

AESTIMATIO DOTIS*

SUMARIO: I. Orígenes. Planteamiento doctrinal del problema. Nuestra postura.—II. La *aestimatio dotis* es fundamentalmente 'optiva'.—III. La *optio mulieris* puede alterarse por *pactum*.—IV. Otros casos en que desaparece la opción de la mujer.—V. *Aestimatio venditionis causa*: concepción justinianea.—VI. El problema de la evicción en la *aestimatio dotis*.—VII. Conclusiones.

I

Es difícil empeño pretender fijar el primitivo significado de los términos *aestimare*, *aestimatio*, de tan amplia y variada aplicación en las fuentes jurídicas y literarias¹; mas después de un detenido análisis creemos poder llegar a la conclusión de que el significado originario de los mismos está en el sentido de "establecer el valor de una cosa" y, con posterioridad a la aparición de la moneda, "fijar el precio"². En consecuencia, es muy probable que la *aesti-*

* Para este trabajo obtuve la ayuda del "Consejo Superior de Investigaciones Científicas" en su "Instituto Jurídico Español" en Roma.

1. Vid. la pluralidad de significados que aportan los principales diccionarios ante estas voces, especialmente: DIRKSEN, *Manuale latinatis fontium* (Berlín, 1837), p. 48-49; GEORGES, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch aus den Quellen zusammengetragen* I (Leipzig, 1879), p. 191-192; HEUMANN, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Jena, 1891), p. 23, y *Thesaurus linguae latinae*, I, 5 (Leipzig, 1903), p. 1092-1095; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire des mots* (Paris, 1951), p. 23.

Por la precisión y claridad en la valoración etimológica de estos vocablos creemos de interés trasladar aquí, en resumen, las conclusiones de DIRKSEN (supra cit.), quien concreta así los principales significados de *aestimare*: 1. *Pretium rei explorare* (sinónimo de *computare*, *aestimationem facere*, *taxare*); 2. *Indicare*, *arbitrari* (sinónimo de *cognoscere*); 3. *Existimare* (sinónimo de *putare*). Sobre *aestimatio* establece el siguiente orden de significados: 1. *Taxatio pretii, vel mensurae, vel qualitatis rerum. Pretium ipsum*; 2. *Arbitraria cognitio*; 3. *Existimatio, fama* (sinónima a *opinio*).

2. Por ello nos parece ciertamente viable la suposición de HAVER (*MSL* 6, 18) cit. por ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire*, cit. s. v. "Aes", p. 22, suposición consistente en considerar "*aestumo*" (= *acstimo*) un denomina-

matio sea un término nacido dentro del campo jurídico. Ahora bien, ¿en qué tipo de relación jurídica surgió por primera vez? Las fuentes hacen mención de variadisimos tipos de *aestimatio*, y así encontramos, entre otros, una *aestimatio census, litis, poenae, multae, possessionis, dotis*. Además, aparece en las fuentes un contrato, de perfiles no bien definidos, que los juristas romanos denominaron *aestimatum*³. Sólo un estudio profundo de cada una de

tivo de "*ais-temos*": "*celui qui coupe le bronze*", suposición que parece concordar con la expresión jurídica "*per acs et libram expendere atque aestimare*"; con lo que la significación objetiva de *aestimatio* como valor real de una cosa se remontaría a una época anterior al dinero amonedado.

Por otro lado, puede también encontrarse en las fuentes literarias el sentido de *aestimatio* como fijación del precio; así, entre otras: Varrón, *De ling. lat.* 5, 177 (cfr. ed. Publ. Fac. des Lett. Strasbourg. text., trad., anot. J. Collart (París, 1954): "*pretium, quod emptionis aestimationisve causa constituitur...*"; Cicerón, *In C. Verrem* 3, 83 (cfr. ed. Peterson, Oxford, reed. 1948); "*Ideo valet ista ratio aestimationis in Asia, valet in Hispania, valet in iis provinciis in quibus unum pretium frumentum esse non solet*"; *De fin.* 3, 34 (cfr. ed. Martha, les Belles Lettres, París, 1961): "*Sed ea aestimatio genere valet, non magnitudine. Nam cum aestimatio, quae ἀξιία dicitur, neque in bonis numerata sit nec rursus in malis, quantumquaque eo addideris, in suo genere manebit*"; Pseudo-Asconio, *In Act. II in C. Verrem* I, párr. 95 (cfr. *M. Tullii Cicronis Opera quae supersunt omnia ac deperditorum fragmenta*, ed. Io. Casp. Orellius V-2 (Turici, 1833), p. 185): "*... pretium quae aestimatio dicebatur*"; Livio, 7, 21, 8: (cfr. Livy, III ed. Foster, Londres-Cambridge (EU) 1960): "*... aut aestimatio aequis rerum pretiis liberavit...*"; Séneca, *epist. a Lucil.* 66, 11 (cfr. ed. Prechac, París, 1963): "*... et ideo non eodem pretio aestimantur*"; Tácito, *Ann.* 1, 17 (cfr. ed. Fisher, Oxford reed. 1959): "*... saepius aestimare pretium, nomina, fructus, damnum*".

3. Entre la principal bibliografía del contrato estimatorio COVIELLO, *Del contratto estimatorio* en *Riv. it. sc. giur.* 15 (1893), p. 363-419 y 16 (1893), p. 3-38; LEONHARD, *Aestimatorius contractus*, en *RE* Pauly Wissowa I, 1 (Stuttgart, 1893), p. 691-692; DE MEDIO, *Il 'contractus aestimatorius'* (Messina, 1900); THALLER, *A propos du contrat estimatoire*, en *Mélanges Ch. Appleton* (Lyon-París, 1903), p. 637-655; MARWEGE, *Der contractus aestimatorius nach römischen und heutigen Recht unter besonderer Berücksichtigung des buchändlerischen Konditionsvertrages* (Rostock, 1904); SRAFFA, *Contratto estimatorio* en *Dizionario pratico del Diritto privato* (dir. por Scialoja-Bonfante) II (Milán s. f.), p. 454-456; PALAZZO, *Il contratto estimatorio*, *A. G.* 74 (1905), p. 159-166; DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I (Pavía, 1913), p. 85 ss.; BU-

estas variantes de la *aestimatio* y un detenido examen comparativo después, podrá aclarar algunos de los muchos problemas que ahora restan en pie, entre ellos, el mencionado de los orígenes y, en especial, el de llegar a saber si la *aestimatio* tiene una naturaleza unitaria en su aplicación a los diversos campos jurídicos donde aparece o si, por el contrario, resulta un instituto del todo diverso según el campo en el que opere.

Ya dentro del campo concreto de la *aestimatio dotis* —tema al que nos limitamos en este trabajo— el problema de orígenes parece tener más clara solución, si bien la doctrina no está de total acuerdo sobre la misma.

La argumentación histórica, tradicional, que encuentra cierto apoyo en las fuentes, señala que la *aestimatio dotis* aún no sería conocida en los tiempos de Mucius Scaevola, en los que el marido era propietario de los bienes dotales de los que no debía responder, y será Servius Sulpicius Rufus quien haga ver la iniquidad de tal situación que comenzó a sentirse desde el divorcio de Spurio Carvilio Ruga (231 a. C.)⁴. La reforma de Servio consiste en atribuir

CKLAND, *Aestimatum* en *Melanges Cornil*, I (Paris, 1926), p. 137-146; DE PELSMÆKER, *Notas sobre el 'Aestimatum'* en *Anales de la Universidad Hispalense* (Sevilla, 1939), p. 143-158; y últimamente PEZZANA, *Aestimatum* en *Noviss. Dig. It.* I-1 (Turín, 1957), p. 355-356.

Es interesante observar las menciones al *aestimatum* en las fuentes literarias, especialmente en Plauto: *Mercator*, 86-96 y *Captivis*, V, 14-22 y 33; XIII, 4 y 5. Vid. BERCENAU, *La vente consensuelle dans les Comédies de Plaute* (Paris, 1907), p. 72 ss.

4. A este propósito, MADONIA, *Dello svolgimento storico del Diritto dotale preso i romani*, en *Circolo Giuridico*, 10, 1 (1879), p. 47 supone que el divorcio de S. Carvilio no fue el primero sucedido en Roma, a pesar del testimonio de Aulo Gellio (IV, 3), sino el primero sucedido por causa de esterilidad (y quizá esto quisiera decir Aulo Gellio especialmente en XVIII, 21), lo que explica la celebridad de este divorcio, a partir del cual se hizo frecuente la costumbre de asegurar por medio de cauciones dotales la restitución de la dote en caso de divorcio arbitrario. En este sentido también BRINI, *Matrimonio e divorzio nel Diritto romano*. II *Il primo divorzio nel Diritto romano* (Bologna, 1888) y FULCI, *Il divorzio nella prima epoca del Diritto romano* en *A. G.* 53 (1894), p. 229-256. Aún hoy, la mejor exposición de los textos de Gellio cit. y la más viable explicación del divorcio Carviliano en SOLAZZI, *La restituzione della dote nel Diritto romano* (Città di Castello, 1899), p. 117 ss. Para SOLAZZI—siguiendo en parte a BRINI cit.—

una especial responsabilidad al marido sobre las cosas dotales: *In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait* (D. 24.3.66.pr. Jav. 6 *ex post. Lab.*). Un grado más de responsabilidad del marido se consigue a través de la *aestimatio dotis*: el *periculum* de las cosas dotales estimadas. El momento histórico de la aparición de la *aestimatio dotis* puede, quizá, fijarse entre Servio Sulpicio Rufo y Labeón, pues son de este jurista, como veremos, las primeras referencias a la estimación de los bienes dotales.

Desde otro punto de vista, respecto al primer tipo de *aestimatio dotis*, la doctrina no ha estado de acuerdo, pues mientras algunos autores señalan como originario tipo de *aestimatio dotis* el pacto de restitución del *idem genus*⁵, otros establecen como el primer tipo de *aestimatio dotis* la simple estimación de las cosas dotales construida ya como compraventa⁶.

Por lo anteriormente dicho puede apreciarse cómo el planteamiento doctrinal sobre el problema de la *aestimatio dotis* se ha venido presentando desde un punto de vista prácticamente unitario: ¿Fue la *aestimatio dotis* considerada como una *venditio* por los juristas clásicos? Es de tener en cuenta que este enfoque ha resultado un tanto obligado para los autores que al enfrentarse con las fuentes han encontrado como cuestión fundamental la valoración o no como *venditio* de la *aestimatio dotis*. Las contradicciones de las fuentes en esta materia, al dar o negar el carácter

el de S. Carvilio fue el primer *divortium*, la primera disolución de matrimonio *sine manu* (no repudio de la mujer en un matrimonio *cum manu*) después de la cual la separación voluntaria del cónyuge libre tendría configuración positiva jurídica y, más precisamente, patrimonial (cfr. op. cit. p. 120). Sobre la influencia del divorcio Carviliano en la reforma dotal de Servio, vid. ARNO, *Il nuovo regime dotale serviano*, en *Studi in On. di P. Bonfante*, I (Milán, 1930), p. 83-102.

5. Así ya BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (Erlangen, 1867), p. 212 ss.; últimamente AYITER, *Aestimatio dotis e compra-vendita come concetti di interpretazione tra i giuristi classici*, en *Estratti degli Annali dell'Università di Ankara* VI (1954-55), p. 95.

6. El último en este sentido BURDESE, vid. rec. a AYITER, cit. en *Labeo* 5 (1959), p. 113 ss. y, especialmente, en *Aestimatio dotis* en *Studi in On. di Betti*, II (Milán, 1962), p. 176.

de venta para la *aestimatio dotis*, llevaban a suponer que los juristas pretendían distinguir la *aestimatio dotis venditionis causa*, en la que la *aestimatio* era vista como verdadera venta, teniendo el marido las cosas dotedales adquiridas de esta forma como verdadero *emptor*, de la *aestimatio dotis taxationis causa* en la que la *aestimatio* servía únicamente para valorar las cosas dotedales de modo que a la devolución de la dote pudiera ser entregado su valor si las cosas llegaran a faltar.

Así puede notarse, desde la más antigua doctrina, de la que son más caracterizados representantes Bechmann y Czyhlarz⁷, dentro de la Pandectística, la preocupación por este paralelismo *aestimatio dotis-venditio*. En general, los autores de la antigua doctrina equiparan, sin más, los efectos de la *aestimatio dotis* a los de la compraventa⁸. Dentro de la doctrina moderna, la tesis de que la *aestimatio dotis* fue considerada como verdadera venta en el De-

7. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, II, cit., p. 212 ss.; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht* (Giessen, 1870), p. 151 ss.

8. Entre otros, pueden verse opiniones de AMORETTI, *De iure dotium apud romanos* (Milán, 1788), p. 30 ss.; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code: Du contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* II (Bruselas, 1850), p. 246 ss.; PELLAT, *Textes sur la dot. Traduits et commentés* (París, 1853), p. 98-99-101-105-109 ss.; PASCAL, *Traité synthétique de la dot en Droit Romain* (París, 1860), p. 69 ss.; DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal en Droit romain* (París, 1860), p. 39 ss.; SCHUPFER, *La famiglia secondo il Diritto romano* I (Padua, 1876), p. 298 ss.; CENERI, *Lezioni su temi dei 'jus familiae'* (Bologna, 1881), p. 258; CAMICI, *Del regime patrimoniale nel matrimonio romano* (Florencia, 1882), p. 156; COGLIOLO, *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano*, *A. G.* 29 (1882), p. 158 ss.; FADDA, *Ancora dell'evizione nella dotis datio*, en *A. G.* 31 (1883), p. 360 ss.; DEVILLA, *La dote. Studio storico-giuridico* I (Roma, 1884), p. 39 ss.; D'ANCONA, *Concetto della dote nel diritto romano* (Florencia, 1889), p. 95; COVIELLO, *Del contratto estimatorio* en *RISG.* cit., p. 388 ss.; ESMEIN, *La nature originelle de l'action rei uxoriae*, en *Rev. Hist. de dr. fr. et etrang.* (1893), p. 170; FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti* (Turín, 1893), p. 10 ss.; GLÜCK, *Commentario alle Pandette XXIII* (trad. y anot. de D'Ancona) (Milán, 1898), p. 660 ss.; DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius*, cit., p. 58 ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. Fadda y Bensa) II, 2.^a (Turín, 1904), p. 516; DE FEO, *La dote nel Diritto romano. Con un cenno sulla dote nel Diritto orientale greco germanico.* (Palermo, 1908), p. 94 ss.

recho clásico, ha venido a adquirir un gran predicamento al ser defendida por Volterra⁹. Señala dicho autor, ante el desacuerdo de las fuentes sobre este punto, que las excepciones que parecen colegirse de los textos al criterio de considerar a la *aestimatio dotis* como una *vera venditio* se deben a alteraciones justinianas para introducir el criterio de eficacia en la *dos aestimata* de la *causa dotis*. Los juristas clásicos —y esto se deduce, dice Volterra, de la misma terminología— consideraron que en la *aestimatio dotis venditionis causa* la causa efectivamente era la *venditio*. La razón del cambio operado en el Derecho justiniano en torno a la *aestimatio dotis* antes apuntado la explica Volterra por la alteración producida en el mismo concepto de dote en el Derecho justiniano¹⁰. Con todo, la *aestimatio dotis* es vista aún en época justiniana como una compraventa, pero realizada con un fin dotal del que no se puede prescindir; de esta forma se explica esa frase que aparece en los textos: *aestimatio non simplex venditio est, sed dotis causa*.

Fundamentalmente dentro de la línea marcada por Volterra se ha manifestado recientemente Ayiter¹¹, quien, al enumerar los principales tipos de *aestimatio dotis* considera el *venditionis causa* como el más frecuente y regular¹². La construcción *aestimatio dotis* = *venditio* supone Ayiter, a diferencia de Volterra, que se daría en el último período de la época clásica al aplicar los juristas de este período las reglas de la compraventa a fin de superar, con una construcción ya hecha, la cuestión jurídica planteada con la entrega de bienes dotales al marido. Para Ayiter, en principio, la *aestimatio dotis* no es sino un *pactum adiectum* a una constitución de dote cuyo objeto es atribuir el *periculum* de las cosas dotales al marido¹³. Esta *aestimatio* será después considerada por

9. In tema di *aestimatio dotis* en *Rend. Ist. Lom.* 66 (fasc. 11-15) (Milán, 1933), p. 1014-1032.

10. Vid. la magnífica síntesis que de la evolución del derecho dotal romano realiza VOLTERRA en su *Diritto di famiglia* (Bologna, 1946), p. 220 ss.

