

**PERINDE AC Y PERINDE ATQUE,
DOS EXPRESIONES INDICATIVAS
DE EQUIPARACIONES ANALÓGICAS**

MANUEL AMAYA CALERO *

La doctrina romanística carece de una base precisa que determine la existencia de ficción en las fuentes romanas, ni que exprese la distinción entre ésta y otros medios técnicos jurídicos. Por ello, no resulta difícil confundir la ficción con las asimilaciones analógicas, hipótesis de hecho o de derecho, presunciones, actos simbólicos o con equiparaciones de hecho de situaciones jurídicas.

La jurisprudencia que actúa en vía lógica interpretativa, creando nuevo derecho mediante extensiones analógicas y equiparaciones de acciones, no puede imponer la ficción por tratarse de un recurso alógico y de carácter imperativo, sólo utilizado de forma excepcional en especiales circunstancias, medio técnico jurídico al que recurre el pretor para salvar un determinado impedimento que puede oponerse a la concesión de una acción, o utiliza el legislador para formular un principio de derecho.

García Garrido ¹ afirma que para distinguir la ficción de la analogía y de otros medios técnicos jurídicos se hace necesario revestirla de tres características esenciales: a) corrección de una realidad jurídica concreta, b) operada por el juez, y c) impuesta en vía de imperio o *potestas*.

* Profesor Titular de Derecho de la UNED. Madrid.

1. GARCÍA GARRIDO, «Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano», *AHDE*, 1957, p. 311.

La ficción jurídica supone siempre una invención, una creación ilógica que da entrada a una innovación que prescinde de la realidad jurídica y que procede de un acto imperativo. El jurista romano inspira al pretor o al legislador la introducción o aplicación de determinadas ficciones, pero nunca lo hace él directamente, puesto que la ficción aparece como atributo de un acto de autoridad, al que resulta imposible llegar en vía de *interpretatio*, traducéndose la ficción en las elaboraciones jurisprudenciales en una asimilación de supuestos o circunstancias. El jurista al actuar en vía lógica e interpretativa puede crear nuevo derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero nunca imponer la ficción por su carácter alógico e imperativo ².

La romanística en su labor investigadora, viene considerando ciertos términos y expresiones como indicativos de ficción, que no nos cabe la menor duda que son característicos de extensiones analógicas o equiparaciones propias de la jurisprudencia. Con la finalidad de probar esta afirmación, presentamos la mayor parte de textos del Digesto en los que figuran las expresiones, obviando otras muchas, *perinde ac* y *perinde atque* con la intención de demostrar la inexistencia en ellos de ficciones, que equivocadamente en alguna ocasión se han considerado como tales cuando en realidad no son más que extensiones o equiparaciones analógicas ³.

En el presente trabajo, se realiza un estudio crítico de aquellos textos que contienen las expresiones *perinde...ac* y *perinde...atque*, agrupados por instituciones, y dentro de cada una de ellas se recogen las diferentes aportaciones jurisprudenciales ordenadas cronológicamente.

– De la posesión tratan Gayo y Ulpiano en los cuatro textos que siguen, en los que aparecen algunas de las expresiones *perinde...ac* o *perinde...atque*:

2. Sobre analogía vid. WIEACKER, *Vom römische Recht*, Stuttgart, 1961, pp. 153 y ss.; HORAK, *Rationes decidendi, entscheidungshegründungen hei den alteren röm. Juristen his Labeo*, Insbrunck, 1969, pp. 242 y ss.

3. BIONDI, en «Ciencias del Derecho como Arte de lo justo» en *Arte y Ciencia del Derecho*, trad. de Latorre, Barcelona, 1955, p. 59, defiende el uso del *perinde ac* para la ficción.

Aunque no se llegue a poseer los bienes a causa de no existir bienes que poseer o de no poder poseerlos sin previa controversia, dice Gayo, D. 42,5,13 (23 *ed. prov.*), el acreedor puesto en posesión de los mismos es como si también hubiese poseído. El jurista mediante la frase *perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent*, establece una asimilación entre las situaciones del acreedor sin estar en posesión de los bienes por inexistentes o de no poder poseerlos si no es mediante litigio y la del acreedor puesto en posesión de estos bienes, sin que pueda justificarse que la expresión *perinde...ac* origina una ficción.

Ulpiano en D. 43,24,25,10 (71 *ed.*) equipara al demandado que deja dolosamente de poseer con el que puede hacerlo, cuando afirma: *eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset*.

Dice Ulpiano, D. 37,10,3,5 (41 *ed.*), que son dos las cogniciones de causa en materia de posesión: una, la de dar la posesión carboniana que tiene la ventaja de que el impúber obtiene la posesión como si no hubiera controversia contra él; otra es a si la cognición debe aplazarse al momento de la pubertad o debe hacerse inmediatamente, debiendo el pretor examinar con suma diligencia qué momento de los dos conviene al pupilo, *una dandae carbonianiae possessionis, quae habet commodum illud ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes possessionem accipiat, alia causae cognitio illa otrum diferrit debeat in tempus pubertatis cognitio an representari*. En el texto aparece una equiparación entre las cogniciones de causa en relación con la posesión ⁴.

También Ulpiano trata de la posesión en D. 41,1,17pr. (76 *ed.*), donde afirma que el expulsado violentamente de la posesión de un fundo debe ser considerado como si poseyera ya que dispone del interdicto de recuperar la posesión. Existe en el texto una clara equiparación de dos situaciones equivalentes, entre el expulsado de la posesión y el poseedor, al disponer siempre aquél del interdicto de recuperar la posesión y que el jurista con la expresión *perinde...ac* lo expone en la última parte del pasaje: *perinde haberi*

4. Dice DOS SANTOS en *A fictio iuris no direito romano (actio ficticia)*. Epoca clásica, Coimbra 1988, p. 22 n. 12, que en este texto, como en otros que cita, la palabra *fingere* significa tanto como imaginar o suponer.

debet ac si possideret, cum imterdictu de si reciperaendae possessionis facultatem habeat.

– Sobre el derecho de servidumbre tratan Celso y Paulo en los dos textos siguientes:

En D. 8,6,6,1c (5 *dig.*) Celso comenta, que si se constituye una servidumbre de camino que permita el paso de ganado lícitamente por cualquier parte del fundo, y si éste se divide de tal manera que igualmente se pueda pasar y conducir ganado, es lo mismo que si desde el principio se hubiesen gravado los fundos con dos servidumbres, de modo que quede la posibilidad de retener una servidumbre y perder la otra por el no uso. El jurista con la expresión *perinde atque*, establece una equiparación jurídica entre el fundo gravado con una servidumbre de camino de modo que sea lícito pasar y conducir ganado por cualquier parte del fundo, y dividido posteriormente, con dos fundos gravados, reteniendo la servidumbre sobre uno de ellos y perdiendo el derecho sobre el otro por el no uso.

En D. 8,4,18 (1 *man.*) Paulo afirma que está admitido que varios propietarios aunque no hagan la cesión al mismo tiempo, impongan o adquieran servidumbres con tal de que por el acto últimamente concluido se convaliden las anteriores y sea lo mismo que si todos hubiesen hecho la cesión simultáneamente, pero no se entiende que al hacer la cesión el último se adquiere la servidumbre con efectos retroactivos, si no que ha de interpretarse que es como si todos hubiesen hecho la cesión al mismo tiempo que la hacía el último. De este texto y por la frase *sed perinde habetur, atque si cum postremus cedat, omnes cessisset* se deduce una equiparación de carácter temporal entre el último socio que hace la cesión y aquellos otros que lo hicieron con anterioridad ⁵.

