sul 'foedus Cassianum'*", Scritti Minori 4, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1976 [pero, Roma 1929], pp. 321-328.

DUMONT, François: "*Les revenus de la dot en droit romain*", RHD 21 (1943), pp. 1-43.

EISELE, Fridolin: *Die Compensation nach römischen und gemeinem Recht*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1876.

EISELE, Fridolin: "*Weitere Studien zum Texte der Digesten, IV*", ZSS [Romanistische Abteilung] 30 (1909), pp. 99-154.

ELSTER, Marianne: *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik-Gesetzesanhäufungen und-wiederholungen-*, Peter Lang Frankfurt/M., Bern, 1976.

ERMAN, Heinrich: "*Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus*?", ZSS [Romanistische Abteilung] 25 (1904), pp. 352-365.

ERNOUT, Alfred-MEILLET, Antoine: *Dictionaire etymologique de la langue latine*, Klincksiek, Paris, [4]2001.

ESMEIN, Adhémar: "*La nature originelle de l'action rei uxoriae*", Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger 17 (1893), pp. 145-171.

FABRO, Antonio: *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Apud Petrum & Iacobum Chouët, 1626.

FALCKNER, J.C.-STEGEN, J. : *Disputatio Juridica de Impensis*, Typis Johannis Wertheri, Jenae, 1668.

FAYER, Carla: *La familia romana*, 2, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2005.

FERRINI, Contardo: *Manuale di Pandette*, Società Editrice Libraria, Milano, 1908.

FERRINI, Contardo: *Opere*, *Studi sulle fonti del diritto* romano, 2, Ulrico Hoepli, Milano, 1929.

FIRA, Riccobono, S.-Baviera, J.-Ferrini, C.-Furlani, J.- Arangio Ruiz, V. (edits.), apud S. A. G. Barbèra, Florentiae, 1968.

FLACH, S.-BICCIUS, G.: *De impensis in rem alienam factis, et quatenus possessor eas consequi possit*, Excudebat Paulus Ledertz, Argentorati, 1626.

FORCELLINI, Egidio: *Lexicon Totius Latinitatis*, Arnaldus Forni Excudebat Bononiae, Patavii, Gregoriana, 1965 [pero, 1864].

FRANCIOSI, Genaro: *La plebe senza genti e il problema della rogatio Canuleia*, Richerche sull organizzazione gentilizia romana 1, Napoli, 1984.

FRANCIOSI, Genaro: *Leges Regiae,* Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2003.

FRIER, Bruce: *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1980.

FUENTESECA, Margarita: *La formación romana del concepto de propiedad*, Dykinson, Madrid, 2004.

FUENTESECA, Margarita: "*La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*", RIDA 53 (2006), pp. 237-264.

FUENTESECA, Margarita: "*La litis aestimatio desde la perspectiva del procedimiento formulario romano*", AFDUDC 10 (2006), pp. 403-412.

GABBA, Emilio: *Roma Arcaica. Storia e Storiografia*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2000 [pero, *Athenaum* 1964].

GARCÍA GARRIDO, Manuel: *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en el derecho romano*, Cuadernos del Instituto Juridico Español, Roma-Madrid, 1958.

GARSIA, J.: *De expensis et meliorationibus commentaruis. Cui de novo accesserunt*, Per Paulum Egenolphum, Typogr. Acad., Marpurgi Cattorum, 1601.

GEORGE, Michele: "*Cupid Punished: Reflections on a Roman Genre Scene*", Roman Slavery and Roman Material Culture, (edit.), University of Toronto Prees, Toronto-Buffalo-London, 2013.

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GIOFFREDI, Carlo: *Contributi allo studio del processo civile romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947.

GIOFFREDI, Carlo: *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Apollinaris, Roma, 1955.

GIRARD, Paul-Frédéric: *Manuel élémentaire de droit romain*, Éditions Dalloz, Paris, ^{8}2003.

GLARE, P.G.W.: *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 2009 [pero, 1982].

GONZÁLEZ, Yuri: *Dolo desinere possidere fra Editto del Pretore e scienza giuridica*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell´Università di Bari, Cacucci Editore, Bari, 2010.

GONZÁLEZ, Yuri: "*La responsabilidad del poseedor de buena fe respecto a los frutos e intereses en la perspectiva del senadoconsulto juvenciano*", Anuario Mexicano de Historia del Derecho 15 (2003), pp. 675-715.

GONZÁLEZ-PALENZUELA, María Teresa: "*Impensas útiles dotales y voluntas mulieris*", Anuario de la Facultad de Derecho 11 (1993), pp. 399-414.

