

IMPENSAS ÚTILES DOTALES Y *VOLUNTAS MULIERIS*

Por la Dra. M.^a TERESA GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO
Profesora Asociada de Derecho Romano.
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. LA DOCTRINA TRADICIONAL
- II. TEXTOS EN LOS QUE NO SE ESTABLECE EL REQUISITO DE LA *VOLUNTAS MULIERIS*
- III. TEXTOS QUE ESTABLECEN EL REQUISITO DE LA *VOLUNTAS MULIERIS*
- IV. DIVERGENCIA ENTRE PAULO Y ULPIANO
- V. IMPENSAS ÚTILES DOTALES Y DONACIÓN

I. LA DOCTRINA TRADICIONAL

Según la doctrina dominante, las impensas útiles dotales, definidas en las fuentes romanas como aquellas que sin ser necesarias, mejoran la dote, haciéndola más rentable para la mujer¹, daban lugar a reembolso en el derecho romano clásico solamente cuando habían sido hechas con el consentimiento de la misma². Respecto a la cuantía del reembolso, no se sabe con certeza cuál sería; Riccobono estima que, al ser un juicio de buena fe, donde el árbitro juzgaba según el *aequius melius erit*, en la práctica debieron ser usadas aquellas mitigaciones en favor de la mujer que más tarde encontramos expuestas y actuadas en la doctrina general del reembolso de gastos debido al poseedor de buena fe por parte del propietario³.

Este régimen de las impensas útiles en el derecho clásico es fundamentado por los autores en:

- C. 5,13,1§5 e) (Justin. a. 530): «... *utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, ...*».
- D. 25,1,8 (Paul. I. VII ad Sab.): «*Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint...*».
- D. 50,16,79§1 (Paul. VI ad Plaut.): «... *quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere*».

La evolución que habría conducido hasta el tratamiento clásico de las impensas útiles, según la mayoría de los autores⁴, habría sido la siguiente: en principio los gastos útiles no darían lugar a reembolso, como prueba –dicen– la negativa de La-

¹ D. 25,1,5 (Ulp. I. XXXVI ad Sab.), § 3: «*Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem*»;

D. 50,16,79 (Paul. I. VI ad Plaut.), § 1: «*Utiles impensae... quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieris adquiratur*»;

Ulp. Reg. VI, 16: «*Utiles sunt quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, ...*».

² Baste citar por todos a G. Cervenca, v. Spese (Diritto Romano) en *Novissimo Digesto Italiano*, XVII (Torino, 1970), pág. 1109; P. F. Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 7.^a ed. (Paris, 1924), pág. 1014, n. 4; J. Iglesias, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11.^a ed. (Barcelona, 1993), pág. 505; y, sobre todo, S. Riccobono, «Gli Scolii Sinaitici», en *B.I.D.R.*, 9 (1896), págs. 230 y ss.; ID. «Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine», en *B.I.D.R.*, 18 (1906), págs. 220 y s.; ID. «Il compenso per spese fatte da possessore su cose altrui», en *B.I.D.R.*, 47 (1940), págs. 5-6; ID. *Scritti di Diritto Romano II* (Palermo, 1964), pág. 181; F. Schulz, «Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt», en *Z.S.S.*, 34 (1913), págs. 59 y 68 y ss.

³ *B.I.D.R.*, 47, pág. 6.

⁴ Entre ellos A. Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, II (Erlangen, 1867), pág. 330; K. von Czychlarz, *Das Römische Dotalrecht* (Giessen, 1870), pág. 345; H. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte*. Neud. d. 2. Aufl. Heidelberg, 1868 (Aalen,

beón en D. 23,5,18; sólo a comienzos del principado algunos juristas proculeyanos, de tendencias más avanzadas, admiten el reembolso cuando tales gastos han sido hechos con el consentimiento de la mujer, y ello por consideraciones de equidad⁵.

Para Schulz, en cambio, la evolución habría sido distinta: el reembolso de los gastos útiles era admitido ya antes del principado; la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* se refería tanto a las impensas necesarias como útiles (la expresión *necessariae* es, según este autor, añadida posteriormente); pero con la evolución de la *equitas* dotal –dice– aparece una tesis restrictiva que limita el reembolso a las impensas útiles hechas con el consentimiento de la mujer⁶.

Algo parecido opina Bonfante⁷ sobre la máxima *impensae necessariae*... y la no distinción originaria entre impensas necesarias y útiles. Pero según este autor, el tratamiento de los gastos útiles en derecho clásico no es concorde: hay contradicción entre Paulo y Ulpiano⁸; la restricción del reembolso de los gastos útiles sólo se produce a finales de la época clásica y, precisamente, tal es la doctrina que contempla Justiniano en su famosa constitución de C. 5,13,1§5 e).

En cualquier caso, todos estos autores coinciden en señalar que en el derecho clásico el reembolso de las impensas útiles exigía el requisito del consentimiento de la mujer⁹.

