

***La cautio de non minuenda hereditate* en el Derecho romano clásico y su proyección actual**

Albert GÓMEZ JORDÁN
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

I. LA CAUTIO DE NON MINUENDA HEREDITATE EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

1. Supuesto de hecho de aplicación y finalidad

La caución que se analiza en la presente comunicación viene contenida en las siguientes fuentes: Ulp. 77 *ad ed.* D. 2,8,12; Pap. 5 *quaest.* D. 46,5,8 y Paul. sent. 5,9,1. Nos encontramos ante una estipulación pretoria que ha sido tratada tradicionalmente de forma ocasional por la doctrina romanística dentro de estudios más amplios o de temática análoga sin que se le haya dado un tratamiento específico diferenciado¹.

El supuesto de hecho de aplicación de la *cautio de non minuenda hereditate* es el de una persona que ha sido instituida heredera bajo condición y que, como tal, viene compelida por el Pretor a prometer al heredero sustituto —antes de que se haya cumplido la condición— que procurará no disminuir el número y el valor de los bienes hereditarios que tiene en posesión². En consecuencia, la finalidad de la caución es esencialmente no causar un perjuicio al heredero sustituto para el caso que haya de entrar en posesión de los bienes hereditarios si no se cumple la condición.

¹ La única excepción la encontramos en la comunicación presentada en 1987 por Betancourt en la XXXXI Sesión de la SIHDA, donde expuso ante los congresistas la estipulación pretoria *de hereditate*. En la mencionada comunicación el profesor Betancourt expone la definición de esa caución (que es idéntica a la aquí tratada) y subraya la ausencia dentro de la reconstrucción de Lenel de aquellas estipulaciones pretorias de las que tenemos conocimiento. En contraposición, pone en valor la vieja reconstrucción de Rudorff y destaca que la misma contiene elementospreciados en relación a las estipulaciones pretorias. *Vid.* H. ANKUM, «La XXXXI^e Session de la Société internationale “Fernand de Visscher” pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité. Saint-Sébastien et Vitoria, 22-25 septembre 1987», en *RIDA*, 35 (1988), pp. 320-321.

² F. BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995, p. 464.

La definición de esta caución se extrae de Ulp. 77 *ad Ed D.* 2,8,12³:

«*Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. Et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi*».

«Se admite en general que el heredero bajo condición que entra en posesión de la herencia antes de cumplirse la condición debe dar garantía al sustituto respecto a la herencia, y si se hubiese frustrado la condición, puede el sustituto adir y reclamar la herencia, y si prevalece en el juicio, debe el heredero atenerse a lo estipulado, y muchas veces el mismo pretor, antes de cumplirse la condición y antes de llegar al término para la reclamación [del sustituto], suele disponer, con causa justificada, que se interponga estipulación»⁴.

Otro de los textos más significativos que tratan esta caución es Paul. sent. 5,9,1⁵:

«*Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. Huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur*».

Muchos autores entienden que este fragmento de las Sentencias de Paulo es postclásico. Así, Beseler lo define como una mezcla caótica de oraciones paulianas parcialmente desfigurada y entiende que todo el texto es de época postclásica⁶. Sin embargo, otros autores, la opinión de los cuales comparto, entienden que la primera parte del mismo⁷ —que recoge el supuesto de hecho propio de la caución— es clásica y muestra el punto de vista de Paulo respecto a esta cuestión⁸.

El texto, al que hace referencia Rudorff en la reconstrucción de la fórmula edictal de la presente estipulación —fórmula que más adelante mostraremos—, viene a establecer que el heredero bajo condición debe garantizar al sustituto que, durante el tiempo de posesión de los bienes hereditarios, no disminuirá el patrimonio hereditario.