11. *Aestimatio dotis e compra-vendita come concetti di interpretazione tra i giuristi classici*. *Estr. degli Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 81-148.

12. AYITER, op. cit., p. 87.

13. Sigue AYITER en este punto a BETTI, vid. su '*Periculum*'. *Problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano*, en *Studi*

los juristas como una venta. Esta asimilación jurisprudencial a la venta no tiene para Ayiter más que un valor analógico, pues supone que los juristas romanos no pensaron jamás en una *vera venditio* ni siquiera *dotis causa* como fue definida por los compiladores¹⁴. En resumen, pues, para Ayiter la *aestimatio dotis* ha de ser vista como pacto de asunción de responsabilidad (*periculum*) del marido para la restitución de la dote¹⁵.

De nuestro tema se ha ocupado últimamente Burdese¹⁶, quien, desde otro punto de vista, ha mantenido el criterio de la clasicidad de la construcción de la *aestimatio dotis* como venta. Este autor ha creído encontrar la razón de la divergencia de los textos en esta materia en la distinta valoración que clásicos y justinianeos dieron a la equiparación a la venta de la *aestimatio dotis*. Para los clásicos se trataría de una construcción realizada en vía de interpretación típica del negocio a fin de cualificar la *causa* de la *traditio* o de la *usucapio* en base a la cual el marido viene a adquirir la propiedad de las cosas recibidas, estimadas, en dote. No parece —a juicio de

in *On. di De Francisci* (Milán, 1956), p. 149. Últimamente ha insistido sobre este aspecto MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, en ZSS 81 (1964), p. 153-158. Cfr. también Betti, *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen* en ZSS 82 (1965), p. 1-23.

14. Sigue, pues, AYITER en este punto a VOLTERRA, vid. AYITER, *Aestimatio dotis e compra-vendita*, etc.; *Estr. degli Ann. Univ. Ankara* cit., p. 109 ss., así como también, y aún más específicamente respecto al Derecho justiniano, en su *Klâsik Roma Hukukunda 'dos' un tesisi* (La constitución de la dote en el Derecho romano clásico) (Ankara, 1958), p. 224 ss. Queremos agradecer públicamente a la doctora Ozkan Karadenis, Asistente de Derecho Romano en la Universidad de Ankara, la versión italiana que de esta obra realizó para nosotros haciéndonos posible su consulta.

15. AYITER, *Aestimatio dotis e compra-vendita*, etc., *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 141 ss. Termina AYITER el mencionado trabajo señalando que el punto más interesante en la historia de la *aestimatio dotis* es el de la interpretación de los juristas clásicos del contrato como venta. Este enigma es el que pretende precisamente resolver BURDESE tal y como exponemos a continuación.

16. *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti*, II, cit., p. 167-207. Anteriormente se había ocupado más brevemente del tema en dos trabajos: *In tema di convenzioni dotali*, *BIDR*, 62 (1959), p. 157 ss., y *Aestimatio dotis e compra-vendita* (rec. a AYITER), *Labeo*, 5 cit.

Burdese¹⁷— que la jurisprudencia clásica haya entendido hacer de la construcción como compraventa una aplicación programática, pero tampoco parece, por otra parte, dice Burdese, que dicha jurisprudencia clásica, aun recurriendo a ella con limitación, haya aplicado a la *aestimatio dotis* un régimen en contraste con la construcción misma. Diverso resulta para Burdese el punto de vista de los compiladores, quienes, si bien afirman la asimilación de la *aestimatio dotis* a la compraventa (a efectos de atribuir la propiedad al marido y hacerle soportar el riesgo de las cosas estimadas entregadas en dote), de otro lado (para evitar lucros al marido y daños a la mujer), establecen, a través de alteraciones en los textos, que la *aestimatio dotis*, aun siendo compraventa no se resuelve en ella solamente, quedando, en consecuencia, siempre sujeta al régimen de la dote¹⁸.

Desde un punto de vista opuesto, pero partiendo siempre de la problemática unitaria *aestimatio dotis*-compraventa, Albertario consideró dogma justiniano la valoración de la *aestimatio dotis* como venta¹⁹; dogma necesario para que los bienes dotales resultaran de la propiedad del marido, construcción innecesaria para la época clásica, pues, estimados o no, los bienes entregados en dote se hacen siempre de propiedad del marido. La construcción justiniana *aestimatio dotis* = *venditio*, según Albertario²⁰, produce los efectos que en derecho clásico descienden de la relación dotal.

Sustancialmente, en la misma línea de Albertario se encuentra Wolff²¹, si bien este autor no presenta unos criterios absolutos y deja abierta una interrogación en algunos puntos que pudieron

17. *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 205.

18. BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 207. Recuérdese la opinión de VOLTERRA, antes expuesta, sobre este punto.

19. ALBERTARIO, *Interpolazioni in D. 20.4.9.3*, (*Appunti sulla aestimatio dotis*) en *Ren. Ist. Lomb.* 59 (1926) p. 291 ss.; vid. sus *Studi di Diritto Romano* I (Milán, 1933) p. 401 ss. También puede verse una extensa exposición del tema en su *Corso di Diritto romano. Matrimonio e dote* (Milán, 1942) p. 224 ss.

20. Cfr. *Interpolazioni in D. 20.4.9.3*, en *Studi* I, cit., p. 405 y *Corso di Diritto romano. Matrimonio e dote*, cit., p. 231.

21. H. J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, en *ZSS.* 53 (1933), p. 331-340.

servir de referencia analógica para los clásicos entre los institutos de la *aestimatio dotis* y la compraventa ²².

Entre las posiciones de la doctrina que se inclinan, moderadamente, a considerar que la *aestimatio dotis* presenta ciertos aspectos para cuya regulación los juristas clásicos tuvieron presente reglas propias de la venta, al mismo tiempo que para otros aplicaron normas propias de la dote, merece destacarse a Lauria ²³; señala éste entre las primeras la *actio empti* que se concede al marido en caso de evicción de los bienes dotaes, la *usucapio pro emptore* ²⁴ como título de adquisición del marido, aplicación de los principios del *periculum et commodum* a semejanza del *emptor* y no sometimiento del fundo dotal estimado en dote a la prohibición de la *lex Julia de adulteriis coërcendis* ²⁵; entre las normas propias de la dote aplicables a la *aestimatio dotis* señala fundamentalmente Lauria la posibilidad por parte de la mujer de requerir el pago de la estima con la *actio rei uxoriae* ²⁶.

22. Concretamente hace referencia a la *usucapio pro emptore* y a la posibilidad de actuar con la *actio empti (utilis?)* por parte del marido. Cfr. *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, en *ZSS* 53, cit., p. 334 y n. 3.

23. *Matrimonio-Dote (Lezioni di Diritto Romano)* (Roma, 1936), p. 169 ss.; *La dote romana* (Nápoles, 1938), p. 79, y, principalmente, *Matrimonio-Dote in Diritto romano* (Nápoles, 1952), p. 142 ss. En esta opinión ecléctica parece situarse CANNATA, s.v. *Dote (Diritto Romano)* en *Enciclopedia del Diritto* (separata del vol. XIII) (Milán, 1964) p. 5, n. 25.

24. A la *actio empti* en caso de evicción y a la *usucapio pro emptore* se limita la aplicación analógica de la compraventa para la regulación de la *aestimatio dotis* realizada por los juristas clásicos, en opinión de KASER, *Das römische Privatrecht I* (München, 1955), p. 290.

25. Es a esta *lex* y no a una especial *lex Julia de fundo dotali* a la que viene referida la prohibición de venta del fundo dotal. Cfr. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, reed. fot. Olms, 1962, p. 446, y bibliografía allí citada.

Especialmente sobre el contenido y alcance de la prohibición vid. DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal en Droit romain* (París, 1860), p. 39 ss. NOAILLES, *L'inaliénabilité dotale et la Nouvelle 61. Extrait des Annales de l'Université de Grenoble* 31, 1 (París, 1919), p. 5 ss.

26. Sobre esta *actio* es aún hoy interesante consultar los trabajos de LONGO, *Dell'Actio Rei Uxoriae* (Roma-Turín-Florenca, 1885); ESMEIN, *La nature originelle de l'action rei uxoriae*, *Rev. Historique* (1893), p. 145 ss., y SOLAZZI, *La restituzione della dote nel Diritto romano* cit., p. 117 ss. Una

Junto al tipo de *aestimatio dotis venditionis causa*, los autores señalan otros como la *aestimatio dotis taxationis causa*, en el que la estima tiene una función secundaria e indica solamente la suma del resarcimiento en caso de pérdida o deterioro del objeto dotal imputables al marido; y la *aestimatio dotis* alternativa que concede al marido la facultad de elegir, en el momento de la restitución, entre las cosas dotales y el valor de las mismas²⁷. Vamos a fijar nuestra atención en el último de los tipos citados.

Que, si resulta posible elegir en el momento de la restitución entre las cosas dotales y su valor, la elección corresponda al marido (*aestimatio dotis* alternativa) es doctrina general²⁸. No obstante lo anterior, algunos autores parecen inclinarse a señalar que es a la mujer a quien normalmente corresponde la elección, basados, principalmente, en documentos papirológicos²⁹.

certera síntesis de la problemática de esta *actio*, con referencia a la más moderna bibliografía, en GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano* (Roma-Madrid, 1958), especialmente p. 61 ss.

27. Para estos y otros tipos que los autores creen encontrar en las fuentes referentes a la *aestimatio dotis* vid., principalmente, AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita, etc. Estratti Annali Università Ankara* cit., p. 86 ss., y BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti*, II, cit., p. 170 ss.

28. Entre otros, tal criterio puede verse en DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain* (Paris, 1928), p. 111; ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano* (Padua, 1938), p. 146 ss.; VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 256; LURIA, *Matrimonio-Dote*, cit., p. 144 ss.; AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita, etc.* cit., p. 88 ss.; BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 175.

29. Así, DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell'Egitto greco-romano*, en *BIDR* 15 (1903), p. 179 ss., quien, al comentar el documento recogido en el *Corpus Papyrorum Rainieri* I, 27 del 190 d. C. (cfr. *BIDR* 15 cit., p. 201-203), señala que a la separación el marido deberá entregar a la mujer la dote y los parafernales; la dote en los mismos objetos y del mismo valor, tal y como fueron entregados por la esposa en el día del matrimonio, salvo que la mujer prefiera la estima: 3 minas de oro y 300 dracmas (cfr. *BIDR* 15 cit., p. 204). Según DE RUGGIERO, *BIDR* 15 cit., p. 208, el Derecho romano hacía al marido, por efecto de la estima, responsable no de la dote, sino de su *aestimatio*, sin embargo, no excluía que se pudiese por pacto reservar a la mujer la elección de reclamar los objetos del mismo valor o su estima (D. 23.3.10.6); también podía formularse el pacto —sigue DE RUGGIERO— de modo que el marido debiese en-

En nuestra opinión —que trataremos de probar en el presente trabajo—, la *aestimatio dotis* es fundamentalmente “optiva”³⁰ en el sentido de que la elección (cosas o valor) corresponde a la mujer en el momento de la restitución dotal. Esta opción de la mujer lleva como consecuencia la aplicación del *periculum* de las cosas estimadas al marido, ya que en todo caso resulta deudor del valor de las mismas. Ahora bien, tanto la opción de la mujer como el *periculum* del marido pueden desaparecer o atenuarse por *pactum*, como también tendremos ocasión de ver a lo largo del presente trabajo.

II

A nuestro entender, la *aestimatio dotis* se presenta normalmente como *aestimatio* optiva —al menos por lo que se refiere al Derecho clásico— en el sentido de que es la mujer, como regla general y salvo las excepciones que veremos en los apartados siguientes

tregar el valor de la estima u otros objetos del mismo valor (D. 23.3.18), pero más frecuente debía ser la cláusula que reservaba el derecho de elección a la mujer por ser la que mejor protegía a la esposa (F. V. 114; D. 23.5.11; C. 5.23.1). También parece deducirse este criterio de MIRREIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, II-1.^a: *Grundzüge* (Leipzig, 1912, reed. fot. Olms, 1963), p. 221, cuando señala que la mujer no puede ser obligada a recibir los objetos dotales estimados *in natura*. Expresamente CASTELLI, *I paraferna nei papiri greco-egizii e nelle fonti romane* (Milán, 1913), p. 16, al comentar el mencionado documento CPR I, 27 (l. 17-19), supone que la mujer en el contrato nupcial solía reservarse el derecho a elegir, en el momento de la disolución del matrimonio, los objetos *in natura* o la estima.

30. Utilizamos el término de “optiva” por entenderlo más aséptico que “electiva” y más propio que “alternativa”. Este último —estimación alternativa— podría usarse, quizá, en los casos en que por pacto la elección correspondiera al marido —deudor— y le sería aplicable, en términos generales, el régimen de las obligaciones alternativas (vid., sobre éstas, por todos, GROSSO, *Obbligazioni. Contemuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*⁹ (Turín, 1966), p. 163 ss.)

Sobre los matices de la distinción *optio-electio*, vid. especialmente D'ORÉ, *Optio servi*, en *AHDE* 18 (1947), p. 228 ss. También consúltese BONETTI s. v. *Opzione* (Diritto romano), en *Noviss. Dig. It.* XI (Turín, 1965), p. 1087-1088, y bibliografía allí citada.

tes, la que tiene el derecho a optar, a la disolución del matrimonio, entre la restitución de las cosas dotales estimadas y el valor de las mismas, según fuera en su día prefijado por la *aestimatio*. Por ello la estimación de las cosas dotales pone el *periculum* a cargo del marido. Estamos aquí —en el Derecho clásico— dentro del campo del *ius strictum*. Justiniano aplicará a la *aestimatio dotis* la buena fe (*actio ex stipulatu bonae fidei*): Justiniano verá la opción desde el punto de vista de las estipulaciones alternativas.

La estipulación en la dote no actúa independientemente, sino que siempre está condicionada al matrimonio efectivo.

En los textos que a continuación vamos a estudiar, que a nuestro juicio presentan el pensamiento clásico, veremos las características más arriba indicadas. Asimismo podremos comprobar cómo la *aestimatio dotis*, durante esta época clásica, no supone venta ni es vista por los juristas como tal.

Así puede verse en D. 23.3.10.pr. (Ulp. 34 *ad Sab*):

Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit vel vestem, qua mulier utitur: eveniet enim, si aestimata sit et eam mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. Quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt.

El texto —que a nuestro modo de ver es genuino³¹— nos demuestra cómo la estimación sin más (sin pacto, dolo, etc.), en la dote, es siempre optiva y ello lleva aparejado el riesgo de perecimiento a cargo del marido. La dote estimada supone el paso del *periculum* al marido³², por ello el jurista hace mención de lo

31. No parece suficientemente fundamentada la alteración señalada por BETTI [*eorum*] <*eius*> (cfr. *Index Interpolationum* II (Weimar, 1931), p. 52), que, entre otros, es aceptada por VOLTERRA, *In tema di aestimatio dotis*, en *RIL*, 66 cit., p. 1019. Realmente excesivo LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians* (Göttingen, 1964), p. 65, ya que llega a suponer alterado [*eveniet ... praestet*]; [*quotiens ... fiunt*]. Las imprecisiones que aduce para justificar alterada la primera frase y el carácter meramente explicativo que refiere de la segunda ni resultan tan evidentes como el autor supone ni justificarían, sin más, tan amplias suposiciones.

32. Quizá en la dote inestimada la responsabilidad del marido no alcan-

gravoso que resulta para el marido la estimación de las cosas dotales³³.

