

## LA CONOCIDA CRUZ *FRATER A FRATRE* (D. 12, 6, 38, Pr.)

César Rascón

*Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de León*

### RESUMEN:

Se trata de un estudio exegético de D.12,6,38,pr., considerado por muchos el más difícil fragmento del Digesto de Justiniano, perteneciente a las *Quaestiones* de Africano. En el estudio se repasa la doctrina sobre dicho fragmento desde los maestros alemanes del XVIII hasta nuestros días. La aportación del trabajo consiste en que, por primera vez, establece la fórmula del cálculo que se ha de hacer para determinar cuánto ha de recibir como mínimo en su cuota hereditaria el hermano que, de su peculio, prestó a otro, falleciendo el padre antes de la devolución del préstamo.

**Palabras clave:** *naturalis obligatio*; peculio; *soluti retentio*.

### ABSTRACT:

One of the most dark fragments of the Justinian's Digest (D.12,6,38,pr), about the African's *Quaestiones*, is studied in this article. The doctrine, since 18<sup>th</sup> Century german jurists until now is revised. I propose a arithmetic formula to calculate how much, as minimum, one brother must receive of the other, from his hereditarian quota, when he lent to his brother from his *peculium*, and their father dies before the lending has been refunded.

**Key words:** *naturalis obligatio*; *peculium*; *soluti retentio*.



*La conocida cruz frater a fratre (D. 12, 6, 38, pr.)*

## I

A mediados del mes de marzo de 2006, recibí una atenta carta del Profesor Rodríguez Montero que acompañaba al ejemplar del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña correspondiente al año 2005, en la que me invitaba a participar con una colaboración en el volumen que se editaría para conmemorar el décimo aniversario de la revista. A correo seguido le respondí, felicitando a cuantos han participado en el proyecto, y animándoles a perseverar, puesto que nadie ignora el esfuerzo y los desvelos de todo tipo que exige mantener una publicación periódica de estas características. Reitero ahora mi felicitación más sincera a cuantos han mantenido la iniciativa. Su tarea no ha sido baldía. Diez años de Anuario, siendo la tónica de los trabajos en él publicados su elevado nivel científico, constituyen todo un éxito.

Yo agradezco a los responsables del anuario la distinción de que me han hecho objeto y espero no defraudarles. Así pues, hago más palabras que San Raimundo de Peñafort dejó escritas en el prefacio de un manual de derecho, compuesto a petición de sus amigos, cuando era profesor en Bolonia: “si encontráis en mis palabras algunas cosas inútiles será porque me haya equivocado o no me haga comprender. Sed benévolos. Tened en cuenta mi intención y no me combatáis con acritud. Corregidme, pues, con cortesía”

Cuando hace algo más de dos años me llegó la noticia del fallecimiento del profesor Álvaro D’Ors, tenía sobre mi mesa su última obra extensa: *Las quaestiones de Africano*<sup>1</sup>. El libro estaba abierto por la página en la que el autor hace un breve análisis palingenésico del texto y expone los motivos por los que asigna a D. 12, 6, 38, pr. el número 121a de los *libri IX quaestionum*<sup>2</sup> de Africano, y en el que propone una explicación del contenido de la *damnata lex*<sup>3</sup>.

Debo manifestar que mi interés por el fragmento se debe a la lectura del capítulo segundo del *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny. Cuando explica su concepto de *relación de derecho (Rechtsverhältnis)*<sup>4</sup> y trata de destacar la “naturaleza orgánica” de ésta como reconstrucción viva del conjunto de un caso particular, que forma el elemento intelectual de la práctica y distingue su noble vocación del simple “mecanismo”, Savigny pone como ejemplo la ley *frater a fratre* que ahora reproduzco, puesto que va a ser el hilo conductor de todo cuanto sigue.

*Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an repetere possit. respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua*

---

1 Mursia, Roma 1997.

2 *Op. cit.*, p. 451 y ss.

3 La obra es un estudio del que el propio D’Ors recuerda que hizo una primera redacción hacia 1950, pensada para la docencia. Veinte años más tarde lo escribió de nuevo, esta vez con una intención eminentemente crítica, a pesar de la reacción “anticrítica” que dominaba la romanística de los años setenta. Trataba el maestro de analizar en este nuevo intento la medida en que las *quaestiones* habían sido objeto de una “alteración general pre-compileria”. Finalmente, a partir de 1990, sometió el trabajo a una postrera reelaboración, presidida en esta ocasión por “un mayor esfuerzo por entender el fondo jurídico de la casuística, sin excesivo escrúpulo por las posibles deficiencias estilísticas de los textos de Africano”. Esta idea guiará las reflexiones contenidas en las páginas que siguen. Todo hace pensar que se trata de su obra más meditada.

4 *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlín 1840, pp. 6-8.

*frater eres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recipaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnitas a coherede praestetur: porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum.*

¿Procede o no la *condictio indebiti*? se pregunta Savigny. Tal es la única cuestión –dice– que se somete a la apreciación del juez; pero para resolverla debe tener éste en cuenta el conjunto de la relación jurídica que se integra de los siguientes datos: poder del padre sobre los dos hermanos, préstamo del uno al otro y peculio recibido del padre por el hijo deudor; estos son los diversos elementos cuya combinación debe entrar en la decisión del juez. De manera así de sencilla solventó el maestro alemán la complejidad de los problemas que entraña la condenada *lex*.

Desde el punto de vista de la crítica textual, por lo que se refiere a la literatura anterior a Beseler, salvo la *emendatio* de Hotman (*pro ea parte, qua ipse patri heres exstiterit, <non> repetiturum*), que tan enconadas críticas suscitó y sobre la que hemos de volver, el fragmento no ha sido cuestionado. En cuanto a la literatura moderna, Burdese<sup>5</sup> ha considerado que el texto es sustancialmente genuino y que en cuanto a la forma tampoco presenta alteraciones dignas de relieve. La interpolación sostenida por Siber<sup>6</sup> y hecha suya por Albertario<sup>7</sup> no se ha demostrado –dice Burdese– y es rechazada por la doctrina. D’Ors, como hemos visto, modifica la reconstrucción que hiciera Lenel de la obra de Africano, disponiendo la *lex frater a fratre* con el número 121a a continuación de D. 39, 6, 24<sup>8</sup> y antes de D. 12, 6, 38, 1<sup>9</sup> y considera que la sospecha de Lenel, citando a Beseler, de que todo el final del fragmento, desde *igitur*; está interpolado, no es correcta en la medida en que con ella se pierde la solución para el caso de que la deuda no hubiera sido pagada todavía, posibilidad que no cree que hubieran olvidado Juliano y Africano. Piensa más bien en un glosema desde *porro eum* hasta el final, teniendo en cuenta, por un lado, que en la *actio familiae erciscundae*, las cauciones judiciales son la única posibilidad de garantizar la deuda cuando se ha contraído con un acreedor extraño, siendo así que cuando la deuda es con un hermano lo más práctico es liquidarla directamente por compensación. Esta idea se ve apoyada por la coincidencia de las frases *indemnitas a coherede praestetur e indemnem esse praestandum*, que permiten pensar que el final del fragmento no se refería a las cauciones sino a la indemnidad que debe concederse a un hermano frente a otro<sup>10</sup>.