Más recientemente, Latorre¹⁰ ha venido a romper esa unanimidad sobre el reembolso de las impensas útiles defendiendo la tesis de que los clásicos no exigieron el consentimiento de la mujer salvo en un caso concreto: la *doctrina puerorum*; y aun para éste, indica, ello fue cuestión controvertida entre los juristas romanos. Según Latorre, sólo en el derecho postclásico se dio valor general a esta excepción, situación a la que alude Justiniano en la citada constitución.

A la tesis de Latorre se opone Guizzi, que intenta demostrar la validez de la teoría tradicional¹¹, o, más bien, la poca consistencia de la opinión de aquel autor.

965), pág. 153 y s.; A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*. Teil C. Neud. d. Ausg. Halle, 1895 (Aalen, 1963), pág. 387; O. Karlowa, *Römischen Rechtsgeschichte II* (Leipzig, 1901), pág. 225; Riccobono, *B.I.D.R.*, 9, pág. 241, n. 2.

⁵ Riccobono, *Scritti II*, págs. 181 y ss. dice que de la regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* se desprende que la jurisprudencia republicana no contempló los gastos útiles ni voluptuarios; ellos no fueron considerados en la práctica del *iudicium rei uxoriae*, lo cual explicaría el contraste de opiniones entre los juristas del imperio.

⁶ *Op. cit.*, pág. 69 y n. 1. Esta tesis es criticada por E. Deter, *Impensae dotem minuunt* (Dissert. Erlangen, 1935), pág. 24, para el cual la teoría de Schulz no prueba nada nuevo: ¿por qué la evolución de la *equitas* dotal habría de llevar a limitar el reembolso de las impensas útiles en vez de admitirlo?

⁷ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. I. *Diritto di famiglia* (Milano, 1963), pág. 500.

⁸ Este último admite el reembolso sin el requisito de la *voluntas mulieris* en D. 25,1,7 y otros pasajes.

⁹ La voluntad, según M. Ricca-Barberis, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento* (Torino, 1914), pág. 201, caracteriza y crea la tripartición de las impensas: los gastos necesarios se reembolsan siempre, aun sin o contra el consentimiento de la mujer; los útiles sólo si son hechos con esta voluntad, y los voluptuarios no se reembolsan ni siquiera cuando hayan sido hechos de acuerdo con la voluntad de ésta.

¹⁰ «Voluntas mulieris» y reembolso de las impensas útiles dotalas», en *Iura*, 5 (1954), págs. 209 y ss.

¹¹ «La restituzione della dote e le spese utili», en *Labeo*, 3 (1957), 2, págs. 245 y ss.

En nuestra opinión, como tratamos de demostrar con el presente trabajo, el derecho romano clásico no exigió el requisito de la *voluntas mulieris* con carácter general: éste era, más bien, un límite a dicho reembolso¹², el cual operaba en una situación concreta: cuando la mujer se veía obligada a vender la cosa para pagar los gastos al marido, es decir, cuando el gasto útil hiciese gravosa para ella la obtención de la dote.

Lo primero que hemos de señalar es que no nos parece motivo suficiente el señalado por algunos autores en el sentido de que tampoco en otras situaciones jurídicas (como es el caso de los detentadores) se habría admitido el reembolso de las impensas útiles, a menos que se verificase el requisito de la voluntad o consentimiento del propietario, y ello porque creemos que no se puede comparar a la ligera el tratamiento jurídico de instituciones diferentes, con caracteres propios cada una de ellas, como ocurre en el caso del instituto dotal. En segundo lugar, en cuanto a la divergencia entre Paulo y Ulpiano en orden a este requisito, ella puede ser más aparente que real debido a dos formas distintas de entender la noción de impensas útiles.

A continuación debemos pasar al análisis de los textos en los que la doctrina ha encontrado apoyo para la tesis tradicional.

II. TEXTOS EN LOS QUE NO SE ESTABLECE EL REQUISITO DE LA *VOLUNTAS MULIERIS*

- D. 25,1,7 (Ulp. l. XXXVI ad Sab.): «... *quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem*».

Algunos autores¹³ han señalado *exactionem* como justiniano, sustituyéndolo para el derecho clásico por *retentionem*; efectivamente, no es probable que Ulpiano dijera *exactionem*, pues en derecho clásico ni las impensas útiles ni las necesarias dan lugar a reclamación y sí, en cambio, en derecho justiniano; pero decir que las impensas útiles *habent retentionem* no es muy correcto, pues ellas motivan la retención, pero es el marido quien en todo caso ha de tenerla¹⁴. Riccobono propone en su lugar *pariunt retentionem*, lo que no sólo es más conforme con el sentido del reembolso, sino que, además, es una expresión ya utilizada por Ulpiano en otros pasajes¹⁵. También, quizás, podría haber dicho Ulpiano que las impensas útiles, aunque no disminuyen la dote de pleno derecho, *habent reputationem*, expresión empleada en D. 25,1,1§2.

