LA ACCION DEL MENOR RESTITUIDO *

(CRITICA A KUPISCH)

SUMARIO: 1. D.4,4,13,1, testimonio, según Kupisch, de la doble acción; D.21,2,39pr. —2. Crítica; D.4,4,24,5. —3. Mala fe e insolvencia; D. 4,4,13,1 cont. —4. D.4,4,13,1, en los Basílicos (10,4,13,1). —5. Derecho vulgar. —6. D.46,3,98,2: analogía con la *actio Fabiana*. —7. D.3,3,39,6: *cautio de rato* del *procurator* del demandado por el *minor*; D.4,4,16pr. —8. El sujeto de la *restitutio*: D.21,1,23,7; 4,4,47,1; 4,4,24,4. —9. Acción independiente para recuperar el precio de la compraventa rescindida: D.4,4,41; 26,7,32,4; 4,4,47,1. —10. Derecho provincial en D.4,4,27,1. —11. Conclusiones.

(1.) En D. 4,4,13,1, habla Ulpiano (11 *ed.*) de una doble vía para que el *minor* obtenga la *restitutio in integrum*: una, *cognitione praetoria*, y otra, *rescissa alienatione dato in rem iudicio*·

---

* Exponemos aquí una contraposición crítica a la teoría de KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis* (1974), p. 61-122, sobre la *in integrum restitutio* del *minor*. Cfr. mi crítica al mismo autor, respecto a las acciones *ex Vallaeiano*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Ursicino Alvarez* (1978), p. 337-351. Como en ese otro artículo, me ceñiré a la crítica de Kupisch sin pretender una construcción institucional completa, ni una revisión de todas las opiniones emitidas sobre cada uno de los textos examinados; el mismo orden de exposición sigue básicamente el de Kupisch. Con más razón me abstendré de la más amplia problemática de la *in integrum restitutio* suscitada por la reciente literatura romanística.

Redactado ya este artículo, ha aparecido el de KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, en *SZ.*, 1977, p. 101-183, suscitado también por la obra de Kupisch; aunque, en un principio le pareció "atrevida" (cfr. *RPR.*I², p. 277, n. 27) la tesis de Kupisch, ahora se muestra favorable a ella. Haré algunas referencias a este artículo de Kaser a lo largo de este escrito, por simple referencia a la página. [Alguna referencia ha podido hacerse todavía a la crítica de CERVENCA a Kupisch, en *Labeo* 1978, p. 213-221].

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

> Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio [1].

Según Kupisch (p. 61 ss.), tendríamos aquí una referencia a «dos acciones» posibles: una, personal, que sería una acción *in factum* (defendida por Kupisch), por la que el juez podía condenar a restituir (restitución judicial); otra, la conocida acción «*in rem*» (como dice expresamente el texto), es decir, la rescisoria, con ficción de no haber habido enajenación (restitución pretoria). De esto podía deducirse que la acción que normalmente derivaba de la *cognitio praetoria* no era la rescisoria, sino la personal *in factum*, cuya existencia constituye la tesis fundamental de la obra de Kupisch. Esta acción *in factum* se daría contra el primer adquirente, en tanto la acción real rescisoria resultaba necesaria, según Kupisch (p. 67 ss.), en el caso especial de que la cosa enajenada se hallase en propiedad de un subadquirente, pues en este caso no se podía invocar un acto de adquisición del demandado en perjuicio del *minor*, sino la posesión del demandado, que no había adquirido directamente del *minor;* contra éste sólo se habría podido dar la acción personal cuando fuera un subadquirente de mala fe: Labeón (en la continuación del cit. § 1: vid. infra sub núm. 3) se habría referido a la acción personal y por eso exigía la mala fe del demandado. La acción real rescisoria se habría introducido posteriormente, como novedad, para poder prescindir de la prueba siempre difícil de la mala fe del subadquirente [2].