³ Muy pocos autores han discutido el origen clásico de este texto, opinión que comparto. En este sentido, *vid.* B. SANTALUCIA, «Note pauline ed ulpianee», en *BIDR*, 68 (1965), p. 82. Uno de los autores que lo ha cuestionado, G. von BESELER, «*Miscellanea Grecoromana*», en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol. II, Milano, Fratelli Treves, 1930, p. 64, considera que el texto está distorsionado.

⁴ Trad.: A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomos I-III, Pamplona, Aranzadi, 1975.

⁵ De este texto no hemos podido conseguir ninguna traducción autorizada, debido a las escasas traducciones que existen de las Sentencias de Paulo en cualquier lengua actual, existiendo solamente algunas traducciones de algunos libros o fragmentos en particular. Por ello, hemos preferido dejar el texto en su redacción original en latín.

⁶ G. von BESELER, «*Miscellanea Grecoromana...*», pp. 62 y ss.

⁷ «*Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat*».

⁸ B. SANTALUCIA, *cit.*, p. 83.

El texto también hace referencia a la estipulación de pagar el doble de los frutos para el caso que se frustre la condición. Ante una simple lectura del texto podría parecer que este pago del doble de los frutos fuera una determinada «pena» que debiera operar como una consecuencia de la propia caución analizada. Sin embargo, la doctrina romanística entiende de forma mayoritaria que la referencia al «*duplos fructus*» no es clásica⁹. E incluso en época postclásica, Ratti considera que la obligación derivada de la caución que tratamos era independiente de la obligación del doble de los frutos en caso de disminución dolosa, y viceversa¹⁰. En definitiva, opino que aun considerando que en época clásica fuera posible establecer el pago del doble de los frutos en caso de frustración de la condición, la misma debió haberse realizado a través de una estipulación diferenciada a la aquí tratada.

La estipulación que tratamos en este estudio debe ponerse también en relación con el siguiente fragmento de Paul. sent. 1,13,8¹¹, fragmento al que hace referencia Rudorff en la reconstrucción de la fórmula de la presente caución:

«*Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur*».

«El poseedor de una herencia, que descuidó percibir o poseer los frutos de ella, estará obligado a entregar una estimación del doble [del valor] de ellos».

Si bien la entrega del doble del valor de los frutos coincide con el fragmento de Paul. sent. 5,9,1, los supuestos de hecho que se nos presentan son particularmente distintos. Por un lado, Paul. sent. 5,9,1 hace referencia al supuesto de hecho de nuestra caución, de no disminución de la herencia durante la posesión de los bienes hereditarios. Caución que se exige antes de cumplirse la condición y antes de llegar al término para la reclamación del sustituto. Si bien es una estipulación que se presta para evitar un litigio futuro, lo cierto es que no se realiza dentro de un litigio. Por otro lado, Paul. sent. 1,13,8 se incardina dentro de la rúbrica de la petición de herencia, y por tanto la obligación de entrega de la estimación del doble se daría en el propio procedimiento de *hereditas petitio*, seguramente a través de la *cautio pro praede litis et vindictiarum* o bien una estipulación específica de entrega de la estimación del doble¹². Es por lo expuesto que no entiendo ajustado que Rudorff hiciera constar en su día en la reconstrucción de la fórmula de esta caución el doble de los frutos, puesto que no forma parte de la estipulación que tratamos.

⁹ Vid. U. RATTI, «*Dupli fructus*», en *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 2, Aalen, Scientia, 1974. Facsímil, Palermo [s. n.], 1936, pp. 426 y 428. Este autor entiende que la frase contenida en Paul. sent. 5,9,1 «*hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur*» pertenece al compilador visigodo.

¹⁰ U. RATTI, *cit.*, 429.

¹¹ Trad.: PAULUS, JULIUS, *Sentencias a su hijo = Ivli Pavli sententiarum ad filium / Julio Paulo; introducción, traducción, notas e índice alfabético de Martha Patricia Irigoyen Troconis*, México, UNAM, 1995, p. 38. Respecto al análisis en detalle de Paul. sent. 1,13,8 vid. J. ADAME GODDARD, «La petición de herencia en las sentencias de Paulo», en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf* (I), México, 1989, pp. 86 a 89.