Pero, como decía hace un momento, no es mi propósito entrar en el análisis crítico del texto, que en el mejor de los casos no haría otra cosa que añadir nuevas hipótesis no concluyentes a las ya formuladas. Mi intención, siguiendo el camino trazado por D’Ors, es explicar el fondo jurídico del mismo y los problemas de interpretación que plantea, los cuales, por otra parte, creo yo que son los que han convertido este frag-

5 *La nozione classica di ‘naturalis obligatio’*, Turín 1955, p. 61.

6 *Index interpolationum ad D. 12, 6, 38*.

7 *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*. 3, Milán 1938, p. 125 y ss.

8 120 en la reconstrucción de Lenel.

9 121b en la reconstrucción de D’Ors.

10 D’Ors, *Las quaestiones*, cit., pp. 452-453.

mento, si no en el más difícil, al menos en uno de los más famosos de la obra compilatoria, revelando en su verdadera magnitud la tensión entre casuismo y dogmática.

## II

El texto plantea el caso de un hermano que, habiendo tomado dinero prestado de otro hermano cuando se encontraban ambos bajo la potestad del mismo padre, se lo pagó después de la muerte del éste. Se preguntó si podrá repetirlo y respondió que tendrá la repetición sólo por la parte en que él mismo hubiese sido heredero de su padre, pero que, por aquella en que su hermano resultase heredero, repetirá únicamente si no le hubiera correspondido menos por su peculio, porque la obligación natural que hubiese habido se considera extinguida dado que el hermano recibe parte del peculio, de tal manera que, si el peculio hubiese sido prelegado al hijo y a un deudor de éste, el hermano haría de dicho peculio la deducción por la deuda.

En el estudio de la *lex*, hechas las salvedades necesarias sobre su genuinidad a las que me he referido, se ha de tener presente, como decía Savigny, el conjunto del problema, cuya “naturaleza orgánica” exige el análisis tanto de las relaciones jurídicas existentes antes del fallecimiento del padre, como de las consecuencias de aquellas una vez fallecido, las cuales pueden conducir a un cómputo no equitativo de las cuotas hereditarias de los hijos.

Tal propósito conduce a una serie de preguntas cuyas respuestas han dado lugar a una controversia histórica de todos conocida. ¿Cómo es posible que el crédito natural de un hermano frente a otro, se perpetúe a la muerte del *pater familias*, se colacione en la herencia, se compense con el débito del coheredero, se transmita en todo o en parte al hijo que fue titular del peculio y, finalmente, sirva para justificar una *soluti retentio*, como manifestación más característica de la *naturalis obligatio*? A todo ello que cabe añadir otra pregunta: ¿a qué título recibe el hermano *in potestate* la cantidad prestada si es que no tiene un peculio?

No son pocas las cuestiones suscitadas por el fragmento, todas ellas consecuencia del fin perseguido en la solución del jurista: que el cálculo de las cuotas hereditarias de ambos hermanos y de la cuantía de la retención, en su caso, se efectúe de tal manera que resulte “equitativo”, es decir, que la simple aplicación de las reglas que rigen las instituciones jurídicas no dé como resultado que el hermano que recibe el préstamo obtenga como cuota hereditaria una cantidad mayor que la que le hubiera correspondido de no haber recibido dicho préstamo de su hermano coheredero.

De todas las cuestiones suscitadas por el fragmento, los autores, con el fin de entender el alcance práctico de la solución propuesta por Juliano, han puesto énfasis fundamentalmente en tres. De la primera de ellas, el carácter “natural” de la obligación que nace del préstamo entre hermanos sometidos a la misma patria potestad y sus consecuencias prácticas, la doctrina ha elaborado una compleja construcción que no es preciso recordar, aunque, dadas las características del supuesto contemplado en la *lex* estudiada, no creo que esté de más adelantar mi parecer de que el *naturaliter obligari* no es el reflejo de la *naturalis ratio* gayana. Pienso, más bien, como recuerda Pastori<sup>11</sup>, en el uso de una expresión de comodidad para designar relaciones que desde el punto de vista social tienen una estructura similar a relaciones obligacionales. El *naturalis vinculum* tiene más que ver con la naturaleza, con el carácter natural que termina siendo *natura rerum*, el orden natural de las cosas que traduce *physis*, utilizado en sentido figurado.

11 *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milán 1985, pp. 64-65.

Los otros dos aspectos del problema en los que la doctrina ha centrado el análisis son los siguientes. En primer lugar quiénes son los sujetos de la *naturalis obligatio* de la que habla el fragmento, ¿los dos hermanos?, ¿el padre deudor y el hijo mutuante acreedor?, ¿el padre acreedor y el hijo mutuante deudor? En todo caso, el problema no queda resuelto respondiendo a estas preguntas. En el supuesto estudiado la cuestión es determinar cómo trasciende en la práctica la respuesta que demos a las preguntas formuladas. Y esto lleva al segundo aspecto del problema: ¿cómo han de calcularse las cuotas hereditarias para que el monto de las mismas sea equitativo y el préstamo que hace el hermano no signifique para él una merma en la cuota que, de no haberse efectuado el préstamo, hubiera sido de cuantía superior? Espero que el colofón de este estudio sea la respuesta a este interrogante.

D'Ors<sup>12</sup> hace una breve exégesis del fragmento en la que se limita a decir que los hijos, al morir el padre, heredan una parte del crédito a la vez que una parte del peculio sobre el que recae la obligación del hijo; y advierte que no se trata en este caso de la posible *versio in rem* de préstamos recibidos de un mutuante ajeno a la familia, la cual debía seguir el mismo régimen que los peculios repartidos entre los hijos. Realmente éste es tan sólo el punto de llegada de nuestro autor, puesto que mucho antes ya había propuesto una interpretación del texto en la traducción del *Digesto*, patrocinada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y publicada por la editorial Aranzadi entre 1968 y 1975<sup>13</sup>. Pese a los casi treinta años que separan *Las quaestiones de Africano* de la traducción de 1968, D'Ors no modificó su punto de vista sobre el fragmento, coincidente también con el que sostiene en su *Derecho Privado Romano*<sup>14</sup>, del que reproduzco a continuación un fragmento que resume su parecer sobre el contenido de la *damnata lex*: “Se refiere -dice- a la consideración del peculio del hijo deudor como sujeto pasivo de la obligación natural: a) en las deudas entre hermanos se considera deudor al peculio y acreedor al padre, y, en consecuencia, la extinción de la deuda por confusión se produce en la medida en que el hijo deudor hereda de su padre, y el hijo acreedor recibe bienes del peculio asignado a su hermano deudor: b) en caso de ser persona extraña el acreedor, el hijo deudor puede reclamar de sus coherederos en la partición de la herencia, si pagó la deuda, aquella cantidad que el extraño podría reclamar de aquellos coherederos por la *actio de peculio*, y si no pagó todavía, la promesa de indemnidad por la misma cuantía”.

Siendo cierto lo que manifiesta D'Ors, en su interpretación se pierden matices no exentos de interés como ocurre en toda síntesis. Por eso creo que podemos resucitar la viejísima discusión suscitada por el fragmento de Africano, en la que han inscrito su nombre los más conspicuos juristas desde los tiempos de la glosa.

