2.4. Sentencia

LA *ADIUDICATIO* EN EL *IUDICIUM FAMILIAE ERCISCUNDAE*

MARGARITA FUENTESECA DEGENEFFE
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Vigo

1. ACCIONES DIVISORIAS Y *IUDICIS POSTULATIO*

Como es sabido, la información del códice egipcio (PSI. XI 1182) descubierto en el año 1933 ha permitido una mejor aclaración de la finalidad de la *legis actio per iudicis postulationem*, que hasta entonces venía siendo objeto únicamente de hipótesis. En efecto, en Gayo IV,17a ([1]) se describen los casos en que procede la *iudicis postulatio*, entablándose, en primer lugar, esta *legis actio* por petición de un juez (*per iudicis postulationem*) cuando la ley prescribe que se debía emplear esa forma, como hace la ley de las XII Tablas en el caso de que se pida lo que se debe por *stipulatio*.

([1]) Vid. *Gai* IV,17a: … *Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur. itaque nominata causa, ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

Este pasaje de Gayo IV,17a aportó una valiosa información porque resultó del mismo que la *stipulatio* constituía, ya desde las XII Tablas, un vínculo jurídico contractual entre un *stipulator* en función de *creditor* y un promitente obligado *ex sponsione*. Por tanto, la *legis actio per iudicis postulationem* significó la apertura de una nueva vía procesal para la economía pecuniaria, admitiendo, a partir de las XII Tablas, la posibilidad de una *iudicis postulatio* para reclamar lo que hubiese sido estipulado (*de eo quod ex stipulatione petatur*). De la *stipulatio* surge la noción de *obligatio verbis* clásica, que crea un *vinculum iuris*, sancionable con una *actio in personam* frente al *obligatus* (o *debitor*). Este *vinculum iuris* obliga, por tanto, al sujeto pasivo al cumplimiento del débito pecuniario, porque se trata de una *obligatio pecuniaria*, propia del *creditum*, puesto que se trata de un contrato de crédito (*pecunia stipulata*). Frente al *obligatus*, el *stipulator* puede actuar *in iure* mediante una *actio in personam*.

También según este mismo pasaje gayano (IV,17a), se procederá a la *iudicis postulatio*, según la ley de las XII Tablas, para división de la herencia entre coherederos (*item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit*), y, según la *lex Licinnia*, cuando se trate de la división de alguna cosa común (*idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur*). La mención especial de las acciones divisorias ([2]) en este

([2]) Sobre las acciones divisorias hay numerosa bibliografía desde comienzos del siglo pasado, *vid.* ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en Ann. Palermo, 1949, 133 ss.; ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell´actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale*, en Studi di diritto romano IV, Milano, 1916, 167 ss.; ANKUM, H., *La vente d´une part d´un fonds de terre commun dans le droit romain classique*, en BIDR 83, 1980, 67-107; Id., *Pap. D. 21,2,65: The Legal Position of two Heirs who sold a Thing Mortgaged by the Deceased*, en Historia de D. Privado en Homenaje a Ferrán Valls i Taberner, vol. X, Barcelona, Publ. Univ, 1989, 2785-2811; ARANGIO RUIZ, V., *Appunti sui giudizi divisori*, en BIDR, 1912; Id., *Studi formulari II. In tema di adiudicatio*, en BIDR, 1922, 5 ss.; AUDIBERT, *L´evolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, Mélanges Appleton, Lyon-Paris, 1903, 1 ss.; Id., *Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, en NRHD, 1904, 273 ss.; BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912; BIONDI, B., *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, en Ann. Perugia, 1913; Id. «*Iudicia bonae fidei*», en Ann. Palermo, 1918, 218 ss.; Id., *v. Communione (diritto romano)*, en NNDI III (1959), 856 ss.; BURDESE, A., *v. Divisione (diritto romano)*, ED XIII, Milano, 1964, 412-415; DE ROBERTIS, F., *Situazioni condominiali e disponibilità dell´intiero: il richiamo alla lex Licinia in D. 4,7,2*, en Studi Grosso 5, Torino (1972), 113-136; DONATUTI, *La communio incidens come causa*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

pasaje gayano, incluyéndolas en la *legis actio per iudicis postulationem*, hace necesario un más detenido análisis de las mismas, para lograr encontrar la característica común que ha determinado su tratamiento unitario y distinto a lo largo de la historia del Derecho romano.

Según Kaser ([3]), esta *legis actio per iudicis postulationem* no se creó para eliminar el procedimiento sacramental en general; éste continuó siendo, según Gayo IV,13, la *legis actio generalis*, y a este nuevo procedimiento se le atribuyeron sólo algunas pretensiones determinadas por medio de normas de derecho positivo, que se enumeran en Gayo IV,17a y que son, como ya hemos dicho, la acción derivada de *sponsio* (*certae pecuniae*), la *actio familiae erciscundae* según las XII Tablas y la *actio communi dividundo*, según la *lex Licinnia*.

Así, para Kaser, debían haber existido motivos especiales que determinaron la introducción de la *legis actio per iudicis postulationem*, ya que, según afirma, ésta no tuvo por objeto la supresión del inútil y molesto *sacramentum*, que per-

---

obbligatoria, en Studi in memoria di E. Albertario I, Milano (1953), 121 ss.; DROSDOWSKI, T., *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Dunker Humblot, Berlin, 1997; EIN, *Le azioni dei condomini*, en BIDR, 1931, 73 ss.; FREZZA, P., *Actio communi dividundo*, en RISG, 1932, 3 ss.; v. *Actio familiae erciscundae*, en NNDI, I, 1957, 265-266; Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l´indivision en droit romain*, Paris, 1934; KUNKEL, W., *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische Consortium*, en Annales de la Faculté d´Istanbul 4-5, 1955, 56-78; LEVY, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 218 ss.; MAGLIOCCA, F. P., «*Sul legato uni ex heredibus*», en Studi Grosso 5, Torino, 1972, 283-349; MACCORMACK, G., *The actio communi dividundo in Roman and Scots Law*, en The Roman Law Tradition, Cambridge, 1994, 159 ss.; RABEL, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung*, en Mnemosyne Pappoulias, Atene, 1934, 205 ss.; RAGGI, *Osservazioni sull´impugnazione dei giudizi divisori*, en IURA, 1959, 131 ss.; REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, en Arch. Giur., 1907, 70 ss.; SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 496 ss.; SCIASCIA, *In tema di actio famliae erciscundae*, en A.G. (1945), 75 ss.; SEGRÉ, *Possesso pro indiviso e azione di divisione tra compossessori*, en Scritti giuridichi IV, Roma, 1903; *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, 172 ss.; STAEDLER, E., *Die Actio communi dividundo als juristisches Prototyp des Westindienvergleichs von 1493/94*, en ZSS 64 (1944), 275-305; THOMAS, J. A. C., *Concurrence of Actions with Actio Pro Socio*, en The Irish Jurist 7 (1972), 151-160; VAN ZYL, D. H., *Die oorsprong en betekenis van die consortium ercto non cito en die actio familiae erciscundae*, en TIJ 31 (1968), 168-174; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano (1960) 675 ss.