Por otra parte, coinciden los autores en afirmar que Justiniano debió suprimir de este fragmento la referencia a la *voluntas mulieris*. Sin embargo, no entendemos

¹² También Bonfante cree que era un límite más que una exigencia para todo caso, *op. cit.*, pág. 499.

¹³ Krüger, ed. Dig.; *Lenel*, Paling. 2087.

¹⁴ En este sentido, también Schulz, *op. cit.*, págs. 70-71.

¹⁵ Scritti II, pág. 221, n. 147: así en D. 24,3,7 §16 y D. 25,1,11.

por qué habría podido tener interés en ello, puesto que él mismo admite el reembolso de las impensas útiles, haya habido o no tal consentimiento. Según nos informa C. 5,13,1§5 e), lo que Justiniano hace es suprimir las retenciones y conceder una *actio mandati* para el caso de que hubiera habido consentimiento de la mujer, y una *actio negotiorum gestorum* en caso de que, no habiendo tal consentimiento, el gasto resultase de utilidad concreta para ella. No creemos, por tanto, que tal supresión hubiese sido operada por Justiniano; más bien nos parece que si el pasaje no contiene la mención de la *voluntas mulieris* es porque Ulpiano nunca se refirió a ella.

- D. 24,3,7§16 (Ulp. l. XXXI ad Sab.): «... *plane si novam villam necessario extruxit vel veteram totam sine culpa sua conlapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit. hae enim impensae aut in res necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem*»¹⁶.

Este pasaje realmente no nos es de gran utilidad, dadas las grandes sospechas que recaen sobre él. Él no contiene el requisito de la *voluntas mulieris* para fundamentar la retención de las impensas útiles, pero ello tampoco prueba nada, pues ni siquiera creemos que Ulpiano se plantease aquí otra cosa que la contraposición de los gastos *in rem - in fructus*.

- D. 23,5,18 (Iavol. l. VI ex post. Lab.): «*Vir in fundo dotali... Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esse factus. ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto...*».

Lo que nos interesa de este fragmento es la falta de alusión al requisito de la *voluntas mulieris*. Ello es considerado por Latorre¹⁷ como prueba de la ausencia de ese requisito, oponiéndose así a Schulz y a Riccobono, para los cuales él habría sido suprimido por los compiladores. Por su parte, Guizzi¹⁸ señala al romanista español que si Javoleno prescinde del requisito, es únicamente porque no era pertinente en la discusión, donde lo que se cuestionaba era la existencia o no de utilidad.

Nosotros creemos que la supresión del requisito por Justiniano no es creíble y que este pasaje no prueba nada a favor de la tesis tradicional. Además, si se tiene por válida la afirmación de Javoleno sobre el reembolso de las impensas útiles, la cual es formulada con cierta solemnidad (*non tantum...sed etiam...*), ha de afirmarse que el jurista habría hecho referencia a las condiciones de reembolso, caso de haber existido éstas.

- D. 24,3,42 §1 (Papin. l. IV resp.): «*Fructus ex praediis, quae in dotem data videbantur...peti non posse placuit. sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae*

¹⁶ La alteración de las palabras *petitio* y *actionem* por parte de los compiladores es admitida en general; v. Krüger, ed. Digesto.

¹⁷ *Op. cit.*, pág. 212.

¹⁸ *Op. cit.*, págs. 249-250 y n. 15.

dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit».

En este fragmento que contempla el reembolso de los gastos útiles, a pesar de la opinión de Riccobono de que se trata de gastos realizados por el poseedor de buena fe, hay sin duda una aplicación analógica de las normas y principios dotalés, como el propio Papiniano admitía en D. 23,2,61¹⁹. Pero tampoco creemos que nos sirva para probar gran cosa.

III. TEXTOS QUE ESTABLECEN EL REQUISITO DE LA VOLUNTAS MULIERIS

- D. 25,1,8 (Paul. l. VII ad Sab.): «*Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem*».

Éste es el texto que justifica primordialmente la tesis sostenida por la doctrina dominante. En él Paulo dice expresamente que los gastos útiles dan lugar a deducción (¿retención?²⁰), si son hechos con la voluntad de la mujer, y con ello refiere la opinión de algunos juristas (*quidam*²¹).

La *voluntas mulieris* es entendida por los autores, no ya como un consentimiento o autorización expresas, sino, más bien, como una voluntad que se presume: basta que la mujer no se oponga a tales gastos²².