¹² J. ADAME GODDARD, *cit.*, pp. 88 y 89.

Por otra parte, Paul. sent. 5,9,1, en su parte final, contiene un *praeiudicium*¹³: «*an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis*»¹⁴. Este *praeiudicium* constituye uno de los indicios que demuestran que los *centumviri* solo conocían de aquellos casos en los que el valor de la herencia era superior a los 100.000 sestercios. Si era inferior, el caso era conocido por un único *iudex*¹⁵.

Sobre la duración de la caución, en Pap. <1> *quaest.* D. 46,5,8pr, se indica que la caución debe darse con un plazo amplio (*in diem cavere longiorem*)»:

«*Paulus notat: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cavere longiorem: praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum et potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit*».

«El heredero testamentario bajo condición, al tomar posesión de los bienes [hereditarios], debe dar caución al sustituto con un plazo amplio, pues el pretor no quiere que este beneficio [de adelantar la entrega de los bienes] sea perjudicial para nadie, y podría parecer vejatoria la petición de caución por parte del que sigue en la expectativa»¹⁶.

Este texto expone que se da un plazo amplio debido a que el Pretor no quiere que mediante la posesión de los bienes hereditarios se perjudique ni al heredero bajo condición ni al heredero sustituto. Este amplio término se concede también para evitar que se pueda ver como vejatoria o calumniosa la petición de una *fianza* por parte del heredero sustituto hacia el heredero bajo condición (que, *de facto*, es el que precede al sustituto)¹⁷. El plazo amplio aquí consagrado viene a coincidir con lo establecido en Paul. sent. 5,9,1 *in fine*, donde reza: «*ideoque in longiorem diem concipitur*».

2. Distinción de la caución con la *cautio pro praede litis et vindictiarum* y la *cautio Muciana*

Muchos autores opinan que esta estipulación no puede ser entendida autónomamente, debido a que creen que solamente es una aplicación de

¹³ Según D'Ors, los *praeiudicia* no son propiamente acciones, pero se aproximan a ellas (D. 44,7,37pr.) por dar también lugar a un juicio. Sirven para dilucidar cuestiones incidentales planteadas al magistrado en la fase *in iure*, A. D'ORS, *DPR.*, pp. 128 (§ 75).

¹⁴ Respecto a este *praeiudicium* vid. P. L. FALASCHI, «Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei "praeiudicia"», en *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università degli studi di Camerino*, vol. XXIX, Milano, Giuffrè, 1965, p. 171; M. KASER, «"Vindictia falsa" und "fructus dupli"», en *IURA*, 13 (1962), pp. 39-40, pero sobre todo J. M. KELLY, *Studies in Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1976, pp. 16-17.

¹⁵ J. M. KELLY, *cit.*, p. 17.

¹⁶ Trad.: A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomos I-III, Pamplona, Aranzadi, 1975.

¹⁷ Esta interpretación del texto se ha llevado a cabo con las siguientes traducciones: A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomos I-III, Pamplona, Aranzadi, 1975 y I. GARCÍA DEL CORRAL (trad.), *Cuerpo del Derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino/publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen; con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral* (ed. facsímil), Valladolid, Lex Nova, 1988.

la *cautio pro praede litis et vindictiarum*¹⁸, caución esta última que se dirigía a asegurar que el demandado procedería a la restitución de la cosa principal desencadenante de la controversia así como de los eventuales frutos que, entretanto, hubiera podido producir¹⁹. Es característica de las acciones reales que se sujetan al procedimiento *per sponsionem*, durante cuya tramitación el demandado sigue gozando de la posesión interina de la cosa antes de la *sponsio*²⁰.