([3]) *Vid.* KASER, M., *Das altrömische ius, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen (1949), p. 251.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

sistió como procedimiento general. Según Kaser, en el caso de las acciones divisorias está claro el motivo por el cual se habría eliminado el procedimiento sacramental, ya que en éste se presupone la existencia de dos partes enfrentadas con afirmaciones contradictorias, que forman el objeto del litigio, y esta postura enfrentada de las partes no aparece en el procedimiento divisorio. Según Kaser, en este tipo de procedimientos puede aparecer una pluralidad de litigantes que están de acuerdo acerca de la dimensión de su parte y que piden al juez la división de su propiedad conjunta. En un caso así no hay afirmaciones jurídicas contradictorias que puedan ser reforzadas por una apuesta sacramental.

Por eso, afirma Kaser, se renunciaba a la apuesta sacramental y se acordaba por las partes la petición de un *arbiter* que debía llevar a cabo la división como juez arbitral (*als Schlichtungsrichter*). El motivo para la admisión de la *legis actio per iudicis postulationem*, según Kaser, fue la práctica inaplicabilidad del *sacramentum* ([4]).

Sin embargo, esta *legis actio* que nos ocupa encierra todavía un enigma no resuelto en relación a las acciones divisorias, ya que, como hemos dicho, según Gayo IV,17a (y D. 10,2,1,pr: *haec actio — familiae erciscundae — proficiscitur e lege XII tabularum* ([5])) existía un mandato expreso en la ley de las XII Tablas para que en el caso de la *actio familiae erciscundae* se acudiera a la petición del juez (*iudicis postulatio*), y el mismo mandato lo hacía la ley Licinia para la división de la cosa común ([6]). La cuestión más problemática a este

---

([4]) *Vid.* KASER, M., *Das altrömische ius, II*, cit., p. 252: si el motivo para la elección de la nueva *legis actio* fue la práctica inaplicabilidad de las formas procedimentales hasta entonces existentes, podría afirmarse, para el caso de la acción de *sponsio*, que se atribuyó la *legis actio per iudicis postulationem*, porque el procedimiento sacramental era inadecuado. En p. 254 supone Kaser que resultó incompatible la *sponsio* como causa de reclamación con el *sacramentum*. Para Kaser, la *sponsio* promisoria significaba prestación futura y el *sacramentum* asertorio se refería a un *dare oportere* actual, y, finalmente, en p. 255 afirma que el *sacramentum* no sólo era incompatible con la *sponsio*, sino también superfluo.

([5]) *Vid.* FIRA, *Leges*, p. 41, XII Tablas V,10. *Vid.* también *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* 23, 53-55.

([6]) *Vid.* KASER, M., *Das altrömische ius, II*, cit. *ibid.*, se pregunta qué procedimiento habría sido aplicable antes de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* a los juicios divisorios. Le parece probable que se tratase de un procedimiento arbitral. Según Kaser, para la *actio finium regundorum* se transmiten en las XII Tablas 7,5,b *tres arbitri*, pero que no intervenían por medio de *legis actio*, sino que se nombraban por el pretor árbitros, si los interesados lo pedían. Estos árbitros, para Kaser, podrían haber sido el precedente de los

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

respecto es que la generalidad de la doctrina romanística atribuye a la figura del *arbiter* la resolución de los *iudicia divisoria*. Incluso se ha afirmado que en las acciones divisorias el *iudex* aparece intercambiable con el *arbiter* (7). Esto ha contribuido a que la *legis actio* que nos ocupa generalmente se denomine *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, aunque en Gayo no aparezca esta denominación expresamente.

Pretendemos probar en esta ponencia que no se procedía a nombrar un diferente tipo de juzgador (que sería el *arbiter*), sino que más bien se trataba de una doble función que cumplía el *iudex* al proceder a la división de la cosa común: en cuanto divide bienes corporales, la función del *iudex* tiene carácter arbitral, de estimación y valoración de la cosa común (*arbitrium*) para lograr un reparto equitativo de las partes resultantes de la división, pero, además, el *officium iudicis* en las acciones divisorias comprende también, para el logro de dicha distribución equitativa, la imposición de compensaciones pecuniarias recíprocas entre los *condomini*, por el *iudex*.

Podemos comenzar recordando que Behrends (8), para el caso de las acciones divisorias, que originariamente se habrían resuelto mediante *arbitria legitima*, considera probado un sentido postdecemviral de la palabra *iudicium legitimum.* Así, según *Fr. Vat*. 47a: *potest constitui (sc usus fructus) et f(amiliae) e(rciscundae) vel <com>muni dividundo iudicia legitima*. Según Behrends (9) la potestad de adjudicación constitutiva sólo puede ser atribuida al juzgador por medio de una ley; aunque originariamente habría formado parte de la jurisdicción magistratual. Así explica Behrends porqué Cicerón habría mencionado los *iudicia legitima* como mayoría, en *Cic. pro Rosc. comm*. 5,15: *omnia iudicia legitima*.

Como hemos dicho, para Behrends (10) es indudable la calificación del procedimiento de división de la herencia como *arbitrium legitimum*, puesto que

---

que intervenían por encargo de uno sólo de los condóminos en la *legis actio per iudicis postulationem*. También en el caso general de partición, la *actio communi dividundo* introducida por la *lex Licinnia*, podría haber relevado a los hasta entonces acostumbrados árbitros.

(7) *Vid.* TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 1990, p. 289. Esta afirmación de Talamanca es cierta, ya que, efectivamente, en algunos pasajes del Digesto el *iudex* y el *arbiter* aparecen indistintamente, pero esto es debido a que la función del *iudex* abarcaba la función de estimación arbitral, como intentamos probar en esta ponencia.

(8) *Vid.* BEHRENDS, O., *Der Zwölftafelprozess*, Göttingen, 1974, p. 69.

(9) *Vid.* BEHRENDS, O., *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 69, nota 218.

(10) *Vid.* BEHRENDS, O., *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 71.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

considera probado en las fuentes que los efectos del *arbitrium* sobre el derecho material eran totalmente equiparables a los del *iudicium legitimum*. Sin embargo, sólo hay testimonios en las fuentes de los *arbitria honoraria* (*Cic. pro Rosc. comm* 5,15) y este silencio de las fuentes lo explica Behrends ([11]) en el sentido de que la acción de división de la herencia de las XII Tablas, así como el posterior procedimiento de división de la cosa común de la *lex Licinnia* (Gayo IV,17a), se habrían transformado en *iudicia legitima* antes de Cicerón.

Como vemos, se ha afirmado el origen arbitral de la *actio familiae erciscundae*, y este es el rasgo distintivo de esta acción, y, a su vez, el elemento común que tiene con las otras acciones divisorias (*communi dividundo* y *finium regundorum*). Pero para confirmar esta hipótesis resulta necesario un más profundo análisis de las acciones divisorias (*iudicia divisoria* ([12])), cuya especialidad se manifiesta aún más claramente en época justinianea, en la que aparecen revestidas de un carácter mixto, real y personal, ya que, por un lado, la *adiudicatio* tendría eficacia para hacer a cada condómino propietario de su cuota y titular de derechos reales ante el *ius civile*, mientras que la *condemnatio* permitiría al juez imponer el pago de sumas de dinero en cumplimiento de las obligaciones entre *condomini* (así resulta de I. 4,6,20, que analizaremos más adelante); de ahí que comencemos por la exposición las fuentes justinianeas, que además son muy clarificadoras en cuanto al tema que nos ocupa.