GONZÁLEZ-PALENZUELA, María Teresa: *Las impensas en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Extremadura, Extremadura, 1998.

GONZÁLEZ-PALENZUELA, María Teresa: "*Los gastos del poseedor en el Código Civil desde la perspectiva del derecho romano*", Revista jurídica del notariado, 40 (2001), pp. 47-84.

GRÖSCHLER, Peter: *Actiones in factum*, Dunker & Humblot, Berlin, 2002.

GROSSO, Giuseppe: "*Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*", RISG 3 (1928), pp. 39-96.

GUARINO, Antonio: "*Taglicarte*", Labeo 13 (1967) 1, pp. 124-125.

GUARINO, Antonio: *La condanna nei limiti del possibile*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, ^{2}1978.

GUARINO, Antonio: *Diritto Privato Romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2001.

GUARINO, Antonio: *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.

GUARNERI CITATI, Andrea: v. *spese*, NDI [Diritto Romano] 12, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1940.

GULINA, Giovanni: "*Contributo allo studio della satisdatio pro praede litis et vindiciarum*", AUPA 56 (2013), pp. 65-100.

GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino: *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus S.A., Madrid, [4]1995.

GUZMÁN, Alejandro: *Derecho Romano Privado*, LegalPublishing, Santiago, 2013.

HACKL, Karl: "*Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 106 (1989), pp. 152-179.

HEILBORN, Ernst: *Tignum Iunctum, plantatio und accessio*, Thèse, Breslau, 1907.

HEUMANN, Hermann-SECKEL, Emil: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1971 [pero, 1907].

HINKER, Hannes: "*Tignum iunctum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 108 (1991), pp. 94-122.

HUVELIN, Paul: *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, 1, Rey, Lyon, 1915.

IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, Editorial Ariel, Barcelona, [15]2004.

IHERING, Rudolf: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, [2]1866-[3]1877.

IHERING, Rudolf: *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1867.

IHNE, Wilhelm: *Römische Geschichte*, 1, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1868.

JOBEÉ-DUVAL, Emile: *Études sur l'histoirie de las procédure civile chez les romains*, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1896.

JOLOWICZ, H.F.-NICHOLAS, Barry: *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge University Press, Cambridge, [3]1972.

KALB, Wilhelm: "*Roms Juristen: nach ihrer Sprache dargestellt*", B.G. Teubner, Leipzig, 1890.

KARLOWA, Otto: *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationactionen*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1872.

KARLOWA, Otto: *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1901.

KASER, Max: *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, RIDA 2 (1949), pp. 511-550.

KASER, Max: "*Neue Studien zum altrömischen Eigentum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 68 (1951), pp. 131-190.

KASER, Max: "*Gaius und die Klassiker*", ZSS [Romanistische Abteilung] 70 (1953), pp. 127-178.

KASER, Max: "*Resc. André Magdelain, Les actions civiles*", ZSS [Romanistische Abteilung] 71 (1954), pp. 430-438.

KASER, Max: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Böhlau, Köln-Graz, 2, 1956.

KASER, Max: "*Typisierter "dolus" im altrömischen Recht*", BIDR 65 (1962), pp. 79-104.

KASER, Max: "'*Vindicia falsa*' und '*fructus duplio*'", IURA 13 (1962), pp. 22-52.

KASER, Max: "*Oportere und Ius civile*", ZSS [Romanistische Abteilung] 83 (1966), pp. 1-46.

KASER, Max: "*Tignum iuctum*", Labeo 12 (1966) 1, pp. 104-111.

KASER, Max: *Restituere als Prozessgegenstand*, C.H. Beck`sche Verlagsbuchhandlung, München, ^{2}1968.

KASER, Max: "*Tabula Picta*", T 36 (1968), pp. 31-56.

KASER, Max: *Das Römisches Privatrecht*, 1, 3^{3}, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.

KASER, Max: "*Zwei Exegesen aus dem Dotalrecht*", Ausgewählte Schriften, 1, Dott. Eugenio Jovene, Camerino, 1976 [pero, Keip 1953], pp. 329-342.

KASER, Max: *Nochmals über Besitz und Verschulden*, ZSS [Romanistische Abteilung] 98 (1981), pp. 77-146.

KASER, Max: "*Zur 'legis actio sacramentum in rem'*", ZSS [Romanistische Abteilung] 104 (1987), pp. 53-84.

KASER, Max-HACKL, Karl: *Das römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München, [2]1996.

KASER, Max-KNÜTEL, Rolf: *Römisches Privatrecht*, Verlag C.H. Beck, München, [20]2014.

KNÜTEL, Rolf: "*Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen*", Zimmermann, R., *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 549-577.