### III

Los autores han considerado que en el caso que nos ocupa, cuando un hermano toma el dinero a préstamo de otro hermano estando sometidos ambos a la patria potestad del mismo *pater familias*, es preciso, ante todo, determinar quién se obliga y ante quién se obliga con una *naturalis obligatio*. D'Ors no duda en decir que la deuda es contraída por el hermano que toma a préstamo frente al hermano que entrega en mutuo parte de su peculio, lo que explicaría el párrafo final del texto relativo a la indemnidad

---

12 *Las quaestiones*, cit., p. 451, n. 1125.

13 Tomo I, Pmplona 1968, p. 501.

14 Pamplona 1981, p. 414.

que debe prestarse a los coherederos. Sin embargo las deudas contraídas por el hijo en su administración gravan el peculio, mientras que los créditos son del padre<sup>15</sup>. Incluso se ha puesto de relieve por algunos autores que el peculio profecticio llegó a convertirse en un eficaz instrumento para limitar la responsabilidad patrimonial del *pater familias* a la masa del peculio, responsabilidad que, de no existir el peculio, era ilimitada, alcanzando a todo el patrimonio familiar.

Así pues, si, como manifiesta Gayo, *qui in potestate alterius est nihil suum habere potest*<sup>16</sup>, los bienes que integran el peculio son de la propiedad del padre, y los créditos del peculio, sean éstos civiles o naturales, son también de la titularidad del padre, lo mismo que los deudores del peculio son deudores del padre y corresponde a éste el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivos dichos créditos. Todo hace pensar que cuando Africano dice: *naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus*, se refiere a que el hermano que toma a préstamo de su hermano, se obliga *naturaliter* frente al padre, si bien es cierto que lo hace a través de la *libera administratio peculii* que el padre ha conferido al hermano mutuante.

Pero no siempre se ha visto así el problema. Cuando Cornioley se refiere al fragmento de Africano<sup>17</sup>, todavía manifiesta un cierto grado de perplejidad. “No podemos entrar -dice- en la discusión de todos los casos examinados en el fragmento, que conciernen a la transmisión de una obligación natural nacida *ex mutuo*, entre miembros de la misma familia... Nos basta constatar que el texto... es considerado como auténtico... en particular en cuanto a las menciones de la *naturalis obligatio* como obligación *ex mutuo* entre dos hermanos o entre el *filius* y el *pater familias*”.

Burdese, sin embargo, ha ido más allá, planteándose hipótesis muy novedosas no exentas de cierto arrojo. Considera que en el fragmento se pueden presentar tres supuestos, según que la *naturalis obligatio* sea contraída por un hermano frente al otro, por el hijo que toma a préstamo frente al padre o por el padre frente al hermano que presta a su hermano. De acuerdo con el planteamiento de Burdese, en el caso en que la *naturalis obligatio* sea contraída por un hermano frente a otro, la obligación se extingue por la cuota de herencia paterna correspondiente al hermano deudor, mientras que para la otra parte se extingue en los límites de la porción de peculio del hermano deudor restituida *iure hereditario* al otro hermano. Si el hijo se obliga frente al padre, la obligación natural se extingue en los límites de la porción de peculio del hijo retenida por el padre en el momento de la emancipación. Y, finalmente, si es el padre el que se obliga frente al hijo (se entiende que frente al hijo que presta al otro hijo), la obligación natural no se extingue sino con la emancipación.

El presupuesto de estas hipótesis es la extensión al ámbito de las obligaciones naturales de la regla del *ius civile* por la que el *filius* adquiere *iure hereditatis* los créditos del padre. Así se explica que el crédito obtenido por el hermano se extinga por la cuota de herencia que corresponde al hermano deudor, habiendo éste heredado *pro quota* el crédito. Considerando la relación tanto del lado activo como del lado pasivo, la suerte de las obligaciones naturales aparece unida a la suerte del peculio, en el sentido de que la obligación parece gravar en primer lugar sobre el “peculio del deudor”<sup>18</sup>,

15 D<sup>o</sup>Ors lo destaca de manera muy expresiva en la ya mencionada n. 1125 de *Las quaestiones*.

16 D. 41, 1, 10, 1, *Gaius 2 isnt*.

17 Cornioley, *Naturalis obligatio*, Ginebra 1964, p. 147 y ss. Es de destacar que la obra de Cornioley se publicó nueve años después que la de Burdese.

18 La expresión utilizada por Burdese puede ser interpretada en el sentido de que el hermano que recibe el préstamo tiene también un peculio, pero el autor no quiere decir eso. Manifiesta, simplemente, que la *naturalis obligatio* parece gravar, preferentemente, la parte de peculio recibida *hereditatis causa* por el hermano que recibió el mutuo.



extinguiéndose en los límites en que éste llegue a las manos del acreedor, por sucesión hereditaria del hijo al padre en el primer caso y por *ademptio* del padre en el acto de emancipación del hijo en el segundo.

¿Cuál es el razonamiento a través del cual el jurisconsulto llega a esta solución? Burdese destaca el hecho de que Juliano se aferra en su argumentación al régimen de la responsabilidad frente a la *actio de peculio* intentada por el acreedor extraño<sup>19</sup>, incluso después (*intra annum*) de la emancipación. Para establecer el límite de tal responsabilidad del padre, el débito del hijo es deducido del peculio y el crédito del hijo frente al padre es computado en el peculio. Esto significa que la *naturalis obligatio* del hijo frente al padre o del padre frente al hijo, perdura también más allá del cese de la patria potestad, extinguiéndose cuando el padre se satisface sobre el peculio deduciendo el crédito frente al hijo<sup>20</sup> o cuando el padre responde frente al acreedor extraño también por el débito contraído con el hijo. La obligación natural del hijo frente al padre o del padre frente al hijo, tiene vocación de subsistir hasta el momento de producirse alguna de las causas de extinción que hemos visto, impidiendo que el pago se pueda repetir; y lo mismo ocurre si en el lugar del padre subentra como acreedor *pro parte* otro hijo, a condición de que no llegue *iure hereditario* al hijo acreedor una parte del peculio del hijo deudor igual a la cuantía del crédito<sup>21</sup>. La obligación que disminuye o incrementa el peculio, a los fines de la responsabilidad frente a la *actio de peculio*, es por tanto considerada obligación natural; así pues, el concepto de *naturalis obligatio* sirve, como puente de paso de las reglas específicas del régimen del peculio a otras extrañas a ese régimen.

La impecable argumentación de Burdese, en la línea de la dogmática tradicional, choca frontalmente con un orden jurídico en el que las relaciones entre el *pater familias* y los *fili* sometidos a su *potestas*, como recuerda Schulz<sup>22</sup>, fueron consideradas el *pala-dium* del romanismo, pues los juristas clásicos las vieron como un verdadero santuario de la romanidad. No es fácil cohonestar un *naturaliter obligari* del hijo frente al padre o viceversa, con el *ius noxae dandi*, el *ius vendendi* e, incluso, el *ius vitae necisque* de los que el padre dispone sobre el hijo. Esta es, precisamente, la esencia del problema de las obligaciones naturales.