Pero la razón de que, según Paulo, no haya reembolso de las impensas, a menos que se hayan hecho con el consentimiento de la mujer, es que «es injusto que la mujer se vea obligada a vender la cosa para pagar las impensas hechas en ella, si no puede pagar de otra manera». En nuestra opinión, de esta explicación se deduce que, si la mujer no se ve obligada a vender la cosa para pagar las impensas útiles, sí cabría el reembolso de las mismas, sin necesidad de consentimiento; ese reembolso ya no sería *iniquum*, sino, al contrario, conforme a la equidad. No puede ser otra la interpretación del requisito de la *voluntas mulieris* puesto que, si él tuviera un carácter general, Paulo simplemente habría debido decir: «pues es injusto que la mujer tenga que pagar unos gastos a los que no ha dado su consentimiento».

¹⁹ D. 23,2,61 (Papin. l. XXXII quaest.): «... *quod iudicio de dote rediturus esset maritus solvere debet*».

²⁰ Latorre, *op. cit.*, pág. 211; Schulz, *op. cit.*, pág. 70; B. Biondi, «Iudicia bonae fidei», en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, vol. VII (1920), pág. 214. Creemos que no necesariamente la *deductio* ha de ser alteración justinianea, en cuanto que la retención dotal clásica no es otra cosa que una deducción.

²¹ Según Riccobono, *Scritti II*, pág. 155, n. 55, *quidam* es un añadido justinianeo.

²² En este sentido Deter, *op. cit.*, pág. 23; Ricca-Barberis, *op. cit.*, pág. 191: «L'espressa volontà della moglie è superflua».

Por su parte, Latorre cree que la frase *iniquum enim esse... rationem* no es genuina y que con ella se operó una generalización del requisito que sólo se exigía para la *doctrina puerorum*²³.

Nosotros creemos que si Latorre quiere demostrar la inoperancia del requisito de la *voluntas mulieris* en derecho clásico, él se equivoca señalando como espuria la frase *iniquum enim esse ...*, pues precisamente en ella es en donde podemos basarnos para negar su exigibilidad con carácter general.

En cuanto a la última frase *quod summam habet aequitatis rationem*, ha sido considerada por Pringsheim como interpolación justiniana²⁴.

- D. 50,16,79§1 (Paul. I. VI ad Plaut.): «*Utiles impensas... quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere*».

Este fragmento establece la misma limitación que el anterior, precisando, además, en qué consiste el requisito de la *voluntas mulieris*: se trata de que la mujer no sea gravada *ignorantem vel invitam*, es decir, sin tener conocimiento de la realización del gasto o habiendo sido realizado en contra de su voluntad. Paulo dice que la mujer *ignorantem vel invitam* no debe resultar gravada con el reembolso, pero especifica expresamente *ne cogatur...*, es decir, para que no sea obligada a prescindir del fundo o de los esclavos. El gravamen consiste, más que en el gasto, en tener que vender para pagar. Si el reembolso de las impensas útiles ha de suponer esa carga para la mujer, tener que prescindir de las cosas dotales, entonces no habrá tal reembolso, a menos que la mujer hubiera prestado su consentimiento. Por el contrario, si el reembolso no supone esta carga para la mujer, entonces habrá lugar a él.

Latorre cree que el texto está interpolado en *fundo aut*, con ello –dice– se da valor general a la norma que se refería sólo a la *doctrina puerorum*²⁵. En contra de este autor, Guizzi²⁶ considera que los indicios señalados no tienen ningún valor en sede científica, y que la reconstrucción que hace Latorre es estilísticamente poco correcta.

Nosotros no coincidimos con Latorre; ¿por qué había de referirse únicamente el requisito en cuestión a la *doctrina puerorum*?, ¿por qué sólo en este caso no se debía gravar a la mujer *ignorantem vel invitam*?, ¿por qué considera este autor los

²³ *Op. cit.*, pág. 211. La colocación del pasaje en la Palingenesia demuestra, dice, que el fragmento se refería en su redacción originaria a la *doctrina puerorum* (*si servos artes docuerit*, de D. 25,1,6). En cuanto a la no genuinidad de la frase explicativa *iniquum enim esse...*, dice: «Indicios formales no faltan: *solveret* en imperfecto, cuando depende de verbos en presente; *solveret* y *potest* sin sujeto, en nominativo; *potest* en lugar de *possit...*». En contra, Guizzi, *op. cit.*, pág. 248 y n. 11.

²⁴ F. Pringsheim, «*Ius aequum und ius strictum*», en *Z.S.S.*, 42 (1921), pág. 648, n. 8.

²⁵ *Op. cit.*, pág. 210: «*quorum* no concuerda ni con *impensae* ni con *pastinatio* ni con *doctrina*: sólo parece concordar con *puerorum*»; además, dice, los textos en que aparece un principio análogo, fuera del ámbito de la *doctrina puerorum*, no son genuinos.

²⁶ *Op. cit.*, pág. 247.

textos que establecen la idea... *ne cogatur carere...*²⁷ como interpolados, con la excepción de D. 6,1,27 §5?