– Varias equiparaciones analógicas se deducen de los textos que a continuación expone Ulpiano sobre obra nueva, apoyando su respuesta en el primero de ellos en lo escrito por el jurista Celso:

5. BIONDI, *Le servitu prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*. 2.^a ediz. Rifatta, Milano, 1954; BETTI, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale –Atto illecito– Negozio giuridico*, Roma, 1959; LONGO, *Corso di diritto romano. I diritto reali*, Padova, 1962.

Celso, *ap.* Ulpiano D. 39,3,6,7 (53 *ed.*), escribe que si yo hice algo que te perjudica el agua pluvial, debo ser obligado a quitarlo a mi costa, y si lo hizo otro que no dependa de mí, basta que permita que lo quiten. Si lo hizo un esclavo mío, o la persona de quien he heredado, debo entregar el esclavo por el delito: *quod autem is cui heres sum fecit, perinde est, atque si ipse fecisset*. En relación con quien está obligado a quitar la obra que perjudica el agua pluvial al vecino, equipara al heredero como autor de la misma, con el testador si fue quien la realizó con anterioridad, pues, como textualmente dice el jurista, lo que hizo la persona de quien he heredado es como si lo hubiera hecho yo mismo.

Si en la porción de tierra que segrega la corriente de un fundo se construye algo, afirma Ulpiano, D. 43,12,1,10 (68 *ed.*), que no se hace en un río público, pues lo que se edifica en esta porción, *perinde est, atque si in alio privato loco fiat*, donde se equipara la situación del fundo como terreno privado y de la tierra segregada a la vez que se extiende a esta porción la privatividad del fundo.

Si un arrendatario mío hubiese hecho una obra en la finca arrendada con mi consentimiento o ratificación, cree Ulpiano, D. 43,24,13,6 (71 *ed.*), *perinde est atque si procurator meus fecisset, in quo placet, sive est voluntate mea fecerit, teneri me sive rato habuero*, de donde se deduce una equiparación analógica entre el poder del arrendatario con el consentimiento y ratificación del dueño y el propio procurador con el consentimiento, aunque después lo ratifique el dueño.

Si el denunciado hubiera dado garantía o promesa por la denuncia de obra nueva, o no dejaran de darse por su parte, según el arbitrio de un hombre recto, dice Ulpiano, D. 39,1,5,17 (52 *ed.*), *perinde est, ac si operis novi nuntiatio omissa esset*, lo que constituye una clara equiparación entre dos situaciones del denunciado efectivo en el primero de los casos con el denunciado potencial si no se formula la denuncia.

– Labeón y Juliano se refieren en dos textos, el primero de ellos presentado por Ulpiano, al daño temido:

Labeón *ap.* Ulpiano, D. 39,2,15,35 (53 *ed.*), pone de manifiesto en la primera parte del texto, que quien abandona su casa por temor a

un irremediable e inminente derrumbamiento conserva íntegro su derecho, lo mismo que si se hubiera mantenido en su posesión: *si quis metu ruinae decesserit possessione si quidem, cum adiuuare rem non posset, id fecit, Labeo scribit integrum ius eum habere, perinde ac si in possessione perseverasset*. Mediante la expresión *perinde ac* se deduce una equiparación de situaciones jurídicas entre el poseedor de su casa obligado a abandonarla hasta que pase el mal que originó su ausencia y el poseedor que permanece en ella, sin que se detecte ninguna característica propia de la ficción.

También del daño temido trata Juliano en D. 39,2,42 (58 *dig.*). Dice el jurista que si estipula por daño temido un esclavo común, es como si hubieran estipulado directamente los dueños por sus cuotas de copropiedad. Juliano con el término *perinde habetur, ac si*, equipara claramente la situación jurídica de los esclavos que realizan la estipulación con la de sus propios dueños, sin que del texto pueda deducirse ficción alguna ⁶.

– Sobre *pignus* tratan Trifonino y Ulpiano. El primero de estos juristas, D. 20,6,13 (8 *disput.*) dice que el deudor que jura ante el acreedor que no debe dar, queda liberada la prenda, *quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: nan et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, temen pignus liberatur*. Trifonino equipara jurídicamente la situación del deudor que jura ante el acreedor que no debe nada con el deudor absuelto en juicio aunque la sentencia fuera injusta. Realmente existe una asimilación analógica entre el deudor que libera la prenda por juramento ante su acreedor, o lo hace cumpliendo una sentencia ⁷.

El esclavo dado en prenda, en cuanto al asesinato del dueño deudor, afirma Ulpiano en D. 29,5,1,3, (50 *ed.*) *per omnia perinde habetur atque si pignori datus non esset*, dando lugar a una equiparación

6. BUNDO, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Colonia, 1965, aprecia en este pasaje, la existencia de una ficción jurisprudencial, como en los siguientes textos del presente trabajo: D. 18,5,5pr. (*Iul. 15 dig.*), D. 28,5,22 (*Iul. 30 dig.*), D. 28,5,37,1 (*Iul. 29 dig.*), D. 29,7,3pr-1 (*Iul. 39 dig.*), D. 30,84,10 (*Iul. 33 dig.*), D. 34,4,10pr. (*Iul. 37 dig.*), D. 35,1,106 (*Iul. 5 Dig.*), D. 40, 7,31,1 (*Gai. 13 ad leg. Iul. et Pap.*), D. 44,3,6,1 (*Afric. 9 quaest.*), D. 45,3,1,4 (*Iul. 52 dig.*), D. 46,3,37 (*Iul. 2 ad Urs.*) D. 50,17,73,3 (*Q. Muc. Scaev. horoi*).

7. En relación con este texto, *vid.* AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli, 1954.

entre la situación del esclavo dado en prenda por causa del asesinato de su dueño y la exención de su pignoración motivada por la misma causa.

– Sobre la fianza o garantía personal comentan Javoleno, Juliano y Ulpiano en los cuatro textos que siguen:

Javoleno, en D. 46,1,44 (11 *epist.*) *in fine*, trata de cómo no quedan obligados los fiadores en la realización de una obra que el estipulante hace, al no ofrecer garantía ninguno de los arrendatarios para llevar a cabo la obra después de haberle fallado los primeros que se comprometieron a ello, para cuya realización el arrendador había aceptado fiadores por cuanto costase arrendar a otro esa construcción de la obra, en caso de que ésta no se hiciera: *ea enim locatio, quam scutus es, perinde est, ac si interposita non esset et si statim tu opus facere coepisses*, expresión de la que se origina una asimilación de situaciones.

También Juliano habla sobre los fiadores en los dos textos siguientes: En el primero de ellos, D. 46,7,14pr. (55 *dig.*), dice que si de dos fiadores que habían prometido el pago de la condena, uno hubiese pagado ya su parte por la indefensión, cantidad que no puede repetir por haberse extinguido la estipulación en su parte, *perinde ac* si su obligación se hubiese cancelado por aceptación, equiparando jurídicamente el pago de la condena a la extinción de su obligación por *acceptilatio*, sin la existencia de ningún tipo de ficción.

El mismo Juliano afirma en D. 46,3,37 (2 *ad Urs.*) que siempre que paga su parte uno de los fiadores, como en gestión de un negocio del deudor, *perinde habendum est, ac si reus ipse unius fideiussoris partem solvisset*, equiparando así con esta expresión la función de uno de los fiadores con la que debía haber desempeñado el deudor, sin que nunca pueda hacerse equivaler a una ficción.

Si los fiadores nombrados por los tutores, están presentes y no se oponen, tolerando que sus nombres figuren en las actas públicas, afirma Ulpiano, D. 27,7,4,3 (30 *ed.*), *perinde teneri, atque si iure legitima stipulatio interposita fuisset. eadem causa videtur adfirmatorum qui scilicet eam idoneos esse tutores adfirmaverint fideiussorum vicent sustinet*. Cabe interpretar del texto una equiparación jurídica entre

las funciones de fiadores y estipulantes que vale también para los confirmantes que, al asegurar que los tutores son idóneos, hacen las veces de fiadores ⁸.