Consecuencia de lo anterior es D. 23.3.10.1 (Ulp. 34 *ad Sab.*):

Si praediis inaestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est.

Aquí se trata de predios inestimados, si a ellos acreció alguna cosa *hoc ad compendium mulieris pertinet*. Si no hay estimación no hay *periculum* del marido y, en consecuencia, el *damnum* es de la mujer.

La aplicación del *periculum mariti* para la dote estimada se mantiene claramente en D. 23.3.75 (Tryph. 6 *disp.*):

Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cuius interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

El texto ha sido muy criticado³⁴ y, aunque presenta ciertos

zase más allá de la culpa; así, Paulo en *Vat. Frag.* 101: *Paulus respondit rebus non aestimatis in dotem datis maritum culpam, non etiam periculum praestare debere.*

33. Vid. el comentario que sobre este punto hace BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 181-182

34. Los principales en este sentido, BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (Tübingen, 1920), p. 203: [*mulieris ... placuit ut*] *si <mulier> in dotem fundum inaestimatum ded<er>it, agere posse <ille recte scribit, quia mulieris>.* [*Porro cuius*]; [*quodque ipsa evictionem... sustinet*]. Por su parte, ALBERTARIO, *Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano*, en *RIL* 58 (1925), p. 808 ss. (vid. *Studi* I cit., p. 377) señala: [*mulieris ... placuit ut*]; [*inaestimatum*]; [*porro cuius*]; [*quodque ipsa evictionem ... sustinet*]. Con anterioridad a ambos, GRADENWITZ, *Zur Natur der 'Dos'*, en *Melanges Gerardin* (Paris, 1907), p. 286-287: [*quodque ipsa evictionem ... desiit*] (recogida en la edición del Digesto de MOMMSEN-KRUEGER); [*cuius etiam ... sustinet*]. Otras opiniones críticas sobre el texto, a nuestro juicio de menor interés, pueden verse en *Index Interpolationum* II, cit., p. 61.

indicios de manipulación (así lo hacen suponer, sobre todo, las constantes repeticiones: *cuius... huius... cuius*), parece contener todo un fondo genuino³⁵. En él se confirma la idea que venimos manteniendo: si hay estimación, *periculum mariti*, si no la hay, la mujer corre los riesgos. En el caso presente la mujer compró el fundo y tiene la *actio ex stipulatu* por la evicción, aunque no sea propietaria. Si la dote fuera estimada ya quedaba garantizada suficientemente y no necesitaría reclamar por evicción³⁶.

En el orden de ideas que venimos exponiendo, dentro, pues, de la *aestimatio* optiva, está D. 24.1.53.1 (Pap. 4 *resp.*):

Res in dotem aestimatas consentiente viro mulier in usu habuit: usu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur. Eisdem res non potest mulier sibi quasi donatas defendere ex illis verbis, quibus donationes ei a viro legatae sunt, cum eiusmodi species neque donari neque auferri videntur³⁷.

35. Así viene a reconocerlo RICCOBONO, *Dal Diritto romano classico al Diritto moderno* (Palermo, 1915), p. 334 ss., pues considera que las pequeñas alteraciones de forma que el texto presenta no merman la pureza clásica de su contenido; y muy especialmente STELLA MARANCA, *Dos necessario* (Bari, 1928) (*Estratto degli Annali del Sem. Guir. Econ. della R. Univ. di Bari*, II, fasc. 1), quien, frente a las argumentaciones de aquellos que han señalado alteraciones en el fragmento en base al criterio justinianeo de no conceder la propiedad de los bienes dotales inestimados al marido —ALBERTARIO, principalmente— señala, con agudeza, si no hubiera sido más sencillo a los justinianos suprimir la frase *quamvis in bonis mariti dos sit* del texto de Trifonino; por otro lado, supone STELLA MARANCA (*op. cit.*, p. 94 ss.) indicio de genuinidad el empleo de *mulier* por *uxor* en contraposición a *maritus*; también por la clasicidad del texto WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, en *ZSS* 53, *cit.*, p. 357 ss., el cual aporta como uno de los argumentos por la genuinidad del texto la cita de Boecio de *Cic. top.* 17, 65: *Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure et post divortium velut res uxoria peti potest*, que parece asimismo tener como fuente a Paulo.

36. Desde otro punto de vista, PELLAT, *Textes sur la dot* *cit.*, p. 381, comentando el presente texto, señala que si la mujer hubiera dado al marido el fundo con estimación, el marido evicto tendría contra ella la *actio ex empto*, pero que habiendo sido dado el fundo sin estimación, el marido evicto no tiene acción contra la mujer. Nosotros, sobre este punto, nos remitimos al apartado VI del presente trabajo, en el que abordamos el problema de la evicción y, especialmente, a los textos D. 23.3.69, 7 y 8.

37. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, en *Annali della Fac. Giur. della Univ.*

La mujer puede reclamar la estimación aunque el deterioro de las cosas dotales se deba a su propio uso. Por otro lado, queda suficientemente claro que la concesión de la dote en uso a la mujer no equivale a una donación que pueda convalidarse por legado³⁸.

Al ser la *aestimatio* optiva y al haberse desgastado las cosas por el uso, la mujer preferirá la *aestimatio*, con lo que recae el *periculum* sobre el marido. Así también resulta de D. 24.3.51 (Hermog. 2 *iur. epit.*):

*Aestimatae res usu etiam mulieris periculo mariti deteriores efficiuntur*³⁹.

En el fondo parece jugar aquí el carácter estricto de la *aestimatio*, quizá como consecuencia de la estipulación realizada para la misma.

Un nuevo problema se planteaba si en la entrega de los bienes dotales estimados la mujer incurría en mora, como se deduce de D. 23.3.14 (Ulp. 34 *ad ed.*)⁴⁰:

di Palermo VII (1918), p. 214, retiene itp. *damni* [*compensatio*] <*retentio*>. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* II (Tübingen, 1911), p. 86, sospecha del *cum* causal —como en otros muchos textos—, y cree itp. la última frase *cum eiusmodi... videntur*. Las alteraciones, caso de ser ciertas, en nada afectarían a nuestro propósito sobre el texto. De todas formas, creemos no puede dudarse de la claridad de su fondo e incluso de su forma en líneas generales. Especialmente significativa la genuinidad de la frase *res in dotem aestimatas consentiente viro mulier in usu habuit*.

38. Sobre este aspecto, nos remitimos a lo establecido por GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*, cit., p. 106 ss.

39. Sobre el texto, en relación con D. 23.3.10 pr., vid. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae*, cit., p. 64-65, y lo establecido por nosotros supra al tratar del mencionado texto.

40. Según LENEL, se trataría de un comentario de Ulpiano del libro 34 *ad Sabinum* no *ad edictum*, por lo que vendría englobado dentro del título *De iure dotium*, que abarcaría —según LENEL (cfr. *Palingenesia II*, p. 1131 ss.)— los libros 31 al 36 del comentario a Sabino. La rectificación de LENEL, comúnmente aceptada, puede que sea válida, pero ante la carencia de una mayor seguridad preferimos suponer que se trate de un comentario al Edicto. Razones tampoco faltan para suponerlo así: LENEL inicia en su *Palingenesia* el libro 34 *ad ed.* de Ulpiano bajo el título *De re uxoria*, donde podría tener cabida nuestro texto, máxime si se tiene presente que el núm. 967 (D. 22.1.21 y D. 22.1.23) hace referencia a qué debemos entender por *mora*.

Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.

De la clasicidad del texto se ha dudado⁴¹, a nuestro modo de ver, con cierta razón, pues no resulta muy lógico que si la mujer “dio en dote” incurriera en *mora solvendi*. Nos inclinamos a ver el texto de la siguiente manera:

Si rem aestimatam mulier [in dotem dederit] <doti dixerit>, deinde ea moram faciente [in traditione] <res> in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.

De la frase *in dotem dederit* la doctrina ha estimado una interpolación prácticamente por unanimidad⁴², en lo que ya no existe

De todas formas, *ad ed.* o *ad Sab.*, nada tiene que ver con D. 23.3.15 (Pomp. 14 *ad Sab.*), en el que Pomponio se refiere a la compraventa (el texto está mutilado y muy alterado, cfr. *Index Interpolationum*) y que fue aproximado al texto de que nos venimos ocupando por los justinianos bajo su criterio: *aestimatio venditio est*.

41. Cfr. *Index Interpolationum* II, cit., p. 52-53.

42. Así, PELLAT, *Textes sur la dot* cit., p. 117, no acierta a comprender cómo puede afirmarse tal cosa si la dote todavía no ha sido entregada. Para subsanar esto supone que en tiempos de Ulpiano la mujer pudo haber empleado la mancipación o la cesión jurídica y haber transferido la propiedad no habiéndose hecho todavía la tradición; BESELER, *Romanistische Studien Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte. Rechtskraft. Die Formel des iudicium rescissa usucapione. Naturalis obligatio. Edictum de eo quod certo loco*, en *Tijdschrift voor Rechtsg.* 8 (1927-28), p. 305, siempre excesivo, pues supone también [*moram ... traditione*]; BETTI, *Periculum*, en *Studi de Francisci* I, cit., p. 149 (que cita la opinión de APPLETON y ARANGIO-RUIZ en tal sentido, cfr. op. cit., p. 149, n. 2), si bien con algunas dudas; AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Univ. Ankara* cit., p. 144, donde manifiesta que el *dederit* no puede ser usado porque la mujer no podía quedar en mora después de la entrega de la cosa dotal. Los bizantinos querían interpretar el *dederit* como simple promesa, cosa imposible para el Derecho clásico; BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 185 ss., considera imposible que el texto genuino se refiriese a una *datio in dotem*, pero no se atreve a aventurar qué contendría el texto en su lugar: *mancipati?*, *doctis dictio?* En ambos casos sería explicable que los compiladores alteraran la mención de institutos ya desaparecidos.

Por la genuinidad del texto está MIQUEL, *Periculum locatoris*, en *ZSS* 81, cit., p. 155.

tal acuerdo es en la reconstrucción de la original. Algunos autores⁴³ proponen *mancipio dederit*, lo que sería aceptable si se tratara de *fundus* o *servus*, pero esto no es posible porque el fundo no perece y el esclavo se "muere". Por esto consideramos preferible *doti dixerit* (o *promisserit*). La interpolación señalada lleva como consecuencia la intercalación en el texto por los compiladores de ese *in traditione* por *res*, probablemente, que sería el sujeto desaparecido de *desierit*.

Así, pues, en este caso, a pesar de tratarse de dote estimada, el *periculum* es para la mujer por haber incurrido en mora. En la dote *non aestimata* el *periculum* corre a cargo de la mujer. Así lo vemos, por ejemplo, en D. 33.4.1.6 (Ulp. 19 *ad Sab.*):

Sed et si mancipia fuerint in dote non aestimata et haec demortua sint, legatum dotis in his evanescit.

Está tratando Ulpiano de la dote prelegada y viene a señalar, sensu contrario, que si los esclavos hubieran sido estimados y se hiciera de ellos un legado de dote, aunque después murieran, el legado no se extingue en cuanto a ellos, sino que se considera hecho en cuanto a su estimación⁴⁴. Por tanto, el supuesto contrario que nos refiere Ulpiano supone la aplicación del principio: *dote non aestimata periculum mulieris*.

Lo mismo que el *periculum* es para el marido en la *dos aestimata*, también es el *commodum* de las cosas dotales:

Fragm. Vat. 114 (Paulo 8 resp.): Inter virum et uxorem conventit, cum res et aliae et ancillae in dotem darentur, ut divortio secuto utrum vellet mulier eligeret vel mancipia vel aestimationem; manente matrimonio ancillae pepererunt; quaesitum est, si mulier mancipia elegisset, an partus eam sequi deberent?. Paulus respondit, quoniam periculo mariti vixerunt ancillae, partus medio tempore perceptos apud virum remanere debere.

43. Vid. PELLAT, BESELER y, en cierto modo, BURDESE, entre otros, citados en la nota anterior.

44. Considera ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano*, I (Padua, 1964), p. 145, a propósito del texto que la responsabilidad del marido y, en consecuencia de su heredero, en orden a la pérdida total o parcial de las cosas dotales, sea la misma tanto para el *legatum dotis* como para la *actio rei uxoriae*. Sobre el *praelegatum dotis*, vid., por todos, GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* cit., p. 135 ss.

Estamos en el presente texto dentro del régimen normal de la *aestimatio dotis* (como en todos los que venimos estudiando dentro del presente apartado): *aestimatio* optiva. La facultad de optar le viene dada a la mujer por la simple *aestimatio*. Es de observar cómo en el texto se dice: *inter virum et uxorem convenit*. Veremos que cuando la elección quiera trasladarse al marido se hablará de *pactum* ⁴⁵.

Por tratarse de dote estimada el *periculum* es del marido y en compensación del riesgo los hijos de las esclavas quedarán en el marido ⁴⁶.

La solución de Paulo quizá arranque de Próculo D. 31.48.pr. (8 *epist.*):

... Proculus Lacustae suo salutem. Si uxor mallet mancipia quam dotem accipere, ipsa mancipia, quae aestimata in dotem dedit, non etiam partus mancipiorum ei debebuntur ⁴⁷.

El texto es particularmente interesante porque no ofrece dudas de su claridad. El supuesto que se plantea viene preocupando al menos desde la última jurisprudencia republicana ⁴⁸. Aquí puede

45. Vid. sobre este punto, en especial, el apartado III del presente trabajo.

46. Vid. AYTER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Ann. Univ. Ankara* cit., p. 89: el marido soporta el *periculum* por el empeoramiento de las cosas dotales solamente cuando la mujer tiene el derecho de elección (que AYTER considera generalmente del marido) y en recompensa tiene el *commodum rei*. Para BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 175, el riesgo de perecimiento corresponde en todo caso al deudor, le compete o no la elección, según las reglas de las obligaciones alternativas, no, por el contrario, el simple deterioro o desgaste cuando a él le corresponda la elección. Según MIQUEL, *Periculum locatoris*, en *ZSS*, 81 cit., p. 156, la elección de la mujer le vendría reconocida por un pacto expreso. La atribución del *commodum* al marido deriva del *periculum* que sobre él pesa.

47. Quizá fuera una enseñanza de Labeón (cfr. infra apartado III, D. 24.3.66.3. Jav. 6 *ex post. Lab.*) válida en principio para los proculeyanos y que después se generaliza.

El texto gira en torno a la idea de *periculum* como siempre que se trata de cosas que pueden perecer; aquí de esclavos que "se pueden morir".

Es también de especial relevancia en el presente texto la equivalencia *dos* = *aestimatio* de la frase *si uxor mallet mancipia quam dotem accipere*.

48. Vid. nuestras observaciones a este respecto en *La compraventa civil*

observarse en toda su pureza clásica el tipo de la estimación optiva. No se habla de *pactum* porque el convenio se hace según el régimen normal de elección de la mujer. Es muy probable que la mujer hubiera estipulado reservándose la opción.

Una característica fundamental de la *aestimatio dotis* es su condicionamiento a la celebración del matrimonio, como se establece en D. 23.3.17.1 (Paul. 7 *ad Sab*):

Si re aestimata data nuptiae secutae non sint, videndum est, quid repeti debeat, utrum res an aestimatio. Sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur. quia nec alia causa contrahendi fuerit, res igitur repeti debeat, non pretium.

Creemos el texto genuino de Paulo⁴⁹. La estimación queda condicionada al matrimonio efectivo, si éste no se celebra la estimación se tiene por no puesta y deberá repetirse la cosa no su valor⁵⁰. Después veremos cómo Justiniano construirá esta condicionalidad de la estimación optiva como *venditio condicionalis*⁵¹.

Veamos ahora qué sucede si la mujer fue engañada al realizar la *aestimatio* de las cosas dotales:

D. 23.3.12.1. (Ulp. 34 *ad Sab*.): Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, ut puta servorum, [si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit] (?): in eo acturam, ut servus sibi restituat

de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual) (Salamanca, 1963), p. 22 ss.