2. *IUDEX* Y *ARBITER FAMILIAE ERCISCUNDAE* EN DERECHO JUSTINIANEO

En las fuentes justinianeas aparece claramente designado en algunos textos un *arbiter* para la resolución de los *iudicia divisoria*. Concretamente para el caso del *iudicium familiae erciscundae* resulta de D. 10,2,52,2 que el *arbiter familiae erciscundae* se acepta por las partes interesadas en la división de la herencia (*arbiter familiae erciscundae inter me et te sumtus*…), aunque también, por otra parte, en D. 10,2,57 aparece la posibilidad de división de la herencia mediando consentimiento entre los hermanos, a pesar de que hubiese sido nombrado un *arbiter* (*arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur*). Es decir, según este último texto, la división de la herencia podría realizarse también mediante el con-

([11]) *Vid.* BEHRENDS, O., *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 71, nota 229.

([12]) Utilizamos este término aunque KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1966, p. 265, n. 10, lo califica de: "unrömisch", no romano.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

sentimiento entre hermanos, en un acto de amor fraternal (*pietatis officio* ([13])), a lo que se añade la posibilidad, que resulta de D. 10,2,33, atribuida al *paterfamilias*, de hacer arbitralmente la división (*si paterfamilias… divisionis arbitrio fungi voluit…*). Se admite, por tanto, dentro del *iudicium familiae erciscundae*, que la división de los bienes corporales sea realizada por los hermanos o por el *paterfamilias* ([14]), lo cual es muy significativo a la hora de determinar la función que desempeñará el *arbiter* en la división de la herencia.

El *arbiter familiae erciscundae* se menciona reiteradas veces en el Título 10,2 (*familiae erciscundae*) del Digesto, normalmente con referencia al *arbitrium* (función arbitral) que tiene que cumplir. Así en D. 10,2,20 se establece el sentido en que tendrá que decidir el *arbiter familiae erciscundae* en materia de colaciones (*sic arbitraturum ut…*) y en D. 10,2,30 se describen de las funciones que comprende el *officium* del *arbiter* (*… nihil proponi, cur familiae erciscundae iudicio addictus arbiter officium suum etiam in eius fundi, de quo agitur, divisionem interponere non possit…*) y, además, según D. 10,2,31 las atribuciones de este *officium arbitri* subsisten mientras que se trate de la división de la cosa en propiedad común (*sufficit enim communionis causa, quae praecessit, quaeque hodie duraret, si res non intercidisset*). Es, por tanto, la división de la cosa corporal indivisa la que determina la intervención en la división de la herencia de un *arbiter*, es decir, de un *iudex* que resolverá mediante *arbitrium*, como veremos.

En este mismo sentido, además, en D. 10,2,44,7 ([15]) se describen las posibles decisiones que puede tomar, en aras del equilibrio patrimonial, el *arbiter familiae erciscundae*, que, según el pasaje siguiente (D. 10,2,44,8) deben regirse por el *arbitrium* de un buen varón (*non esse iniquum… familiae erciscundae iudicium dare, ut pars impendiorum boni viri arbitratu praestetur*). Y en

---

([13]) *Vid.* BEHRENDS, O., *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 72, nota 233, califica esta expresión de terminología arcaizante, al considerarse la división consensuada de la herencia un ejercicio del *officium pietatis*.

([14]) Según BURDESE, A., *v. Divisione (dir. rom.)*, ED XIII, Milano (1964), 413, cabe también división extrajudicial de la herencia. Primero se realizaría mediante transferencias recíprocas de cuotas de propiedad y mediante estipulaciones, después también mediante pacto acompañado de *traditio* al cual se reconocen los efectos propios de los llamados contratos reales innominados (cfr. Mod. D. 2,14,35; Herm. D. 2,14,15; Afr. D. 8,3,33,pr.; Ulp. D. 10,2,20,3; C. 3,26,5; C. 3,38,7 y 8).

([15]) *Vid.* D. 10,2,44,7: *Usufructu uxori legato, donec ei dos solvatur, per arbitrum familiae erciscundae tam id, quod coheredis nomine ex dote solutum sit, recuperari, quam, ut coheredes solvat, effici posse Cassius ait; et verum est*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

D. 10,2,47 aparece claramente el *arbiter* como persona que emitirá el *arbitrium* en el *iudicium familiae erciscundae* (*in iudicio familiae erciscundae… si, dum res in arbitrio sit…, placet, omnes eos, inter quos arbiter sumtus sit…*).

En este último texto claramente se atribuye al *arbiter* la misión de realizar las *adiudicationes* (D. 10,2,47: … *et quum adiudicationes ab arbitro fiant…*), que serán obligatorias (D. 10,2,29: … *adiudicatio enim necessaria est*) y se amparan por el pretor (D. 10,2,44,1: *si familiae erciscundae… actum sit, adiudicationes Praetor tuetur exceptiones aut actiones dando*) (16).

En definitiva, reiteramos que la intervención del *arbiter* en el *iudicium familiae esrciscundae* se refiere, en las fuentes justinianeas, a la función arbitral de división de la cosa corporal indivisa, y nunca a la distribución recíproca de créditos entre los coherederos, función que en las fuentes se incluye en el *officium iudicis*, como veremos (17).

Por otra parte, es sorprendente que también aparezca atribuida la función de la partición de la herencia al *iudex*, quien puede asimismo adjudicar partes en la división (según D. 10,2,22,1: *familiae erciscundae iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare…*); y asimismo aparece el *iudex familiae erciscundae* haciendo *adiudicationes* y *condemnationes* en D. 10,2,36 (*et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt*) y en D. 10,2,25,20 (*iudex familiae erciscundae nihil debet indiviso indivisum relinquere*). Del conjunto de estos textos se deduce que en las fuentes justinianeas únicamente en relación con la función de hacer *adiudicationes* es donde las figuras del *iudex* y del *arbiter* aparecen como intercambiables. Así, la figura del *iudex* puede abarcar la función arbitral de hacer *adiudicationes*, es decir, la función del *iudex* comprendería la función arbitral de valoración y estimación de la cosa corporal indivisa para lograr su reparto más equitativo (18).

---

(16) Asimismo según D. 10,2,51,pr. los frutos percibidos después de contestada la demanda se han de adjudicar según los gastos, y en este texto se menciona también para la adjudicación al *arbiter familiae erciscundae*. Se deduce de este pasaje que se entiende la adjudicación de frutos como adquisición del derecho de propiedad sobre los mismos.

(17) La única excepción aparece en D. 10,2,52,2, donde se atribuye al *arbiter familiae erciscundae* aceptado por las partes, la facultad de condenar recíprocamente a los coherederos, hecha la compensación entre las partes. Creemos que esta excepción proviene precisamente de la aceptación voluntaria del *arbiter* por los interesados en la partición de la herencia. En todos los demás casos, es el *iudex* quien aparece en las fuentes justinianeas imponiendo las *condemnationes* pecuniarias entre coherederos.

(18) En el *Codex* (cuyo Título 3,36 trata del *iudicium familiae erciscundae*) se encuentra la misma terminología, ya que se menciona el *arbiter familiae erciscundae*, como per-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

Estos datos impiden afirmar que en derecho justinianeo aparezcan siempre equivalentes las figuras del *iudex* y el *arbiter* en el *iudicium familiae erciscundae*. Si se observan atentamente las fuentes, como veremos, se puede determinar exactamente cuál era la función arbitral y en qué consistía la función judicial. Por tanto, no se puede atribuir a las fuentes justinianeas ninguna imprecisión terminológica, ya que, si se utilizan términos distintos, el motivo será la doble función que desempeña el *iudex* en las acciones divisorias, que contiene una muy bien delimitada función arbitral (*arbitrium*), como exponemos a continuación.