– En relación con el hurto, y mediante la expresión *perinde...atque*, Ulpiano en D. 48,13,8,1 (7 de off. proc.) establece una comparación entre el ladrón de oro o plata de las minas del César con quien le proporciona escondrijo, que se considera como si hubiese sido condenado por hurto manifiesto, cuando afirma *is autem, qui furanti sinun praebuilt, perinde habetur, atque si manifesti furti condemnatus esset*.

– Sobre estipulaciones tratan Juliano, Gayo y Ulpiano. El primero de ellos dice, D. 45,3,1,3 (52 dig.), que lo que estipula un esclavo de mi propiedad a favor de otro esclavo mio, *id perinde haberi debet, ac si mihi stipulatur*, así como lo que estipula a favor de un esclavo tuyo *perinde ac si stipulatur esset*, de modo que la primera estipulación engendre una obligación y la segunda sea nula. El jurista equipara la función desempeñada por el esclavo que estipula a favor de un esclavo del mismo dueño, con la misión desarrollada por el esclavo que estipula a favor de un esclavo de otro dueño, aunque esta estipulación sea nula.

Afirma Juliano en D. 45,3,1,4 (52 dig.) que el esclavo en copropiedad representa a sus dos dueños, y si un esclavo exclusivamente de uno de los dueños estipula con un esclavo común es como si se hubieran hecho dos estipulaciones, teniendo en cuenta que lo que adquiere no se divide por mitades pues uno de los dueños puede adquirir y el otro no, considerándose entonces como si sólo fuera esclavo de aquel dueño para el que puede adquirir. El jurista con la expresión *perinde...ac* equipara las dos situaciones del esclavo, antes y después de actuar en la estipulación, verificándose con relación a los dueños, *perinde habeatur, ac si eius sollius esset qui acquirendi facultatem habeat*.

8. DOS SANTOS, *A fictio iuris... cit.*, p. 3, opina que en este texto puede destacarse la existencia de una ficción o una asimilación. En este sentido *vid.* DESSETEAUX, «Contribución à l'Etude de l'Edit», *NRHD*, 36 (1912), p. 446 n. 1; DEKKERS, *La Fiction Juridique. Etude de Droit Romain et de Droit Comparé*, Paris, 1935, p. 45; RICCOBONO, asegura la existencia de una ficción en *Corso di Diritto Romano. Formazione e Sviluppo del Diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Parte II*, Milano 1933-34, p. 347.

En D. 20,4,11,1 (*de form. hypoth.*), Gayo comenta que en el caso de haberse dado una hipoteca por una estipulación hecha bajo condición, pendiente ésta, otro prestó sin condición y recibió la misma hipoteca, si luego se cumple la condición de la primera estipulación, considera entonces el jurista como si esta estipulación se hubiera hecho sin condición: *ut potior si qui postea credidisset, sed versor num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio existitit, perinde habetur, ac si ello tempore, quo stipulatio interposita est sine condicione facta esset*. Gayo presenta aquí un cuadro comparativo entre ambos momentos: el anterior y el posterior al cumplimiento de la condición, pero nunca puede considerarse la existencia de una ficción al no ser impuesta ninguna de las situaciones en vía de imperio o autoridad.

Dice Gayo en D. 46,1,70,1 (1 *de verb. oblig.*), que si se estipula de un promitente bajo condiciones distintas, hay que ver cual de ellas se cumple antes: si se cumple primero la impuesta al deudor principal, responderá también el fiador, como si desde el principio el deudor lo fuera sin condición y el fiador con ella. Si se cumpliera antes la condición exclusiva del fiador, no queda obligado, *perinde ac si statim ab initio pure acceptus esset reo sub condicione obligato*, estableciéndose en el texto una comparación entre las diferentes situaciones del fiador cuando actúa con el deudor principal bajo condición, y cuando lo hace sin ella con un deudor bajo condición.

Ulpiano, D. 45.3.4 (21 *Sab.*), afirma que si un esclavo en copropiedad estipula para sí y para uno de sus dueños, es como si estipulara la mitad para todos sus dueños y la otra mitad para uno de ellos *perinde est, ac si omnibus dominis et uni ex his stipulatur, veluti Titio et Maevio, et Titio; et probabile est Titio dodrans Maevio qua drans debeatur*. El jurista equipara la situación del esclavo en copropiedad cuando estipula para sí con la de estipular para todos sus dueños.

– Sabino *ap.* Ulpiano, Juliano, Macer y Ulpiano, presentan varios textos sobre compraventa:

Dice Ulpiano en D. 18.2.4.5 (4 *Sab.*) que cuando se deshace la compraventa al contraerse sin condición, o no se perfecciona por haberse realizado bajo condición; por presentarse una mejor oferta si se hubiese simulado un falso comprador, la cosa quedará comprada, de acuerdo con lo escrito por Sabino, para el primero, por-

que no parece que exista mejor oferta si no hay verdadero comprador y en el caso de que éste existiese habría que considerarlo como inexistente si no hay mejor oferta, *meliores tamen conditiones non adferat, aequum dicendum erit perinde haberi, ac si non existeret*. Se realiza en el texto una equiparación analógica entre el comprador simulado con mejor oferta y la inexistencia de ésta con la existencia de un segundo comprador real, sin que se detecte en el pasaje ficción alguna.

Cuando el comprador al vendedor o el vendedor al comprador haya cancelado la deuda por aceptilación, dice Juliano en D. 18,5,5pr. (15 dig.), que la intención de ambas partes parece revelar la de deshacer el negocio, como si entre ellas se hubiese convenido no pedir cosa alguna a la otra: *ut a negotio discedatur et perinde habetur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet*. En el texto se establece una equiparación analógica entre aceptilación y convención en cuanto a la resolución de un contrato consensual se refiere.

En un texto presentado por Africano, D. 44,3,6,1 (9 *quaest.*), donde se contempla la venta de un esclavo bajo cláusula comisorias, se pregunta a Juliano sobre la accesión del tiempo de posesión del comprador si no se ha pagado el precio dentro del plazo establecido, a lo que responde que es lo mismo a cuando se hace redhibición, por lo que debe considerarse como si se hubiera vendido de nuevo el esclavo, de modo que cuando el vendedor vuelva a adquirir la posesión se cuente ese nuevo tiempo de posesión, el que precedió a la venta, y además se debe añadir el tiempo de la posesión del comprador de quien se recuperó el esclavo por redhibición. Mediante la expresión *perinde...ac*, el jurista equipara la resolución del contrato por incumplimiento de cláusula comisorias con la extinción de la relación contractual por el ejercicio de la acción redhibitoria.

Cuando un comprador sufre evicción, si él no apela puede hacerlo el vendedor, pero si después éste se hace sospechoso en la defensa de su causa, dice Macer en D. 49,1,4,3 (1 *de appell.*) *perinde defensio causae emptori committenda est, atque si ipse appellasset*, estableciéndose así una equiparación en cuanto a legitimación activa se refiere, entre comprador y vendedor en caso de evicción en la compraventa.

Ulpiano en D. 5,3,25,17 (15 *ed.*) mediante el término *perinde atque* establece una equiparación de situaciones jurídicas entre el que vende una cosa de la herencia sin enriquecerse con el precio y el que la vendió dispuesto a defender la herencia para ser demandado lo mismo que si poseyese ⁹.