Sin embargo, de acuerdo con el fragmento de Africano, al fallecimiento del padre se produce una *perpetuatio* de la *naturalis obligatio* por la que el hijo que tomó a préstamo resulta a la vez heredero y deudor de la herencia, lo cual da lugar al problema de fondo que se plantea en el fragmento, que no es otro, debo insistir en ello, que el de la determinación de las cuotas hereditarias de ambos hijos de manera que resulten equitativas. De la cuantía de dichas cuotas depende que se repita o no lo que el hermano que tomó a préstamo paga a su hermano después de la muerte del padre, lo que equivale a decir que no sabremos si hay una *naturalis obligatio* hasta que se lleve a cabo la división del *as hereditario* y la valoración de las cuotas de los herederos.

19 *Ob. cit.* p. 62.

20 Bursese entiende, de acuerdo con D. 15, 1, 11, 3, *Ulpianus 29 ad ed.* que la *deductio de peculio* equivale a la *solutio* y que el texto equipara la *retentio de peculio* efectuada por el padre, al acto de emancipación.

21 Porque de manera análoga, si fuese prelegado el peculio al hijo deudor, el hijo acreedor podría deducir cuanto le fuese debido, en calidad de coheredero del padre, extinguiendo así la *naturalis obligatio*.

22 *Classical Roman Law*, Oxford 1961, p. 142.



## IV

Lo que hasta ahora parece que se puede sostener de acuerdo con una interpretación ortodoxa de las fuentes, no siempre se ha visto del mismo modo. Hasta llegar a una formulación tan completa y elaborada desde el punto de vista argumentativo como la de Burdese, la doctrina ha recorrido un largo camino en el que los puntos de vista no siempre han coincidido.

Glück<sup>23</sup>, por ejemplo, había sostenido que el mejor comentario al fragmento es el que ofrecen los Basílicos:

*A fratre meo, qui in eiusdem potestate erat, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Pro ea parte, qua patri heres exstiti, repeto: pro ea vero, qua frater heres exstitit, tantum repetam, quantum ex peculio ad eum pervenit: naturalis enim obligatio sublata est, quia peculium ad eum pervenit. Certe si peculium mihi legatum sit, deducitur debitum. Sed et si ab extraneo mutuatus sim, sive ipsi solverim post mortem patris, tantum iudicio familiae erciscundae recipio a coherede, quantum ab his creditor de peculio consequi potuisset: sive nondum solverim, ita peculium meum dividitur in familiae erciscundae iudicio, ut ad quantitatem eius indemnitas mihi praestetur<sup>24</sup>.*

No sé si este es el mejor comentario de la condenada *lex*. Lo cierto es que la interpretación de D'Ors según la cual un hermano se obliga *naturaliter* frente al otro, tiene una larga tradición y Glück encuentra en los Basílicos el argumento para continuarla. Sostiene el pandectista que, al estar ambos hermanos bajo la misma patria potestad, cuando uno presta al otro de su peculio, no puede nacer entre ellos una obligación civil válida, sino solamente una *naturalis obligatio*. Y de este presupuesto deduce que, muerto el padre y dividida la herencia paterna, el hermano deudor que pagó al hermano acreedor el total de la cantidad que había recibido en mutuo, creyendo que estaba obligado a pagarla, como quiera que el derecho de crédito inherente al peculio pertenecía a la herencia paterna, se había extinguido por confusión en la medida en que el deudor había devenido heredero del padre. Y puesto que la obligación natural se había extinguido hasta ese límite, el pago podía sin duda ser repetido como indebido en proporción a la cuota hereditaria, esto es, por la mitad. Respecto a la parte del crédito que el mutuante había heredado, había que tener en cuenta si en la división de la herencia había o no recibido una cuota del peculio<sup>25</sup>. En tal caso, la deuda, también con relación a la cuota que el mutuante había heredado, se había extinguido por compensación en cuanto comportaba la parte que él había recibido del peculio, y en tal límite se podía repetir como indebida. Por el contrario, si el padre hubiese prelegado el peculio al hijo deudor, no habría lugar a la repetición. Y ello porque el peculio está constituido sólo por los bienes que quedan, una vez deducidas las deudas. El hermano, que había prestado el dinero a su hermano, habría podido detraer en el momento de la división de la herencia, la parte de la

23 *Commentario a le Pandette*, t. 12, Milán 1905, p. 601 y ss.

24 Bas. 3, 24, 6, 38.

25 De nuevo aquí la redacción puede inducir a error como en el texto que vimos de Burdese (n. 21). Glück, al decir que la deuda también se extingue en relación a la cuota que el mutuante hereda en cuanto a la parte que recibe del peculio del deudor, se refiere a la parte del peculio que administra el hermano mutuante, la cual, una vez colacionada, es recibida por el hermano prestatario *hereditatis causa*. El hermano que administra el peculio y presta a su hermano es deudor, en la medida en que el hermano mutuante le pagó por error lo que no le debía y se lo reclama mediante la *condictio indebiti*. En modo alguno se debe interpretar el texto de Glück en el sentido de que ambos hermanos administran un peculio cada uno.

deuda que gravaba su peculio, y por el mismo motivo, si el peculio se dividió entre los dos hermanos, debe también el acreedor adosar esta deuda a su cuota<sup>26</sup>.

Uno de los problemas no resuelto tampoco por Glück es que para saber si hay una deuda natural es preciso liquidar previamente la herencia y asignar las cuotas a los herederos, momento en que se conocerá si el hermano mutuante tendrá un título natural frente a su hermano que le permita una *soluti retentio*. Además, queda poco clara la solución al problema de la identidad y régimen de los bienes y derechos que integran la herencia. Cuando dice que, respecto a la parte del crédito que el hermano mutuante hereda ha de tenerse en cuenta si en la división había recibido una parte del peculio, puesto que los bienes y derechos que recibe los recibe *hereditatis causa* y no *peculiari causa*.

## V

Antes de continuar con el análisis de la cuestión hemos de preguntarnos si es trascendente desde el punto de vista jurídico, que la *naturalis obligatio* se establezca entre ambos hermanos o entre el hijo que toma a préstamo de su hermano y el padre de ambos (ya hemos visto las consecuencias que Burdese asigna al hecho de que la *naturalis obligatio* se contraiga por el padre frente al hijo que presta). No debemos perder de vista que la sede del fragmento de Africano es *de condicione indebiti* y la cuestión que se plantea es la de la eficacia de las obligaciones naturales, uno de cuyos efectos es la *soluti retentio*. La cuestión constituye uno de los aspectos más largamente debatido del fragmento. Lo recuerda con mucha precisión Robert<sup>27</sup>. Sobre esta materia -dice Robert- hay dos opiniones. La primera de ellas, defendida por los antiguos, entre ellos Acursio, considera que hay dos obligaciones naturales nacidas del contrato. Una frente al padre puesto que éste es el titular del dominio de las cosas del peculio. La otra frente al hijo que presta, puesto que *peculium solo nomine filii sit*, aunque el efecto se produzca en el padre, opinión que comparten Zasius y Corasius. La segunda opinión es la de quienes consideran que existe una única obligación natural, que se establece primero frente al hijo que presta y, después, por el hijo frente al padre, permaneciendo en el hijo *non nisi nudum nomen et velut umbra*.

La poética expresión de Robert no enmascara la sutileza de su planteamiento. En realidad, buena parte de la doctrina moderna refleja también la incertidumbre de los precursores. Divilla<sup>28</sup>, por ejemplo, entiende que la obligación natural se establece entre los dos hermanos, desarrollando su interpretación de la *damnata lex* a partir de esta hipótesis.