3. *OFFICIUM IUDICIS* EN EL *IUDICIUM FAMILIAE ERCISCUNDAE*

Resulta sorprendente la cantidad de veces que aparece mencionado el *officium iudicis* en las fuentes justinianeas en el ámbito del *iudicium familiae erciscundae*, lo cual permite lograr una mayor precisión en la descripción de la función que desempeña el *iudex* en el mismo.

En efecto, en D. 10,2,3 se incluye en el *officium iudicis* la adjudicación por entero de los créditos a unos u otros herederos; en D. 10,2,16,pr se incluye entre los poderes del *iudex* (*officio iudicis contineri*) la autorización a los herederos de separarse de la comunidad de usufructo, habiendo mediado cauciones; según D. 10,2,18,2, se encuentra entre las atribuciones del juez de la partición de la herencia el cuidado de que no quede sin cumplir la voluntad del difunto (*officio familiae erciscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat*). Según D. 10,2,20,5 si a un heredero se le impone la carga de una deuda, debe aceptarla *officio iudicis familiae erciscundae*; según D. 10,2,20,8 un coheredero gravado con una deuda (de dote) puede conseguir *officio iudi-*

---

sona a quien se le encomienda la decisión del litigio, en C. 3,36,5; C. 3,36,15; C. 3,36,17, aunque únicamente en C. 3,38,18 se le atribuye al *arbiter* la función de *adiudicare*. Y se encuentran respecto al *arbiter* y al *arbitrium* unas locuciones muy expresivas (en C. 3,36,21): *officium arbitri dividendae hereditatis* y *arbiter familiae dividendae causa datus*. Pero, por otro lado, también se menciona, aunque en menor medida, el *iudex familiae erciscundae* (C. 3,36,16) y aparece una nueva figura arbitral de división de la herencia, el *praeses provinciae* (C. 3,36,14 y C. 3,36,7*: praetor vel praeses pronvinciae eius rei disceptator constitutus, vel iudex familiae erciscundae iudicio aditus*…el pretor o el presidente de la provincia, constituido en árbitro del asunto, o el juez a quien se hubiere recurrido con la *actio familiae erciscundae*…).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

cis el legado (por causa de la dote). También por ministerio del juez se puede ordenar la entrega de alguna cosa que fue del testador a alguno de los coherederos litigantes (D. 10,2 25,6); o la prestación de cauciones (D. 10,2,25,10); o que se vendan una o varias cosas de la herencia y que el dinero percibido de su precio se entregue a aquél a quien fue legado (D.10,2,26: *officio autem iudicis convenit*…); o la redención de una cosa dada en prenda con dinero común (D. 10,2,28: *officio iudicis continetur ut*…); o, asimismo, impedir que los demás coherederos reclamen su porción frente al heredero a quien se legó una deuda (D. 10,2,42: *officio iudicis familiae erciscundae continetur, ne*…).

Existen además otras alusiones al *officium iudicis*, como por ejemplo la contenida en la expresión de D. 10,2,19: *prospicere debet iudex, ut*… (el juez debe procurar…) que designan un especial cuidado y atención que debe emplear el *iudex* en el desempeño de su función; se trata de una alusión a su buen criterio.

De todos estos textos resulta que la función de división de la herencia realizada por el *iudex familiae erciscundae* comprende unos amplios poderes de decisión, que vendrían justificados por el logro de un reparto equitativo del haber hereditario. El *officium iudicis* en relación con el *iudicium familiae erciscundae* aparece como un amplio poder de decisión del juez, aunque, como se deduce de las fuentes justinianeas citadas, sólo se menciona este *officium iudicis* cuando se trata del reparto de derechos de crédito entre los coherederos; es decir, el *officium iudicis* en el *iudicium familiae erciscundae* se desarrolla en el ámbito de las *actiones in personam*, y consiste en la potestad de distribuir y adjudicar derechos de crédito recíprocamente entre los coherederos. En cambio, si se trata de distribución y adjudicación de derechos reales, se menciona en las fuentes justinianeas la *adiudicatio*, como veremos a continuación.

En efecto, una de las claves decisivas que caracteriza este tipo de *iudicia divisoria* radica en que se trata de dividir bienes corporales. Así consta expresamente en D. 10,2,25,1: … *cessat familiae erciscundae iudicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt* (deja de tener lugar el juicio de partición de la herencia cuando no hay bienes corporales, sino que todo está en créditos). Es decir, la peculiaridad del *iudicium familiae erciscundae* es que puede tener por objeto conjuntamente derechos reales y de crédito (como resulta de D. 10,2,22,4: *familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones*).

En consecuencia, en caso de tratarse únicamente de división o reparto de créditos (según D. 10,2,25,1), ya no tendrá lugar el *iudicium familiae erciscundae* porque, creemos, la función del *iudex* (*officium iudicis*) únicamente consistiría en estimar la cuantía que impondrá en la *condemnatio pecuniaria* a

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

cada uno de los litigantes, o bien en absolverlos. Se trata del conocido principio de la *condemnatio pecuniaria* del procedimiento formulario romano, que se basa firmemente en el texto gayano IV,48: *omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* ([19]), en cuya extensa problemática no me voy a detener.

Sin embargo, si se trata de dividir bienes corporales, no se resuelve únicamente imponiendo condenas pecuniarias, sino que procede evaluar y hacer una división equitativa de las partes a dividir entre los litigantes, que aparece expresada en las fuentes con el término *adiudicatio* y que requiere una estimación arbitral.

4. *OFFICIUM ARBITRI DIVIDENDAE HEREDITATIS*

En las acciones divisorias necesariamente la fórmula contiene una *adiudicatio*, que se realiza por el *iudex*, como se deduce de Gayo IV,42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum.* Y esta es literalmente la cláusula adjudicatoria: *QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX, Titio adiudicato*. Por tanto, para Gayo se trata de que el *iudex* adjudica alguna cosa (*rem adiudicare*) a alguno de los litigantes (*alicui ex litigatoribus*) ([20]).

Es decir, no se trata propiamente de que el juez condene o absuelva, sino de que haga una adjudicación a cada uno de los *condomini* de su parte individual, es decir, que se ponga fin a una situación de indivisión, otorgando la propiedad de una porción concreta de los bienes, antes en propiedad común, a cada uno de los condóminos o coherederos, si bien para ello podría tener que imponer compensaciones pecuniarias entre ellos para lograr un mayor equilibrio en la distribución. Esta última actividad ha propiciado que en la doctrina romanística (también con fundamento en el pasaje

([19]) *Vid.* FIRA, *Auctores*, p. 161, *Gai* IV,48, … *itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat*.