El esclavo que compré y me fue entregado y lo devuelvo por redhibición, dice Ulpiano en D. 47,2,17,2 (40 *Sab.*) *ut perinde habeatur atque si meus nunquam fuisset sed et fuit et desiit*, dando lugar a una equiparación entre dos momentos de la situación jurídica del esclavo.

En un texto sobre arrendamiento, donde aparece *perinde...ac*, afirma el jurista Paulo, D. 19,2,24pr. (34 *ed.*), que si en una cláusula del arriendo se manifestó que la obra se aprobase al arbitrio del dueño, debe considerarse como si se hubiese remitido al arbitrio de un hombre recto o al de otro cualquiera, pues exige la buena fe que ese arbitrio sea el que corresponde a un hombre recto, y atañe a la calidad de la obra y no a la prórroga del plazo que se haya determinado en la cláusula, salvo convenio previo. Por ello será nula la aprobación hecha con dolo por el arrendatario por lo que procede acción en su contra. Mediante la expresión *perinde...ac* se establece en el texto una equiparación entre las funciones a desempeñar por el dueño, un hombre recto y otra persona cualquiera que actúe de buena fe, en cuanto a la calidad de la obra se refiere, sin que se aprecie ficción alguna ¹⁰.

– Paulo en D. 1,5,7 (*de port.*), en relación con el estado de las personas, con el término *perinde ac* hace una equiparación analógica de situaciones jurídicas entre el hijo concebido y el hijo nacido, cuando afirma *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custodi-*

9. Véase DENOYEZ, *Comentaire du D. 5,3,25,27*, Atti Congresso Verona 3, Milano, 1953; *Le défendeur à la pétition d'hérité privée en Droit Romain*, Paris, 1953; PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956.

10. En relación con este texto, *vid.* CANCELLI, *Studi sui censori e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano, 1957; VISKY, *La prova per esperiti nel processo civile romano*, studi Senesi 80, 1968; CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso de diritto romano tenuto*, Milano, 1969; VOCI, *Le obbligazioni romane corso di Pandette. Vol I. Parte I: Il contenuto dell'obligatio*, Milano, 1969; GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, St. Grosso 3, Torino, 1970; THOMAS, «Reflections on Building Contracts», *RIDA*, 18 (1971).

tur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit. No cabe aquí la ficción de dar al hijo concebido por nacido ¹¹.

– A la manumisión se refieren Juliano, Gayo Ulpiano y Calistrato en los siguientes textos:

Afirma Juliano, D. 28,5,22 (30 *dig.*), que el esclavo una vez cumplida la condición, será libre y heredero, en cualquier lugar del testamento que la libertad hubiese sido dada, y en caso contrario, si la condición no se cumple, se tendrá por concedida la libertad sin la herencia, *deficiente autem condicione perinde habetur, ac si libertas sine hereditate data fuerit*, estableciéndose así una simulación jurídica entre el supuesto de no realizarse la condición y su efectivo cumplimiento.

Juliano *ap.* Gayo, D. 40,7,31, 1 (13 *ad leg. Iul. et Pap.*), responde acerca de la cuestión «que Estico sea libre, con su mujer, sin rindiera cuentas», de si puede la mujer hacerse libre si él muere antes de cumplirse la condición impuesta, comparándola con otra que el jurista considera igual, cuando se ofrece el legado «doy a tal persona con tal otra» de si se admite a una de ellas al legado si desaparece la otra; lo que le parece mejor como si se hubiese escrito «a tal persona y a tal otra», y que cuestión distinta es la de si la condición afecta

11. DOS SANTOS, *A fictio iuris... cit.*, p. 561 n. 27, afirma que la facilidad de la doctrina para elaborar la *fictio* dogmática, fue reforzada por la expresión de Paulo en este texto: *perinde ac si in rebus humanis esset*. Véase también a BIANCHI, *Fictio Iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano del periodo arcaico*, Verona, 1997, p. 431 n. 613; CASTELLO, «Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano» *RIDA*, 4 (1950); MASCHI, «Il concepito e el procurato aborto nell'esperienza antica», *Jus*, 22 (1975). Existen discrepancias entre quienes aseguran que la regla *conceptus pro iam nato habetur* es o no, de origen romano. Figuran entre los primeros autores: DABIN, *La Technique de l'elaboration du Droit Positif Spécialement du Droit Privé*, Bruxelles, Paris, 1935, p. 334 n. 4; MACCHIARELLI, *Fictio Iuris*, 2.^a parte, 1903 p. 566; GENY, *Science et Technique en Droit Privé Positif III*, Paris, 1921, p. 362 y ss. No consideran la regla de origen romano: GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites...*, p. 338; KASER *Das Römische Privatrecht I y II*, Munique, 1955 y 1959, p. 236 n. 15; SCHULZ, *Derecho romano Clásico*, Barcelona, 1960, p. 72; LAFRANCHI, «*VOZ nascituri*», *NNDI*, 11 (1965); BRAGA DA DRUZ y ALMEIDA COSTA, *Licões de Direito Romano*, Coimbra, 1958, p. 351.

también a la mujer del esclavo, lo que es lo más cierto. Juliano con el término *perinde ac* equipara con matices entre las formas de dejar un legado diciendo «doy a tal persona con tal otra» con la forma de expresión «a tal persona y a tal otra». «*illi cum illo do*», «*illi et illi*».

Si un testador insolvente ruega a su heredero que conceda la libertad a un esclavo y restituya a éste la herencia, dice Gayo, D. 36,1,65,15 (2 *de fideic.*), que es difícil que se obligue al heredero a adir esta herencia si rehusa a hacerlo, pues aunque haga adición a petición del esclavo, no puede éste conseguir la libertad que se le concedió en fraude de acreedores, por lo que tampoco se le puede restituir la herencia. Conforme a la intención de la ley debe decirse, que es como si el esclavo hubiese sido nombrado directamente libre y único heredero, y el heredero no lo fuese: *perinde hebendum, ac si is servus solus liber et heres scriptus esset nec Titius heres esset*. El jurista equipara la situación del esclavo cuando su libertad depende del heredero del testador, semejante a cuando es nombrado único heredero y directamente libre.

En D. 29,1,13,4 (45 *ed.*), dice Ulpiano que si un militar hubiese dado la libertad en testamento a su esclavo, y le hubiese dejado por heredero fidicomisario de un primero y segundo herederos fiduciarios, si éstos mueren antes de adir la herencia, de acuerdo con un rescripto imperial, no se ha de juzgar que el militar murió intestado, sino que debe entenderse que directamente dejó al esclavo la libertad y la herencia, como fue su propia voluntad. El propio rescripto, respetando la *voluntas testatoris*, establece una equiparación entre la situación del esclavo manumitido en testamento y el esclavo fideicomisario al morir los herederos fiduciarios sin adir la herencia, sin que se haya producido ninguna ficción en estas situaciones.

Ulpiano en D. 38,4,1pr (14 *Sab.*) manifiesta que quien tenga dos o más descendientes legítimos bajo su potestad, si declara de quien de ellos quiere que sea un liberto que posee, si desaparece el que lo manumitió en vida o por testamento sea éste descendiente el único patrono, *perinde atque si ab eo eave libertatem consecutus consecutave est*, y que si alguno de estos descendientes hubiese desaparecido sin dejar descendencia, tengan todos los derechos los otros descendientes del que manumitió, *perinde omnia iura servantur ac si nihil de eo liberto... is parens significasset*. Se hace en el texto una doble equiparación, en primer lugar entre quien manumitió al ahora liber-

to y el descendiente designado para hacerlo su poseedor, y entre aquél y cualquiera de sus descendientes si desapareció sin descendencia el designado, equiparación esta última realizada mediante la expresión *perinde...ac* ¹².