KOSCHAKER, Paul: "*Resc. Hans Steiner, Datio in solutum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 37 (1926), pp. 290-304.

KRELLER, Hans: "*Ipsam rem condemnare. Zur Kritik von Gai. IV 48*", ZSS [Romanistische Abteilung] 58 (1938), pp. 36-61.

KRETSCHMAR, Paul: *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Verlang von Veit & Comp., Leipzig, 1907.

KUNKEL, Wolfgang: "*Diligentia Zur erklärung der lex metalli vipascensis*", ZSS [Romanistische Abteilung] 45 (1925), pp. 266-351.

LANGE, Ludwig: *Römische Alterthümer*, 1, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, [3]1876.

LATORRE, Ángel: "*Voluntas mulieris y reembolso de las impensas útiles dotales*", IURA 5 (1954), pp. 209-212.

LAURIA, Mario: *Matrimonio-Dote*, L'Arte Tipografica, Napoli, 1952.

LEINWEBER, Arnold: *Die Dotalimpensen*, Manz`sche k.u.k. Hof-Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1893.

LEMOSSE, Máxime: "*Compte-rendu de la thèse de Melillo: tignum iunctum*", RHD (1966), pp. 89-90.

LENEL, Otto: *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Gustav Koester, Heidelberg, 1876.

LENEL, Otto: "*Zur Entstehung der Digesten*", ZSS [Romanistische Abteilung] 34 (1913), pp. 373-390.

LEVY, Ernst: "*Zur Lehre von den sogenanten actiones arbitrariae*", ZSS [Romanistische Abteilung] 36 (1915), pp. 1-82.

LEVY, Ernst: "*Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*", ZSS [Romanistische Abteilung] 54 (1934), pp. 258-311.

LEVY, Ernst: *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 1, Scientia Verlag, 1964 [pero, 1918].

LEVY, Ernst-RABEL, Ernst: *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, 1, Böhlaus, Weimar, 1929.

LÉVY, Jean-Philippe: *Les impenses dotales en droit romain classique*, Librarie du Recueil Sirey, Paris, 1937.

LÉVY, Jean-Philippe: "*Resc. F. Negro, La cauzione per le spese*", IURA 6 (1955).

LÉVY, Jean-Philippe: "*D. 6.1.27.5, Le droit de retention et le* «ius tollendi»", Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz, 1, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1964, pp. 97-103.

LÉVY-BRUHL, Henri: *Recherches sur les actions de la loi*, Sirey, Paris, 1960.

LEWIS, Charlton T.-SHORT, Charles: *A Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford, 1988 [pero, 1879].

LIDDELL, H.G.-SCOTT, R.: *Greek-English Lexicon with a revised supplement*, Clarendon Press, Oxford, 1996 [pero, ^{9}1940].

LIEBS, Detlef: "*Damnum, damnare und damnas*", ZSS [Romanistische Abteilung] 85 (1968), pp. 173-252.

LIEBS, Detlef: *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972.

LONGO, Giuseppe: *L'hereditatis petitio*, CEDAM, Milán, 1933.

LONGO, Giannetto: *Diritto romano: diritto di famiglia*, Foro italiano, Roma, ^{2}1953.

LÜBTOW, Ulrich: "*Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*", ZSS [Romanistische Abteilung] 68 (1951), pp. 320-359.

LUCREZI, Franceso: *La 'Tabula picta' tra creatore e fruitore*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1984.

MACCORMAK, Geoffrey: "*Ius tollendi*", BIDR 24 (1982), pp. 77-99.

MACÉ, Antonin: *Des lois agraires chez les romains*, Joubert, París, 1846.

MADDALENA, Paolo: "*Possesso del tutto e possesso della parte nei corpi composti*", Synteleia Arangio-Ruiz, 1 (1965), pp. 365-368.

MADDALENA, Paolo: "<*Tabula picta*>*: ritorno a Jhering*", Labeo 13 (1967) 1, pp. 68-74.

MARRONE, Matteo: "*D. 14.2.2 pr.:«retentio» e «iudicia bonae fidei»*", IURA 6 (1955), pp. 170-178.

MARRONE, Matteo: "*Actio ad exhibendum*", AUPA 26 (1957), pp. 177-694.

MEINCKE, Jens Peter: "*Superficies solo cedit*", ZSS [Romanistische Abteilung] 88 (1971), pp. 136-183.

MAGDELAIN, André: *Les actions civiles*, Librarie du Recueil Sirey, Paris, 1954.

MANFREDINI, Arrigo : *Contributi allo studio dell'* "iniuria" *in età repubblicana*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1977.

MANNA, Lorena: *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994.