Entre los autores antes indicados destaca Lenel, que defiende principalmente su postura por la razón que el texto contenido en D. 2,8,12 se extrae del libro 77 *ad Ed.* de Ulpiano, libro que trata también de forma específica textos sobre la *cautio pro praede litis et vindictiarum*²¹.

Si bien algunos autores entienden que no resulta necesario posicionarse ante la disyuntiva de estimar autónoma o ligada a la *cautio pro praede litis et vindictiarum*²² la caución analizada, considero que es relevante hacerlo en el presente estudio. En este sentido, no comparto la afirmación de considerarla una aplicación por diversos motivos:

a) En primer lugar, porque no tiene sentido que forme parte de esa caución edictal cuando el supuesto no viene recogido en la rúbrica de la *cautio pro praede litis et vindictiarum*, que es D. 46,7, rúbrica que comparte con la *cautio iudicatum solvi*. El supuesto, sin embargo, sí viene recogido en otros fragmentos del Digesto que tratan específicamente y de forma idéntica este supuesto bajo las rúbricas de D. 2,8 «Que los que deben dar garantía prometan con juramento o se atengan a lo prometido» y de D. 46,5 «Sobre las estipulaciones pretorias». Resulta curioso que se afirme que era solo una aplicación cuando las fuentes tratan el idéntico supuesto en dos rúbricas diversas, para finalidades distintas.

b) En segundo lugar, porque de forma clara se recoge esta estipulación como una estipulación diferenciada en Paul, sent. 5,9,1²³, donde se expone el mismo supuesto de hecho y no se hace tampoco referencia alguna a la *cautio pro praede litis et vindictiarum*.

¹⁸ Opina en este sentido O. LENEL, *EP*, p. 515. También a favor de la tesis de no considerar autónoma la caución del heredero condicional al sustituto encontramos, entre otros, a P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1963, p. 591 y M. KASER, *cit.*, p. 46.

¹⁹ A. VALIÑO ARCOS, *Missiones in possessionem. Stipulationes praetoriae. Restitutiones in integrum*, en <http://www.iustel.com> (última consulta realizada el 4 de abril de 2017).

²⁰ R. DE CASTRO-CAMERO, *Estipulaciones edictales en el Derecho romano*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2009, p. 86.

²¹ O. LENEL, *EP*, p. 520; O. LENEL, *Palíngenesia iuris civilis: consultorum reliquiae quae Iustitiani Diestis continentur, ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit*, 2 Bd., Leipzig, 1889, Neudr. Graz, 1960, p. 869.

²² B. SANTALUCIA, *cit.*, p. 83.

²³ Este autor es consciente que las Sentencias de Paulo son un texto que hoy en día se entiende controvertido, al haber seguramente padecido alteraciones postclásicas y visigóticas. Respecto a las dudas sobre la integridad pauliana de las Pauli Sententiae, *vid.* J. K. FRANCIOSI, «Hackl, Praejudicium in klassischen roemischen recht» (Recensión), en *IURA*, 27 (1976), p. 154, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, 1968, p. 314, n. 4 y B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 560, entre muchos otros autores.

c) En tercer lugar, porque la *cautio pro praede litis et vindictiarum* es una caución pretoria judicial²⁴, ya que se presta para que un litigio tenga efecto (Ulp. 77 ad Ed. D. 46,5,1,1) mientras que la *cautio de non minuenda hereditate* es una caución que se exige antes de cumplirse la condición y antes de llegar al término para la reclamación del sustituto (*ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem*) y, en consecuencia, no puede ser considerada una caución judicial «*quae propter iudicium interponuntur*» como la *cautio pro praede litis et vindictiarum*²⁵.