Efectivamente, en este último pasaje la limitación del reembolso se refiere a la *doctrina puerorum*, pero hay una explicación para ello: en las frases que preceden se admite el *ius tollendi* para los gastos útiles, mientras que para la *doctrina puerorum* es evidente que no hay posibilidad de retirar lo gastado. Que, por otra parte, estas frases estén interpoladas, es posible, pero creemos que, si así fuera, quedaría incluida en ellas *quia neque carere servo meo debeam nec potest... diximus*.

La singularidad de la *doctrina puerorum* se presenta en la *rei vindicatio*, pero no, por ejemplo, cuando se trata del esclavo dotal. Si el poseedor tiene un esclavo ajeno, que es reivindicado por su dueño, el gasto de enseñanza no es reembolsable a menos que dicho esclavo sea venal y se obtenga un mayor precio por su venta; ¿por qué?, pues porque en los demás casos, cuando se enseña a un esclavo, dada la naturaleza peculiar de los servicios que éste presta (se puede adscribir a muy distintos tipos de trabajos, a distintos fines²⁸), es raro que la enseñanza suponga un gasto útil, sobre todo si tenemos en cuenta que el poseedor no considera la situación e intereses del dueño; con el esclavo dotal éste no tiene por qué ocurrir, pues el marido puede valorar los intereses de la mujer y el destino que al esclavo se le da.

Creemos que en ésto radica el trato singular de la enseñanza de los esclavos en el derecho romano clásico. Riccobono ha señalado que este tipo de gasto constituía en derecho romano un gasto voluptuario, que no daba lugar al reembolso a menos que el esclavo se hubiera de vender. Nosotros creemos que ello podría ser efectivamente así en la *rei vindicatio*, pero no en otros institutos como la dote, donde el que gasta sabe que ha de restituir y a quién ha de hacerlo, por tanto, sabe que ha de atender a los intereses de otra persona determinada³⁰. Si fuera tal como decimos, entonces D. 6,1,27§5 estaría seguramente interpolado en lo que se refiere a la *doctrina puerorum* a partir de *quia*.

²⁷ D. 6,1,38; D. 6,1,27§5; D. 15,3,3§4; él añade que no puede aducirse en contra D. 3,5,9(10)§1 que se refiere a una cuestión distinta: la determinación de lo que debe entenderse por *utiliter gestum* en el ámbito de la *gestio*.

²⁸ En este sentido v. M. Morabito, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste* (París, 1981), págs. 79 y ss., que ofrece un cuadro de las actividades, tanto rústicas como urbanas, a que solían ser destinados los esclavos.

²⁹ Scritti, II, págs. 155 y ss.

³⁰ En D. 13,7,25 (Paul. XXXI ad Ed.), referido a los esclavos dados en fiducia (*Lenel*, Paling. 481), precisamente una relación que tiene mucho en común con la dote, se admite el reembolso de los gastos de instrucción de esclavos cuando *iam imbutos*, es decir, cuando la instrucción corresponde al destino asignado por el deudor, como el propio Riccobono admite en Scritti, II, pág. 157: éste es un caso de gasto útil, que da lugar al reembolso; también sería así cuando el gasto era hecho con la voluntad del deudor; *si nihil horum intercessit*, entonces habrá reembolso, con la limitación de que el deudor no tenga que vender el esclavo para pagar los gastos. Es decir, que si el gasto fue hecho conforme a la voluntad del deudor, habrá reembolso, aunque el gasto resultase gravoso para él: ésto en la práctica es difícil, puesto que raramente el deudor daría su consentimiento a un gasto que le habrá de resultar gravoso. Creemos que aquí se contempla el mismo tratamiento que para las impensas útiles en la dote.

- D. 25,1,11 pr. (Ulp. l. XXXVI ad Sab.): «*In voluptariis autem Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere*».

Este pasaje trata de las impensas voluptuarias, sin embargo de él se ha extraído una consecuencia importante para el régimen de las impensas útiles.

Riccobono y algún otro autor³¹ han señalado cómo de este fragmento se desprende que Ulpiano exigía también la *voluntas mulieris* para el reembolso de las impensas útiles. Si Ulpiano –dicen– refería la opinión de Aristón, él debería haberlo hecho antes de citar la suya propia, con lo que el orden de los textos en la palíngenesia sería: primero el fragm. 11 y luego el fragm. 9; con ello se quiere indicar que el *autem* del frag. 11 contraponía el tratamiento de los gastos voluptuarios al de los útiles (fragm. 7): para éstos había retención (en lugar de *exactio*) *si voluntate mulieris*, para aquéllos no la había *nec si voluntate mulieris*³².

Esta explicación es considerada por Bonfante³³ como tentadora, sin embargo él cree que no puede acogerse con plena seguridad. Añade, a nuestro entender acertadamente, que la *voluntas mulieris* era un límite al resarcimiento, y «forse taluno l'affacciava anche circa le spese voluttuarie, e poteva ben essere opportuno di rilevare che in nessun caso esse fanno luogo a retentio».