Más precisa aún es la concepción de Vázný<sup>29</sup>. Considera este autor que cuando Juliano decide que el hermano puede repetir lo pagado después de la muerte del padre por su cuota hereditaria es efecto de la confusión. Ello es así porque de las normas que

---

26 "Africano confirma tal verdad -dice Glück, p. 603- con el argumento siguiente: si el hermano hubiese sido deudor del dinero a un tercero y éste lo hubiese reclamado después de la muerte del padre, el primero, pagado el total de la deuda, habría podido ciertamente ejecutar *pro rata* contra el hermano, coheredero por medio de la acción de división de la herencia, y esto en cuanto habría podido tener lugar contra él la *actio de peculio*. Esta acción a la muerte del padre correspondía contra todos los herederos *pro rata*, perteneciendo el peculio del hijo a la herencia paterna. Pero supuesto que la división hubiera tenido lugar antes de que el acreedor extraño reclamase el pago, podría el deudor pretender del coheredero, en el momento mismo de la división del peculio, garantía de que él lo indemnizaría por su cuota en el caso de que debiera pagar todo el débito. Pero ¿qué decir en la hipótesis de que el coheredero mismo sea acreedor?"

27 *Receptae iuris civilis lectionis*, Orleans 1586, p. 184 y ss.

28 *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, Studi Betti II, Milán 1962, p. 380.

29 *Naturalis obligatio*, Studi Bonfante IV, Milán 1930, p. 147 y ss.

regulan el peculio resulta que lo que el hijo debe a la persona sujeta a la misma potestad, disminuye su peculio ya que se considera como debido al padre. Y respecto a la solución de Juliano contenida en el fragmento *pro ea, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*, entiende que, a primera vista, pudiera parecer que por la cuota hereditaria del hermano acreedor no habría lugar a la repetición puesto que la *naturalis obligatio* existe para la parte en la que el hermano *heres extiterit*. Pero Juliano razona del siguiente modo: si fuese prelegado el peculio al hijo deudor, el hermano podría como heredero deducir lo que le fuese debido<sup>30</sup>, pues habiendo adquirido como heredero una parte del peculio, *retinet cum peculio* lo que le es debido por el hermano. (Obsérvese, no obstante, que retiene lo recibido *hereditatis causa* y no *peculiaris causa*).

Hasta aquí -dice Vázquez-, estamos en el ámbito del peculio, pero la cuestión era, ciertamente, otra: en las circunstancias descritas y tenidas en cuenta judicialmente, el hermano que, una vez que había tomado en mutuo de su hermano, paga a éste *¿an repetere possit?* La respuesta exige indagar si permanece el débito natural. No se trata de cuestionar si en el momento del mutuo ha nacido un débito. Esto es evidente. Se trata de saber cómo influye sobre el débito la circunstancia de haber adquirido el hermano parte del peculio gravado con dicho crédito. Juliano opina que el débito natural se extinguió en los límites de la cuantía del peculio. De la norma según la cual el débito peculiar *cum peculio retinetur* -si el débito sobrepasaba la cuantía del peculio era del todo irrelevante<sup>31</sup>- ha deducido Juliano que se extingue el débito natural hasta la cuantía del peculio.

La solución que da Juliano presupone que la deuda del hijo, *naturaliter* contraída, forma parte de la herencia, y nosotros debemos preguntarnos si, de haberse establecido la *obligatio* entre ambos hermanos, la deuda se colacionaría en la herencia y, en tal caso, por qué razón. La cuestión es trascendente. Se trata de determinar si cuando el hermano deudor paga a su hermano después de la muerte del padre está liquidando una deuda que tenía con la herencia porque el crédito del peculio era del padre, o si, por el contrario, está liquidando una deuda *naturaliter* contraída con su hermano. En este segundo caso, es decir, en el de que el titular del crédito natural fuese el hermano que administraba el peculio y no el padre, podría cuestionarse si había lugar a su colación en la herencia, ya que la equitativa solución propuesta por Juliano se basa en la extinción por confusión de toda obligación natural o parte de ella, es decir, por concurrir en el hijo deudor, al convertirse en heredero, la doble condición de acreedor y deudor. Esto presupone que el crédito se colaciona, y una parte o todo él es adquirido por el hijo, heredero y deudor.

Cuando el hermano deudor paga al hermano que le prestó, cree que está liquidando una deuda contraída con su hermano, no con la herencia. Esto puede dar a entender que Juliano considera que la *naturalis obligatio* vincula a ambos hermanos. Quienes interpretan de ese modo el fragmento se enfrentan a la contradicción de que, colacionado en la herencia el crédito natural, el hermano deudor hereda parte de él y tiene lugar la confusión, siendo así que la deuda natural la ha contraído con su hermano y no con el padre, por lo cual ha de saberse si el crédito natural del hermano había de colacionarse y por qué razón, que no es otra que la de que ambos peculios forman parte de un patrimonio único que es el del padre.

30 Inserta Vázquez en este punto (*ob. cit.* p. 148) un inciso (*al defunto, e adesso 'eo ipso' a lui*) que impide ver con claridad su opinión acerca de quiénes son los sujetos de la relación obligacional, si los dos hermanos o el hermano deudor y el padre.

31 Es el ejemplo previsto en D. 40, 7, 40, 1 (*Scaevola 24 dig.*) en el que, ordenada la manumisión de un esclavo bajo la condición de haber dado su peculio a los herederos, se preguntó si, habiendo entregado todos los bienes del peculio de buena fe, tendrá la libertad por testamento, siendo así que debe más a su dueño de lo que tiene en el peculio. Y respondió que nada hay que lo impida.

## VI

Antes de entrar en el análisis de algunas obras históricas a propósito de cuanto antecede, no quiero dejar de mencionar, junto a la de D'Ors<sup>32</sup>, dos traducciones diferentes del texto en lengua castellana, todas las cuales tropiezan en el mismo escollo y, por ello, desvirtúan el sentido que, como más adelante veremos, debe darse al texto analizado.

La primera de estas versiones pertenece a Fonseca<sup>33</sup>. Ante la pregunta acerca de si se había de repetir lo pagado como indebido, se limita a traducir que “se había de repetir por la parte que hubiera heredado de su padre, y la repetirá por la que heredó el hermano, con tal que éste no perciba menos de lo que le corresponda de su peculio; pues la obligación natural que había, parece que faltó inmediatamente que el hermano adquirió parte del peculio, de modo, que si éste se le hubiese prelegado al hijo que era deudor, el hermano percibirá de él la deuda”. Es evidente la errónea interpretación de la frase *adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret* por “de modo, que si éste se le hubiese prelegado al hijo que era deudor, el hermano percibirá de él la deuda”. Traducida así, no sólo pierde el sentido de refuerzo de la solución de Juliano que Africano quiere dar, sino que contiene una contradicción, pues de lo que el hijo recibe como prelegado nada ha de retener.