El primer testimonio de esta acción rescisoria sería de Juliano, en D. 21,2,39 pr. [3], donde el subadquirente privado del fundo com-

---

1. La continuación de este texto, infra sub núm. 3.

2. KASER (p. 167) no cree probado por las fuentes que la acción real rescisoria sea posterior a la personal, pero cree probable (p. 159) que sólo en el derecho clásico desarrollado se diera esa acción contra los subadquirentes. La fórmula petitoria que conjetura KASER (p. 159) tendría la ficción "*si non As.As. circumscriptus, cum minor XXV annis esset, eum fundum No.No. vendidisset et mancipio dedisset*"; contra el subadquirente, "*No.No*" debería ser sustituido por "*Lucio Ticio*".

3. KUPISCH, p. 68 y 92 ss.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

prado (sin que se haga mención de su mala o buena fe) reclama por evicción contra el primer adquirente que le vendió aquel fundo: Juliano dice que es justo que, si se le ha privado del fundo *praetoria cognitione* [4], el mismo pretor le proteja respecto a la evicción. Esta protección por evicción, de todos modos, aparece de manera poco clara: *evictionem restitui*. Ya la misma petición de este subadquirente se anuncia en este texto en una forma algo enigmática: *postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium* (sc. *venditorem*) *dari*. Lenel (*EP*. p. 544 s.) pensó que se trataba de la *actio auctoritatis*, pero no parece que se trate de esa acción. Independientemente de la cuestión de la utilidad de esa acción en una época en que el precio de la *mancipatio* era puramente simbólico [5], no se entiende que Juliano conceda la *actio auctoritatis* sólo por un criterio personal (*ego dantam putabam*). La expresión *utilem. . de evictione stipulationem dari* no es muy explícita [6], pero parece aludir a una *actio ex stipulatu*, pero *utilis*. En efecto, en este caso no había habido verdadera evicción, pues no era un *dominus* quien había reivindicado del comprador, sino un *minor* restituido por el pretor; por eso debía ahora el mismo pretor restituir la *stipulatio* —*evictionem restitui* se dice luego— como si hubiera ha-

---

4. Aquí, obsérvese bien, *praetoria cognitio* se refiere a la acción real y no a la acción *in factum* supuesta por Kupisch. No creo, por otro lado, que se trate de una simple *cognitio in iure* que lleva a la restitución sin necesidad de proceso; así parece entenderlo KASER, p. 158, n. 215. La palabra *auferre* (*fundus praetoria cognitione ablatus*) parece incompatible con una restitución voluntaria *in iure*.

5. KASER, *RPR*.I[2], p. 133, sostiene que la *actio auctoritatis* podía referirse al precio realmente pagado por el comprador y no tan sólo al simbólico de la mancipación, pero el carácter formal del negocio en que se funda la *auctoritas* no parece favorecer esta idea, y tampoco puede deducirse nada favorable del dudoso precepto decenviral (XII Tab. 7, 11) en relación al principio (Inst. 2,1,41) de que el comprador debe pagar efectivamente para adquirir la propiedad.

6. No hay que excluir la posibilidad de entender esto en el sentido de que el pretor que admite la rescisoria contra el subadquirente puede exigir que le dé caución de evicción, si no se la ha dado ya, el primer adquirente. Pero ésta me parece menos probable que la explicación que aquí damos, aunque sea contrariando el tenor literal, que no sería genuino.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

bido verdadera evicción[7]. En una evicción ordinaria podría hacer pensar una afirmación de Gayo (4 *ad ed. prov.*) en D. 4,4,15:

> Sed ubi restitutio datur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit: per plures quoque personas, si emptio ambulaverit, idem iuris erit.

Aquí parece darse como lo más natural la *reversio* al vendedor a causa de haber perdido el comprador la cosa recuperada por el *minor*, y esto podría inducir a negar cualquier especialidad en este supuesto de evicción. Pero no debemos olvidar que Gayo *ad edictum provinciale* está acomodando las fórmulas ordinarias al régimen cognitorio de provincia (vid. infra núm. 10), y que por eso no tiene que distinguir acciones útiles en el sentido de fórmulas con ficción. Mucho menos podía referirse Gayo, en esa sede de derecho provincial, a la antigua *actio auctoritatis*.

(2.) En mi opinión, la duplicidad de recursos a que alude Ulpiano en D. 4,4,13,1 debe explicarse de otro modo.