Por otra parte, las impensas voluptuarias no dan lugar a reembolso principalmente porque de ellas no deriva un enriquecimiento para la mujer (ni conservan las cosas ni las hacen más rentables); y si no hay enriquecimiento y, además, no cabe hablar de relación de mandato entre marido y mujer, no hay reembolso.

- C. 5,13,1 §5 e): «... *utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris...*».

Éste es el único pasaje donde más seriamente se plantea la posibilidad de que los clásicos hubieran exigido el requisito de la *voluntas mulieris*, en cuanto que aquí no se nos presenta como una limitación al reembolso, sino como una condición del mismo.

Pero, por contra, este fragmento tiene el inconveniente de que es justiniano, es decir, aunque Justiniano se quiera referir al régimen clásico de las impensas útiles, no son los propios juristas clásicos quienes hablan. Esto es, que Justiniano podía haber entendido la referencia a la *voluntas mulieris* como tal condición de reembolso en el derecho clásico; ello no es tan raro si pensamos en la importancia que con Justiniano asume la *voluntas* en las distintas instituciones y en que, para él, la mujer tiene un papel de primer orden en relación con la dote.

Es posible también que, como dice Latorre³⁴, Justiniano plasmara el derecho postclásico, vigente en su época, antes que la doctrina clásica. Por su parte, según

³¹ Ricca-Barberis, *op. cit.*, pág. 199.

³² J. Ph. Lévy, *Les impenses dotales en droit romain classique* (Paris, 1937), pág. 269, intenta dar otra explicación: *autem* contrapone el fragm. 11, no con el 7, sino con el fragm. 10, por lo que *autem* es compilatorio.

³³ *Op. cit.*, págs. 499 y 500.

³⁴ *Op. cit.*, pág. 209.

Bonfante³⁵, el texto plasma el último estadio de la jurisprudencia clásica, donde los juristas se habían dividido respecto de este tema.

A nosotros nos parece que lo que debió ocurrir es que el emperador bizantino, que partía de la base de la propiedad de la mujer sobre la dote y de la posición del marido como un detentador, no supo o no quiso ver las diferencias del régimen clásico de las impensas en la dote y en otras relaciones, en las cuales la *voluntas* del propietario era necesaria para el reembolso de las impensas útiles (por ejemplo, para los detentadores), y aplicó para la dote el mismo requisito que para las otras esferas. Del mismo modo, Justiniano no mantuvo el correcto sentido de la tripartición en el derecho clásico, válida sólo para determinadas relaciones jurídicas, aplicándola por ejemplo al campo de la *rei vindicatio*, donde ella no había operado y dando, en definitiva, un significado nuevo a la tripartición que es el que ha llegado hasta nuestros días³⁶. Que ello se podía haber producido ya con anterioridad a Justiniano es posible, pero, en tal caso, el emperador continuó en esa misma línea, en vez de retomar la idea clásica: evidentemente la suya era una época distinta y con otras necesidades.

IV LA DIVERGENCIA ENTRE PAULO Y ULPIANO

Nos queda por hacer referencia a la divergencia entre Paulo y Ulpiano en orden a la *voluntas mulieris*. Ella ha sido explicada por los autores diciendo que ese requisito habría sido suprimido por los compiladores en los textos de Ulpiano.

¿Por qué en Ulpiano se habría suprimido y, en cambio, en los textos de Paulo se habría conservado? ¿Por qué habría tenido interés Justiniano en suprimir ese requisito cuando él mismo concedió la *actio mandati* para el caso de gastos hechos según la voluntad de la mujer? Además, el emperador concedía la *actio negotiorum gestorum* para el caso de que no mediara dicha voluntad, lo que supone el reembolso para el gasto que es subjetivamente útil a la mujer (si no hay *utilitas*, no hay reembolso). Con ello Justiniano mantiene, en nuestra opinión, el tratamiento clásico en la sustancia, variando únicamente los medios puestos a disposición del marido para conseguir el reembolso.

Pero volvamos a Paulo y Ulpiano.

- a) El primero establece la *voluntas mulieris* como un límite al reembolso de los gastos útiles. No habrá lugar al reembolso si la mujer se ve obligada a vender la cosa para pagar las impensas: el gasto, en definitiva, le resulta gravoso, dada su situación y sus intereses económicos. El juez ha de tener ésto en cuenta a la hora de determinar si hay reembolso o no. Pero si, aun siendo gravoso, la mujer dio su consentimiento al gasto, entonces ella debe

³⁵ *Op. cit.*, pág. 501.

³⁶ Esta es la opinión que hemos sostenido, en contra de la doctrina absolutamente dominante, en «Las impensas en el Derecho Romano Clásico», tesis para el doctorado (inérita).

abonarlo (no hay que confundir el hecho de que el reembolso sea gravoso para la mujer con el hecho de que el gasto produzca mejora en la cosa: para que hablemos de *impensa útil* la cosa ha de haber aumentado su valor, lo cual no quita que a la mujer le suponga una carga abonar los gastos).