MANZO, Annamaria: "*Un'ipotesi sull'origine della dote*", Index 25 (1997), pp. 307-332.

MARANO, Yuri Alessandro: "*Roma non è stata (de)costruita in un giorno*", Lanx 16 (2013), pp. 1-54.

MASCHI, Carlo: *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Società editrice "Vita e pensiero", Milano, 1937.

MASCHI, Carlo: "*La propietà divisa per piani, superficie e l´estensione ai provinciale del principio <superficies solo cedit>*", Studi Aragio-Ruiz 4 (1953), pp. 135-170.

MASCOV, P.-BENEKENDORF, J.A. : *Disputatio Inauguralis de impensis in rem alienam, a b. et m. f. possessore factis*, Typis Danielis Benjaminis Stardens, Gryphiswaldiae, 1702.

MASCHKE, Richard: *Zur Theorie und Geschichte der Römischen Agrargesetze*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1980 [pero, Tübingen 1906].

MAYER-MALY, Theo: "*Studien zur Frühgeschichte der usucapio II*", ZSS [Romanistische Abteilung] 78 (1961), pp. 221-276.

MAYER-MALY, Theo: "*Obligamur necessitate*", ZSS [Romanistische Abteilung] 83 (1966), pp. 47-67.

MAYER-MALY, Theo: "*Compte-rendu de la thèse de Melillo: tignum iunctum*", SDHI 33 (1967), p. 433.

MAYER-MALY, Theo: "*Probleme der negotiorum gestio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 86 (1969), pp. 416-435.

MAYER-MALY, Theo: "*Topik der necessitas*", Études offertes à Jean Macqueron, Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 1970, PP. 477-486.

MAYR, R.: "*Das sacramentum der legis actio*", Mélanges P.F. Girard, 2, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1912, pp. 1-30.

MEDICUS, Dieter: "*Literatur: Melillo, G. Tignum iunctum*", ZSS [Romanistische Abteilung] 84 (1967), pp. 476-481.

MELILLO, Generoso: *Tignum iunctum*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1964.

MERLIN, Alfred: *L'Aventin dans l'antiquité*, Albert Fontemoing, Paris, 1906.

MEYER, Eduard: "*Der Ursprung des Tribunats und die Gemeinde der Vier Tribus*", Hermes 30 (1895), pp. 1-24.

MOMIGLIANO, Arnaldo: "*The Rise of the Plebs in the Archaic Age of Rome*", Raaflaub, Kurt (edit.), *Social Struggles in Archaic Rome: New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Blackwell Publishing, Malden, MA, [2]2005, pp. 168-184.

MOMMSEN, Theodor: *Römische Geschichte*, 3, Wiedmannsche Buchhandlung, Berlin, [5]1869.

MOMMSEN, Theodor: *Römisches Staatsrecht*, 3, 1 Abtheilung, Hirzel, Leipzig, 1887.

MONIER, Raymond: *Le tignum iunctum*, Recueil Sirey, Paris, 1922.

MORABITO, Marcel: *Les réalités des l'esclavage d'après le Digeste*, Centre de Recherches d'Histoire Ancienne 39 (1981).

MÜLLER-EHLEN, Martina: *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Böhlau, Köln, 1998.

MUSUMECI, Francesco: *Ineadificatio*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988.

MUSUMECI, Francesco: "*Vicenda storica del "tignum iunctum*", BIDR 20 (1978), pp. 201-265.

NARDI, Enzo: *Studi sulla ritenzione in diritto romano, Fonti e casi*, 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947.

NARDI, Enzo: "*Testi in origine relativi alla ritenzione?*", Scritti in onore di Contardo Ferrini, 1, Società Editrice Vita, Milano, 1947, pp. 354-392.

NARDI, Enzo: *Studi sulla ritenzione in diritto romano, Profilo storico*, 2, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957.

NATELSON, Robert: "*Comments on the Historiography of Condominium: The Myth of Roman Origin*", Oklahoma City University Law Review 12 (1987) 1.

NICOLLETTI, Adele: v. *dote*, NNDI [Diritto Romano] 6, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970.

NICOSIA, Giovanni: v. *gestione*, *Enciclopedia del diritto* [Diritto Romano] 18, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958.

NICOSIA, Giovanni: *Il proceso privato romano. Le origini*, 1, G. Giappichelli Editore, Catania, 1980.

NICOSIA, Giovanni: *Il proceso privato romano. La regolamentazione decemvirale*, 2, G. Giappichelli Editore, Catania, 1984.

NIEBUHR, Barthold Georg: *Römische Geschichte*, Verlag von G. Reiner, Berlin, ^{4}1833-^{3}1836.