Calistrato en D. 40,8,3 (3 *de cognit.*), afirma que el esclavo vendido para ser manumitido dentro de cierto plazo, al llegar el término para la manumisión, siempre que viva el vendedor y perservere en su propósito, se considera como si hubiese sido manumitido por quien debía hacerlo, pero si ya ha muerto el vendedor, dice un rescripto imperial que no debe indagarse la voluntad de sus herederos: *perinde haberi si ab eo a quo debuit manumitti, manumissus esset, mortum autem venditorem non esse heredum eius voluntatem explorandam*. El rescripto, cabe considerarlo como concedente de la manumisión del esclavo, por lo que las dos situaciones temporales de éste no resulta difícil asimilar.

Marciano y Modestino hacen referencia a la restitución en la ingenuidad, en los dos textos que siguen:

Los que han nacido esclavos se hacen libres de nacimiento *a posteriori* gracias a la intervención del derecho, como cuando un liberto ha sido restituido por el príncipe en la ingenuidad y se le restituye en el nacimiento en el que en un principio estaban todos los hombres y no en el suyo propio, dice Marciano en D. 40,11,2 (1 *inst.*) y afirma que el tal liberto, por lo que a todo el derecho se refiere, *perinde habetur, atque si ingenuus natus esset, nec petronus eius potest ad successionem venire. ideoque imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere nisi consentiente patrono*. El jurista equipara al liberto restituido en la ingenuidad por el príncipe con el consentimiento del patrono, con el nacido libre.

Esta misma posición defiende Modestino, D. 40,11,5,1 (7 *reg.*), cuando comenta: *libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur, atque si ingenuus factus medio tempore maculam servitutis non sustinuisset*. Se establece en el texto una equiparación entre el liberto restituido en la ingenuidad y el nacido libre siempre que luego no hubiese sufrido la mancha de la esclavitud.

12. Sobre el texto *vid.*, DESSERTAUX, *Contribution à l'Etude...*, cit., p. 446 n. 1; DEKKERS, *La Fiction Juridique...*, cit., p. 45.

– Sobre la dote tratan Tuberón, Ofilio, Terencio y Juliano, en textos donde aparecen las expresiones *perinde...ac* y *perinde...atque*:

Tuberón citado por Celso en D. 32,43 (15 *dig.*), hace una equiparación jurídica entre la cuantía de la dote acordada por los tutores de una hija de familia y la cantidad determinada por un hombre recto, al decidir que si *filiae pater dotem arbitratum tutorum dari iussisset Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitrato legatum sit*.

Ofilio, *ap.* Pomponio D. 24,3,18,1 (16 *Sab.*), comenta que si se pierde un objeto dotal por dolo del marido, que ya era insolvente, aunque no lo fuera por su dolo, debe ser condenado por la cosa dotal respecto a la que incurrió en dolo *perinde tamen eum damnandum eius dei dotalis nomine in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset quo minus faceret possit*, donde se hace una equiparación entre el marido insolvente por su dolo y el que no lo fuera por el mismo motivo, sin que nunca entrase en juego una ficción.

En D. 31,53, (4 *ad leg. Iul. et Pap.*), Terencio presenta un texto donde con carácter dubitativo compara con la expresión *perinde ac*, sobre si debe pagar íntegramente los legados, en lugar de dote, tan sólo el heredero contra el que se dé la acción de dote, igual que cuando pagan la dote todos los herederos, o debe computarse la dote entera como una deuda de la herencia.

En D. 23,4,23 (7 *quaest.*), Africano presenta un texto de Juliano: Un padre al dar la dote en nombre de su hija, pactó que si moría ella dejando a uno o más hijos, se deduciría una tercera parte y se le restituiría lo restante. Muertos el padre y la hija durante el matrimonio, preguntan los herederos si tienen derecho a las dos terceras partes de la dote, para lo que Juliano compara el supuesto con el de dar algo si vuelve la nave de Asia, que en el caso de hacerlo después de muerto el estipulante se deberá al heredero. Con la expresión *perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset*, establece una equiparación entre lo pactado por el padre con respecto a la dote de la hija con lo pactado diciendo: ¿si hubiese venido la nave de Asia, me prometes darme a mi, o a Lucio Ticio después de mi muerte?, en cuyo caso si volviese la nave después de la muerte del que estipuló, se deberá al heredero.

– A la tutela hacen referencia Gayo y Ulpiano en los textos que siguen:

Sobre la tutela comenta Gayo en D. 27,6,10 (4 *ed. prov.*), que si en un acto determinado intervino con su autoridad un falso tutor, y pasara el tiempo de la acción o la cosa fuese usucapida, debe sufrir todos los inconvenientes *perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset*, deduciéndose del contenido del texto una equiparación entre la responsabilidad del falso tutor que actúa con su autoridad y la del verdadero tutor si en aquel acto y momento hubiese intervenido también con su *auctoritas*.

Comenta Ulpiano en D. 27,8,1,2 (36 *ed.*) que de acuerdo con un rescripto imperial, los magistrados que comunican el nombre de un tutor al gobernador no se entiende que lo nombran, sino tan sólo si incurren en engaño al comunicar una falsedad por favorecer a alguien o por soborno, estableciéndose mediante la expresión *perindae...atque* una equiparación entre la situación de los tutores propuestos por los magistrados al gobernador, y los tutores nombrados sin determinados defectos y diferencias.

– Son numerosos los textos que tratan de herencia, donde aparecen equiparaciones analógicas:

Licinio Rufino recurre a lo establecido por Aquilio Galo a la hora de decidir sobre el supuesto que presenta en D. 28,5,75 (74) (2 *reg.*), donde afirma que el heredero instituido con determinadas excepciones, de acuerdo con el derecho civil será lo mismo que si hubiese sido instituido sin determinación alguna: *perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset*; estableciéndose así una clara equiparación entre el heredero universal y el instituido con excepciones ¹³.

Si uno hubiese nombrado herederos atribuyéndoles partes de dos fundos, dice Sabino *ap. Paulo*, D. 28,5,10 (1 *Sab.*), que se considerará como si los hubiese nombrado sin atribución de partes, por la

13. Vid. DOS SANTOS, *A fictio iuris...*, pp. 187-189, 193-195; BIANCHI, *Fictio Iuris. Ricerche...*, cit., p. 440 y ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto Romano II*, Firenze, 1908, p. 441 n. 2; CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto...*, p. 722; BIONDI, *SucceSSIONE Testamentaria...*, p. 230 e *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 689; SCHULZ, *Derecho romano...*, pp. 245 y s.; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato romano*, Roma, 1961, p. 754; BURDESE, *Manuale di diritto privato...*, p. 763; PALMIERI, *Istituzione di Erede*, p. 271; VOCI, *Diritto Ereditario...*, p. 105; SCIACIA, *Un Aspetto da Numeracão...*, pp. 343 y s.

dificultad de determinar el valor de los terrenos de cada uno de los fundos, por lo que el jurista se remite a lo *quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundo nec partes nominasset*, estableciendo así una equiparación de situaciones entre herederos con atribución y no atribución de partes ¹⁴.

El jurista Neracio, D. 5,3,57 (7 *memb.*), encomienda al juez la solución sobre la equiparación jurídica que con la frase *perinde ei hereditatem restituit, atque oporteret* se plantea en el texto, en relación con una persona que defiende contra dos una misma herencia y se falla a favor de una de éstas, comparando su actual situación con la de la otra que fue parte con ella en el litigio.