49. También aquí excesivo BESELER, *Miscellanea*, en ZSS 45 (1925), p. 259: ... *res an aestimatio* <——> (?). [*Sed id agi ... non pretium*]. AYITER no duda del texto (vid. *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 107), en el que cree debe verse una *datio dotis* que puede repetirse por *condictio*. BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti*, II cit., 179-180, siguiendo en parte a BESELER, sospecha que el *sed...* etc. supone la caída de una frase intermedia que vendría inmediatamente antes de dicho "*sed*". La frase *quia nec alia causa contrahendi fuerit* le parece una interpolación. A nuestro modo de ver tal no aparece justificada, pero, en todo caso, no trasciende al fondo de nuestro comentario sobre el texto.

50. Sobre la valoración de *aestimatio* como *pretium ipsum*, vid. en nuestro apartado anterior especialmente not. 1.

51. Vid. el apartado V del presente trabajo y, en especial, el comentario a D. 23.3.10.5 (Ulp. 34 *ad Sab*.).

tur. [Enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet. Et haec si servus vivit.] Quod si <servus> decessit, Marcellus ait magis aestimationem praestandam [sed non iustam, sed eam quae facta est: quia boni consulere mulier debet, quod fuit aestimatus]: ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti. Idemque et in minore circumventa Marcellus probat. [Plane si emptorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum iustam aestimationem praestandam idque dumtaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit:] Scaevola autem in marito notat, si dolus eius adfuit, [iustam] aestimationem praestandam: et puto verius, quod Scaevola ait.

El texto —que está dentro de la línea clásica de la *aestimatio* optiva— presenta una serie de alteraciones⁵², que, a nuestro modo

52. La principal crítica del texto proviene de ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, en *BIDR* 31 (1921), p. 1 ss. (vid. sus *Studi di Diritto Romano* III (Milán, 1936), p. 403 ss.), en base a su tesis en relación a que tanto la idea de *iustum pretium* como la de *iusta aestimatio* son extrañas a los juristas clásicos y que comienzan a aparecer en constituciones de la época romano-helénica y justiniana. La tesis ha sido comúnmente aceptada, al menos en líneas generales. Ciertamente algunas de las pruebas aportadas por ALBERTARIO, especialmente sobre la no clasicidad del *iustum pretium*, parecen evidentes (cfr. especialmente *Gai.* 2.265; *Ulp.* 2, 11; *Frag. Vat.* 22; *C.* 4.46.2). Opina igualmente ALBERTARIO sobre la *iusta aestimatio*, y así señala que los juristas clásicos no tendrían necesidad de operar con la expresión *iusta aestimatio* para indicar la estima conforme al valor real de la cosa, pues el *aestimare* clásico tendría, sin más, este significado. De todas formas, la alteración señalada por ALBERTARIO para nuestro texto: [Si quidem ... fin] es a todas luces excesiva (cfr. *Studi* III, cit., p. 415). Consideramos mucho más acertada la crítica de PARTSCH sobre el presente texto (vid. *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, en *ZSS* 42 (1921), p. 271, en el que considera insiticias las frases: [si quidem ... aestimavit] y [enimvero ... vivit], criterio que compartimos totalmente. Para PUGLIESE resulta igualmente clara la alteración de la frase si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit (cfr. *La simulazione nei negozi giuridici* (Padua, 1938), p. 107), introducida para justificar desde el punto de vista justiniano la pura y simple restitución de la cosa. También para SOLAZZI, *Note minime sulla 'datio in solutum'*, en *RIL* 61, fasc. VI-X (1928), p. 10, el texto aparece en gran parte alterado, según su criterio, de la siguiente forma: [si quidem ... in eo] <Sabinus ait eam>; [Enimvero ... Et haec]; [sed non iustam ... sed eam]; [iusti pretii, tunc dicendum] [iustam] (?); [idque dumtaxat uxori]; [praestandum]; adfuit [iustam] aes-

de ver, corresponden a las señaladas en el texto. Dichas alteraciones parecen obedecer fundamentalmente al criterio justinianeo de la *bona fides*, por el que distingue dos tipos de dolo. Parece que en el texto se prescinde de la estipulación.

Nos interesa ahora resaltar cómo del fondo genuino del texto aparece el derecho de opción de la mujer, que, si ha resultado perjudicada en la estimación, tendrá siempre la posibilidad de pedir la restitución de la cosa dotal; si ésta hubiera perecido no tendrá otra alternativa que la estimación. Por otro lado, si los bienes hubieran sido entregados sin estimación, el *periculum* sería para la mujer. Finalmente, según la opinión de Scaevola, que comparte Ulpiano, si hubo dolo por parte del marido estará obligado a prestar la estimación.

Que la *aestimatio* optiva era el tipo normal de estimación en época clásica puede verse también en D. 23.5.11 (Afric. 8 *quaest.*):

Quod si fundus in dotem aestimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit alienari fundum posse: quod si arbitrio mariti sit, contra esset⁵³.

timationem (?). Más recientemente, AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc., en *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 113, se fija especialmente en lo incomprensible de la frase *Plane si emptorem ... iustam aestimationem praestandam*, y considera que lo que contenía originalmente el texto desde "quod si decessit" es muy difícil de averiguarlo (p. 114). Supone la razón de los compiladores para alterar el texto —siguiendo a VOLTERRA— en introducir el criterio de la *causa dotis* (vid. su *Klâsik Roma Hukukunda 'dos' un tesisi* cit., p. 224). Últimamente BURDESE ha realizado un estudio sobre el texto al que ha visto así: [*si quidem ... minoris aestimavit*]; [*enimvero ... decessit*]; [*magis aestimationem ... non mariti*]; [*plane ... praestandam idque*] <—>; [*praestandum*] <*succurrendum*>; [*iustam aestimationem praestandam*] <*mulieri etiam maiori annis viginti quinque succurrendum*>. (Vid. su *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 199.) La reconstrucción de BURDESE de la última parte del texto es una explicación aceptable (dada la correlación que el autor encuentra entre nuestro texto y D. 23.3.6.2) de la opinión de Scaevola que así se refiriría a un supuesto genérico de dolo frente a los criterios establecidos por Marcelo en relación con la menor de veinticinco años, en los que se denotan las manipulaciones justinianas.

53. BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, en *Studi in on. di P. Bonfante* II (Milán, 1930), p. 78, considera todo el fragmento interpolado. En

Al decir *fundus aestimatus* parece que se presupone la estimación optiva: *ut electio esset mulieris*. La *electio mariti* debería establecerse por pacto.

Como se trata de fundo dotal, se requiere para su venta por el marido el consentimiento de la mujer⁶⁴. Ahora bien: si se hubiera pactado una *aestimatio* electiva, el marido podría vender, pues con ello se obligaba a restituir forzosamente la *aestimatio*. Quizá implicara la estimación electiva el consentimiento anticipado de la mujer. Así también parece deducirse de D. 23.3.10.6 (Ulp. 34 *ad Sab.*):

Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum con-
venerit, ut aut aestimatio aut res praestentur, si quidem fuerit
adiectum utrum mulier velit, ipsa eligat, utrum malit petere rem
aestimationem: verum si ita fuerit adiectum utrum maritus velit,
ipsius erit electio aut si nihil de electione adiciatur, electionem
habebit maritus, utrum malit res offerre an pretium earum:
nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram

nuestro criterio, el fondo del fragmento es clásico y refleja el pensamiento de Juliano, pero ciertamente parece una explicación no clásica (vid. en el apartado V del presente trabajo el comentario a D. 20.4.9.3, igualmente del libro 8 de las *quaestiones* de Africano).

54. Así lo establecía la *lex Julia de adulteriis coërcendis* (vid. sobre esta, supra nota 25), según se recoge aún en Paul. *Sent.* II, 21 b, 2: *Lege Iulia de adulteriis cauetur, ne dotale praedium maritus inuita uxore alienet*. Será en época posclásica cuando los fundos estimados se consideren no sujetos a la prohibición de la *lex Julia* (C. 5.23.1 y C. 3.33.6, principalmente) y en época justiniana se reafirmará aún más este criterio: C. 5.13.1.15 c. a. 530):

Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus vel suo iuri renuntiantibus loquitur, tamen eam intellegi oportet in res mariti vel dotis quidem aestimatas in fundo autem inaestimato, qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat ius intactum, ex lege quidem Iulia imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum atque in omnibus terris effusum et non tantum Italicis et sola hypotheca conclusum.

Aquí se encierra la visión justiniana de la *aestimatio dotis* (que estudiamos especialmente en el apartado V): el marido es propietario de las cosas dotales estimadas *quasi emptor* y, por tanto, no está sujeto a la prohibición de la *lex Julia*. La explicación justiniana es necesaria porque hasta entonces (o al menos hasta la época posclásica) la *lex Julia* alcanzaba a todos los bienes dotales estimados o no.

praestet. Sed si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit⁵⁵.

La doctrina ha visto el texto como prototipo de *aestimatio* alternativa entendiendo por ésta la que normalmente corresponde al marido, a menos que no sea expresamente dejada a la mujer⁵⁶. El criterio que nosotros venimos manteniendo es justamente el contrario en este punto: la *aestimatio* es, en principio, optiva; si nada se dice no puede ser la elección del marido⁵⁷.

En el presente texto —como en el anteriormente examinado D. 23.5.11— parece que Ulpiano aborda el tema de la *aestimatio* desde el punto de vista de la estipulación alternativa. Aquí se ve cómo la estimación se inserta —y quizá siempre fuera así⁵⁸— en una estipulación.

55. Los únicos reparos puestos al fragmento —al menos que hayamos observado nosotros— son: [*quamvis*] (MOMMSEN) y *rem aestimationem <ve>* (NERIUS) (cfr. Digesto ed. Mommsen-Krueger), y que, entre otros, acepta últimamente BURDESE (vid. *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 175). Ambas observaciones son aceptables, y especialmente por lo que se refiere a "*quamvis*", que ciertamente no parece encajar en el texto. El supuesto no puede referirse más que a cosas estimadas, ¿cómo explicar entonces el que se diga: si se hubieran dado en dote bienes "incluso" estimados?

LENEL (*Palingenesia*, Ulp. 2784) intercala después de *utram praestet* D. 18.1.25. pr., con lo que no podemos estar de acuerdo, pues aquí Ulpiano está tratando un caso de *emptio venditio*.

La última frase *sed si res ... praestabit* resulta una explicación innecesaria y quizá sea un glosema posclásico.

56 Así aparece ya en PELLAT, *Textes sur la dot*, cit., p. 106; FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti*, cit., p. 88; DE MEDIO, *Il'contractus aestimatorius*, cit., p. 59; DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell'Egitto greco-romano*, en *BIDR* 15, cit., p. 208; entre los más recientes, AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc., en *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 88-89, y BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 175.

57. Vid. apartado III del presente trabajo y textos allí citados.

58. Quizá cuando se hable de *tabulae* hay que pensar también en estipulación, cfr. D. 23.4.29. pr. (Scaev. 2 *resp.*) que estudiamos en nuestro apartado III.

III

La natural opción de la mujer, vista en el apartado anterior, puede renunciarse, en favor del marido, por *pactum*⁵⁹.

Un primer texto en el que puede apreciarse lo anterior es D. 24.3.66.3 (Jav. 6 *ex post. Lab.*):

Mancipia in dotem aestimata accepisti: pactum conventum deinde factum est, ut divortio facto tantidem aestimata redderes nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est. Manebit, inquit Labeo, partus tuus, quia is pro periculo mancipiorum penes te esse deberet.⁶⁰

En la misma línea, por reflejar asimismo el pensamiento de Labeón sobre este punto⁶¹, D. 23.3.18 (Pomp. 14 *ad Sab.*):

Si mancipia in dotem aestimata accepisti et pactum conventum factum est, ut tantidem aestimata divortio facto redderes, manere partum eorum apud te Labeo ait, quia et mancipia tuo periculo fuerint.

En ambos textos se trata de esclavos estimados, recibidos en dote, *et deinde*⁶² *pactum conventum factum est*, por el cual el ma-

59. La extensa bibliografía romanística sobre *pacta* ha sido magníficamente seleccionada por IGLESIAS, *Derecho Romano*⁴ (Barcelona, 1962), p. 422 ss., n. 306-315. Vid., asimismo, la aportada últimamente por BURDESE s. v. *Patto* (Diritto romano), en *Noviss. Dig. It.* XII (Turín, 1965), p. 708 ss. La última visión sobre el tema, prácticamente exhaustiva en fuentes y doctrina, ha sido llevada a cabo por BURILLO, *Los pactos en el Derecho romano, Anales de la Univ. de Murcia*, 22, núm. 3-4 (1963-64), p. 151 ss. Especialmente sobre pactos dotales, BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, en *BIDR* 62 (1959), p. 157-184.

60. El texto ha sido visto como genuino por la generalidad de la doctrina, sin embargo, AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc., en *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., estima interpolado "*deinde*" (cfr. op. cit., p. 97, n. 99). En el fondo tal criterio está íntimamente unido al concepto de AYITER de la *aestimatio dotis* para quien no es sino un pacto dotal (cfr., entre otras citas, especialmente la realizada por el autor en op. cit., p. 82, apartado C). Por este motivo, para AYITER es inexplicable un "*pactum deinde aestimationis*".

61. Vid supra D. 31.48.pr. (Proc. 8 *epist.*) y n. 47.

62. Sobre el "*deinde*" que aparece en Javoleno, vid. la opinión de

rido, una vez verificado el divorcio, se compromete a devolver unos esclavos estimados en otro tanto.

No estamos, por tanto, de acuerdo con algún sector de la doctrina que no ha apreciado en ellos una auténtica *aestimatio dotis*, sino una obligación genérica de restitución de dote⁶³ o una *permutatio dotis*⁶⁴. A nuestro modo de ver se trata en los mencionados textos de una normal *aestimatio* optiva, atenuada por *pactum*: el marido puede liberarse entregando otros esclavos del mismo precio. El pacto, por consiguiente, convierte la opción normal de la mujer en elección del marido.

Como el objeto dotal está constituido por *mancipia* se hace mención al *periculum*⁶⁵. La razón del *pactum* que facilita el cumplimiento de la obligación, en su caso, al marido, quizá estribe precisamente en que se trata de cosas que fácilmente pueden perder.

Un nuevo caso de estimación optiva eliminada por un pacto posterior es D. 23.4.29.pr. (Scaev. 2 resp.):

AYITER supra n. 2, que no acierta a ver el fin jurídico de la separación del *pactum* de la *aestimatio*. En nuestro modo de ver, el *pactum* se celebraría en un momento inmediatamente después de la estimación; si bien esto no es óbice —frente a lo que supone AYITER— para que se celebrara en cualquier momento posterior a la *aestimatio dotis*.

63. Así, AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc., cit., p. 90, y *Klâsik Roma Hukukunda 'dos' un tésisi*, cit., p. 215, que señala que ambos textos no son casos de verdadera *aestimatio dotis*, ya que la obligación genérica de restituir la dote no se puede denominar en sentido técnico *aestimatio dotis*. Se trata para AYITER aquí de la constitución en dote de cosas consumibles, para cuya constitución la estima es solamente necesaria como una medida de valor. Este sería el caso originario que influyó para el nacimiento de la verdadera *aestimatio dotis*.

64. En este sentido, especialmente BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, *BIDR*, 62, cit., p. 157 ss. y más concretamente, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit., p. 170 ss. Más afinadamente sobre el concepto de la *permutatio dotis*, VOLTERRA, *In tema di 'permutatio dotis'*, en *RIL* 66, fasc. 1-5 (Milán, 1933).

65. Bien observados por MIQUEL, *Periculum locatoris*, *ZSS* 81, cit., p. 156, los textos que nos ocupan, de ellos deduce la confirmación de que *periculum* y *commodum* afectan a la misma parte. De aquí, el criterio de LABEÓN de que correspondan al marido, junto con el *periculum*, los partos de las esclavas.

Cum maritus, qui aestimata praedia in dotem acceperat, manente matrimonio pactus est circumscribendae mulieris gratia, ut praedia inaestimata essent, ut sine periculo suo ea deteriora faceret: quaesitum est, an secundum priores dotales tabulas praedia aestimata remanerent et periculum eorum ad maritum pertineret. Respondi non idcirco pactum de quo quaeretur impediri, quod in matrimonio factum esset, si deteriore loco dos non esset; nihilo minus eo pacto admissio, si deteriora praedia faceret, eo etiam nomine dotis eum actione teneri⁶⁶.