NIEDERLÄNDER, Hubert: "*Zur Herkunft der römischen Impensen-Dreiteilung*", ZZS75 (1958), pp. 201-219.

NIESE, Benedictus: "*Das sogenannte Licinisch-Sextische Ackergesetz*", Hermes 23, 1888, pp. 410-423.

NOALILLES, Pierre: "*Vindicta*", Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres 84 (1940-1941) 6, pp. 1-57.

NOALILLES, Pierre: *Du Droit sacré au Droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1949.

OLIVIERO, Giuseppina: "*La ´lex Icilia de Aventino publicando`*", Index 25 (1997), pp. 221-235.

PAIS, Ettore: *Storia di Roma*, 1^{1}, Carlo Clausen, Torino, 1898.

PAMPALONI, Muzio: "*Interpretazione della L. 63 - De donationibus inter virum et uxorem*", Scritti Giuridici, 1 (1941) [pero, AG 28 (1882).

PAMPALONI, Muzio: "*Studi sopra il delitto di furto. 1. L´actio de tigno iuncto e il delitto di furto*", BIDR 21 (1910), pp. 205-211.

PAMPALONI, Muzio: "*Questioni di diritto giustinianeo*", RISG 49 (1911), pp. 201-290.

PAMPALONI, Muzio: "*La legge delle XII tavole de tigno iuncto*", Scritti Giuridici, 1, Vallerini, Pisa-Roma, 1941 [pero, AG 30 (1883)], pp. 217-323.

PAMPALONI, Muzio: "*Ancòra sopra la legge de tigno iuncto*", Scritti Giuridici, 1, Vallerini, Pisa-Roma, 1941 [pero, AG 34 (1885)], pp. 485-503.

PASTORI, Franco: *La superficie nel Diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966.

PASTORI, Franco: "*Prospettiva storica del diritto di superficies*", Studi in memoria di Guido Donatuti, 2, Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1973.

PASQUINO, P.: "*Rimedi Pretori in alcuni casi di accesioni*", TSDP 4 (2011), pp. 37-105.

PARETI, Luigi: *Storia di Roma e del mondo romano*, 1, Unione tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1952.

PARICIO, Javier: *Estudios sobre las "actiones in aequum concepta"*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

PAULYS (WISSOWA), v. *dos*, Realenciplopädie der Classischen Altertumswissenschaft (PWR) 5, J. B. Metzlersche Buchhandlung, Stuttgart, 1905.

PÉREZ, María del Pilar: "*El reembolso de los gastos dotales según la nueva regulación justinianea*", Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi, Nápoles, Satura Editrice 3 (2009), pp. 2029-2062.

PERNICE, Alfred: "*Parerga, 2, Beziehungen des offentlichen romischen Rechts zum Privatrecht*", ZSS [Romanistische Abteilung] 5 (1884), pp. 1-135.

PERNICE, Alfred: *Labeo. Römisches Privatrecht im resten Jahrhundert der Kaisserzeit*, Scientia Verlag, Aalen, 1963 [pero, Halle 1878-^{2}1895].

PEROZZI, Silvio: "*Dell´*arbitrium litis aestimandae *nella procedura civile romana*", Scritti giuridici, 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1948.

PERRY, Matthew: *Gender, Manumission, and the Roman Freedwoman*, Cambridge University Prees, New York, 2014.

PETERS, Hans: *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1, B.G. Teuber, Leipzig, 1913.

PETOT, Pierre: "*Fructus duplio*", Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard, 1, Librairie Paul Geuthner, Paris, 1912, pp. 211-239.

PETRAZYCKI, Leo: *Die Lehre von Einkommen*, 1, H.W. Müller, Berlin, 1893.

POLAČEK, Adalbert: "*Rcs. W. Bojarski, Pozytki naturalne w prawie rzymskim. Studium z rzymskiego prawa majątkowego. Les fruits naturels dans le droit romain. Du droit des choses romain*", ZSS [Romanistische Abteilung] 98 (1981), pp. 520-522.

PUGLIESE, Giovanni: *Il processo civile romano*, 1, Edizioni Ricerche, Roma, 1961-1962.

PUGLIESE, Giovanni: "*Rec. Manfredini, Contributi allo studio dell'* "*iniuria*" *in età repubblicana*", IURA 29 (1978), pp. 193-206.

PUTCHA, Georg Friedrich: *Kleine civilistische Schriften*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1851.

QUADRATO, Renato: *Tignum iunctum ne solvito: dalle XII tavole a giustiniano*, Arti Grafiche Laterza, Bari, 1967.

RESZCZYNSKI, Jaroslaw: "*Impendere, Impensa, Impendium*", SDHI 55 (1989), PP. 191-252.