Juliano en D. 28,5,37,1 (29 *dig*) dice que las palabras «Publio, Marco, y Gayo, sustitutos entre sí, sean mis herederos» han de interpretarse como si se hubiese escrito: «aquél, aquél y aquél sean herederos y sustitutos», puesto que parece que el testador abreviadamente instituyó herederos y los sustituyó entre sí. El jurista con la frase *perinde ac si ita scripsisset*, establece una equiparación jurídica entre los herederos y los sustitutos y no una ficción, al no existir formulación de un principio de derecho al ser el pronombre aquél sustitutivo de cada uno de los herederos y sustitutos.

En D. 34,8,1 (78 *dig.*) comenta Juliano que cuando el que escribe el testamento se nombra heredero o deja un legado para sí mismo, o si deja al heredero igual parte que éste dejase al testador en su testamento, *ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuisset*, equiparándose así jurídicamente el comportamiento de la persona indigna con el pago que merece ¹⁵.

14. En relación con este texto, véase DOS SANTOS, *A fictio iuris...*, pp. 191, y ss.; BESELER, *Miscellen*, SZ, 43 (1922); CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, *Studi Bonfante III*, Milano, 1930, pp. 722 y s.; BIONDI, *Successione Testamentaria e Donazione*, Milano, 1943, p. 229 n. 1; GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites...*, p. 322; KASER, *Römisches Privatrecht*, Munich, Berlín, 1965, p. 255. Consideran como una ficción la respuesta de Sabino: SCIACIA, «Um Aspetto da Numeracão de Herdeiro em Objecto Determinado Segundo o Direito Romano», *RFDSP*, 47 (1952), p. 341, 344, 352 y ss.; VOCI, «Diritto Ereditario Erede», *NNDI*, 9 (1963), pp. 270 y s.; BURDESE, *Manuale di diritto Privato Romano*, Torino, 1964, p. 763.

15. BIANCHI, en *Fictio Iuris. Ricerche...*, p. 465 n. 105, hace una breve referencia a este texto.

En D. 30,84,10 (33 *dig.*) dice Juliano que en el fundo dejado al heredero con los esclavos que están dentro del mismo, también se incluye entre ellos la esclava que se hallaba fugitiva, que se consideraba como si estuviese en el fundo en el momento de morir el testador y al hijo nacido de ella como si lo hubiese tenido en el fundo. El jurista con la expresión *perinde habetur ac* considera a la esclava legada y fugitiva como si estuviera en el fundo al producirse la muerte del testador, y con la frase *perinde legato cedat, ac si* equipara al hijo de la esclava con los esclavos que se encontraban en el fundo.

Se pregunta Africano, D. 46,8,24,1 (5 *quaest.*), si se puede ratificar después de haber muerto o enloquecido el que hubiese solicitado la posesión de los bienes hereditarios, pues si debe ser tenido como si hubiese solicitado la posesión por mediación de otro cuando la ratificó, no puede ratificarse en esos casos, ni tampoco cuando el otro se arrepiente de haberla solicitado, es mejor que ninguna de estas dos causas impida la ratificación. Se establece en el texto una comparación entre las diferentes situaciones por quien debía solicitar y ratificar la posesión de los bienes hereditarios, mediante el término *perinde...ac*.

Si los dos herederos instituidos rechazan la herencia que se les dejó en testamento y la poseen *abintestato* de acuerdo con el derecho pretorio, dice Gayo, D. 29,4,18pr. (*ed. 2 de testamentis*), *perinde habetur atque si ex testamento hereditatem adisset, pro partibus in singulos competit actio*, estableciéndose una equiparación entre el heredero testamentario y el heredero *abintestato*, sin que exista ficción alguna que tienda a modificar el *status* jurídico de ninguno de los herederos.

Marciano, D. 29,2,52pr. (4 *inst.*), comenta que si fuese instituido heredero un hijo de familia que estaba bajo la patria potestad de un loco, un rescripto imperial dispone, para que, si el hijo de familia llevaba a cabo la adicción de la herencia, *perinde habeatur atque si paterfamilias adisset, permisitque ei et servus hereditatis manumittere*, texto donde se equipara jurídicamente la actuación del padre de familia a la hora de adir la herencia, con la del hijo instituido heredero.

En D. 36,1,43 (20 *ed.*) dice Paulo que con nuestro consentimiento o ratificación se puede hacer la restitución de la herencia a nuestro

esclavo, *quis perinde est, atque si mi restituto esset hereditas*, equiparando así al esclavo autorizado con su propio dueño en cuanto a la restitución de la herencia se refiere, sin necesidad de utilizar fórmula ficticia alguna.

– Tres textos referentes al testamento presentan Alfeno, Escévola y Paulo:

Alfeno en D. 34,8,2 (5 *dig.*), presenta una equiparación de supuestos cuando compara lo ininteligible de un testamento con lo no escrito, dándole validez al resto, al afirmar: *quae in testamento scripta essent neque intelligerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent*. Con la expresión *perinde...ac* se establece una equiparación analógica, pero no se pone en juego una ficción ¹⁶.

Escévola en D. 50,17,73,3 (*Q. Muc. Scaev. Horoi.*), equipara lo escrito en un testamento de forma ininteligible con lo no escrito: *quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non esset* ¹⁷.

Si un hijo emancipado es instituido y otro preterido y ambos obtienen la posesión contra testamento, tanto uno como otro deberán cumplir los legados, pero si el único heredero testamentario obtiene la posesión contra testamento, opina Paulo en D. 37,5,15,1 (41 *ed.*) *omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset here-*

16. Vid. BIANCHI, *Fictio Iuris. Ricerche...*, pp. 464 y ss.

17. BIANCHI en *Fictio Iuris. Ricerche...*, pp. 464 y ss. hace un estudio comparativo de este texto con D. 34,8,2 (*Alf. 5 dig.*). Se trata de dos textos con la siguiente geminación: *perinde sunt ac si scripta non essent*. Este autor comenta el pasaje y lo considera como un ejemplo de ficción jurisprudencial. Véase además a TODESCAN, *Diritto e Realtà. Storia e Teoria della fictio iuris*, Padova, 1979, p. 62; BUND, *Die Fiktion «pro non scripto habentur» als Beispiel fiktionsheurirkletter «Interpretatio»* Festgabe für von Lubtow (1970), p. 354; KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke, Studi in onore de P. Bonfante 2*, Milano 1930, pp. 301 y ss.; SCHERILLO, «Note critiche su opere della giurisprudenza romana», *IURA*, 4 (1953), pp. 180 y ss.; STEIN, *Regulae Iuri From juristic rules to legal maxims*, Edimburgh, 1966, pp. 36 y ss.; WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, p. 115; SCHMIDLIN, «Honori pithana un regulae. Zum Sinflug der Rhetorik und dialektik», *ANRW*, 2, 15 (1976) p. 106 y ss.; BRETONI, *Storia del diritto romano*, Bari, 1991, p. 185.

ditatem, estableciéndose así una equiparación jurídica entre el heredero instituido que obtiene la posesión contra testamento que debe cumplir todos los legados y quien hace adición de la herencia.

– Juliano, Marciano y Ulpiano, comentan tres textos relacionados con la condición:

Dice Juliano, D. 35,1,24 (55 *dig.*), *iure civile receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem implere, fit quo minus impleatur ut perinde habentur, ac si impleta condicio fuisset*, haciéndose equivalar la negación del cumplimiento de la condición por quien esta obligado a darse por cumplida, produciéndose por tanto una equiparación jurídica entre el supuesto de impedimento a la realización de la condición y su efectivo cumplimiento, sin que presuponga ficción alguna ¹⁸.