([20]) En relación a la cláusula gayana IV,42: *quantum adiudicari oportet iudex Titio adiudicato*, llega ARANGIO RUIZ, V., *Studi formulari. In tema di adiudicatio*, en BIDR 5 (1922), p. 50, a la conclusión de que correspondería originariamente a la *vindicatio incertae partis*, ya que según este autor, no existe en todo el sistema romano otra acción incierta de tipo real.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

gayano IV,17a), se haya considerado que es un caso claro de petición de un *arbiter*, ya que requiere una evaluación de las relaciones entre condóminos y el establecimiento de compensaciones entre ellos a la hora de adjudicar a cada uno su cuota. Pero más bien puede afirmarse, con fundamento en las fuentes, que el *iudex* en cuanto hace un reparto de los bienes indivisos, que debe ser equitativo, desempeña una función arbitral (*officium arbitri*), y en cuanto establece las compensaciones pecuniarias entre los coherederos, es decir, cuando estima pecuniariamente las cantidades con las que recíprocamente deben compensarse los coherederos entre sí, actúa en virtud de su *officium iudicis*.

La distinción entre el *officium arbitri* y el *officium iudicis*, en definitiva, radica esencialmente en el objeto sobre el cual recae la valoración del *iudex*, que son los bienes corporales indivisos en el caso del *arbitrium*, y las sumas pecuniarias con que deben indemnizarse recíprocamente los *condomini*, en el caso del *officium iudicis*.

Según la versión de FIRA del texto gayano IV,44: *item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudic<atio sine demonstratione vel inten>tione nullas vires habet, <et> ob id numquam solae inveniuntur* ([21]), la *adiudicatio* no será efectiva sin la *demonstratio* o sin la *intentio*. En otras versiones de Gayo IV,44, sin embargo, únicamente se menciona la *demonstratio* como complemento necesario de la *adiudicatio* ([22]).

No está claro, según las diferentes versiones de Gayo IV,44, qué extensión tendría la supuesta laguna que aparece en dicho texto. Por eso proponemos una versión mucho más simple de este pasaje gayano, cuyo final podría haber sido: *item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudicatione nullas vires habet <et> ob id numquam solae inveniuntur*. Se puede, por tanto, ignorar la supuesta laguna gayana, de modo que resulta de Gayo IV,44 que la *condemnatio* no es efectiva sin la *demonstratio*, sin la *intentio* o sin la *adiudicatio*. Esta versión de Gayo IV,44 permite afirmar que en época clásica la *adiudicatio* debía aparecer necesariamente acompañada de la *condemnatio* en el procedimiento, es decir, nunca aparecerá sola. Se acabaría así con la controversia que se ha suscitado doctrinalmente acerca de la naturaleza (constitutiva o declarativa) de la *adiudicatio*, cuestión que abordamos en el último

([21]) *Vid.* FIRA, *Auctores*, p. 160.

([22]) *Vid. Gayo, Instituciones*, ed. Civitas (1985), trad. coord. y prologada por F. HERNÁNDEZ TEJERO, p. 328; *Textos de Derecho Privado romano*, coord. Rafael Domingo, Aranzadi, ed. (2001), p. 207.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

apartado de este artículo. Y además el texto gayano resulta así concordante con la característica principal de las acciones divisorias en el procedimiento formulario, que contienen siempre junto a la *condemnatio* una *adiudicatio* ([23]).

Aunque lo más relevante es que esta versión del texto gayano permite trazar un línea clara y uniforme entre la *adiudicatio* de época clásica y la de época justinianea, ya que consta en las fuentes justinianeas, simultáneamente junto a la *adiudicatio*, la necesaria y recíproca condena o absolución de las partes, es decir, la *adiudicatio* debe ir acompañada siempre de recíprocas *condemnationes* y *absolutiones,* como veremos más adelante.

Ya hemos adelantado que el término *adiudicatio* se refiere más bien, según las fuentes justinianeas, a la distribución y atribución de derechos reales que el *iudex familiae erciscundae* puede llevar a cabo. Así según D. 10,2,22,1 el *iudex* puede *rem adiudicare* y *assignare certam partem* a cada uno de los coherederos o adjudicar la cosa a uno solo (*uni rem adiudicare*); y según D. 10,2,22,2 puede el *iudex* adjudicar un fundo dividido ya en porciones conforme a dicha división. Asimismo puede adjudicarse a un coheredero un fundo y a otro el usufructo (D. 10,2,16,1), derecho real que a su vez puede adjudicarse desde cierto tiempo, hasta cierto tiempo y para años alternos (D. 10,2,16,2), y también puede ser adjudicada una servidumbre (D. 10,2,22,3).

Como ya hemos dicho, es en el ámbito de la *adiudicatio* donde detectamos una dualidad terminológica entre el *iudex* y el *arbiter*, es decir, la *adiudicatio* podía atribuirse indistintamente al *iudex* o al *arbiter* ([24]), mientras que en el reparto de créditos entre coherederos aparece únicamente el *iudex* desempeñando su *officium iudicis*.

La *adiudicatio*, por tanto, es una resolución del *iudex* acerca del reparto de derechos reales que componen la herencia indivisa, que en las fuentes justinianeas aparece como una decisión distinta de la *condemnatio*, por ejemplo en D. 10,2,1,1: … *nisi enim coheredes fuit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est* (si no fuera coheredero, ni

([23]) *Vid.* KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 265: es una característica común de las acciones divisorias del procedimiento formulario que contienen junto a la *condemnatio* una *adiudicatio*.

([24]) La alternancia entre ambas figuras se pone de manifiesto especialmente en D. 10,2,43 (*Ulpianus libro XXX ad Sabinum*): *Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest; nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est*…, según el cual uno sólo puede pedir un árbitro para la partición de la herencia, porque también un solo heredero puede acudir ante el juez; este es el único texto donde se mencionan alternativamente un *iudex* o un *arbiter* en el *iudicium familiae erciscundae*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

debe adjudicársele cosa alguna, ni ha de ser condenado a su favor el adversario).

Además las acciones divisorias son *iudicia duplicia* ([25]), según aparece expresamente en D. 10,2,27: *in hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt*, es decir, además de la *adiudicatio* procede condenar o absolver a cada uno de los litigantes. Asimismo se contraponen entre sí, en D. 10,2,36, las *adiudicationes* y las *condemnationes* (… *et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt*…) como decisiones del *iudex* en el *iudicium familiae erciscundae*.

Esta distinción entre *adiudicatio* y *condemnatio* en el *iudicium familiae erciscundae* se hace patente en las *Institutiones*. Así según I. 4,17,4 (el Título XVII del Libro IV se titula: *de officio iudicis*) debe el *iudex* adjudicar cada cosa a cada coheredero (*si familiae erciscundae iudicium actum sit, singulas res singulis heredibus adiudicare debet*), y si la adjudicación pareciere excesiva respecto de uno, debe condenar a éste a su vez a favor de su coheredero en una cantidad determinada (*et, si in alterius persona praegravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia…condemnare*). Se contrapone en este texto la *adiudicatio* de una *certa res* a la *condemnatio* de *certa pecunia*. Asimismo en I. 4,6,20 ([26]) se permite al juez en los tres *iudicia divisoria* adjudicar, según lo bueno y equitativo (*ex bono et aequo adiudicare*) y a su vez, si la parte de alguno resultase excesiva, condenar en una cantidad cierta de dinero (*certa pecunia*).

En este texto se confirma lo que hemos venido apuntando hasta ahora como probable, a saber, que la función de adjudicar, atribuida al *iudex* en los *iudicia divisoria* consiste en realizar un reparto equitativo de los bienes corporales, hasta el momento indivisos, entre los litigantes, para lo cual su función consiste en tasar, evaluar y estimar los bienes, incluso otorgar derechos

([25]) *Vid.* KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 266, afirma que son *duplicia* en el sentido de que también excepcionalmente puede el demandante ser condenado, según D. 5,1,13; D. 10,3,2,1; D. 10,1,10. Sin embargo, creemos más bien que serán *iudicia duplicia* en cuanto pueden resultar condenados recíprocamente los litigantes entre sí.