Las *tabulae* establecían una opción a favor de la mujer⁶⁷; el *pactum* posterior⁶⁸ elimina la opción y hace que la dote se considere inestimada. Se pregunta en el texto por la validez del pacto (hecho durante el matrimonio *circumscribendae mulieris gratia*) y el jurista estima que es válido, ahora bien: la mujer siempre tendrá la *actio rei uxoriae* (o quizá más propiamente la *actio ex stipulatu*) que le servirá para exigir una indemnización por el deterioro.

66. Las principales objeciones a la clasicidad del texto: SCHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scaevola's Responsen*, en *Archiv für die civilistische Praxis* 80 (1893), p. 110, que considera probablemente interpolada la frase "*si deteriore ... esset*"; LENEL, *Palingenesia*, Scaevola 243, [*dotis*] <*rei-uxoriae*>. BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, *BIDR* 62, cit., p. 159, acepta ambas interpretaciones. VOLTERRA, *In tema di 'permutatio dotis'*, *RIL* 66, cit., p. 298, no acepta la alteración señalada por SCHIRMER, si bien considera el estilo del fragmento poco conforme al de los juristas clásicos, pero se muestra de acuerdo con la señalada por LENEL. Por nuestra parte, aceptamos plenamente la opinión de VOLTERRA.

67. Vid. a este propósito supra n. 58. Es de interés lo que BURILLO (*Los pactos en el Derecho romano*, cit., p. 168) señala para el Derecho vulgar: "la transformación de la *stipulatio* en un documento la aproximó mucho más al pacto, tanto que se hizo problemática la posibilidad de mantener separados ambos negocios, ya que también los pactos podían redactarse en un escrito, y así ocurría en los casos más importantes. En algunos supuestos la única diferencia consistía en que el documento estipulatorio contenía la cláusula "*et interrogatus sponendi (t)*" que no aparece en el documento que contenía el pacto". En este sentido puede confrontarse *P. Michigan* 434 (vid. ARANGIO-RUIZ, *Les documents du droit romain*, en *Museum Helveticum* 10 (1953), fasc. 3-4, p. 240) y *CPR* I, 24 (vid. DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio*, etc., en *BIDR* 15, cit., p. 231 ss.), entre otros.

68. Vid. supra notas 60 y 62.

De nuevo Javoleno nos habla de un pacto posterior a la *aestimatio*⁶⁹ en D. 23.4.32.pr. (6 *ex post. Lab.*):

Uxor viro fundum aestimatum centum in dotem dederat, deinde cum viro pactum conventum fecerat, ut divortio facto eodem pretio uxori vir fundum restitueret: postea volente uxore vir eum fundum ducentorum vendiderat, et divortium erat factum. Labeo putat viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta vel fundum reddere, neque ei pactum conventum remitti oportere. Idcirco puto hoc Labeonem respondisse, quoniam voluntate mulieris fundus venit: alioquin omnimodo fundus erat restituendus⁷⁰.

La doctrina no ha puesto graves reparos al fragmento, si bien algunos autores consideran el supuesto como un caso de *permutatio dotis*⁷¹. No hay propiamente tal, en nuestro criterio, sino que en principio la estimación dotal era optiva, la mujer tenía la opción,

69. Vid. supra —en este mismo apartado— D. 24.3.66.3.

70. Será muy útil conocer la versión de *Bas.* (29.5.30; cfr. ed. HEIMBACH III (Lipsiae, 1843), p. 479) correspondiente a nuestro texto por la claridad y concisión con que recoge el supuesto:

Cum mulier dedisset fundum aestimatum centum nummis, postea pacta est, ut divortio facto tantidem dignus fundus redderetur. Hunc maritus consentiente ea ducentis nummis vendidit. Maritus post divortium potestatem habet vel fundum, vel ducentos nummos praestandi. Si vero sine consensu mulieris vendidit, omnino fundum debet.

71. PERNICE señaló una alteración en el fragmento: [*neque ei ... oportere*] (recogida por BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae* II, 1 (Lipsiae, 1898) (vid. ed. anast. Roma 1964), p. 203). Esta es aceptada por VOLTERRA, *In tema di 'permutatio dotis'*, *RIL* 66, cit., p. 299. Recalca aquí VOLTERRA la validez del pacto cuando no perjudica a la mujer. AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 90-91, considera el supuesto del texto que nos ocupa como un caso de *permutatio dotis*; la *aestimatio* en él es solamente un medio para los cálculos. Formaría a este respecto parte de la *permutatio* la venta de un objeto dotal con la adhesión de la mujer o la compra de un objeto con el dinero "en dote". Para BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit., p. 171, constituiría este texto junto con D. 24.3.66.3 —ya comentado—, un primer tipo de *aestimatio dotis* consistente en una especie de *permutatio*. de pacto dotal dirigido a incidir sobre la relación dotal preexistente al objeto de la restitución de la dote.

pero el *pactum* posterior da al marido la elección entre el fundo o cien mil; la estimación se convierte de optiva en electiva⁷².

La venta del fundo, *volente uxore*⁷³, cambia la cantidad: ahora el nuevo precio es de doscientos mil en vez de cien mil. Esto, no obstante, no altera el anterior *pactum* por lo que el marido conserva la elección que éste le había dado.

¿Por qué, como se dice al final del texto, si falta el consentimiento de la mujer, debe restituirse necesariamente el fundo? Si falta el consentimiento de la mujer falta el segundo pacto (por el primero había pasado la elección: fundo o precio al marido) pero es que además la venta no vale: el marido, entonces, puede restituir el fundo —que sigue siendo suyo— pero no puede liberarse dando 100, pues se había demostrado que el fundo valía más: 200. Tampoco podía liberarse dando 200, porque, al faltar el consentimiento de la mujer, faltaba el segundo pacto, que es, precisamente, el que hubiera podido cambiar los 100 por 200. Así, pues, en el caso de falta del consentimiento de la mujer para vender el fundo, el marido perdía la elección que le había dado el primer pacto. Esto supone a su vez que la estimación de la dote volviera a ser optiva y la mujer conservaría la opción del fundo o 100, pero se da por descontado que no va a optar por 100 siendo así que se había demostrado que el fundo valía 200.

Otra cosa sería que la mujer, en el primer pacto en el que renuncia a la opción en favor del marido convirtiendo la estimación de optiva en electiva, autorice ya al marido para vender el fundo; así aparece en D. 23.4.12.3 (Paul. 35 *ad ed.*):

Si fundo aestimato in dotem dato pacta sit mulier, ut, quanto pluris venierit, id in dote sit, Mela ait servandum, cum et ex contrario convenire possit, ut, si minoris venierit, ipsa debeat⁷⁴.

72. La evidencia de este cambio es observada en la *magna glossa* (vid. ed. Lugduni 1558, p. 1474): *Prorsus remittitur enim in aliquo: quia nunc est mariti electio, sed prius tantum fundum centum valentem reddere debebat: et hoc subiicit.*

73. El consentimiento de la mujer era necesario *ex lege Julia*. vid. supra nota 25.

74. Es este uno de los textos en los que basa AYITER (vid. *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 98) la suposición

Se trata aquí también de estimación optiva alterada por *pactum*. La mujer al autorizar la venta del fundo renuncia a la opción y es el marido el que elige, pero con la salvedad de que si vende debe entregar el precio.

La frase "*ex contrario convenire possit*" de la última parte del fragmento no supone que necesariamente se trate de "pacto" ⁷⁶; aquí se trata de que el marido puede exigir que se complete el precio en el que se estimó el fundo, probablemente por estipulación.

El supuesto se repite de nuevo en Paulo D. 23.4.12.4 (35 *ad ed.*):

Si pacta sit mulier, ut, sive pluris sive minoris fundus aestimatus venierit, pretium quanto res venierit in dote sit, stari eo pacto oportet: [sed si culpa mariti minoris venierit, et id ipsum mulierem consequi] ⁷⁶.

De nuevo, pues, la mujer renuncia a la opción por pacto y deja la elección en el marido.

A veces, el pacto entre marido y mujer no supone una completa renuncia de la mujer a la opción, sino simplemente una reducción en ésta. Tal se puede ver en D. 24.3.50 (Scaev. 2 *resp.*):

de que la "teoría" de la compraventa para la *aestimatio dotis* aparece en los últimos tiempos de la época clásica. Si ya hubiera estado en aplicación la "teoría", dice AYITER, Mela hubiera razonado con ella. Ni la mujer ni el marido —dice AYITER— pensaban en una venta en el momento de constitución de la dote. Por nuestra parte, estimamos claro que la venta a la que el fragmento de Paulo se refiere es, evidentemente, la que realice el marido con un tercero. En el pacto de la mujer y el marido ya va implícito, en este caso, el consentimiento de la mujer para que el marido pueda vender el fundo.

75. La amplitud del término *conventio* queda claramente reflejada en D. 2.14.1 (Ulp. 4 *ad ed.*). Una acertada síntesis del amplio juego de este término, a la vez que la principal bibliografía romanística que se ha ocupado del mismo, en SCIASCIA, s. v. *Conventio*, en *Noviss. Dig. It.* IV (Turín, 1959), p. 799 ss.

76. Al texto no se le han señalado alteraciones, que nosotros conocemos, a pesar de ello la última frase del mismo nos parece insiticia, pues claramente responde al régimen de *bona fides* justiniana.

Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitrato, quae vero non exstarent, ab initio aestimatio earum: quaesitum est, cum res quaedam quas maritus vendiderat exstarent, an secundum pactum et haec ad mulierem pertinerent. Respondi res quae exstant, si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla aestimatio intervenisset 77.

La estimación optiva de la mujer queda así reducida, ya que la mujer renuncia a la opción de los objetos subsistentes, compensando *boni viri arbitrato* disminuciones y aumentos. Se reduce la estimación para lo desaparecido 78.

Ahora bien: ¿qué queda de la originaria estimación optiva en el presente supuesto?. Si las cosas subsisten, por el pacto posterior, deben ser entregadas las mismas cosas, si han desaparecido,

77. SCIALOJA VC: [*ab initio*] *aestimatio earum*; *nulla <ab initio> aestimatio intervenisset* (vid. *Digesta Iustiniani Augusti*, ed. Milán 1908). El texto parece genuino, desde nuestro punto de vista. *Pertinerent* debe interpretarse en el sentido de que a la mujer le deben ser devueltas las cosas en especie; no en el sentido de propiedad, que sería interpretación no clásica. Una visión posclásica del problema en C. 5.12.21. (a. 294):

Si inter virum et uxorem pactum sit interpositum, ut, si matrimonium intra quinquenii forte tempora quoquo modo esset dissolutum, species aestimatae doti datae pretiis quibus aestimatae sunt redderentur, manifestum est non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui, cum in placito specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur adnexum, ne, si species aliqua deminuta fuisset aut perditam, alio pretio quam quo taxata fuerat posceretur.

Al menos hasta "*manifestum est*" la idea es clásica: por el pacto posterior a la estimación la mujer renuncia a la opción en favor del marido. Por *pactum* se cambia la naturaleza optiva de la estimación en electiva. La idea que se aporta después de "*manifestum est*" obedece ya al criterio de la *aestimatio taxationis causa*.

78. La doctrina no ha visto así nuestro texto, SCHUPFER, *La famiglia secondo il Diritto romano* I, cit., p. 299, considera el supuesto un caso de *aestimatio taxationis causa* (a este respecto, vid. supra nota anterior); AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 89, supone que estamos ante un caso especial de *aestimatio dotis* que dicho autor denomina "según la eventualidad"; VOLTERRA, *In tema di 'permutatio dotis'*, en *RIL* 66, p. 299, y BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti*, cit., p. 174, consideran el texto un caso de *permutatio dotis*.

sólo la primera estimación es posible. A pesar de esto, todavía conserva la mujer algo de la primitiva opción. Vemos cómo Scaevola nos dice que las cosas vendidas sin consentimiento de la mujer no se consideran desaparecidas, por lo que el marido debería devolver las mismas cosas. Es la mujer, pues, en este caso, la que opta, con su consentimiento para la venta de las cosas dotales, entre éstas y su estimación. Si consiente la venta opta por la estimación (pues las cosas se consideran desde ese momento desaparecidas); si no da su consentimiento para que el marido venda, opta por las cosas dotales (que se consideran subsistentes).

IV

Hay una serie de casos, además del *pactum* examinado anteriormente, en los que igualmente desaparece la natural opción de la mujer, como son, entre otros posibles, la *exceptio doli*, el *edictum de alterutro*, la designación del juez.

Que la mujer puede perder la opción como consecuencia de la *exceptio doli* lo vemos en D. 24.3.49.1 (Paul. 7 *resp.*):

Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa pignoris ablatu est: quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit: ait enim se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non exstiterit. Paulus respondit praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: [consequi enim eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.]⁷⁹.

79. El texto corresponde a *Fragm. Vat.* 94: (con las variantes que se hacen observar en la transcripción del texto).

Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa *fiduciae* ablatu est; *quero*, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit; ait enim se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non *extitit*. Paulus respondit *pro* praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse, *quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur. Poterit mulieri prodesse hoc quod ait se patri heredem non extitisse, si conveniretur; amplius autem et consequi eam*

El texto parece ciertamente alterado en alguna medida, quizá mayor que la señalada más arriba por nosotros⁸⁰, pero el fondo del mismo es clásico y ello es suficiente ahora en nuestro propósito para hacer ver cómo el marido, mediante la *exceptio doli*, puede paralizar la opción de la mujer en el momento de restitución de la dote.

Es sabido que desde la innovación del *edictum de alterutro*⁸¹ la mujer debía elegir entre los legados dejados por el marido a su favor en el testamento y la repetición de su dote. Por ello, en los casos en que la aplicación del *edictum* tenía lugar, la primitiva *optio* de la mujer venía modificada. Así, puede observarse en D. 33.4.12 (Scaev. 3 *resp.*):

Qui dotem in pecunia numerata et aestimatis rebus acceperat, uxori ita legavit: "Seiae uxori meae, si omnes res, quae tabulis dotalibus contineantur, heredi meo exhibuerit et tradiderit, summam dotis, quam mihi pro ea pater eius intulit, dari volo: hoc amplius denarios decem". Quaesitum est, cum res in dotem datae plures ipso usu finitae essent nec moriente marito fuerant, an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur. Respondi videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis supererat, in potestatem heredis pervenit⁸².

pretium fundi evictis evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

80. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Ann. Palermo VII, cit. p. 212-213, supone que en este caso refleja con más fidelidad el pensamiento de Paulo el texto del Digesto que los *Fragmenta Vaticana*; BESELER, *Miszellen*, ZSS 43 (1922) p. 538 y, principalmente, ZSS. 47 (1927) p. 360, ve así el texto: [a creditore antecedente]; ded <er> it; [pro] praedio evicto [—] pretium petenti mulieri <quae patri heres non extitit> doli mali exceptionem [obesse], quae [tamen] officio—continetur <non obesse> [—]; GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*. I. *Iudicium rei uxoriae*, en RIGS 3 (1928) p. 71 y BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit. p. 189 se inclinan por considerar genuina la versión de los *Fragmenta Vaticana*. A nuestro modo de ver ambos están alterados a partir de *exceptionem obesse* que serían las últimas palabras genuinas de Paulo. La frase "consequi... debeat", explicativa, innecesaria, es evidentemente sospechosa.