Este consentimiento no puede ser entendido en derecho clásico como un mandato porque, si el marido es propietario de los bienes dotales, no cabe una relación de mandato sobre lo que es suyo. Nunca podrían los clásicos haber concedido una *actio mandati* para el caso de que el gasto se hiciera con la voluntad de la mujer³⁷. Más bien podríamos equiparar esa voluntad a un *iussum*, a una autorización o simple consentimiento, con la que la mujer, en cierto modo, se hacía responsable de los efectos del gasto (ella habría de soportar el riesgo del resultado del gasto y reembolsarlo a la disolución del matrimonio, aunque resultara gravoso)³⁸.

En cambio Justiniano, partidario de la propiedad de la mujer, entendía el consentimiento como un mandato y por ello concedía la *actio mandati a nostra auctoritate*³⁹.

- b) Ulpiano omite toda referencia a la *voluntas mulieris*. Para él, un gasto útil es reembolsable con tal de que *efectivamente* sea útil a la mujer. Y gasto útil, dice, es aquel hecho *utiliter*⁴⁰, o sea, aquel que tiene en cuenta la peculiar situación e intereses de la mujer, valoradas según el criterio de un buen padre de familia. Ante un gasto así, se presume que la mujer está conforme. En cambio, el gasto que mejora la cosa pero que no tiene en cuenta la situación concreta de la mujer, es decir, no tiene en cuenta que a la mujer le resulta gravoso tal gasto, no es útil, y no da lugar a reembolso; pero, si aun siendo gravoso, la mujer dio su consentimiento, también habrá *utiliter gestum*. Esto mismo establece Justiniano cuando admite la *actio negotiorum gestorum*; en realidad, el marido actúa como un gestor, pero con la particularidad de que él gasta sobre lo que es suyo, por lo que, en derecho clásico, no podía hablarse propiamente de una gestión de negocios del marido.

En definitiva, Paulo y Ulpiano llegan a la misma conclusión: la divergencia no es tal; pero, es más, pudiera ser que Paulo esté únicamente refiriendo la opinión

³⁷ En este sentido, creemos que Bonfante se equivoca, v. *op. cit.*, pág. 500.

³⁸ En D. 23,5,8 (Alf. I. III digest. a Paul. ep.), encontramos un ejemplo de *iussum mulieris*: *Vir in fundo dotali uxoris rogatu olivetum succiderat ad hoc, ut novellum reponeret: postea vir mortuus erat et uxori dotem relegaverat. ligna, quae ex oliveto excisa essent, oportere mulieri reddi respondit*. No se contempla aquí el tema de las impensas hechas para sustituir los olivos, pero la respuesta a esa cuestión sería sin duda que la mujer debía soportar los gastos hechos en base a su ruego, aunque ello le pudiera resultar gravoso.

³⁹ Esa es la razón por la que Taleleo, Bas. 29,1,119 sch. 9 (Heimbach, 3. 452) se asombra: *Quoniam enim maritus rerum dotalium dominus est, et in res suas impendit: quomodo potest esse mandati actio ex his, quae quis in res suas impendit? Ideo igitur tanquam ex sua auctoritate hoc dixit constitutio*.

⁴⁰ D. 25,1,5§3.

de *quidam*⁴¹, puesto que cuando él define las impensas útiles dice que son aquellas por las que *reditus mulieris adquiratur*, la mujer se enriquece, y se podría interpretar que ésto sólo ocurre cuando el gasto no la obliga a vender la cosa para afrontar el reembolso.

Por lo tanto, el requisito de la *voluntas mulieris* no era exigido en el derecho romano clásico, al menos en la teoría de las impensas que elaboraron Paulo y Ulpiano, como condición de reembolso de las impensas útiles, sino como un *límite a dicho reembolso*. Este límite sólo operaba en el caso de que la mujer no tuviera dinero para pagar el gasto. Es un aspecto a tener en cuenta por el juez que conoce del *iudicium rei uxoriae* para decidir si procedía o no el reembolso conforme a la equidad. Pero, ¿no es lo mismo, o no conduce al mismo resultado, decir que el juez debe tener en cuenta esta limitación al reembolso (si no hay voluntad, no hay reembolso que grave a la mujer) tal y como señala Paulo, que decir, como hace Ulpiano, que el juez ha de valorar si el marido ha actuado *utiliter*?⁴².

Quizá los primeros juristas clásicos (Fulcinio, Aristón) eran los que se referían a la *voluntas mulieris* como límite al reembolso, mientras que Paulo, tal vez, pero sobre todo Ulpiano, prescindió de ella, simplemente por entender que el gasto que no convenía a la peculiar situación de la mujer, aquel que la obligaba a vender la cosa, no era útil y, por tanto, no había lugar al reembolso.