([26]) *Vid.* I. 4,6,20: *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare, et si unius pars praegravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

reales, con el fin de lograr un reparto equilibrado de los mismos. De ahí que esta función se atribuya a un *arbiter*, pero entendido como un *iudex* que resuelve mediante *arbitrium*. Tampoco se puede olvidar a este respecto que los *iudicia divisoria* son *iudicia bonae fidei* (27).

Son diferentes, por tanto, en el *iudicium familiae erciscundae*, la *adiudicatio*, que sería una función arbitral del *iudex* presidida por los criterios de equidad y la *condemnatio*, que consiste en una recíproca compensación pecuniaria entre los litigantes, y que lleva aparejada siempre la imposición de una condena de *certa pecunia*.

Y según este mismo texto de las I.4,6,20, las acciones divisorias tienen una causa mixta, real y personal. La doctrina romanística ha interpretado este pasaje justinianeo entendiendo que atribuye a las acciones divisorias una naturaleza mixta, real y personal. Sin embargo, literalmente el texto dice *quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur*, es decir, la *causa* de estas acciones es mixta, pero no su naturaleza, y se ejemplifica en este mismo pasaje, que ya hemos citado antes, que en las acciones divisorias el juez puede *rem …ex bono et aequo adiudicare* y a la vez *certa pecunia alteri condemnare*. Se trata más bien de una doble función, real y personal, de estas acciones, como también es doble la función desarrollada en ellas por el *iudex*, consistente en adjudicar derechos reales por un lado, y establecer las equivalentes compensaciones pecuniarias, por otro (28). O también como afirma Burdese (29)

---

(27) *Vid.* I. 4,6,20 (cit.): *rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare*; C. 3,36,9: … *quum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei iudicia numeretur*…; C. 3,338,3: … *quia in bonae fidei iudiciis est*…; D. 10,3,4,2: … *hoc iudicium (communi dividundo) bonae fidei est*…; D. 10,3,14,1: … *aequitate ipsius iudicii* (*communi dividundo*)…; D. 10,3, 24: *quia bonae fidei convenit*…

(28) Por otra parte, en otros textos aparece claramente determinada la naturaleza mixta de ciertas acciones, ya que la clasificación que a tal efecto se establece en I. 4,6,16 se refiere a acciones que persiguen una cosa, que persiguen una pena, y otras mixtas, es decir, que persiguen la cosa y la pena, como es la acción de depósito por el duplo por causa de dolo (I. 4,6,17). Además, también en I. 4,6,18 se establece en cuanto a las acciones nacidas de delito, que unas han sido establecidas tan solo para perseguir una pena, otras para perseguir tanto la pena como la cosa, y por ello son mixtas. Y en I. 4,6,19 se mencionas como mixtas la *actio vi bonorum raptorum*, la *actio legis Aquiliae* y la *actio* contra los que hubiesen diferido dar las cosas dejadas a las sacrosantas iglesias o a otros venerables lugares a título de legado o de fideicomiso, porque son compelidos a dar la misma cosa o la cantidad que fue dejada, y otro tanto en concepto de pena, condenándoseles *in duplum*.

(29) Burdese, A., *v. Divisione (dir. rom.)*, cit., p. 413.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

estas acciones (*familiae erciscundae* y *communi dividundo*) tienen una doble finalidad: lograr la división de la comunidad y regular las relaciones personales surgidas entre los comuneros en relación con la misma comunidad.

5. LA PROBLEMÁTICA DE LA *ADIUDICATIO*

Finalmente, creemos que esta función arbitral del *iudex* en cuanto realiza la *adiudicatio*, que tan claramente se distingue en las fuentes justinianeas, tiene unas raíces que se remontan a la etapa más arcaica del derecho romano, manifestándose incluso en la ley de las XII Tablas.

En efecto, las XII Tablas VII,5b mencionan para el supuesto de la *actio finium regundorum* un colegio de tres *arbitri*, según Cicerón *de leg*. 1,21,55: *controversia est nata de finibus, in qua… e XII tres arbitri fines regemus* (=ha nacido una controversia sobre los linderos, en la que… según las XII Tablas, determinaremos los lindes con tres árbitros). Se trata del nombramiento de un colegio de tres árbitros para la delimitación de linderos acerca de los que hay controversia. La función de dichos árbitros es la determinación, sobre el terreno, de los límites de fincas colindantes que resultan inciertos entre los litigantes. Se trata, por tanto, de una función de comprobación y medición sobre el terreno, realizada por un número impar de *arbitri*, lo que parece asegurar, en mayor medida, el logro de una decisión equilibrada.

Arangio Ruiz ([30]) centra su investigación sobre la *adiudicatio* especialmente en esta *actio finium regundorum*, que, según afirma, ha sido siempre eclipsada por la prevalente importancia práctica de las otras dos acciones divisorias. Para este romanista, en los otros juicios divisorios (*familiae erciscundae* y *communi dividundo*) la sentencia es normalmente constitutiva, mientras que el juez *finium regundorum* tiene sobre todo la tarea de volver a trazar los confines ya existentes entre los fundos, función que es eminentemente declarativa ([31]). De ahí que Arangio Ruiz ([32]) defina la *adiudicatio* como aquel acto del juez que atribuye a una parte el goce de una cosa o porción de cosa, cualquiera que sea la eficacia de la atribución sobre las relaciones jurídicas preexistentes.

Para Arangio Ruiz ([33]) la *adiudicatio* en la *actio finium regundorum* no es sólo constitutiva, sino que debe tomarse en cuenta su estructura procesal y su

([30]) *Vid.* ARANGIO RUIZ, V., *In tema di adiudicatio*, cit., p. 8.
([31]) *Vid.* ARANGIO RUIZ, V., *In tema di adiudicatio*, cit., p. 9.
([32]) *Vid.* ARANGIO RUIZ, V., *In tema di adiudicatio*, cit., p. 10.
([33]) *Vid.* ARANGIO RUIZ, V., *In tema di adiudicatio*, cit., p. 11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

función práctica: en esta acción se trata de una determinación de los confines y se ordena al juez que, además de adjudicar, establezca los límites entre los territorios. Para Arangio Ruiz hay que tener en cuenta la variedad de las *controversiae agrorum*, ya que, junto a la controversia *de fine* existe la controversia *de loco*, destinada a determinar si una determinada zona pertenece a uno u otro fundo. Así, para Arangio Ruiz ([34]) en sentido formulario, la *adiudicatio* es el pronunciamiento que hace el juez a una de las partes litigantes de la propiedad de una cosa, sea en vía declarativa o constitutiva.