Finalmente, debemos también diferenciar la *cautio* tratada de la caución muciana. En efecto, en Derecho romano clásico la caución muciana fue constituida para los legados sometidos a condición. Su prestación comprometía al legatario a restituir el legado con sus frutos en caso de que se cumpliera dicha condición²⁶. En este sentido, no fue hasta el periodo justiniano que se generalizó esta caución para todo tipo de legado y para las instituciones de heredero con condición²⁷. Por su parte, la *cautio de non minuenda hereditate*, en palabras de Sicaloja, es aquella que en ciertos casos debe presentar el instituido heredero que desea la *bonorum possessio* pendiente condición²⁸.

3. Denominación de la caución

La caución que se trata ha sido conceptualizada de distinta forma por parte de los juristas a lo largo de la historia. Así, en la Glossa de Lyon de 1627²⁹ puede observarse que al tratar el texto Ulp. 77 ad Ed. D. 2,8,12 se indica que estamos ante la prestación de una *cautio de non minuenda hereditate*. Consideramos que la denominación de esta caución como *cautio de non minuenda hereditate*, aunque es una de las más antiguas, sin duda preserva el espíritu de la propia caución, ya que dicha denominación recoge la finalidad y el objetivo de la misma: evitar la disminución del valor y del número de los bienes hereditarios. Por este motivo la he utilizado para incluirla en el título de la presente comunicación.

²⁴ Sobre el carácter judicial de la *cautio pro praede litis et vindictiarum*, vid. R. DE CASTRO-CAMERO, *Estipulaciones edictales en el Derecho romano*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2009, p. 252.

²⁵ En este sentido, U. RATTI, *cit.*, p. 428. El autor entiende que D. 2,8,12 no hace ninguna referencia a la *hereditatis petitio*, y, en consecuencia, considera que al hacerse en un momento anterior no puede entrar dentro del ámbito de las cauciones judiciales, entre las que se encuentra la *cautio pro praede litis et vindictiarum*.

²⁶ V. SCIALOJA, «Sulla cautio muciana applicata alla eredità», en *BIDR*, 11, 1898, p. 265.

²⁷ A. D'ORS, *DPR.*, pp. 374 (§ 286).

²⁸ V. SCIALOJA, *cit.*, p. 273.

²⁹ Iustinianus <Imperium Byzantinum, Imperator, I.> Codex Ivris Civilis Ivstiniani: Tomus Hic Primus Digestum Vetus continet – cum commentariis ACCURSII (Glossa Magna), scholiis CONTII, et D. GOTHOFREDI lucubrationes ad Accursium – Editio ex HUGONIS a Porta et veterum exemplarium collatione repurgata, et perpetuis notis illustrata, Editio ex HUGONIS a Porta et veterum exemplarium collatione repurgata, et perpetuis notis illustrata, studio et opera Johannis FEHII. Lyon, Lion moucheté – Sumptibus Claudii Landry, 1627, p. 172, punto f.

Rudorff, por su parte, nombró a esta caución como la *cautio de substituto heredi sub condicione scriptus quemadmodum caveat*, cogiendo parte del texto en latín de Ulp. 7 *ed.* D. 2,8,12. Lenel, en cambio, tal y como hemos podido observar en el apartado anterior, al no considerar esta caución como autónoma, sino como una aplicación más de la *cautio pro praede litis et vindictiarum*, no aporta denominación alguna.

Otra denominación interesante es la llevada a cabo por Santalucia³⁰, que la califica como *cautio in diem longoriem*. La referencia a *in diem longoriem* viene dada por los textos Pap. 5 *quaest.* D. 46,5,8 y Paul. sent. 5,9,1, tal y como hemos visto anteriormente.

Finalmente, Ratti y Betancourt la bautizarán como *cautio de hereditate*³¹. Betancourt califica esta estipulación como *cautio de hereditate* debido a que entiende que esta no solo se exigía en casos de existencia de un heredero sustituto bajo condición —para este autor, este únicamente era un caso concreto—, sino que se imponía en todos aquellos casos de *bonorum possessio sine re* o *bonorum possessio* provisional³², la titularidad de la cual era de persona distinta a la titularidad de *heres* (heredero). En definitiva, era de aplicación en todos aquellos casos donde había una contradicción entre el *ius (hereditas)* y la apariencia jurídica (*bonorum possessio*)³³. En mi opinión, si bien este argumento podría tener sentido, lo cierto es que no tiene apoyo en las fuentes.