RESZCZYNSKI, Jaroslaw: "*Erogare ed erogatio nelle fonti del diritto romano*", Au-Delà des Frontières, Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz, 2, Liber, Varsovie, 2000, PP. 743-763.

RIBALTA, J. *Dret urbanístic medieval de la Mediterrània*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005.

RICCA-BARBERIS, Mario: *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1914.

RICCOBONO, Salvatore: "*Studi critici sulle fonti del diritto romano*", BIDR 8 (1895), pp. 169-295.

RICCOBONO, Salvatore: "*Gli Scholii Sinaitici*", BIDR 9 (1896), pp. 217-300.

RICCOBONO, Salvatore: "*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*", AG 58 (1897), pp. 60-92.

RICCOBONO, Salvatore: "*Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*", BIDR 18 (1906), pp. 197-222.

RICCOBONO, Salvatore: "*Cristianesimo e diritto privato*", Revista di diritto civile 37 (1911) 3, pp. 37-70.

RICCOBONO, Salvatore: "*Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*", ZSS [Romanistische Abteilung] 35 (1914), pp. 214-305.

RICCOBONO, Salvatore: "*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*", BIDR 47 (1940), pp. 1-30.

RICCOBONO, Salvatore: "*Interpretazione e critica del 63 fr. D. 24-1 Paulus III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto*", Scritti di diritto romano, 1, Università degli Studi, Palermo, [pero, AG 53-54 1894-1895], 1957.

RICCOBONO, Salvatore: "*Dal Diritto romano classico al diritto moderno*", Scritti di diritto romano, 2, Palermo, 1964 [pero, 1917].

RICCOBONO, Salvatore: "*Il valore delle collezione giuridiche bizantine per lo studio critico del Corpus iuris civilis*", Mélanges Fitting 2, L'Imprimerie General du Midi, Montpellier, 1908, pp. 463-497.

RICCOBONO, Salvatore Jr.: "*Miscellanea critico storica*", AUPA 17 (1937), pp. 1-72.

RICHARDS, Jean-Claude: *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéeien*, École française, Roma, 1978.

ROGEL, Carlos-ALCOLADO, María Teresa-DE LAMO, Olga: "*Vindicar y reivindicar*", Foro, Nueva Época 1 (2005), pp. 45-78.

ROSELAAR, Saskia: *Public Land in the Roman Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SALAZAR REVUELTA, María: *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003.

SAMPER, Francisco: *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, ^{2}2008.

SANTORO, Raimondo: "*Potere ed azione nell´antico diritto romano*", AUPA 30 (1967), pp. 103-664.

SANTOS, Francisco: "*Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*", REHJ [Sección Derecho Romano] 33 (2011), pp. 65-120.

SARGENTI, Manlio: "*Problemi della responsabilità contrattuale*", SDHI 20 (1954), pp. 127-258.

SCARANO USSANI: Vincenzo: "*Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano : studi su Nerazio e Celso*", Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979.

SCARLATA, Mariano: v. *frutti*, *Enciclopedia del Diritto* [Diritto Romano] 18, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958.

SCHIPANI, Sandro: *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, G. Giappichelli, Torino 1971.

SCHMIDLIN, Bruno: *Droit Privé Romain*, 1, Université de Genève-Bruilant, Genève, 2008.

SCHRAGE, Eltjo: "*Arricchimento senza causa nel diritto intermedio*", RIDA 57 (2010), pp. 421-433.

SCHULZ, Fritz: "*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*", ZSS [Romanistische Abteilung] 34 (1913), pp. 57-106.

SCHULTZ, Fritz: *Principien des römischen Rechts*, Dunker & Humblot, München, 1934.

SCHULZ, Fritz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1961.

SCHUMACHER, Johannes: *Ueber tignum und tignum iunctum*, Thèse, Bonn, 1882.

SCHMIDT, Adolf: "*Das Recht der Superficies*", ZSS [Romanistische Abteilung] 24 (1890), pp. 121-164.

SCHRÖDER, Otto: "*Über das Recht des Nießbrauchers an mineralischen Produkten, insbesondere Bergwerkserzeugnissen*", Archiv für die civilistische Praxis 49 (1866) 3, pp. 246-264.

SCHWEGLER, Albert: *Römische Geschichte im zeitalter des Kampfs der Stände*, 2^1, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, ^{2}1870.

SCHWIND, Fritz: *Römisches Rechts*, 1, Springer-Verlag Wien GmbH, Wien, 1950.

SCIALOJA, Vittorio: *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933.

SHERMAIER, Martin: *Materia: Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 1992.

SEGURA, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, [4]2003.