Tampoco resulta demasiado acertada la versión de García del Corral<sup>34</sup> cuando dice: “ciertamente tendrá la repetición sólo por aquella parte en que él mismo hubiese sido heredero de su padre, pero por aquella en la que su hermano fuere heredero, repetirá únicamente si a su hermano no hubiese correspondido menos por su peculio; porque la obligación natural, que hubiese habido, se considera extinguida por esto mismo, porque el hermano haya alcanzado parte del peculio, de tal manera que, si éste hubiese sido prelegado al mismo, hijo y deudor, se haría de él por el hermano la deducción de esta deuda”. En este caso, el error se produce en el mismo lugar que el de Fonseca. La traducción de *si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset* por “si éste hubiese sido prelegado al mismo, hijo y deudor”, sugiere la misma crítica que la interpretación de Fonseca. D'Ors hizo suya la interpretación de García del Corral al traducir la frase del siguiente modo: “toda vez que también, si el peculio hubiera sido prelegado a aquél hijo y deudor a la vez”.

A mi modo de ver, el fragmento debe ser entendido del siguiente modo: “porque la obligación natural que hubiera habido, se considera extinguida por esto mismo: porque el hermano haya alcanzado parte del peculio, de tal manera que, si dicho peculio hubiese sido prelegado a un hijo y a un deudor de este mismo se haría de él por el hermano la deducción de esta deuda”. Sólo así interpretado alcanza el fragmento el sentido de reforzar la idea fundamental que expone Africano.

Son muy elocuentes a este respecto algunas de las opiniones de los maestros del siglo XVIII. Es el caso de Eck, que dedicó el capítulo III de su *dissertatio*<sup>35</sup>, a la *lex fra-*

32 “Se pregunta -traduce D'Ors- si podría repetirlo como indebido. Respondió <Juliano> que ciertamente lo repetirá en proporción a <la confusión en> la parte que él hubiese heredado de su padre, y, en la que hubiera heredado su hermano, si éste hubiera recibido del peculio del hermano deudor una cantidad mayor <a la correspondiente a la deuda no correspondida>, pues la obligación natural que hubiera existido parece haberse extinguido por el hecho de que el hermano haya recibido parte de aquel peculio, toda vez que también, si el peculio hubiera sido prelegado a aquél hijo y deudor a la vez, se hará deducción, a favor del otro hermano, de esa deuda” *Digesto*, t. I, *cit.* p. 501.

33 Bartolomé Agustín de Fonseca, *Digesto del Emperador Justiniano*, Madrid, 1872.

34 *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona 1889.

35 Eck, *Theses iuris controversi... accedit eiusdem dissertatio de septem damnatis legibus pandectarum, seu crucibus iurisconsultorum*. Leiden 1759, pp.27-39.

ter a fratre de Africano. Es poco alentador, y no sin razón, el comienzo del capítulo del jurista flamenco: *hoc caput difficile et obscurum reddit tum ipsa res et argumentum longue subtilissimum, tum confusa, perturbata, et prolixa interpretum docendi ratio, in quorum responsis intelligendis et cum ipsa lege, quam, si dis placet, quisque sibi optime explicasse videtur...* y se propone explicarla el autor *more mathematicis recepto*. En realidad, Eck no se separa sustancialmente del orden expositivo utilizado por Favre<sup>36</sup> y parte, siguiendo la costumbre de la época, de lo que él denomina axiomas o principios del derecho romano, en los que funda Africano la respuesta que se contiene en la intrincada cruz.

La interpretación que hace Eck del texto es la siguiente: un hermano pagó a otro hermano después de la muerte del padre, el dinero que le había prestado (de cuyo negocio nada obsta que nazca una obligación natural entre los hermanos) cuando estaban bajo la potestad del mismo padre y tenían cada uno un peculio. Se pregunta si podrá repetir. Respondió que ciertamente lo repetirá por la parte que él fuese heredero del padre. Ticio—dice Eck— prestó a su hermano Maevio, que como pagase lo que debía después de la muerte del padre, puede repetir lo que pagó mediante la condición de lo indebido. Aunque el hermano está obligado a su hermano *naturaliter* y la obligación natural impide la condición de lo indebido, también es de razón que, cuando la obligación quede extinguida por confusión, el hermano acreedor adquiriera toda la obligación del padre, la cual fue transferida con la muerte del padre al hermano Maevio por la parte que era heredero y así el crédito y la deuda concurrieron en una persona. Puesto que lo recibido en préstamo fue indebidamente pagado, al menos en la parte que cedió al hermano deudor, puede repetir con la condición de lo indebido por esa parte<sup>37</sup>.

Una de las constantes en la histórica discusión sobre la *lex frater a fratre*, es que en la literatura moderna sobre la materia (me refiero a las obras posteriores a la publicación del comentario a las Pandectas de Glück) no se encuentran autores que contemplen la posibilidad de que el caso se refiera a dos hermanos, cada uno de los cuales administra un peculio. Sin embargo, de cuantas obras de época anterior a la mencionada he tenido ocasión de consultar a propósito de la *damnata lex*<sup>38</sup>, no es la de Van Eck la única en la que el autor considera, como presupuesto, que ambos hermanos tienen un peculio. Veintidós años antes y también con carácter póstumo, se publicó una obra de Toullieu con el título de *Collectanea in quibus multa iuris civilis aliorumque auctorum loca illustrantur et explicantur, quadam etiam emendantur*<sup>39</sup> en la que el autor también parte de la misma idea<sup>40</sup>. En su *legis explicatio juxta lectio Florentinam et auctorem* dice: *ego et tu sumus fratres in eiusdem patris potestae possiti, quique ab eo peculium habemus singuli...* y a partir de esta premisa desarrolla su larga explicación del fragmento a lo largo de sesenta y cinco páginas, de las que dedica más de la mitad a refutar la tesis de Hotman, que también entiende que ambos hermanos tienen un peculio, con los consiguientes apelativos al uso de entonces incluidos<sup>41</sup>.

36 *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Lyon 1661, ed. post., pp. 816-822.

37 Recuerda Eck a este propósito que la temeraria corrección de Hotman (<non> repetitum) perturbó a Cuyás hasta provocarle la bilis, como proclama con furia en su tratado. *Op. cit.* p.33.

38 Además de las citadas y de la edición de Lyon 1652 del *Corpus Iuris Civilis* de Dionisio Godofredo, gracias al servicio de préstamo interbibliotecario de la Universidad de León, he podido disponer de la obra de Coceyo, *Ius civile controversum*, Francfurt y Leipzig 1740.

39 Groninga 1737.

40 p. 49 y ss.

41 Después de referirse a Hotman como *vir optime caeteroquin de iure nostro meritis et inter Coryphaeus nostros ultro numerandus* (*op. cit.* p. 47), Toullieu dedica estas frases a su teoría en la p. 59: *solus Hotmannus, at qui auctoritate sua multis tam veterum, quam neotericorum facile praeponderat, sententiam hanc, ut absurdissimam et iniquissimam speciali tractatu anno 1556 edito traduxit...* Realmente Toullieu resume muy bien las razones de la opinión equivocada de Hotman. Se apoya —dice— en dos principios de cuya verdad depende que sea cierta su opinión. El primero es este: *obligationem ex mutuo inter fra-*



Sin embargo, de cuantos autores he consultado, solamente Hahn<sup>42</sup> considera indiferente cuál de los dos hermanos tiene el peculio. *Duo fuere filiifamil. v. gr. Marcus et Quintus Cicerones, quilibet habens peculium profectitium centum florenorum*, dice el autor. No es que parta en su planteamiento de que cualquiera de los dos tenga el peculio para, una vez asignado a uno, desarrollar la exégesis del caso, sino que entiende que es indiferente que el peculio sea de Marco o de Quinto. Para Hahn, de lo que se trata es de salvar la cuota hereditaria del hermano que presta, de manera que se ha de calcular como si la cantidad prestada estuviera en el caudal relicto. Esta interpretación es muy interesante pero resulta difícil de encajar en el caso que plantea el fragmento de Africano. El jurista dice que el hermano que paga repetirá la parte en que el hermano que le prestó resultase heredero si de ese modo no recibe menos de su peculio, y se ha entendido generalmente que se refiere al peculio que administra el hermano que prestó.