Sin embargo, creemos que la función de los *tres arbitri* mencionados en el texto decemviral en su origen pudo tener otro significado. Así, según Sohm ([35]) en derecho romano, desde antiguo, existían determinados medios jurídicos para la protección de la propiedad fundiaria en el ámbito de las relaciones de vecindad, entre los que se encuentra la *actio finium regundorum*. Esta acción en las XII Tablas, según Sohm, en cuanto se trataba de una franja de terreno de ancho inferior a cinco pies, se aplicaba en lugar de la *reivindicatio*, considerándose, en consecuencia, que la franja limítrofe sería común a los colindantes. Según Sohm, el *iudex* procedería mediante *adiudicatio*, considerando libremente las circunstancias, y si resultase necesario, también simultáneamente emitirá una *condemnatio*, en el caso de que a alguno se le tuviese que atribuir una franja de terreno ajeno, en aras de una más segura determinación de los límites entre fincas (D. 10,1,2,1 y D. 10,1,3). Para Sohm esta acción sería una acción divisoria, y por tanto, pertenecería a los *iudicia duplicia*, en los que también puede resultar condenado el demandante.

Tomamos como punto de partida la muy acertada idea de Sohm, de que mediante la *actio finium regundorum*, lo que se pretendía en efecto, era la división y reparto de una cosa común, que en este caso era la franja de terreno que separaba fincas de diferentes propietarios, cuyos linderos eran inciertos y que pretendían sus respectivos propietarios fijar; es decir, en definitiva, no se puede ignorar que se trata de una acción de división de una cosa común, que en las XII Tablas se encomendaba a *tres arbitri* ([36]).

([34]) *Vid.* ARANGIO RUIZ, V., *In tema di adiudicatio*, cit., p. 26. KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 265, n. 12, afirma que la simple función declarativa de la *adiudicatio* no ha sido suficientemente probada por Arangio Ruiz.

([35]) *Vid.* SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts,* 17. Aufl., München und Leipzig, Duncker-Humblot (1923), p. 318.

([36]) *Vid.* XII Tablas 7,4, *Cic. de leg* 1,21,55: *usus capionem XII tabulae intra V pedes esse noluerunt*. Inmediatamente antes del nombramiento de *tres arbitri* para la delimita-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

Esta función desempeñada por los *tres arbitri*, que originariamente en época de la ley decemviral, según ya afirmó Wenger ([37]), podría haber sido la única función del *iudex* en las acciones divisorias, es exactamente la función arbitral que, mediante la *adiudicatio*, desarrollaba posteriormente el *iudex* pedido mediante la *iudicis postulatio* (que, como ya hemos dicho, según Gayo IV,17a era el cauce por el que se resolvían las acciones divisorias), y más tarde el *iudex* que conocerá de la *actio familiae erciscundae* formularia. La *adiudicatio*, por tanto, era una función arbitral (*officium arbitri*) que desempañaba el *iudex* en los *iudicia divisoria*, consistente en hacer un reparto equilibrado de la cosa indivisa. Además, para llegar a un reparto equitativo debía proceder el *iudex* a realizar cálculos y compensaciones entre los *condomini*, y a tal efecto imponer recíprocas *condemnationes* pecuniarias entre ellos.

Esta idea aparece confirmada posteriormente en I. 4,17,6 ([38]), donde para el caso de la *actio finium regundorum* se afirma que no en todo caso es necesaria la *adiudicatio*, sino únicamente cuando resulte más conveniente para dividir los terrenos con linderos más claros que los que ya estuviesen establecidos. Este texto se refiere claramente a que en época justinianea procede la *adiudicatio* en la *actio finium regundorum* únicamente en el supuesto de que los lindes deban ser nuevamente trazados, lo que daría lugar a nueva distribución del terreno, y en cuyo caso, además, deberá resultar compensado pecuniariamente el dueño que ceda una porción de terreno a favor del propietario colindante, imponiéndosele, en consecuencia, a este último, una *condemnatio* pecuniaria.

En este mismo texto (I. 4,17,6) el término *adiudicatio* con el significado de fijación de linderos con nueva distribución de terrenos lleva ya implícita la *condemnatio pecuniaria*, ya que se afirma que hay *adiudicatio* cuando

---

ción de linderos esta norma decemviral no admite la *usucapio* de la franja intermedia, de cinco pies de ancho, entre fincas.

([37]) *Vid.* WENGER, L., *Institutionen des römischen Privatrechts*, München, 1925, p. 135.

([38]) I. 4,17,6: *Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. Quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti; nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari: quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia quia lapides finales furatus est vel arbores finales cecidit. Contumaciae quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur, veluti si quis, iubente iudice, metiri agros passus non fuerit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

procede imponer una *condemnatio pecuniaria*. De ahí que todavía queramos lograr una mayor aclaración del significado del término *adiudicatio* en las acciones divisorias.

La *adiudicatio* para Guarino ([39]) era constitutiva de derechos, en el sentido de que por el pronunciamiento del juez automáticamente existía el *dominium ex iure Quiritium* en relación con la *res* individualizada y adjudicada; y debía tratarse de una *adiudicatio* emitida sobre la base de un *iudicium legitimum*, porque si se emitía con base en *iudicium imperio continens*, la *adiudicatio* hacía adquirir el *in bonis habere*. Según Guarino, esta diversidad de efectos decayó cuando el *dominium* fue unificado.

Según Burdese ([40]), el juez procede a una *divisio rerum* mediante *adiudicatio* atributiva a las partes con causa en derechos reconocidos, en época clásica, por el *ius civile* si el *iudicium* es *legitimum*, y por el *ius praetorium*, si el *iudicium* es *imperio continens* (cfr. *Fr. Vat.* 47a y D. 10,2,44,1). Para Burdese la división pone fin a la situación de copropiedad, presentándose así como declarativa de derechos, aunque debemos recordar que se refiere únicamente a la *actio familiae erciscundae* y a la *actio communi dividundo* ([41]).

Arangio Ruiz, como ya hemos dicho, distingue en su teoría en torno a la *adiudicatio* entre el carácter constitutivo de la *adiudicatio* en la *actio familiae erciscundae* y *communi dividundo*, y su función declarativa en *la actio finium regundorum*. Para Biondi ([42]), la *adiudicatio* sería una forma de adqui-

---

([39]) *Vid.* GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 6.ª ed., Jovene, Napoli, 1981, p. 207: *adiudicatio* era una cláusula con la que se daba al juez el poder de asignar en concepto de *dominium ex iure Quiritium* o de cualquier otro *ius in re aliena* las partes de una cosa común a los individuales comuneros. Pero, según Guarino, como la división de la *res* o del *patrimonium* no era siempre y materialmente posible, la *adiudicatio* estaba siempre acompañada de una *condemnatio* encaminada a la eventual condena de algunos o alguno a pagar a los otros las oportunas sumas en compensación. Y en p. 562 (op. cit.) afirma que la *adiudicatio* es la disposición del juez en una acción divisoria, mediante la cual se asignaba en propiedad individual a un sujeto una cosa común o parte de una cosa común. Guarino califica estos casos de asignación, ya que se trata de una atribución (directa o indirecta) del *dominium ex iure Quiritium* por parte del juez, es decir, según este autor se trataría de asignación en los casos de *adiudicatio* y *litis aestimatio*.

([40]) BURDESE, A., *v. Divisione (dir. rom.)*, cit., p. 414.

([41]) *Vid.* sobre esta acción FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La actio communi dividundo utilis*, Estudios Jurídicos en Homenaje al prof. Santa Cruz Teijeiro, Tomo I, Universidad de Valencia, 1974, 267-284.

([42]) Para BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 2.ª ed., Milano, Giuffré, 1952, p. 224, existe la adquisición judicial de bienes, por una acto del juez o por medio del pro-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

sición judicial de bienes, y para P. Fuenteseca la *adiudicatio* sería una *iusta causa usucapionis* (43).