81. Sobre el tema, vid. por todos GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*, cit., p. 137 ss.

82. SCIALOJA, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti*, en BIDR 14

Se trataría aquí, en principio, de *aestimatio* optiva, y, aunque no hay ningún pacto que modifique la primitiva *optio* de la mujer, según el edicto *de alterutro* deberá elegir entre dote y legado. El legado viene a sustituir a la *aestimatio* antigua por diez mil denarios. Si se da por cumplida la condición, la mujer podrá optar por el legado, pues hay que suponer que la primitiva estimación era inferior a los diez mil denarios del legado. Una razón para argumentar así viene de D. 33.4.2.1 (Ulp. 5 *dis.*):

Mulier dotem promisit quadringentorum et dedit fundos duos in ducenta, praeterea nomina debitorum in residua ducenta: mox maritus eius decedens pro dote fundos ei duos non eos, quos in dotem acceperat, reliquit et praeterea duos illos dotales, quos aestimatos acceperat, reliquit fideique eius commisit, ut, quidquid ad se ex hereditate eius pervenisset, id restitueret. Seio cum moreretur: quaerebatur, quantum esset in fideicommisso muliere defuncta. Dicebam uxorem hanc, quae rogata est, quidquid ad se pervenerit ex testamento, restituere, in ea esse conditione, ut id demum restituere rogetur, quod deducta dotis quantitate ad eam pervenit: dotem enim recepisse eam magis quam accepisse, salvo eo, quod ex commodo, repraesentationis ab ea fideicommissi potuit. Proinde id quidem, quod pro dote maritus ei reliquit, non cogetur restituere, nisi plus fuit in eo quam in quantitate dotis: residuum vero, quod praeterea illi relictum est, cum fructibus cogetur restituere. Habebit igitur praecipuam dotem cum suis fructibus: id vero, quod extrinsecus ei relictum est, cum fructibus, qui ad eam pervenerint, restituet⁸³.

La estimación optiva de nuevo se ve modificada por el edicto *de alterutro*. El marido encarga por fideicomiso a su mujer que restituya todo lo que por el testamento hubiera ido a su poder. El fideicomiso tiene por objeto tan sólo lo que exceda de la dote, pues ésta más bien la cobra la mujer que la adquiere: "*dotem enim*

(1901) p. 13 n. 2 sospecha especialmente de la frase "*an quasi sub impossibili conditione legatum debeat*". Ciertamente, a nuestro criterio, el texto es sospechoso de manipulación desde la frase señalada por SCIALOJA hasta el final, precisamente en lo relacionado con el cumplimiento ficticio de las condiciones.

83. BESELER, *Romanistische Studien*. ZSS 47 (1927) p. 68 señala la itp. de la frase "*salvo eo... potuit*".

recepisse eam magis quam accepisse". Todo lo demás, incluso lo que ella retiene como productos, no es dote, por lo tanto se considera objeto de fideicomiso.

¿Qué queda de la primitiva *optio* de la mujer?. Vendrá condicionada al montante de los bienes del marido recibidos en el testamento. Si además de los fundos restituidos como dote, hay dinero hasta 400, la mujer podría elegir éste (valor de la estimación de los bienes dotales) y en ese caso entregar, como objeto del fideicomiso, los fundos al heredero.

Mención especial merece el legado de *parata*⁸⁴, que aparece en relación con nuestro tema en D. 32.78.6 (Paul. 2 *ad Vit.*):

Cum vir ita legasset: "quae uxoris causa parata sunt, ei do lego", ego apud praetorem fideicommissarium petebam etiam res aestimatas, [quarum pretium in dotem erat], nec optinui, quasi testator non sensisset de his rebus. Atquin si in usum eius datae sint, nihil interest ab ipsa an ab alio comparatae sunt. Postea apud Aburnium Valentem inveni ita relatum: mulier res aestimatas in dotem dederat ac deinde maritus ei legaverat his verbis: "quae eius causa comparata emptaque essent". Dixit emptorum paratorumque appellatione non contineri ea, quae in dotem data essent, nisi si maritus eas res, posteaquam ipsius factae essent, in uxoris usum convertisset⁸⁵.

La cuestión es determinar si las cosas dotales estimadas deben considerarse comprendidas dentro del legado de *parata*. La solución del texto es negativa: el legado de *parata* no comprende la *dos aestimata*, salvo que el marido hubiera especialmente aplicado estas cosas a uso de la mujer.

84. Es el legado de las cosas de uso de la mujer, destinadas a tal fin por el marido durante el matrimonio: "*quae uxori causa empta paratae sunt*". Sobre este tipo de legado vid. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*, cit., p. 122 ss.

85. Para BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV cit., p. 181, el texto es dudoso de interpolación. A nuestro modo de ver, la redundancia de la frase "*quarum pretium in dotem erant*" es justiniana.

Sobre el verdadero sentido de la frase "*quae uxoris causa parata sunt*", las cosas en uso de la mujer además de las adquiridas especialmente para ella, vid. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*, cit. p. 127.

La mujer, por el edicto *de alterutro*, deberá elegir entre la dote y el legado, con lo que queda sin efecto la primitiva *optio* de la mujer respecto a las cosas dotales estimadas o su valor. Generalmente sucedería así, pues el legado parece ser con frecuencia más valioso que la dote⁸⁶.

Un caso en el que el legado parece limitarse a la dote es D. 33. 4.9 (Pap. 7 *resp.*):

“Uxori meae fundum Cornelianum et quae nuptura optulit aestimata in speciebus restitui volo.” Respondi non aestimatum praedium in dotem datum exceptum non videri, sed universa dote praelagata rerum aestimatarum pretium non relictum, verum ipsas res, quales invenirentur⁸⁷.

86. En caso contrario, la mujer actuará por la *actio rei uxoriae* como puede verse en D. 31.53. pr. (Terent. Clem. 4 *ad leg. Iul. et Pap.*). Vid. el comentario a este texto en ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto Romano*, I (Padua 1964) p. 142 ss.

87. La interpolación de “*fundum Cornelianum et*” señalada por MOMMSEN ha sido aceptada últimamente por ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto Romano*, cit. p. 144 ss. en base a que de otra manera no habría motivo alguno de preguntar al jurista si el testador entendió excluir del legado al fundo. En nuestra opinión no es aceptable tal alteración y, en consecuencia, la explicación de ASTOLFI no es válida. Ciertamente el texto no es fácil de entender y posiblemente esté mutilado de una mayor exposición del caso. Las interpretaciones que el texto ofrece, a nuestro juicio, son dos: 1.ª “*fundum Cornelianum*” y “*praedium non aestimatum*” son el mismo fundo, que fue entregado en dote no estimada por la mujer en su día y que ahora restituye por legado el marido. En este caso la explicación de la respuesta de Papiniano respecto al “*exceptum non videri*” estriba en que por la forma de disponer el legado parece como si el testador hubiera dispuesto que el “*fundum Cornelianum*”, por un lado, y por otro aquellas cosas entregadas en dote estimada han de ser legadas separadamente, cuando, por el contrario, no se ha hecho por el testador sino legar toda la dote y, en consecuencia, el “*fundum Cornelianum*” no está *exceptum* del legado de “*universa dote*”. 2.ª “*fundum Cornelianum*” y “*praedium non aestimatum*” son dos fondos distintos: el primero corresponde a un fundo que el marido lega a la mujer sin haber sido constituido en dote, el segundo es un fundo que, constituido en dote por la mujer —inestimado— no ha sido especificado por el testador. ¿Qué sucede entonces? Que el legado era más valioso que la dote y estaría compuesto por el fundo Corneliano más toda la dote (sin exceptuar el fundo inestimado). De estas dos interpretaciones nos parece más fundada la primera que así va de acuerdo con la opinión de

El marido deja a la mujer en el testamento "*universa dote praelegata*": el fundo inestimado y los bienes estimados en especie (*pretium non relictum*) tal y como se encuentren. Si estos bienes se encontrasen muy deteriorados, la mujer podrá actuar por la *actio rei uxoriae* para obtener la estimación de los mismos⁸⁸.

La decisión del juez puede también variar la primitiva *optio* de la mujer: D. 24.1.7.5 (Ulp. 31 *ad Sab.*):

Si maritus aestimationem rerum quas in dotem accepit dicat se donationis causa auxisse, remedium monstravit imperator noster cum divo patre suo rescripto, cuius verba haec sunt; "Cum donationis causa pretium auctum adfirmes, qui super ea re cogniturus erit, si pecuniae modum recusabis, ipsa praedia restitui debere sumptuum deductis rationibus arbitrabitur." In arbitrio igitur mariti erit, quid praestitum malit. Idem iuris est et si e contrario mulier de minore aestimatione queratur. Nec aliud in commodato aestimato dato observari solet, ut Pomponius libro quarto variarum lectionum scribit⁸⁹.

A pesar de la *aestimatio* optiva el rescripto mencionado en el texto por Ulpiano quita a la mujer la alternatividad de la estimación si se prueba que ésta ha sido hecha *donationis causa*⁹⁰. En

GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium*, cit. p. 122 n. 32 que supone que la asignación testamentaria en nuestro fragmento se limita a la dote.

88. Vid. supra nota 86. En este caso la mujer en cierta manera conserva su *optio* pues puede aceptar el legado (= cosas dotales en especie) o pedir por la *actio rei uxoriae* la dote (= el valor de las cosas dotales estimadas).

89. LENEL cree que se trata del 32 a Sabino (*Palingenesia* II, Ulp. 2766). PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, en ZSS 42 (1921) p. 271, ve las siguientes alteraciones en el texto: "*remedium monstravit*"; "*si pecuniae modum recusabis*"; "*in arbitrio... malit*". (vid. otros autores en *Index Interpolationum*). El mismo criterio respecto a las alteraciones del texto puede verse en BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici* I (Padua 1930) p. 197 ss.; PUGLIESE; *La simulazione nei negozi giuridici*, cit. p. 109 ss. y últimamente en AYITER, *Klasik Roma Hukukunda "dos" un tesisi*, cit. p. 223 y BURDESE, *Aestimatio dotis*, en *Studi Betti* II, cit., p. 197 ss.

90. Vid. sobre este punto DUMONT, *Les donations entre époux en Droit romain* (París 1928), especialmente sobre nuestro texto, p. 111 ss. Para PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., p. 197, estamos aquí ante un caso de *negotium mixtum cum donatione*; también piensa así AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. en *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 117 ss.;

este caso, el juez da la elección al marido ⁹¹. De todas formas, la mujer puede optar por la mínima *aestimatio* sin necesitar que el juez le autorice ⁹².

V

Justiniano ve en la *aestimatio dotis* el precio de una venta, pues sólo entonces el marido adquiere la propiedad de las cosas dotales estimadas.

Vamos a analizar algunos de los textos más importantes en los que, a nuestro juicio, se destaca claramente la construcción justiniana sobre nuestro instituto.

Así en D. 19.2.3 (Pomp. 9 *ad Sab.*):

Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, [cum quid aestimatum in dotem daretur.]

Pomponio aportaría únicamente la opinión de Próculo para indicar que el *instrumentum aestimatum* que recibe el colono es como si estuviera comprado ⁹³. La mención final de la *aestimatio*

BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit. p. 197 denomina este supuesto *aestimatio donationis causa facta*.

91. "In arbitrio igitur mariti erit, quid praestitum malit." El marido, pues, es libre de elegir entre el pago de la suma fijada *donationis causa* y la restitución de las cosas dotales; vid. DUMONT, *Les donations entre époux en Droit romain*, cit. p. 111.

92. No es fácil explicar la mención final del texto al comodato con estimación, entre otras razones porque prácticamente desconocemos el contenido del libro cuarto de las *Variae Lectiones* de Pomponio (cfr. LENEL, *Palingenesia* II, p. 53 n. 3 y p. 151); quizá porque los compiladores utilizaron un epítome posclásico de la obra, como argumenta GUARINO, *Storia del Diritto romano* 3 (Milán 1963) p. 385. Sobre el comodato con estimación vid. especialmente BETTI, *Periculum* en *Studi De Francisci* I, cit. página 150 y PASTORI, *Il comodato nel diritto romano* (Milán 1954) p. 15-16; 213 y 279, principalmente.

93. Para BETTI, *Periculum*, *Studi De Francisci* I, cit. p. 148 la construcción de una *emptio* en el caso sirve solamente para justificar con un título de adquisición oneroso los poderes de disposición material consentidos al arrendatario sobre aquellos enseres. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Viena-Munich 1965), p.

dotis evidentemente no es de Próculo, ni creemos que pueda atribuirse a Pomponio, sino que es una típica interpolación justiniana de final de texto, que posiblemente vaya aparejada a una supresión del razonamiento de la solución proculeyana por Pomponio.

Al cambiar en época justiniana el régimen dotal, Justiniano se ve precisado a intercalar aclaraciones en los textos clásicos que desvirtúan totalmente su primitiva solución; lo vemos en D. 23.3 12.pr. (Ulp. 34 *ad Sab.*);

Si *res aestimata post contractum matrimonium donationis causa adprobetur, nulla est aestimatio, [quia nec res distrahi donationis causa potest, cum effectum inter virum et uxorem non habeat: res igitur in dote remanebit.] [Sed si ante matrimonium, magis est, ut in matrimonii tempus collata donatio videatur: atque ideo non valet.]*

A partir de “*quia nec res distrahi donationis causa*” el texto no es clásico⁹⁴. Para Justiniano la estimación hace que el marido adquiera la propiedad, por esto su insistencia en explicar que si la estimación resulta nula las cosas siguen siendo de la mujer: “*in dote remanebit*”. Sólo desde el punto de vista justiniano (con la *aes-*

121, supone que estamos aquí ante una *iusta causa traditionis*; el único elemento ficticio en la solución de Próculo está en la analogía que se pretende con la equiparación del supuesto de la dote.

94. Las dificultades del texto han sido puestas de relieve por la doctrina, especialmente por BESELER, *Miszellen*, ZSS 45, cit. p. 469 y WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, ZSS 53, cit., p. 332, sin que al respecto se hayan encontrado soluciones satisfactorias. Ultimamente se ha ocupado del mismo con cierto detenimiento BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit., p. 195 ss., quien considera formalmente no elegante la concatenación de las frases “*quia... potest*”; “*cum... habeat*” y aún mayores dudas le sugieren, en la segunda parte del fragmento, la adversativa *sed* fuera de lugar y la expresión “*atque ideo non valet*”. En nuestro criterio, de “*quia nec res*” a “*remanebit*” hay una argumentación justiniana. La última frase: “*sed si ante matrimonium... ideo non valet*” parece más bien una glosa posclásica por su carácter de contraposición escolástica: frente al *post contractum matrimonium* del principio del fragmento este *ante matrimonium* de la frase final en la que la solución negativa no parece estar de acuerdo a los principios clásicos (vid. sobre este último aspecto ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano* (Padua 1938) p. 145).

timatio dotis la propiedad de las cosas dotales pasan al marido (*venditionis causa*) se puede entender la *aestimatio* como donación disimulada.

Ya hemos visto cómo la *aestimatio dotis* en la época clásica se condiciona a la celebración del matrimonio⁹⁵, lo que en época justiniana viene a convertirse en compraventa condicional como puede verse en los textos que siguen: D. 23.3.10.4 (Ulp. 34 *ad Sab.*):

Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub condicione est: namque hanc habet condicionem "si matrimonium fuerit secutum". [Secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio]⁹⁶.

La última frase parece un añadido justiniano⁹⁷. El problema de fondo es la atribución del riesgo de las cosas estimadas, que no ha de pasar al marido hasta la celebración del matrimonio⁹⁸. Por consiguiente, si los esclavos estimados fallecen antes de celebrado el matrimonio perecen para la mujer: D. 23.3.10.5 (Ulp. 34 *ad Sab.*):

Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit, et [hoc consequens est dicere: nam cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione

95. Vid. supra, apartado II, nuestro comentario a D. 23.3.17.1.

96. De nuevo parece excesiva la alteración señalada por BESELER, *Miscellanea*, ZSS 45, cit., p. 258-259, desde *dotales sunt* hasta el final. Más moderado se había mostrado con anterioridad en su *Beiträge* II, cit. p. 58 al considerar [namque hanc habet condicionem]; [vera] < pura > venditio, la primera de las cuales es aceptada por SECKEL-LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf in klassischen römischen Recht*, en ZSS 47 (1927) p. 176. VOLTERRA considera que el fragmento refleja el pensamiento clásico (*In tema di 'aestimatio dotis'*, en RIL 66, cit., p. 1031), si bien presenta ciertas deficiencias de forma debidas a los compiladores (*Diritto di famiglia*, cit. p. 255).