Realmente Africano no hace referencia explícita a la existencia de los dos peculios. Se limita a decir que un hermano pagó a otro *pecuniam mutuatus post mortem patris* y el pago se repetirá *pro ea parte qua ipse patri heres exstitisset*, pero que por la que resultase heredero el hermano, sólo *si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*.

La redacción del texto de Africano, a mi modo de ver, permite una interpretación en la que se contempla que ambos hermanos administran un peculio cada uno. Es más, resulta al menos tan lógica como la que los autores han hecho, en cuya virtud sólo el hermano acreedor tendría un peculio, puesto que de existir sólo un peculio, Africano hubiera escrito *si non minus ex peculio ad fratrem pervenisset*, lo cual resultaría incluso más fácil, puesto que habiendo un solo peculio no sería preciso distinguirlo mediante el adjetivo posesivo. Tal es la manera en que el mismo Africano lo escribe en el fragmento primero de la misma *lex*: *Quaesitum est, si pater filio crediderit eique emancipatus solvat, an repetere possit. respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum...* En este caso, se trata de un solo peculio y el jurista no introduce, por obvia, especificación alguna.

Por otra parte, con esta interpretación el fragmento no pierde coherencia. La frase *quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset*, que proporciona la medida de lo que obtendría el coheredero que intentase el juicio divisorio, no cumple otra finalidad que la de dar fundamento a la opinión de Juliano y aunque existan los dos peculios no pierde sentido.

Lo relevante es determinar en cuánto se perjudica la cuota del hijo que prestó a su hermano como consecuencia de la deuda natural. La referencia al peculio no es más que una manera de determinar *per relationem* la medida en que la cuota hereditaria de uno de los hermanos puede verse perjudicada por la deuda natural que el otro contrajo con él o con el padre. El peculio es la medida que utiliza el jurista para determinar si la aplicación de las normas del *ius civile* dan como resultado una situación no equitativa. De ahí el *vinculum aequitatis* que fundamenta la *retentio* que restablece la equidad. Ésta y no otra es la razón por la que se introduce la referencia al peculio: que la deuda natural contraída por el hermano, sea frente al padre, sea frente al hermano, puede influir sobre la cuantía de las cuotas hereditarias. Por ello, de existir un solo peculio, la introducción del posesivo, con el que se quiere especificar que quien tenía el peculio era el

---

*tres contracto natam, cum naturalis sit, totam in capite fratris creditoris remanere, neque ullo modo ad patrem pertinuisse.* El segundo lo enuncia del siguiente modo: *peculia nostra contra aequitatem naturalem in hereditate paterna confusa fuisse, et in peculii mei pars, quae per hanc confusionem ad te pervenit, mihi proficit ad exsolutionem eius quod debebam, ita et peculii tui partem, quam habeo, tibi proficere.* Para demostrar la falsedad de estos principios Toullieau invoca la autoridad de Cuyás, Wissembach, Böckelman y Robert, *op. cit.* p.54 y ss.

<sup>42</sup> *Disputatio jurídica ad leges damnatas*, Maguncia 1748, p. 17.

hermano que prestó, es innecesaria. Africano, al utilizar la expresión *ex peculio suo*, da a entender que el hermano que tomó a préstamo también tenía un peculio. No deja de ser revelador que en la traducción del Digesto de Aranzadi ya citada<sup>43</sup>, la interpretación que hace D'ors de D.12,6,38,1 es precisamente la inversa. Donde Africano dice en singular *si nihil ex peculio... remanserit*, traduce “cuando no quedara peculio alguno en poder del padre”, dando a entender que hubo más de un peculio.

La pregunta que debemos formularnos a continuación es si la interpretación de Eck y de cuantos entienden que ambos hermanos tenían un peculio facilita la comprensión del fragmento y explica mejor la solución de Juliano.

Parte el jurista holandés de que el préstamo da lugar a una obligación natural entre los hermanos (*pecuniam mutuatus -dice- ex quo negotio tantum naturalem non civilem obligationem inter fratres nasci*). A continuación divide el análisis en dos partes. En la primera explica la opinión de Juliano relativa a *pro ea parte qua ipse patri heres extitisset repetiturum*. Imaginemos, dice, que un hermano, Ticio, prestó a su hermano Mevio, que después de la muerte del padre le pagó lo que le debía. Aunque el carácter natural de la obligación impida la condición de lo indebido, puesto que muerto el padre una parte de dicha obligación se transmitió a Mevio deudor, por cuya parte Mevio resulta acreedor y deudor, en esa parte la obligación se confunde y se extingue, *unde evincitur cum mutuum iam redditum indebitum saltem pro ea parte quae fratri debitori cessit, fiat, pro ea quoque parte conditione indebiti repeti posse*.

En la segunda parte del análisis explica el postulado de Juliano *pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*, con cuyas palabras, dice Eck, me parece que Africano quiso decir que Mevio, el hermano deudor, no puede intentar la *condictio indebiti* por la parte de la que él mismo no es heredero, a no ser que, después del fallecimiento del padre, llegase a su hermano Ticio, acreedor, como parte de la herencia paterna, todo o parte de lo que Mevio pagara de su peculio como no debido<sup>44</sup>.

Para los autores que consideran que sólo el hermano que presta el dinero tiene un peculio, el fundamento de la solución de Juliano que nos ha llegado a través del intrincado texto de Africano es que, si el hermano que presta no retuviere lo que hubiera recibido en herencia de no haber prestado a su hermano, su cuota hereditaria sufriría una merma injustificada. D'Ors<sup>45</sup> lo resume del siguiente modo: “el hijo que pagó lo que le había prestado su hermano pagó de más en la cuota en que había heredado de su padre, ya que en esa cuota el crédito se había extinguido por confusión; pero también pagó de más en la medida en que el hermano acreedor recibió por herencia una cuota en los bienes del peculio de su hermano deudor, pues en esa medida la deuda peculiar era deuda que le afectaba como heredero; pero si se dedujo ya su parte de deuda del peculio del hermano deudor (*minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*) no debe restituirse ya nada más”.

Sin embargo, la explicación de Van Eck no es menos sencilla y, además, cuando dice que va a explicar la *damnata lex more mathematicis* proporciona una clave para comprenderla.