4. Ubicación dentro de la clasificación de las *stipulationes praetoriae*

Respecto a su clasificación, la entendemos como una *stipulatio praetoria*, ya que de lo contenido en Ulp. 77 *ad Ed.* D. 2,8,12 resulta claro que era el Pretor quien la imponía. En lo referente a su consideración o no como estipulación edictal, Rudorff entiende que es edictal, ya que la recoge en su reconstrucción del Edicto perpetuo³⁴. Por su parte, Betancourt clasifica esta estipulación como pretoria o edictal³⁵. Este último autor equipara el concepto de «pretoria» con «edictal» y, por ende, entiende que estaba contenida en el Edicto.

En nuestra opinión, entendemos que estamos ante una estipulación pretoria no edictal, ya que no es suficiente para considerarla edictal el hecho que uno de los textos sea recogido de los comentarios al Edicto de Ulpiano (Ulp. 77 *ad Ed.* D. 2,8,12). Asimismo, y por las razones ya expuestas, consideramos también que no es una aplicación de la *cautio pro praede litis et vindictiarum* y que, en consecuencia, debe ser considerada una estipulación autónoma.

³⁰ B. SANTALUCIA, «Note pauline ed ulpianee», en *BIDR*, 68, 1965, p. 81, n. 86.

³¹ U. RATTI, *cit.*, p. 427; F. BETANCOURT, *cit.*, pp. 464 y 465, n. 103.

³² A. D'ORS, *DPR.*, pp. 332-333 (§ 245).

³³ F. BETANCOURT, *cit.*, p. 464.

³⁴ A. F. RUDORFF, *EP*, p. 250 (§ 299).

³⁵ F. BETANCOURT, *cit.*, p. 464.

Finalmente, debemos cuestionarnos si es una estipulación que requería garantía (*satisfatio*) o simple promesa (*repromissio*). Cabe recordar que, como regla general, las estipulaciones pretorias son con garantía (Ulp. 79 *ad Ed.* D. 46,5,3). Sin embargo, de lo dispuesto en Pap. <1> *quaest.* D. 46,5,8pr parece desprenderse que la *cautio de non minuenda hereditate* era una simple promesa, ya que el propio texto afirma que puede resultar vejatorio solicitar una *fianza* por parte del heredero sustituto al heredero bajo condición.

5. Posible fórmula estipulatoria

Esta estipulación fue sistematizada en su día por Rudorff como si de una estipulación edictal se tratara. De ahí que nos haya llegado a nuestros días una reconstrucción realizada por este autor de la posible fórmula de la *cautio de non minuenda hereditate*, que es la que a continuación reproducimos³⁶, juntamente con la traducción llevada a cabo por Betancourt:

«Si *condictio*, ex qua testamento *Luci Titi heres scriptus es*, defecerit, quod de his bonis *DEPERDITUM DEMINUTUM DOLO MALO tuo erit*, fructusve neglectos *duplos praestari spondes*<ne>³⁷?».

«¿Prometes indemnizar la pérdida y deterioro dolosos y el doble de los frutos de los bienes <hereditarios>, si se frustra la condición de tu institución como heredero en el testamento de Lucio Ticio <de los cuales tienes la bonorum possessio>? Prometo»³⁸.

Como se puede apreciar Rudorff añade a esta fórmula la «pena» de indemnizar la pérdida y deterioro dolosos así como el doble del valor de los frutos de los bienes hereditarios si se frustra la condición. Sin embargo, hemos podido observar anteriormente que la referencia al doble de los frutos es postclásica, y aún entendiéndola clásica no formaría parte de la propia caución analizada, sino que operaría como una estipulación diferenciada complementaria de la misma.