Las condiciones que van contra los edictos de los emperadores, contra las leyes o contra lo que tiene fuerza de ley escrita, las que van contra las buenas costumbres, las que son ridículas o son de las que rechazaron los pretores, opina Marciano D. 28,7,14 (4 *inst.*), que se tienen por no escritas, adquiriéndose la herencia o el legado como si no se hubiese añadido condición alguna: *pro non scriptis habentur, et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiuncta non esset, capitur hereditas legatumve*; donde mediante la expresión *perinde, ac* se equipara analógicamente las condiciones contrarias a la normativa legalmente establecida con las condiciones no escritas ¹⁹.

Opina Ulpiano, D. 50,17,161 (77 *ed.*), que está admitido en derecho civil que siempre que el interesado en que no se cumpla una condición haga que ésta no se cumpla, *perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset*. En el texto, donde no existe ninguna fórmula ficticia, se establece una equiparación jurídica entre el

18. Véase DOS SANTOS, *A fictio iuris*, pp. 223 y s.; BIANCHI, *Fictio Iuris. Ricerche...*, pp. 456 y ss. Hacen referencia a las interpolaciones en este texto, BUND, *Untersuchungem zur Methode...*, p. 165 n. 50; ROBBE, «La «Fictio Iuris» e la Finzione di Adempimento della condizione nel diritto romano», *Scritti Pugliatti IV*, Milano, 1987, p. 673 n. 89.

19. *Vid.* DOS SANTOS, *A fictio iuris...*, p. 212; BUND, *Die Fiktion "pro non scripto habentur..."*, pp. 366 y s.

supuesto de impedimento a la realización de la condición y su efectivo cumplimiento ²⁰.

– Juliano hace referencia al codicilo en tres textos donde figura el término *perinde...ac*:

Juliano en D. 29,7,2,2 (37 *dig.*) equipara el derecho del codicilo, en cuanto a lo que en el mismo se escribe, al del testamento, cuando afirma que *codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his est scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent* ²¹.

El padre de familia que puede hacer testamento hace un codicilo, dice Juliano, D. 29,7,3pr. (39 *dig.*), debe considerarse como si fueran herederos suyos todos aquéllos que van a adquirir la herencia legítima o la posesión de los bienes hereditarios: *quia pater familias, qui testamenti factionem habet et codicillos faceret perinde haberi debet, ac si omnes heredes eius essent ad quos legitima ius hereditas vel bonorum possessio perventura esset*. En el texto se realiza una extensión analógica al considerarse como herederos a todos los que van a adquirir la herencia ²².

20. BIANCHI, *Fictio Iuris. Ricerche...*, pp. 456 y ss., hace un estudio paralelo de este texto con D. 35, 1,24 (*Iul. 55 dig*) expuesto a continuación. Son muchos los autores que tratan D. 50,17,161 (*Ulp. 77 ed.*). Entre ellos destacan, VASALLI, «Dies vel condicio», *BIDR*, 27 (1914), p. 194 n. 1; RICCOBONO, *L'arbitrium boni viri vei fedecommissi*, *Melanges de Droit romain de dies a Georges Cornil* 2, París, 1926, p. 341; GROSSO, «Contributo allo studio dell'adempimento della condizione», *Memorie Dell'Istituto Giuridico dell'Università Di Torino*, Seire II, Memoria VI, Torino 1930, p. 56 y s., GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites...*, pp. 335 y ss.; BIONDI, *Successione Testamentaria...*, pp. 537 y s.; THOMAS, «Fictions Satisfactio and Conditional Sales in Roman Law», *The Irish. Jurist.* 1, 1966; ROBBE, *La hereditas iacet e il significato della «hereditas in diritto romano»*, I, Messina, 1975, DOS SANTOS, *A fictio iuris...*, p. 230.

21. Para un detenido estudio del texto, *vid.* DOS SANTOS, *A Fictio Iuris...*, pp. 204 y ss.; DE RUGGIERO, «Finzione legale», *DPDP III*, Milano, 1923, p. 187; GUARINO «Isidoro di Siviglia e l'Origine dei codicili», *SDHI*, 10 (1944), p. 329; BESELLER, *Miscellen*, *cit.*, p. 472 y s.; KRELLER, «Literatur», *SZ*, 47 (1927), p. 438; BUND, *Untersuchungen zur Methode...*, p. 171; BIONDI, *Successione Testamentaria...*, p. 617; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto Privato...*, p. 785; BURDESE, *Manuale di Diritto Privato...*, p. 822; VOGLI, *Diritto ereditario...*, p. 596.

22. BUND, *Untersuchungen zur Methode...*, considera este texto como un claro ejemplo de ficción jurisprudencial. *Vid.* n. 6 y DOS SANTOS, *A fictio iuris...*, p. 228 n. 7.

En el párrafo siguiente al comentado, D. h. t. 3,1, dice Juliano que si después de hecho el codicilo nace uno que es agnado próximo o heredero por derecho propio, *fideicommissum praestari debet. intellegitur enim is quoque heres scriptus et ideo non perinde habendus est ac si rupisset os codicillos*, equiparándose así los derechos del agnado próximo a los derechos del heredero instituido.

– En relación con los legados, Alfeno, Javoleno, Valens, Juliano, Pomponio, Ulpiano y Paulo, presentan varios textos:

El jurista Alfeno, D. 33,2,40 (8 *dig.*), dice: *illi cum illo habitationem lego perinde est, ac si ita «illi et illi», legasset*, donde nos presenta una asimilación de situaciones al comparar el legado de habitación a tal persona con tal otra con el legado a tal y cual persona.

Labeón *ap.* Javoleno, D. 33,2,41 (2 *post Lab.*), con la expresión *perinde...ac* establece una analogía entre dos situaciones jurídicas al afirmar que cuando se legó diciendo doy y lego a Publio Mevio los frutos anuales del fundo Corneliano, debe entenderse que de ese modo se legó el usufructo del fundo, pues ésa parece haber sido la intención del testador, equiparando así el legado de los frutos anuales con el legado de usufructo ²³.

Si se lega con efecto real pura y simplemente, y sin esperar más se obliga al heredero con un legado o fideicomiso condicional, dice Valens, D. 35,1,89 (1 *de fideic.*), que es como si por la segunda declaración se legase lo mismo, por lo que el legatario puede reivindicar desde el primer momento la cosa legada con efecto real, o, si se cumple la condición puede reclamar la obligación impuesta al heredero; a no ser que el segundo legado se haya hecho con mención al anterior. Con el término *perinde...ac*, se origina una asimilación de situaciones del heredero cuando lega con efecto real pura y simplemente y cuando queda obligado a un legado condicional.

En D. 34,4,10pr. (37 *dig.*) dice Juliano que si se revoca bajo condición un legado que se dio a Ticio pura y simplemente, y Ticio muriese pendiente la condición, aunque ésta se haya frustrado, sin embargo, el legado no pertenecerá a los herederos de Ticio, puesto que el

23. Texto geminado con D. 7,1,20 (18 *Sab.*) en *fructus annuos fundi Cornelianii... «Mevio do lego», perinde...ac si usus fructus fundi. Vid. infra p. 106*

legado que se revoca bajo condición es como si se hubiese dado bajo la condición contraria y entonces no puede adquirirse antes de que se cumpla esta condición contraria, estableciéndose por *perinde...ac* una equiparación jurídica entre el legado que se revoca bajo condición y el legado que no puede adquirirse antes de que se cumpla la condición contraria.

Comenta Juliano, D. 30,81,7 (32 *dig.*) que si un padre de familia lega a Ticio a cargo de su hijo impúber un fundo, y también a Ticio el mismo fundo a cargo del sustituto pupilar, y el pupilo llegase a ser heredero del padre; tanto si Ticio hubiese reclamado o repudiado el legado, no podrá reclamarlo del sustituto, aunque el hijo muriese impúber, pues cuando se reitera un legado a cargo del sustituto es como si se hubiese repetido el legado. Equiparación jurídica entre ambas situaciones de un legado que aparece en el texto mediante la frase *perinde habendum est ac si repetita legata essent*.