SEILER, Hans H.: *Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im Römischen Recht*, Böhlau, Köln-Graz, 1968.

SELL, Karl: *Römische lehre der dinglichen rechte oder sachen-rechte*, 1, Verlag von H. B. König, Bonn, 1852.

SENN, Félix: *Études sur le droit des obligations*, 1, L. Tenin, Paris, 1914.

SERAFINI, Filippo: *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, 1, Giuseppe Pellas, Firenze, 1870.

SERRAO, Feliciano: "*Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.*", Legge e società nella repubblica romana, Jovenne Editore, 1, Napoli, 1981, pp. 51-180.

SERRAO, Feliciano: *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2008.

SOLAZZI, Siro: *La restituzione della dote nel diritto romano*, S. Lapi, Città di Castello, 1899.

SOLAZZI, Siro: "*Miscellanea*", AG 94 (1925).

SOLAZZI, Siro: "*Sull'exceptio in diminuzione della condanna*", BIDR 42 (1934), pp. 268-290.

SOLAZZI, Siro: *La compensazione in diritto romano*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950.

SÖLLNER, Alfred: *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio rei uxoriae*, Bölau, Köln, 1969.

STASZKOW, Michal: "*Le commentaire de Gaius sur la 'vindicta*'", Mnemeion Siro Solazzi, Napoli 1964 [pero, Labeo 8 (1962)], pp. 369-381.

STOLL, Heinrich: "*Literatur: Mario Rotondi, L'abuso di diritto*", ZSS [Romanistische Abteilung] 47 (1927), pp. 425-435.

STURM, Fritz: "*Resc. Sandro Schipani, Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*", ZSS [Romanistische Abteilung] 90 (1973), pp. 440-453.

TONER, Jerry: *The Roman Guide to Slave Management*, The Overlook Press, New York, 2014.

TREGGIARI, Susan: *Roman Marriage: "Iusti Coniuges" from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

TRIFONE, Romualdo: v. *frutti*, *Enciclopedia del Diritto* [Diritto Intermedio] 18, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958.

VAN DER MERWE, Cornelius: *European Condominium Law*, Cmbridge University Press, Cambridge, 2015.

VENTURINI, Carlo: "*Leges sumptuariae*", Index 32 (2004), pp. 355-380.

VOCI, Pasquale: *Modi di acquisto della proprietà*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952.

VOCI, Pasquale: "*Recs. Generoso Melillo, Tignum iunctum*", IURA 16 (1965), pp. 210-214.

VOCI, Pascuale: *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, ^{6}2004.

VOET, J. *Commentarius ad Pandectas* (47.3.2), 4, Bibliopolas, París, 1829.

VOIGT, Moritz: *Die Lex Maenia de Dote vom Jahr DLXVIII der Stadt*, Landes-Industrie-Comptoir, Weimar, 1886.

VOIGT, Moritz: *Römische Rechtsgeschichte*, 1, Liebeskind, Leipzig, 1892.

VOORDA, J.: *Disputatio Juridica Inauguralis, De Impensis a Bonae et Malae Fidei Possesore Factis*, Apud Alexandrum van Megen. Academiae Typographum, 1732.

WAGNER, Herbert: "*Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*", N.G. Elwert, Marburg, 1968.

WATSON, Alan: *The law of persons in the later roman republic*, Claredon Press, Oxford, 1967.

WATSON, Alan: "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*", RIDA 21 (1974), pp. 337-342.

WEGMANN, Adolfo: *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Mohr, Tübingen, 2017.

WENGER, Leopold: "*Superficies solo cedit*", Philologus 88 (1933) 3, pp. 254-258.

WENGER, Leopold: *"Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrecht (Eine Nachlese)*", ZSS [Romanistische Abteilung] 59 (1939), pp. 315-389.

WENING-INGENHEIM, J.N.: *De impensis earumque restitutione*, Typis Georgii Reichardi, Heidelberg, 1841.

WEISS, Egon: "*Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem*", Festschrift für Otto Peterka, Verlag Rudolf M. Rohrer, Brünn-Prag-Leipzig-Wien, 1936, pp. 67-83.

WIEACKER, Franz: *Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, IURA 13 (1962), pp. 1-21.

WIEDEMANN, Thomas: *Greek and Roman Slavery*, Routledge, London-New York, 2003.

WILLVONSEDER, Reinhard: "*Recs. Francesco Musumeci*, *Inaedificatio*", ZSS [Romanistische Abteilung] 108 (1991), pp. 500-506.

WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, ^{2}2, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1866.

WOLF, Hans Julius, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, ZSS [Romanistische Abteilung] 53 (1933), pp. 297-371.