97. En todo caso el "fit vera venditio" es inadmisibile como llega a reconocer el propio BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit., p. 182-183 (y bibliografía cit. nota 59). Aun cuando nosotros nos inclinamos por considerar alterada íntegramente la última frase pensamos como segunda hipótesis que tal frase podría verse así: *Sicutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et [fit vera venditio] <periculum ad maritum pertinet>* (?)

98. Vid. MIGUEL, *Periculum locatoris*, ZSS, 81 cit. p. 155.

mors contingens extinguat venditionem,] consequens est dicere muliere perisse [, quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est.]⁹⁹.

En época clásica si las nupcias no se celebraban se consideraba la *aestimatio* como no ratificada; si sigue el matrimonio, la *aestimatio* es válida y el *periculum* es para el marido¹⁰⁰. En el presente texto se construye la *aestimatio dotis*, celebrada con anterioridad al matrimonio, como compraventa condicional, construcción que ciertamente no es clásica.

Para Justiniano, únicamente el marido que ha recibido los bienes dotales estimados *venditionis causa* es propietario de los bienes dotales, *quasi emptor*; de ahí la preocupación justiniana por determinar si el fundo ha sido estimado, como aparece en D. 20.4.9.3 (Afric. 8 *quaest.*):

Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem [aestimatum] dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem [maritus emptoris loco est: atque ideo,] quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. [Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevium obligatum esse]¹⁰¹.

99. El texto presenta motivos suficientes para dudar de su genuinidad, y en consecuencia la crítica sobre el mismo ha sido muy abundante (cfr. *Index Interpolationum*). Incluso los más decididos defensores de la genuinidad del texto se ven precisados a señalar algunas alteraciones en el mismo (vid. VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 255, que considera una glosa "quia aestimatio venditio est".) En esta ocasión estamos totalmente de acuerdo con la crítica que del texto ha realizado BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit. p. 182.

100. Vid. supra apart. II D. 23.3.10. pr. (si las cosas son estimadas el *periculum* es del marido) y D. 23.10.1 (si son inestimadas el riesgo es de la mujer). MUEL, *Periculum locatoris*, ZSS 81, cit., p. 155, se fija cómo en D. 23.3.10.5 se sustituye la palabra *periculum* al referirse a la mujer con un impreciso "damnum".

101. BESEMER, *Miscellen*, ZSS 45, cit. p. 440 resulta una vez más excesivo en su crítica al fragmento pero a la vez su interpretación es muy

Se trata en este caso de un fundo ajeno primero entregado en prenda a Ticio, después en hipoteca a Mevio, posteriormente se adquiere la propiedad sobre el fundo y, finalmente, se entrega en dote (estimada según los justinianos). A Ticio se le paga la deuda, lo que se pregunta es si puede convalidarse la hipoteca de Mevio. A nuestro modo de ver, en el momento en que podía convalidarse la hipoteca de Mevio, la mujer ya no es propietaria del fundo porque lo ha dado en dote, por eso no se puede convalidar la hipoteca de Mevio. En derecho clásico para que deje de ser propietaria no hace falta que la dote sea estimada, el marido adquiere en todo caso la propiedad; en derecho justiniano, para mantener el criterio de Africano¹⁰² de que no se convalida la hipoteca de Mevio es preciso considerar el fundo estimado. En este caso, para los justinianos, la adquisición del marido se justifica "*emptoris loco*"¹⁰³.

La visión justiniana de la *aestimatio dotis* como compraventa

original al ver en el supuesto un caso de *usureceptio ex fiducia*: *Titia praedium <quod fiduciae causa mancipaverat> [alienum] Titio pignori dedit, post Maevio: deinde <usu receptum> [domina eius pignoris facta] marito suo in dotem [aestimatum] dedit... [non ideo... fin]*. Muy acertado ALBERTARIO, *Interpolazioni in D. 20.4.9.3 (Appunti sulla aestimatio dotis)* en *RIL* 59, cit., p. 291 ss. (vid. *Studi* I, cit., p. 402, y *Corso di Diritto Romano. Matrimonio e dote* (Milán 1942), p. 226): [*aestimatum*]; [*emptoris loco*] <*dominus*>; [*haec tamen... fin*] (esta última, con anterioridad, RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (Gotinga, 1915) p. 495 n. 4). La itp. de *aestimatum* puede considerarse segura pues es aceptada por autores que han estudiado específicamente el tema a que el fragmento se refiere, así VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in Diritto romano* (Roma 1930), p. 31; KOSCHAKER, *Fr. 9,3 D 20. 4. Ein Beitrag zur lehre vom nachpfandrecht und vom bedingten rechtsgeschäft*, en *Scritti in on. di C. Ferrini* III (Milán 1948) p. 231 ss. (también señala [*emptoris loco*] <*dominus*>; [*atque ideo... fin*]. MIQUEL, *El rango hipotecario en el Derecho romano clásico*, *AHDE* 29 (1959), p. 246 ss. Nosotros hemos aceptado íntegramente la interpretación de este último autor sobre el texto.

102. La genuina opinión de Juliano la vimos en el apartado II, D. 23. 5.11 (Afri. 8 *quaest.*), si bien dicho texto de Africano ofrecía ciertas dificultades de forma (vid. supra nota 53), para Juliano *aestimatio dotis* era *aestimatio optiva*.

103. Vid WUBBE, *Res aliena pignori data* (Leiden 1960), p. 118 y nota 106.

lleva a considerar el valor de las cosas dotales establecido en la *aestimatio* como precio de las mismas y, por consiguiente, susceptibles de compensación *ipso iure* como aparece en D. 25.1.5.pr. (Ulp. 36 *ad Sab.*):

Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec efficiet desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem¹⁰⁴.

En el texto, a partir de “*ubi ergo admittimus... fin*” parece una glosa posclásica en la que se considera susceptible de compensación *ipso iure* la dote estimada, idea que encaja perfectamente en la visión justiniana del instituto. Para completar ésta nos queda ahora por analizar un último problema: el de la usucapión por el marido de las cosas dotales estimadas, según el texto de Paulo D. 41.9.2 (54 *ad ed.*):

104. El texto ha sido muy criticado (vid. *Index Interpolationum*). La opinión de BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, en *Ann. Pal.* VII, cit., p. 191, que considera itp. “*etenim absurdum ... satisfiat*” y “*ubi ergo ... fin*”, parece muy acertada especialmente por lo que se refiere a la segunda interpolación que a nosotros más bien nos parece una glosa posclásica (vid. asimismo para el texto BIONDI, *La compensazione nel diritto romano* en *Ann. Pal.* XII (1927) página 288). También SOLAZZI, *La compensazione nel Diritto romano* (Nápoles 1950) p. 182 y 194, principalmente, considera que el texto está claramente interpolado, especialmente la frase “*ubi non sunt corpora sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri*”. Para SOLAZZI es claro que los justinianos recogieron la regla clásica: “*impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*” para situarla bajo los principios de la compensación.

Si [aestimata] res ante nuptias tradita sit, nec pro emptore nec pro suo ante nuptias usucapietur¹⁰⁵.

Con razón ha dudado cierto sector de la doctrina¹⁰⁶ del texto. A nuestro modo de ver, Paulo no se refería a la *dotis aestimatio*, ya que no era preciso hacerlo, pero para Justiniano sí lo es, pues únicamente si hay *aestimatio* puede el marido hacerse propietario de las cosas entregadas en dote. Para Justiniano, pues, las cosas entregadas al marido sólo se pueden usucapir si hay estimación.

¿Por qué no se menciona también en el texto el título *pro dote*? Porque no hay dote en tanto no hay matrimonio, pero si el matrimonio se celebra, la usucapión es sin duda *pro dote*¹⁰⁷.

La posibilidad, que Paulo niega en el texto, del título *pro emptore* o del *pro suo* viene determinada por analogía con lo que sucede en la *litis aestimatio*. Aquí Juliano daba el *pro emptore* a favor del poseedor condenado que retenía la cosa a cambio de pagar

105. Una versión posclásica de la explicación de Paulo a este supuesto aparece en *Fragm. Vat.* 111 (8 *resp.*):

L. Titius a Seia uxore sua inter cetera accepit aestimatum etiam Stichum puerum et eum possedit annis fere quattuor; quaero, an eum usuceperit. Paulus respondit, si puer de quo quaeritur, in furtivam causam non incidisset neque maritus sciens alienum in dotem accepisset, potuisse eum aestimatum in dotem datum post nuptias anno usucapi. *Quamvis enim* Iulianus et ante nuptias res dotis nomine traditas usucapi pro suo posse existimaverit et nos quoque idem probemus, tamen hoc tunc uerum est, cum res dotales sunt. Cum uero aestimatae dantur, quoniam ex empto incipiunt possideri, ante nuptias pendente uenditione, non prius usucapio sequi potest quam nuptiis secutis.

De su autenticidad han dudado, entre otros, BELESER, *Miscellanea*, ZSS 45, cit. p. 258 ss. y EHRHARDT, *Iusta causa traditionis* (Berlín-Leipzig 1930) p. 85 ss.

106. Vid. *Index Interpolationum*. Especialmente interesante la alteración señalada por EHRHARDT, *Iusta causa traditionis*, cit. p. 95: [*nec pro emptore*] <*pro soluto*>. La alteración y reconstrucción de EHRHARDT parece que sólo sería explicable si hubo estipulación. Por la genuinidad del texto, entre otros, ALBERTARIO, *Possessio pro suo et possessio pro alieno*, en *SDHI* 1 (1935), p. 291 (vid. *Studi* II, cit. *Distinzioni e qualificazioni in materia di possesso* p. 186). VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit. p. 256 y BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II, cit., p. 178-179.

107. Cfr. el título 9: *Pro dote* del libro 41 del Digesto.

la *litis aestimatio*, Paulo, por el contrario, prefería en ese caso el título *pro suo* ¹⁰⁸.

VI

Hemos preferido estudiar aparte el problema de la evicción de las cosas dotales ¹⁰⁹, pues, como veremos, presenta unas características peculiares.

En el derecho clásico, si se trata de *dos inaestimata*, el marido evicto tiene tres posibilidades para su defensa: no restituir, reclamar en virtud de la *stipulatio duplae* (*actio ex stipulatu*) o por dolo (*actio doli*). Si se trata de *dos aestimata* el marido tiene que restituir (cabría, quizá, la *exceptio doli?*), ahora bien, puede reclamar —como en la dote inestimada— por *stipulatio duplae* o do-

108. El tema, ampliamente tratado y controvertido en la literatura romanística, adolece aún de una explicación plenamente satisfactoria. Vid. principalmente BONFANTE, *La "iusta causa" dell'usucapione e il suo rapporto colla "bona fides"*, en *Scritti giuridici varii II* (Turín 1926), 469 ss.; BETTI, *Studi sulla litis aestimatio I* (Pavía, 1915) p. 54 ss.; CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per "litis aestimatio" nel processo civile romano* (Milán 1934); VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milán 1952) p. 180 ss.; MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der "usucapio"* (Graz-Köln 1962).

109. Sobre el tema existe una abundante literatura, ya desde el siglo pasado, en la que cabe destacar, junto con las citadas obras de BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, cit. p. 223 ss. y CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, cit. p. 157 ss., las de ARNDTS, *Zur Lehre von der Evictionsleistung der Dos* en *Arch. f. civ. Praxis* 50 (1867) p. 149 ss.; COGLIOLO, *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano*, *A. G.* 29, cit. p. 153 ss.; FADDA, *Ancora dell'evizione nella dotis datio*, *A. G.* 31, cit. p. 359 ss.; GERARDIN, *De la garantie de la dot en droit romain*, en *R. H.* (1896) p. 5 ss.; CIANCOLA, *Della garanzia d'evizione per il costituente una dote in Diritto romano* en *Filangieri*, 33 (1908) p. 726 ss.; más recientemente merecen destacarse los trabajos de KAMPHUISEN, *Le garantie en cas d'eviction en Droit romain hors du contrat de vente*, en *R. H.* (1927) p. 607 ss.; VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, cit. p. 276 ss.; LAURIA, *Matrimonio-Dote*, cit. p. 147 ss.; RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare* (Turín 1950). Ultimamente, AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc. *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit. p. 102 ss. y BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti II*, cit. p. 188 ss.

lo. La reclamación del marido supone, en todo caso, la obligación de restituir lo obtenido.

En derecho justinianeo, para la evicción de la dote inestimada se sigue el régimen clásico, antes expuesto, pero para la *dos aestimata* Justiniano da al marido la *actio empti*. ¿Fue esta concesión de la *actio ex empto* al marido evicto dada por vez primera en época justiniana?. Es posible que la *actio ex empto* viniera concedida, quizá, desde la última jurisprudencia clásica¹¹⁰, pues se haría sentir la necesidad de que el marido, si no hubo *stipulatio duplae*, tuviera una acción, aparte de la supletoria por el dolo.

Ya tuvimos ocasión de ver en D. 23.3.75 (Tryph. 6 *disp*)¹¹¹ como tanto el marido como la mujer, en caso de dote no estimada, tenían una *actio ex stipulatu* (derivante de una *stipulatio duplae*) que les garantizaba contra la evicción. En caso de *dos aestimata* la mujer ya está suficientemente garantizada por la *aestimatio* y no necesita especial garantía por la evicción. ¿Y el marido? El marido necesita ciertamente una acción y es muy probable que desde la última jurisprudencia clásica le viniera concedida una acción cuya mecánica y efectividad era bien conocida de los juristas romanos: la *actio ex empto*¹¹². Esta aplicación analógica de la *actio empti*¹¹³ exclusivamente para casos de evicción, desde la

110. COGLIOLO, *Quaestiones vexatae, etc.* A. G. cit. p. 166 suponía que la *actio ex empto* le vino concedida al marido en caso de *dos aestimata* (*venditionis causa*) poco después de la *lex Papia Poppaea nuptialis* (9. d. C. cfr. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit. p. 457-462). Recientemente ha argumentado BURDESE, *Aestimatio dotis, Studi Betti* II, cit., p. 205 n. 129 que la aplicación de la *actio empti* a la evicción de la dote no puede ser muy antigua ya que la primera mención de la *actio empti* en función de garantía por evicción aparece en D. 19.1.11.8 (Ulp. 32 *ad ed.*) atribuida a Neracio Prisco, jurista de la época de Trajano (sobre la *actio empti* en función de garantía vid. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in Diritto romano* II (Nápoles 1956) p. 345 ss.). Quizá no esté descaminado AVITTER, *Aestimatio dotis e compravendita etc. Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 103 al suponer que la *actio empti* fue dada al marido hacia comienzos del s. III d. C.

111. Cfr. supra apartado II.

112. WOLFF, *Zur Stellung der Frau*, etc. en *ZSS* 53, cit. p. 333-334 parece inclinarse por la idea de que se trate de una *actio empti utilis*.

113. Nunca viene aplicada la *actio venditi* a la mujer y no debe ser to-

última jurisprudencia clásica, llevó el criterio a la época posclásica y, fundamentalmente, a la justiniana de que la *aestimatio dotis* podía hacerse *venditionis causa*. Es más, para los justinianos era ésta la única manera de hacer adquirir al marido la propiedad de los bienes dotales ¹¹⁴.

Ahora bien, frente a los supuestos justinianos de *aestimatio dotis venditionis causa*, surgen otros casos de dote estimada imposibles de encajar en tal criterio y éstos son los que responderán a la idea, asimismo justiniana, de la *aestimatio dotis taxationis causa*, como aparece en D. 23.3.69.7 (Pap. 4 *resp.*):

Cum res in dotem [aestimatas] <datas> soluto matrimonio reddi placuit, [summa declaratur, non venditio contrahitur: ideoque] rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro: alioquin de dolo tenetur ¹¹⁵.

La alteración señalada responde a la idea justiniana de la *aestimatio taxationis causa* y para nosotros es clara ¹¹⁶: la frase *aestimare in dotem* ("*res in dotem aestimatas*") es ciertamente insiticia por *dare in dotem* ("*res in dotem datas*"). Al ser la *aesti-*

mada en cuenta la aislada mención de C. 2.3.11 en contraposición con C. 4.47.1.