II. LA CAUTIO DE NON MINUENDA HEREDITATE Y SU PROYECCIÓN ACTUAL

A continuación se mostrará la proyección de la caución analizada en el ordenamiento jurídico español, a través de los mecanismos jurídicos que protegen la misma o similar situación fáctica que la amparada por la *cautio* romana.

³⁶ A. F. RUDORFF, *EP*, p. 250 (§ 299).

³⁷ La introducción de la partícula <ne> es añadida por F. BETANCOURT, *cit.*, p. 464.

³⁸ Trad.: F. BETANCOURT, *cit.*, pp. 464-465.

1. La fianza requerida en la herencia condicional regulada en el CC español

El mecanismo jurídico actual que más se asemeja a la situación amparada por la *cautio de non minuenda hereditate* es la fianza que debe prestar el que entre en la administración de la herencia en casos de herencia condicional, fianza que viene consagrada en el art. 803 del Código Civil español.

«Art. 803. Si el heredero condicional no tiene herederos o si teniéndolos no existe entre ellos derecho de acrecer, entrará aquel en la administración, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, *también bajo fianza*; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, *también bajo fianza*, la cual se prestará con intervención del heredero».

El artículo establece que, a falta del derecho a acrecer o a falta de coherederos, la administración se confía al heredero condicional, pero precisamente por su cualidad (de efecto futurible) se le exige fianza. El mismo artículo también da otras soluciones distintas en caso de negación por parte del heredero condicional a prestar fianza. En consecuencia, solo a falta de prestación de fianza por el heredero condicional se defiende la administración a favor del heredero presunto (heredero sustituto o bien intestado)³⁹, y en caso de negación de este último, a favor de un tercero desinteresado de la herencia, pero exigiéndose en todos los casos la correspondiente fianza. Precisamente en este último caso de afianzamiento por parte de los Tribunales, el procedimiento que corresponde es el dispuesto en los arts. 797 a 805 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que incluyen expresamente la prestación de caución previa al desempeño del cargo.

Sobre el tipo de fianza, la misma incluye la obligación de garantizar los resultados de la administración pero también la devolución de toda la herencia con sus frutos e intereses⁴⁰. Así, lo que pretende la fianza es proteger y preservar todos los bienes de la herencia a los efectos que puedan ser restituidos con sus frutos e intereses.

2. El deber de conservación y la prohibición de enajenar bienes hereditarios por parte del administrador de la herencia de los arts. 801 y 803 de la LEC

La anterior fianza debe ponerse en relación a la obligación de conservación y a la prohibición de enajenar bienes hereditarios establecidas en los arts. 801 y 803 de la LEC.

³⁹ M. ALBALADEJO GARCÍA (codir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. X, vol. 2: arts. 774 a 805 del Código Civil. Comentario al art. 803, punto IV.

⁴⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA (codir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. X, vol. 2: arts. 774 a 805 del Código Civil. Comentario al art. 803, punto VIII.

El art. 801 de la LEC impone la obligación de conservar sin menoscabo los bienes de la herencia por parte del administrador de la herencia. Sin duda nos encontramos ante una obligación que tiene su origen en la *cautio* romana analizada, con la salvedad que en la actualidad es el propio texto legal el que impone ya un deber de no menoscabar o reducir el valor de los bienes hereditarios.

Por su parte, el art. 803 de la LEC establece la prohibición de enajenar y gravar los bienes inventariados, con algunas excepciones residuales. Y es precisamente el apartado 3.º del mismo artículo el que establece que únicamente el tribunal podrá decretar mediante providencia la venta de cualquiera de dichos bienes (oyendo previamente a los interesados). En el supuesto de heredero bajo condición, resulta claro que uno de los interesados será el heredero sustituto que haya de entrar en posesión de la herencia si la condición se cumple.