Sin embargo, no se puede olvidar el tratamiento y evolución conjunta que presentan las tres acciones divisorias desde las XII Tablas, como resulta de Gayo IV,17a, hasta las fuentes justinianeas, con la característica común de que en ellas debe procederse a la *adiudicatio*, término que debe ser aclarado en el ámbito procesal, con referencia a la especial función que desempeña el *iudex* en estas acciones divisorias (44).

En efecto, en estas acciones divisorias lo que se pretende es la transformación de una situación de propiedad común indivisa en varias propiedades individuales mediante un pronunciamiento del *iudex*, que contiene simultáneamente la *adiudicatio* y las recíprocas *condemnationes*. Según Sohm (45), la *adiudicatio* judicial traslada la propiedad común de uno a otro litigante, pero con el presupuesto de que el litigante contrario sea realmente copropietario.

---

ceso. En esta categoría se comprende la *adiudicatio* que tiene lugar en los juicios divisorios y autoriza al *iudex* a asignar con efecto traslativo cosas individuales o partes de cosas comunes. Para Biondi no se puede decir que la *adiudicatio* sea extraña del todo a la voluntad de la parte porque el proceso se fundamenta en la *litis contestatio*, que es un acuerdo de voluntad por el cual las partes se comprometen a someterse a un árbitro.

(43) Así, FUENTESECA, P. *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, p. 577, afirma que la *adiudicatio* tiene eficacia constitutiva consistente en hacer a cada coheredero propietario de cosas hereditarias en razón de su cuota y titular de derecho reales ante el *ius civile* y, en todo caso, la sentencia es *iusta causa usucapionis*. Para P. Fuenteseca, la *condemnatio* permite al juez imponer el pago se sumas de dinero en cumplimiento de las obligaciones entre coherederos. En época de Justiniano esta acción (como las demás denominadas divisorias) es mixta, tanto real como personal e incluso se la considera de buena fe porque, en efecto, admite los principios más comunes de las *actiones bonae fidei*. Según P. Fuenteseca, los coherederos responden recíprocamente por evicción respecto a las cosas adjudicadas si éstas resultasen no ser hereditarias o tuviesen algún gravamen como un usufructo. El fundamento es el mismo que en la compraventa, según P. Fuenteseca. A esta teoría se le puede objetar que no se menciona en las fuentes que el adjudicatario de los bienes sea *possessor pro emptore*, ni que, una vez transcurridos los plazos legales de la *usucapio*, el adjudicatario de los bienes sea *dominus ex iure Quiritium*. Simplemente se menciona en las fuentes la responsabilidad recíproca por evicción de los diferentes *condomini*.

(44) Para Ulpiano (*Tit. ex. Corp. Ulp*. 19,2) el *dominium* de cosas individuales (*singularum rerum*) se adquiere mediante *adiudicatio*. También según *Tituli ex corpore Ulpiani* 19,16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipii sive nec mancipii sit*.

(45) *Vid.* SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen…,* cit., p. 291.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

Este resultaría ser *auctor* frente al litigante al que se atribuyó una porción en propiedad individual. Así, para Sohm, la *adiudicatio* es un modo derivativo de adquirir la propiedad, dependiente del previo derecho del *auctor* (46).

Sin embargo, creemos que para establecer la verdadera naturaleza de la *adiudicatio*, y siempre dentro del ámbito del proceso, se deben tomar como punto de partida los efectos que se derivan de esta *adiudicatio* realizada por el *iudex* en cuanto a los derechos reales. A este respecto hay dos pasajes fundamentales, que son D. 10,2,25,21 (47), según el cual el *iudex familiae erciscundae* debe cuidar que se de caución de evicción a aquellos a quienes hace las adjudicaciones y también D. 10,3,10,2 (48), según el cual, en el juicio de división de la cosa común se habrá de dar caución de evicción.

Estos textos deben combinarse con lo dispuesto en I. 4,17,7: *quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum sit, id statim eius fit, cui adiudicatum est*, es decir, lo adjudicado en estos juicios (divisorios), se hace directamente de aquel a quien se adjudicó. De este texto se podría deducir una eficacia directamente atributiva de derechos reales en la *adiudicatio* realizada por el *iudex*, pero debe combinarse con la exigencia de una caución de responsabilidad por evicción, que aparece en los citados textos D. 10,2,25,21 y D. 10,3,10,2.

La única posibilidad de combinar ambos aspectos implica suponer que según I. 4,17,7, la *adiudicatio*, una vez realizada por el *iudex*, no es susceptible de alteración en cuanto a la distribución individual de las partes realizada a favor de cada copropietario. En efecto, la distribución individual de las porciones de la cosa común realizada por *adiudicatio* del *iudex* no es susceptible de alteración, incluso cuando alguno de los antiguos *condomini* se haya visto privado total o parcialmente por evicción de su porción individual.

En este caso, la única posibilidad de igualar la situación de desequilibrio entre los antiguos *condomini* se sitúa en el plano de las *actiones in personam*, concretamente en la obligación de responder por evicción. En consecuencia, nunca se procederá a una redistribución de los bienes corporales adjudicados, sino que se exigiría una responsabilidad pecuniaria por evicción a los antiguos *condomini*. Esto es debido a que el *officium iudicis* en las acciones divisorias

(46) *Vid.* SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, op. cit.*, p. 292, afirma que en el BGB se eliminó la *adiudicatio* como modo de adquirir la propiedad, mientras que el anterior derecho común lo había conservado.

(47) D. 10,2,25,21 (*iudex familiae erciscundae*) *item curare debet, ut de evictione caveatur his, quibus adiudicat*.

(48) D. 10,3,10,2: *in communi dividundo iudicio iusto pretio rem aestimare debebit iudex, et de evictione quoque cavendum erit*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320

engloba la función arbitral de realizar la *adiudicatio* de las partes individuales de la propiedad indivisa.

Así se explica que en C. 3,36,14 ([49]) se disponga que, a falta de acuerdo acerca de la responsabilidad por evicción entre coherederos, tendrá el coheredero la *actio praescriptis verbis* frente al otro, si se ha visto privado de sus bienes por evicción.

Finalmente, en este último texto (C. 3,36,14) nos encontramos de nuevo con el criterio de equidad que debe presidir el reparto de los bienes indivisos: *bona paterna…aequo iure divisa*. Se trata, en efecto, de una partición de bienes en propiedad indivisa, que se realiza mediante *arbitrium* del *iudex*, quien, en el cumplimiento de esta función, debe guiarse por el criterio de la *aequitas*, también mencionado en D. 10,2,14,1: *aequitate ipsius iudicii* (*communi dividundo*). Este deber de resolver en equidad es lo que, en definitiva, hace necesaria la resolución de los juicios divisorios mediante *arbitrium*, en oposición al *iudicium*, que implicaría simple estimación pecuniaria del objeto del litigio. La equidad como criterio de resolución implica una valoración conjunta del objeto litigioso, teniendo en cuenta todo tipo de factores, frente a una valoración puramente económica, en que se plasmaba la función judicial (*iudicium*).

([49]) C. 3,36,14: *Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum aequo iure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adiudicatarum specialiter inter vos convenit, id est ut unusquisque eventum rei suscipiciat, recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere, praeses pronvinciae per actionem praescriptis verbis compellet*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0320