También Czychlarz⁴³ era de la opinión de que la voluntad de la mujer no era sino un correctivo en los casos extremos: no la voluntad, sino la utilidad independiente de la voluntad misma habría sido la razón del resarcimiento. Por su parte, Lévy⁴⁴ considera la *voluntas mulieris* como una condición que no está aislada: «ella no es sino uno de los elementos de la teoría de la culpa en las impensas», que sirve para determinar si ha habido o no culpa por parte del que gastó, pero que no es el único, pues, a falta de la voluntad, ello puede establecerse también a partir de otros hechos.

V. IMPENSAS ÚTILES Y DOTALES Y DONACIÓN

Para terminar, hay otra razón que nos hace pensar que el reembolso de los gastos útiles no exigía el consentimiento de la mujer. Ella nos la ofrece el propio Ulpiano en:

⁴¹ D. 25,1,8; además en D. 50,16,79§1, la referencia a... *ne cogatur*... parece que es atribuible a Fulcinio, más que al propio Paulo. Prueba de ello es que además, éste añade: *in his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus*; es decir, establece una innovación sobre lo que dice Fulcinio.

⁴² Añadir que no encontramos en las fuentes un solo caso en que se plantee el reembolso de un gasto útil, que no resultara gravoso para la mujer y que hubiera sido hecho sin su voluntad. Ellos, sin duda, daban lugar a reembolso en la medida del enriquecimiento. La voluntad de la mujer no se cuestiona, se presume.

⁴³ *Op. cit.*, pág. 346 y n. 11.

⁴⁴ *Op. cit.*, págs. 119 y s.

- D. 25,1,11 §1: «*Donationem inter virum et uxorem circa impensas quoque inhibitam vere Sabinus scribit*».

Si entre marido y mujer están prohibidas las donaciones, incluso aquellas que se hacen en forma de impensas, no es pensable que el reembolso de las impensas útiles, aquellas por las que la mujer se enriquece, fuera denegado si no eran hechas con el consentimiento de la misma. Esto iría contra la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Respecto a las impensas necesarias, ello es clarísimo, puesto que la mujer habría debido gastar igualmente y, por tanto, ella se habría ahorrado un gasto, lo que supondría un incremento patrimonial. En cuanto a las impensas útiles, en cambio, el incremento patrimonial sólo podría apreciarse en el momento de la disolución del matrimonio, caso de que la mejora subsistiese. Pero negar al marido el reembolso sería como imponer la donación. En este mismo sentido dice Lévy⁴⁵: «... une raison a dû jouer un rôle capital pour la reconnaissance des impenses utiles... les donations entre époux, depuis au moins le début de l'ère classique, sont prohibées durant le mariage. Or une impense utile qui n'est pas remboursée est une donation. La seule différence qui l'en sépare est l'absence d'intention libérale...: cette particularité est une raison de plus, si le mari n'a même pas voulu donner, pour lui assurer son remboursement».

Precisamente este tema se plantea en:

- D. 23,4,5 pr. (Paul. l. VII ad Sab.): «*Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur...*».

§2: «*Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt*».

En nuestra opinión, el texto está interpolado en *necessarias ageretur* y *quia-fin*, coincidiendo en ello con Schulz. Y no tanto porque consideremos, como hace este autor, que el principio *impensae dotem ipso iure minuunt* se refería también en principio a los gastos útiles, como porque:

1. El argumento ofrecido para excluir la validez del pacto no es correcto; si no es posible el pacto de renuncia a la retención es porque ello sería una donación entre cónyuges, no porque la dote sea disminuida *ipso iure*.
2. También es posible una donación a la mujer en forma de impensas útiles.

Finalmente, también se refieren a esta cuestión:

- D. 23,4,20 pr. (Paul. l. XXXV ad Ed.): «*Ob res quoque donatas vel amotas vel impensas factas tunc facta pactio valebit, id est post divortium*»⁴⁶.

⁴⁵ *Op. cit.*, pág. 118.

⁴⁶ Críticas a este pasaje: [*vel impensas factas*], según Grosso, *R.I.S.G.*, 3, pág. 94; [*tunc facta*] según Riccobono, *Scritti II*, pág. 221; y [*id est post divortium*] según Krüger, ed. *Dig.*; Riccobono, *loc. cit.* Nosotros creemos que la idea es genuina (el pacto valdrá después del divorcio, al igual que cualquier donación entre cónyuges se convalida con la disolución del matrimonio, si antes no ha sido revocada).

- Schol. Sin. §21: «...*ne valeat pactum, quod retentionem ob res donatas vel ob impensas vel ob res amotas tollit...*»⁴⁷,

que confirma la misma idea, aunque Riccobono cree que también estos *Fragmenta Iuris Romani Sinaitici* han sido alterados⁴⁸.

⁴⁷ Excepciones a la prohibición: D. 24,1,14; eod. 47.

⁴⁸ A demostrar esas alteraciones dedica todo su esfuerzo en el artículo citado de *B.I.D.R.*, 9.