No parece convincente la argumentación de BURDESE, *Aestimatio dotis, Studi Betti* II, cit. p. 206 n. 131 cuando dice que la no concesión de la *actio venditi* a la mujer no es óbice para la construcción de la *aestimatio dotis* como compraventa ya que el precio se entiende automáticamente constituido en dote y por tanto no puede actuarse con la *actio venditi* sino con la *actio rei uxoriae*.

114. Vid. en este sentido textos citados *supra* apartado V, especialmente, D. 23.3.12. pr.; D. 20.4.9.3; D. 41.9.2 y más adelante D. 19.1.52.1.

115. BESELER, *Miszellen ZSS*, 45, cit. p. 469 retiene interpolado el fragmento desde "*ideoque*" al fin. BURDESE, *Aestimatio dotis, Studi Betti* II, cit. p. 172 se fija en algunas de las dificultades que el texto ofrece para ser aceptado como genuino (en especial, "*res in dotem aestimatae*" por "*res datae (o traditae o acceptae) in dotem aestimatae*") pero se inclinan a creer que tales motivos de duda son simplemente formales y en consecuencia se pronuncia por la claridad del texto.

116. Cfr. el texto con D. 23.3.75 (vid. *supra* ap. II). La alteración "*summa declaratur... ideoque*" fue bien vista por BESELER, con posterioridad a su interpretación cit. en la nota anterior, en su trabajo *Et ideo - Declarare - Hic*, en *ZSS* 51 (1931), p. 59.

matio dotis taxationis causa no hay venta y no hay responsabilidad por evicción, sino sólo *actio doli*. Acaso este régimen (sólo *actio doli*) que Justiniano aplica al caso de *aestimatio taxationis causa* era el régimen general de toda dote estimada hasta la última jurisprudencia clásica para el caso de evicción. Es decir que, quizá, durante la época clásica, la evicción de la dote estimada sin *dolus mulieris* = *periculum mariti* ¹¹⁷.

Una alteración similar se observa en el texto siguiente de Papiniano D. 23.3.69.8:

In dotem rebus [aestimatis et traditis] <dati>, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videretur ¹¹⁸.

Aquí se ve claramente cómo Justiniano introduce el criterio de la *aestimatio* para que las cosas entregadas en dote en uso de la mujer puedan ser consideradas propiedad del marido. Para Justiniano sólo adquiere el marido si hay *aestimatio venditionis causa*; para los clásicos tal sucede aunque las cosas dotales no sean estimadas, de aquí que sea innecesaria para el Derecho clásico la mención a la dote estimada para decir que el dominio está en el marido, pues esto sucede sea o no estimada la dote.

La *actio ex empto* con motivo de evicción de la dote viene mencionada en D. 19.1.52.1 (Scaev. 7 *dig.*):

Praedium aestimatum in dotem a patre filiae suae nomine datum obligatum creditori deprehenditur: quaesitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset dote contenta, actione ex empto teneatur, ut a creditore lueret et marito liberum praestaret. Respondit teneri.

El texto no ofrece grandes dudas de alteración, por lo que creemos que la mención de la *actio ex empto* es auténtica de Scae-

117. Por otro lado, en el texto que comentamos, el *reddi placuit* parece aludir a la estipulación de restitución. Tiene razón BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II cit., p. 172, cuando advierte que el *placuit* no concuerda con *declaratur* y *contrahitur*, puesto que estos dos pertenecen a un añadido posterior al fragmento.

118. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II, cit., p. 200, n. 3, supone que en vez de *dominium* el texto se refería a *periculum*. No nos parece aceptable, entre otras razones porque creemos que en el texto no se trataba de *aestimatio dotis* en la versión de Papiniano.

vola ¹¹⁹. Sin embargo, parece bastante probable que los justinianos hayan alterado la solución final del jurista que quizá sería en sentido negativo ¹²⁰.

El que se dé la *actio ex empto* al marido en caso de evicción de la dote estimada ¹²¹ no supone que los clásicos admitiesen una verdadera *emptio* por parte del marido, sino que es tan sólo un expediente para defender a quien recibe con estimación y deberá la cantidad aunque hubiera perdido el fundo.

Así también la concesión de la *actio ex empto* al marido evicto aparece claramente en *Fragm. Vat.* 105 (Paul. 7 *resp.*):

Paulus respondit aestimatis rebus in dotem datis et manente matrimonio euctis uiro aduersus uxorem ex empto competere actionem et ideo eius quantitatis, quae in aestimationem deducta est, sextas retineri posse.

La primera parte del fragmento es clara por lo que se referirá a la posibilidad del marido de actuar *ex empto*, contra la mujer por la evicción de las cosas dotales estimadas; únicamente a partir de “*et ideo*” aparecen las dificultades del texto que ha venido intentando solucionar la doctrina ¹²².

119. Por lo que es muy posible que a finales del siglo II d. C. se diera la *actio ex empto* al marido evicto que ha recibido bienes dotales estimados. Esto vendría a coincidir con C. 5.12.1.1. (a. 201):

Si autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio.

La única duda versa sobre la alteración de *pollicitatio* por *dictio* (cfr. BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II cit., p. 188, n. 75). Por lo que resulta claro que compete la *actio ex empto* en caso de evicción de la dote estimada.

120. En consecuencia, nos inclinamos a considerar que el texto de Scaevola concluiría: *respondit non teneri* y quizá alguna explicación de esta respuesta que habría sido igualmente suprimida por los justinianos. Vid. supra apartado IV, D. 24.3.49.1 (= *Fragm. Vat.* 94).

121. No es admisible la opinión de BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II cit., p. 194-195, que considera aplicable la *actio ex empto* a hipótesis distintas de la evicción como, por ejemplo, para hacer valer pactos insertos en el instrumento dotal, ya que C. 2.3.11 (en contradicción con C. 4.47.1) parece alterado en su última frase, y en todo caso, no deja de ser un supuesto más de evicción.

122. Una interpretación atrayente sobre este pasaje es la de VOLTERRA, *In tema di 'aestimatio dotis'*, en *RIL* 66 cit., p. 1091. pues, por un lado,

Posteriormente, Justiniano va a extender la aplicación de la *actio ex empto* en caso de evicción a supuestos que en época clásica venían encajados dentro de la *stipulatio duplae*. Así lo podemos comprobar en D. 23.3.16 (Ulp. 34 *ad Sab.*):

Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea [virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione soluto matrimonio ei praestare oportet. Quare et] si duplum [forte] ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. [Quae sententia habet aequitatem, quia non simplex venditio sit, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire.]¹²³

confirma la concesión de la *actio ex empto* al marido por la evicción de las cosas estimadas y, por otro, a propósito de la frase "*quae in aestimatio deducta est*", señala VOLTERRA que no puede ciertamente referirse a la *aestimatio dotis*, sino a la *aestimatio litis* realizada por el juez en el juicio *ex empto* para determinar la suma a pagar por la evicción de parte del constituyente de la dote. El texto, pues, quedaría aclarado así: ... *quantitas quae in <litis> aestimationem deducta est*. BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II cit., p. 190, no cree aceptable la interpretación de VOLTERRA, aun cuando conviene que no existe una propia relación entre la primera parte del texto y la segunda, por lo que no puede justificarse el *et ideo*. BURDESE retuerce un tanto la argumentación para concluir que lo que Paulo probablemente quería decir es que el objeto de la restitución era siempre la estima y no lo que el marido hubiera obtenido con la *actio ex empto*.

123. Entre las principales críticas al texto BESELER, *Miscellanea*, ZSS 45 cit., p. 257: ... *vir[um] ex empto contra uxorem agere <potest>*... [*dotis actione*] *solutio matrimonio <retinebit>* [*ei praestare oportet ... fin*]; VOLTERRA, *In tema di 'aestimatio dotis'*, en *RIL* 66 cit., p. 1091, *consecutus [dotis] <rei uxoriae>*; [*quae sententia ... fin*]; AVITER, *Aestimatio dotis e compravendita*, etc., en *Estr. Ann. Univ. Ankara*, cit., p. 110, parece limitarse a dudar de la frase "*non simplex venditio est sed dotis causa*"; BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II cit., p. 191: *contra uxorem agere <potest>* ... [*dotis actione*] ... *solutio matrimonio <retinebit>* [*ei praestare oportet ... fin*].

A nuestro modo de ver, como ha quedado expuesto en el texto transcrito más arriba, la frase "*virum ex empto ... Quare et*" sirve a los justinianeos para introducir la *actio ex empto* a favor del marido, en un caso improcedente, pues hay una *stipulatio duplae*, y la *actio dotis* a favor de la mujer (cfr. LENEL, *Palingeresia*, Ulp. 2788). El "*forte*" no tiene sentido, pues el *duplum* lo debe únicamente la mujer si lo ha prometido. En la última frase

Ulpiano se refería, probablemente, sólo al caso de *stipulatio duplae*. No es ciertamente conciliable la *actio ex empto* con la *stipulatio duplae*¹²⁴. Hay que entender que la mujer debe el *duplum* solamente si lo ha prometido.

Creemos que nuestra interpretación del anterior texto puede apoyarse con D. 23.3.52 (Marc. 3 *reg.*):

Non solum si aestimatus fundus, sed etiam si non aestimatus in dotem datus est et [alias, cum necesse non habeat] mulier duplum [promittere,] promissit [quia ipse fundus est in dote,] quodcumque propter eum consecutus fuerit a muliere maritus, quandoque restituet mulieri [de dote agentis] <ex stipulatione>¹²⁵.

En el texto puede verse claramente, con independencia de las alteraciones señaladas, que se trata de una *stipulatio duplae* (mu-

“*quae sententia ... fin*” los indicios compilatorios son evidentes, y en ello han convenido generalmente los autores (vid., además, *Index Interpolationum*).

124. En este sentido también AYITER, *Klâsik Roma Hukukunda 'dos' un tesisi* cit., p. 225.

125. BESELER, *Micellanea*, ZSS 45 cit., p. 257, ha visto así el texto: [Non solum] si [aestimatus] fundus [sed etiam si] ... [alias cum necesse non habeat] ... [promittere]: WOLFF, *Zur Stellung del Frau*, etc., ZSS 53 cit., 338, señala [Non solum] ... [sed etiam sin non aestimatus] ... [alias, cum necesse non habeat] ... [promittere] ... [de dote agentis]; BURDESE, *Aestimatio dotis*, *Studi Betti* II cit., p. 193, sigue enteramente a BESELER, añadiendo, además, la alteración “*de dote agentis*” señalada por WOLFF. VOLTERRA considera el fragmento totalmente genuino (vid. *In tema di 'aestimatio dotis'*, RIL 66 cit., p. 1024 ss.). A nuestro modo de ver, como queda expresado en la transcripción del texto, se denotan algunas alteraciones: aceptamos con los autores más arriba mencionados el carácter evidentemente compilatorio de “*alias cum necesse non habeat*” y “*promittere*” (no es aceptable *promittere promissit*), también estimamos muy dudosa la frase “*quia ipse fundus est in dote*” y convenimos, con WOLFF, en la alteración de “*de dote agentis*”, quizá por “*ex stipulatione*”. Creemos que el principio del texto no está alterado a pesar de la construcción *non solum... sed etiam*, quizá no sospechosa en un jurista de la última época clásica, como es Marciano. BESELER y BURDESE piensan que Marciano se refería a un supuesto de dote inestimada, WOLFF, por el contrario, cree que el jurista haría referencia a un fundo estimado, y por nuestra parte —en este punto con VOLTERRA—, creemos que Marciano contemplaría el caso de *stipulatio duplae*, cuyos efectos son los mismos si ha sido estimado el fundo como si no lo ha sido a la hora de ejercitar la *actio ex stipulatu*.

dier duplum promissit) y, en consecuencia no se habla de *actio ex empto*, pues, a diferencia de D. 23.3.16, en el presente texto los justinianos no la llegaron a intercalar.

VII

A modo de conclusiones de lo hasta aquí expuesto sobre la *aestimatio dotis* a través de las distintas épocas de su evolución, podemos resumir nuestra posición sobre dicho instituto en los siguientes puntos:

A) La *aestimatio dotis* parece tener su fundamento histórico en una época —s. IV/III a. C.— en la que los divorcios comienzan a poner de relieve la importancia de la restitución de la dote (pérdida del sentido de *dos* como donación), dado que la mujer tendría que afrontar un nuevo matrimonio, para lo cual era necesario recuperar los objetos entregados en dote en el primer matrimonio con los que constituir en el segundo una nueva dote.

Las fuentes nos dan noticia de la frecuencia de entregar en dote objetos muebles de uso personal de la mujer, como vestidos, etcétera, que, al deteriorarse, hacían imposible su restitución. De aquí que surgiera la necesidad de asegurar a la mujer la restitución de las cosas dotaes o, en todo caso, del valor de las mismas, lo que se realizaba por medio de unas *stipulationes* en las que, fijándose el valor de las cosas entregadas en dote, el marido se obligaba a restituir las mismas cosas o su valor, a elección de la mujer, a la disolución del matrimonio.

La *aestimatio dotis* no sería, pues, en su origen, más que el contenido de la *stipulatio* que realizan los futuros esposos en el acto de constitución de la dote —y que, por tanto, está tácitamente condicionada a la celebración del matrimonio— cuya *stipulatio* mira únicamente a la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio.

Como en dicha *stipulatio* se establecía el valor de las cosas dotaes que el marido se obligaba a pagar en todo caso, pasaba a gravar sobre él el *periculum*. La mujer tenía siempre la opción para recuperar las mismas cosas, si existen a la disolución del matrimonio, o su valor. No obstante, este régimen normal de la *aes-*

timatio dotis puede variarse o atenuarse, a favor del marido, generalmente mediante *pactum*.

B) Así, pues, las principales características que ofrece la *aestimatio dotis* en el Derecho clásico pueden condensarse del siguiente modo:

1. El régimen normal de la *aestimatio dotis* es el de estimación "optiva": la opción (cosas o valor) corresponde a la mujer. En consecuencia, la *aestimatio dotis* mira siempre al momento de restitución y en nada tiene que ver con la forma de constitución dotal.

2. Esta opción de la mujer supone, desde el punto de vista del marido, la asunción del régimen del *periculum* para las cosas dotales estimadas, ya que responde, en cualquier caso, del valor de las mismas.

3. El régimen normal de opción de la mujer y de asunción del *periculum* por parte del marido puede modificarse, en beneficio de éste, mediante *pactum*, generalmente posterior al momento de la estimación.

4. Por proceder de la *stipulatio*, el régimen de la *aestimatio dotis* cae dentro del derecho estricto.

5. En nada juega aquí el problema de la propiedad de las cosas dotales, que en todo caso corresponde al marido.

C) Las principales características de nuestro instituto en el Derecho justiniano —algunas, como hemos visto, procedentes, quizá, de época posclásica— son las siguientes:

1. La *aestimatio dotis* sirve para dar la propiedad al marido sobre las cosas dotales, entendida como *aestimatio venditionis causa*.

2. Justiniano, como se sabe, prescinde de la *actio ex stipulatu* antigua; ahora la nueva es *bonae fidei*.

3. Justiniano ve la opción de la mujer desde el punto de vista de las estipulaciones alternativas.

4. Para Justiniano la estimación es el precio de una venta, y el marido —*quasi emptor*— adquiere así (*usucapio pro emptore*) la propiedad de las cosas dotales.

5. Los casos de dote estimada que no encajaban en la construcción *venditionis causa* responden a la idea justiniana de la *aestimatio dotis taxationis causa*.

D) Problema aparte es el de la evicción de las cosas dotales estimadas en los casos en que no hubiera habido *stipulatio duplae*, pues el marido —que responde en todo caso del valor de las cosas dotales— no tendría acción, salvo en el caso de dolo de la mujer. Por este motivo, quizá a partir de la última jurisprudencia clásica, se concede al marido una *actio ex empto* contra la mujer o, en su caso, contra el constituyente de la dote, acción que alcanza un mayor ámbito en el Derecho justinianeo.

ALFREDO CALONGE