ZAERA, Ana Belén: "*La propiedad superficiaria en el derecho romano Justinianeo*", RIDA 51 (2004), pp. 369-382.

ZAERA, Ana Belén: "*Superficies solo cedit*", AFDUDC 12 (2008), pp. 1007-1018.

FUENTES[*]

BASILICORUM LIBRI LX*... a Gustavo Ernesto Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit... translationem latinam et adnotationem criticam adiecit D. Carolus Guilelmus Ernestus Heimbach antecesor Jenensis*, 3, Sumptibus Joh. Ambrosii Barth., Lipsiae, 1843.

CODICIS DN. IUSTINIANI SACRATISSIMI IMP. PP. AUGUSTI, Gothofredi (edit.), Ex Officina Rouill. Sumptib. Andreae & Iacobi Proft., Lyon, 1617.

[*] Para consultar la edición del texto latino o la traducción en su caso, se utilizaron las siguientes fuentes.

CODEX THEODOSIANUS, Mommsen-Meyer (edits.), Berlin, 1905, disponible en *The roman law library* < https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>.

DENYS D'HALICARNASSE: Les antiquites romaines de Denys d'Halicarnasse, 2, Mouchard, François-Camús, Alfredo-Lottin, Philippe-Nicolas (trads.), chez Philippe-Nicolas Lottin, París 1723.

DIONISIO DE HALICARNASO: Historia Antigua de Roma, Jiménez, Elvira-Sánchez, Ester (trads.), Editorial Gredos, Madrid, 1998.

DOMINGO, Rafael-D´ORS, Álvaro: "*Instituciones de Gayo*", Domingo, Rafael (coord.), *Textos de Derecho Romano*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 37-245.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 4, Lex Nova, Valladolid, 2004 [pero, Barcelona 1892].

GAYO: *La Instituta de Gayo*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845.

GAYO: *Gai institutionum commentarii quattuor*, Seckel, E.-Kuebler, B. (edits.), *Gai institutionum commentarii quattuor: separatim ex Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiis a Ph. Eduardo Huschke compositis*, in aedibus B. G. Teubneri, Leipzig, ^{6}1903.

GIRARD, P.F. & SENN, F.: *Les lois des Romains*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1977.

GOOLD, G.P.: *The Loeb Classical Library, The Attic Nights of Aulus Gellius*, Rolfe, John C. (trad.), Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 1993 [pero, 1927].

HALM, Karl: *Valeri Maximi Factorvm et dictorvm memorabilivm : libri Novem*, In aedibvs Tevbnerianis, Lipsiae, 1865.

HARMENOPULO, Constantino: *Manuale legum sive Hexabiblos*: *cum appendicibus et legibus agrariis*, T.O. Weigel, Lipsiae, 1851.

HENDERSON, Jeffrey: *The Loeb Classical Library, The Roman Antiquities*, Cary, Earnest (trad.), Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 2002 [pero, 1947].

HUSCHKE, Philipp Eduardo: *Ad legem XII Tab. de tigno iuncto commentatio*, Typis Grassii, Barthii et sociorum, Vratislaviae, 1837.

KEMPF, Karl: *Valeri Maximi Factorum et dictorum memorabilium libri novem*, Impensis Georgii Reimeri, Berolini,1854.

LENEL, Otto: *Das Edictum Perpetuum*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, [3]1927.

LENEL, Otto: *Palingenesia Iuris Civilis*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000 [pero, 1889].

LINDSAY, Wallace M.: *Sexti Pompei Festi De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, Typis B.G. Teubneri, Lipsiae, 1913.

NISARD, Désiré: *Collection des Auteurs Latins, Oeuvres de Tite-Live (Histoire Romaine)*, 1, Chez Firmin Didot Fréres, París, 1864.

ODOFREDO, Carolo-HUGONI, Gustavo: *Sexti Pompei Festi De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, Libraria Weidmanniana, Lipsiae, 1839.

ROTONDI, Giovanni: *Leges publicae populi romani*, Georg Olms Verlag, Hildesheim-Zürich-New York, 1990 [pero, Milano 1912].

RUDORFF, Adolfus: *De iuris dictione edictum: Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Apud S. Hirzelium, Lipsiae, 1869.

SAMPER, Francisco: *Las Instituciones de Gayo*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2017.

SAVAGNER, Auguste: *Sextus Pompeius Festus, De la signification des mots*, 2, C.L.F. Panckoucke, Éditeur, Paris, 1846.

THEWREWK DE PONOR, Emilio: *Sexti Pompei Festi De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, 1, Sumptibus Academiae Litterarum Hungaricae, Budaspest, 1889.

VOIGT, Moritz: *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, Verlag von A. G. Liebeskind, Leipzig, 1883.