Afirma Juliano en D. 35,1,106 (5 *dig.*) que el legado del tipo «si ella no se casara con Ticio», ha de entenderse hecho para después de morir Ticio, por lo que la legataria no puede adquirir el legado ni interponiendo la garantía muciana ni casándose con otro. En el texto, mediante el término *perinde...ac*, se equiparan dos situaciones temporales, antes y después de la muerte de Ticio, sin que se finja la muerte de éste.

Pomponio, D.7,8,16pr. (5 *Sab.*), en relación con los instrumentos en el fundo legado y su utilización por el legatario, dice: *si ita legatus esset usus fundi, ut intructus esset, earum rerum, quae instrumento fundi essent, perinde ad legatarium usus pertinet ac si nominatim ei earum rerum usus legatus fuisset*, de donde se deduce una equiparación entre la utilización de los instrumentos habidos en el fundo legado por parte del legatario de éste y el uso de dichos útiles por el legatario de cada uno de ellos.

Ulpiano, D. 7,1,20 (18 *Sab.*), establece una equiparación jurídica entre los términos «doy y lego a Cayo Mevio los frutos anuales del fundo Corneliano» y el legado de usufructo, cuando afirma *si quis ita legaverit: fructus annuos fundi Corneliani Gaio Mevio do lego*», *perinde accipi debet hic sermo, ac si usus fructus fundi esset legatus* ²⁴.

24. *Vid. supra*, p. 104.

En D. 40,5,6 (60 *ed.*), Paulo, presenta una equiparación entre el legatario de diez mil sestericios al que se ruega que compre y manumita un esclavo, para lo que encuentra dificultades para ello por la reducción de la ley Falcidia y las discrepancias de si debe quedarse con las tres cuartas partes de la cantidad legada y no se le debe obligar a comprar, y quienes opinan que el legatario debe comprar y manumitir el esclavo como se comprometió y el mismo legatario que *cogendus tota dece praestare, perinde atque si adiecisset testator, ut integra praetentur*.

– En cuanto al fideicomiso y a su cumplimiento, dice el jurista Papiniano en D. 31,67, 1 (19 *quaest.*), con referencia al párrafo precedente sobre como un heredero está obligado a dejar para cuando muera, una persona de la familia del testador para cumplir el fideicomiso que se le encargó, afirma que cuando se trata de la ley Falcidia *perinde omnia servabuntur ac*, es como si ya en el primer testamento se hubiese dejado el fideicomiso nominalmente al elegido con posterioridad, dándose así una equiparación entre las situaciones de cuando el heredero ha de elegir a un familiar del testador para tener en cuenta el fideicomiso en su propio testamento y cuando se encuentra el fideicomisario en el primer testamento.

– Meciano, Marciano y Ulpiano tratan de la manumisión fideicomisaria en los textos que siguen a continuación:

Sobre la manumisión testamentaria bajo condición escribe Meciano en D. 40,4,55,2 (2 *fideic.*), diferenciando entre cuando se trata de esclavos de la herencia o del heredero y cuando los esclavos son ajenos, y que el heredero debe comprar para poder manumitir, *si quidem eo casu iniquum erit heredem, perinde compelli debere redimere eos atque si condicio impleta esset*, porque el dueño de estos esclavos impidiera el cumplimiento de la condición, para poder cobrar el precio de redención, sin necesidad de gastar nada en cumplir la condición. Se establece una comparación entre las diferentes situaciones entre el heredero que debe adquirir los esclavos para su manumisión, y el dueño de ellos que se limita a cobrar el precio de los mismos sin descuento alguno.

Cualquier persona que deba un fideicomiso de libertad, si se declara que está ausente, dice Marciano en D. 40,5,51,4 (7 *inst.*) que se considera como si el esclavo se hubiese manumitido conveniente-

mente en virtud del fideicomiso; contenido del que mediante la expresión *perinde...atque*, se deduce una equiparación del esclavo manumitido por fideicomiso sin obstáculo alguno y el esclavo que tuvo dificultades para conseguir su libertad, por ausencia de la persona que había de manumitirlo.

En D.h.t.51,6, Marciano presenta un texto idéntico al comentado y del que puede obtenerse la misma equiparación.

Si uno de los que debía manumitir muere sin sucesor y otro está ausente por causa justificada, dice Ulpiano, D. 40,5,30,13 (5 *de fideic.*), que un rescripto imperial afirma que *perinde dicentium eum ad libertatem perventerum, ac si eo sine successore decessit et ab eo qui et iusta causa abesset ad libertatem ut oportuit perductus esset*. Existe una evidente asimilación entre ambas situaciones del esclavo, antes y después del rescripto imperial.

Si quienes deben cumplir un fideicomiso de libertad están unos presentes, otros ausentes por causa justificada y otros no se presentan, dice Ulpiano, D. 40,5,1 (14 *ed.*), que se hará libre aquél a quien se ha dejado la libertad por fideicomiso, *perinde is cui fideicommissaria libertas relecta est liber erit, atque si soli, qui adeset et qui es iusta causa abesset, rogati essent: para ergo latitantis his proficit*, originándose una equiparación entre el manumitido en un fideicomiso de libertad cuando están presentes todos los que han de cumplir el fideicomiso y cuando no se presentan quienes pueden hacerlo y sin causa alguna no lo hacen, puesto que la parte de los que no se presentan acrece a la de aquéllos que acuden.

Cuando son varios los herederos a los que se encomendó la manumisión fideicomisaria, dice Ulpiano, D. 40,5,28,3 (5 *de fideic.*), que si se decreta como justificada la ausencia de algunos de ellos, el esclavo será liberto de éstos y de los que comparecen sin demorar la manumisión encomendada, *perinde libertus erit atque si soli rogati ad iustam libertatem perduxissent*, equiparándose así la situación del esclavo en presencia de la totalidad de herederos que habían de concederle la manumisión fideicomisaria, y cuando no asisten quienes voluntariamente no quieren hacerlo.

Ulpiano, D. 40,5,26pr. (5 *de fideic.*), afirma que a fin de que no se perjudique la condición del fideicomiso de libertad, para el caso de

que muera quien debe manumitir al esclavo, sin concederle la libertad, establecen las constituciones que se deben tener al esclavo como si hubiese sido manumitido por él, aunque el testador también podía haberle dado la libertad directamente en su testamento. Con la frase *perinde eum habendum constitutum est, atque si* se establece una equiparación entre la situación del esclavo en vida de quien debía manumitirlo y la sobrevenida después de su muerte, con la intervención de las constituciones.

Si un tutor no quiere dar su autoridad a su pupilo para que conceda la manumisión a un esclavo, dice Ulpiano en D. 40,5,30,3 (5 *de fideic.*) que no debe ser esto impedimento ni para que el pupilo tenga derecho de patronato sobre los libertos, ni para que el esclavo alcance la libertad de acuerdo con un rescripto imperial, *ex causa fideicommissi libertatem praestari debere servo, perinde atque si ab ipso pupillo tutore auctore manumissus esset*, originándose en el texto una equiparación entre el pupilo no autorizado por su tutor para manumitir un esclavo y el pupilo que cuenta con dicha autoridad, pudiendo en ambos casos conseguir la libertad el esclavo.

– Con referencia a la donación se comenta en el siguiente texto:

Lo donado por un hijo de familia con la autorización o consentimiento del padre de familia, dice Pomponio en D. 39,5,9,2 (33 *Sab.*), *perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones*, donde el jurista equipara jurídicamente las facultades de donante del hijo de familia autorizado por su padre, con las del propio padre de familia.