43 Vid. n. 34.

44 Como creo que el texto de Eck (pp. 34-35) es más elocuente que la síntesis que yo pueda realizar, lo inserto en esta nota: *Quibus verbis id mihi visus est voluisse Africanus, Maevium fratrem debitorem pro parte qua ipse heres non est, non posse solum ut indebitum condicere, nisi vel totum id quod indebitum solverat Maevius, vel pars eius ex peculio Maevii, post defunctum patrem ad fratrem Titium creditorem, ut pars hereditatis paternae (nam peculium profectitium mortuo patre in collatione bonorum venire certum est) pervenisset.*

45 pp. 451-452



## VII

En mi opinión, la interpretación más correcta es la que considera que en el caso tratado en el texto ambos hermanos tienen un peculio. Esta interpretación resuelve también el problema, no menor, de que, de existir sólo un peculio en la administración del hermano que presta a su hermano, haría difícil el encaje, digamos, contable de la cantidad prestada, es decir, obliga a formularnos la pregunta de a qué título tiene un hermano una cantidad que recibe en préstamo de su hermano si, estando ambos *in potestate*, no administra un peculio, pregunta para la que resulta difícil hallar otra respuesta que no sea la de que la cantidad recibida es fruto de la administración de un peculio o constituye en sí misma un peculio.

Como es sabido, los peculios eran masas de bienes puestas bajo la administración de los hijos, que como consecuencia del giro normal de su actividad económica podían tener incrementos o sufrir disminuciones, de manera que al fallecimiento del padre o en el momento de la revocación, el montante del peculio podía ser mayor, igual o menor que el recibido en administración por el hijo. Cuando los créditos o las deudas eran contraídos por el hijo con un tercero, a la muerte del padre estaban previstos los mecanismos por los que los herederos y los terceros podían exigirse el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el hijo administrador antes del fallecimiento del padre.

Estas reglas, sin embargo, no son de aplicación cuando un hermano presta al otro, porque la operación no altera el patrimonio paterno. Da lugar a una *naturalis obligatio* y, en su caso, a simples asientos contables en los libros de cuentas. Tal vez sea esta la razón por la que el jurista trata de reforzar la solución que propone<sup>46</sup>.

Para comprender el alcance de la solución de Juliano, es preciso determinar cómo hemos de calcular la cuantía de la *retentio* que puede hacer Ticio, de la cantidad que, después de la muerte del padre, le pagó Mevio. Esta cuantía se fija *per relationem* en el texto de Africano: repetirá por la parte en la que el hermano que prestó fuese heredero *si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*.

Puesto que las cuotas de los herederos se han de calcular teniendo en cuenta el caudal relicto, en el que se han computado los peculios en el estado económico en que se encontraban al constituirse el as, Ticio puede tener asegurada su indemnidad y recibir lo que corresponde a su cuota, sin que Mevio le haya devuelto el préstamo. Para ello basta que el valor del peculio colacionado por Mevio sea igual o mayor que la cantidad del préstamo no devuelta. A los efectos de calcular las cuotas hereditarias de ambos hermanos, lo importante es que dicha cantidad, si no ha sido devuelta, aflore en el peculio de Mevio.

El problema surgirá si Mevio colaciona un peculio de valor inferior a la cantidad no devuelta. En este caso, **el cálculo de lo que Ticio recibe de menos *ex peculio suo*, a efectos de la *soluti retentio*, ha de hacerse añadiendo al montante de su cuota hereditaria la diferencia entre lo que le hubiera correspondido de haber colacionado Mevio un peculio de valor igual a la cantidad del préstamo no devuelta, y lo que recibe**. Esto será lo que podrá retener frente a la *condictio indebiti* de Mevio. En tal sentido ha de ser entendida la frase de Africano *pro ea vero qua frater heres existierit, ita repetiturum si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*.

<sup>46</sup> No es otra la intención del excurso *adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae eriscundae recipiturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset*.

Esta interpretación suscita, sin embargo, algunas preguntas. La primera de ellas es por qué Africano utiliza la expresión *si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset* para señalar la cuantía de la *retentio* y no otra más precisa y que ofrezca menos complejidad para fijar la cuantía de la retención. A mi modo de ver hay al menos una razón convincente para que Africano redacte de esa manera la solución de Juliano: porque en su respuesta tiene que contemplar la posibilidad de que Mevio haya devuelto antes del fallecimiento del padre una parte de lo recibido de su hermano, en cuyo caso, la cuantía de la retención se reducirá en proporción a lo restituido.

Por otra parte, podría pensarse que la solución correcta para asegurar la indemnidad de Ticio, hubiera sido calcular su cuota añadiendo a lo que colaciona Mevio lo que falta por devolver del préstamo, es decir, como si colacionase más de lo que realmente colaciona. Sin embargo, esta solución sería inicua porque nunca podría darse el caso de que Ticio recibiese justo lo que le corresponde por su peculio, posibilidad que está implícita en la fórmula condicional empleada por Africano (*si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset*).

Además, cabe preguntarse si, para el cálculo de la *retentio*, se debe tener en cuenta la cuantía del peculio que colaciona Ticio, es decir, si lo colacionado es más, igual o menos que lo recibido del padre en administración. La respuesta ha de ser negativa. La cuantía de la *retentio* se calcula teniendo en cuenta solamente si el montante final del peculio colacionado por Mevio era menor que la cantidad del préstamo no restituida. En este caso Ticio podría retener la diferencia entre lo que le hubiese correspondido si Mevio hubiera colacionado una cantidad igual a lo no pagado y lo que recibe. Este es el contenido de la *naturalis obligatio*.

Del mismo modo, para saber si Mevio colaciona o no la cantidad no devuelta a los efectos de determinar si Ticio recibe menos *ex peculio suo*, tampoco ha de tenerse en cuenta el valor del peculio de Mevio al momento de su constitución por el padre. De ser así, en caso de que Mevio colacionase una cantidad superior a lo no devuelto, pero inferior a la suma del valor inicial de su peculio más la cantidad no devuelta, la solución de Juliano resultaría inicua si Mevio observó una actitud diligente en su administración.

El préstamo de un hermano a otro no altera la integridad del patrimonio paterno, que constituirá el *as hereditario*. Los incrementos o disminuciones en el patrimonio del padre sólo se producen como consecuencia de las relaciones económicas del propio padre o de los hermanos, en la administración de sus peculios, con terceras personas, nunca por trasvases entre los subconjuntos que lo forman. La base del cálculo de las cuotas hereditarias es, pues, todo el patrimonio paterno incluidos los peculios colacionados en el estado económico en que se encuentren en el momento del fallecimiento.

La *lex frater a fratre* es uno de esos lugares en los que se manifiesta en toda su magnitud la tensión entre casuismo y dogmática. Es reveladora la manera en que Burdese plantea la posibilidad de que, en el caso que nos ocupa, la *naturalis obligatio* como *aequitatis vinculum* se establezca entre los dos hermanos sometidos a la misma *patria potestas*, entre el *filius* que toma a préstamo de su hermano y el *pater familias* al que está sometido, e incluso que la *naturalis obligatio* nazca para el padre frente al hijo que da en préstamo a su hermano, superponiéndose al *ius vendendi*, al *ius noxae dandi* e incluso al *ius vitae necisque* del padre sobre los hijos.

Decía unas páginas atrás que el *naturale vinculum* tiene más que ver con la naturaleza, con el carácter natural de las cosas que termina siendo *natura rerum*, el orden natural. La *naturalis obligatio* que plantea Africano, se manifiesta de manera que en caso de que Mevio colacione un peculio de cuantía inferior a lo que falta por pagar del préstamo de su hermano, la *soluti retentio* supondrá una reducción de su cuota hereditaria en la proporción que hemos visto, con el correspondiente cese del *favor ultimae voluntatis*.