---

7. En este sentido, CALONGE, *Evicción*, p. 108, al que sigue VALIÑO, *Actiones utiles*, p. 48 s., aunque éste insinúe también la posibilidad de una acción cognitoria, lo que, en este caso, no me parece necesario. BRUTTI, *Dolo procesuale* II, p. 601 s., dificulta la inteligencia del texto al pensar que el *minor* había reclamado, no con la *vindicatio utilis*, sino con la *actio ex vendito*, difícilmente imaginable, y aún más contra un subadquirente. KUPISCH (p. 93s.) cree que no hay aquí verdadera evicción porque el recurso por el que fue vencido el comprador fue de derecho pretorio (la *actio in factum* ejercitada por el *minor*) y no civil. Pero esto no convence: una acción hipotecaria es también pretoria y causa, sin embargo, una evicción. KUPISCH (p. 95) alega D.19,1,35, pero aquí, si sucede que la *stipulatio de evictione non committatur*, ello se debe a que el comprador fue vencido por un interdicto y no por una *actio in rem*: *non est de iure servitutis in rem actione pronuntiatum*. No se trata, pues, de que haga falta una acción civil para que haya propia evicción, sino de que sea una acción real fundada en un derecho anterior a la venta, lo que no ocurre en el caso de la rescisoria del *minor* contra el subadquirente, aunque su acción sea real (*vindicatio utilis*).—Esto también contra KASER, p. 161, n. 224. No es el carácter pretorio de la acción lo que impide considerar que hubo evicción, sino el que no era una acción real fundada en un derecho que existía en el momento de hacerse la venta; y esto explica también que se dé la *actio utilis* cuando la *i.i.r.* sufrida por el comprador es a causa de ausencia: D.21,2,66,1.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Ante todo hay que tener en cuenta que, en el anterior § pr., Ulpiano viene hablando de la *restitutio* frente a un acreedor, y, por lo tanto, de la *exceptio* o *denegatio actionis*[8]. Luego, en el § 1, dice Ulpiano que la protección puede también ser a veces de efecto real, contra un adquirente, incluso un subadquirente, y no sólo contra un acreedor, como en el supuesto del § pr. Precisamente por tratarse de defensa contra un adquirente (*possessor*) se dice que la *restitutio* es *in rem*, el mismo Ulpiano aclara esa *restituio in rem* diciendo: *id est adversus rei eius possessorem.*

Pero lo que resulta más interesante de este texto es que esa restitución de efecto real se da al *minor* para que o bien «no pierda» lo que es suyo o bien «no se vea privado» de ello: *ne rem suam perdat vel re sua careat.* Para perder una cosa hace falta tenerla, en tanto el verse privado de ella presupone que es otro quien la retiene. Ulpiano está pensando en un recurso defensivo del *minor* y en otro agresivo para recuperar lo que no retiene: para lo primero basta una *exceptio*, pero si no es el *minor* quien retiene, sino el adversario, el pretor debe dar al *minor* una acción. Así, pues: «*cognitione praetoria*» se refiere a la excepción, o eventualmente, *denegatio actionis*, y «*rescissa alienatione dato in rem iudicio*» se refiere a la acción, y precisamente a una acción «real» y «rescisoria», es decir, la *vindicatio utilis*[9]. La *restitutio* (*potest desiderare restitui*) puede, pues, tener esos dos efectos, uno

8. Como el *minor* debe quedar defendido tanto contra su acreedor como contra la posible acción de regreso del fiador, Ulpiano dice (cfr. también D.46,1,25) que esta acción debe ser denegada al fiador: *ipsi denegandа erit mandati actio.* También esta *denegatio* es resultado de la *restitutio in integrum* pedida por el *minor*, pues éste debe pedirla tanto contra el acreedor como contra el fiador. Pero, en todo caso, ya se sabe que, cuando se habla de excepción, debe entenderse como posible, si el magistrado no tiene duda sobre la necesaria protección del demandado, la *denegatio actionis.* [Que se trata de una *exceptio* parece haber pasado inadvertido a CERVENCA, en su crítica a Kupisch (en *Labeo*, 1978, p. 216), que explica la alternativa *vel...vel...* como el modo en que "una *restitutio* concessa *'in rem'* puo trovare attuazione pratica", es decir, como si no se tratase de dos medios procesales distintos.]

9. Que Gai.4,34ss., al tratar de las acciones con ficción, no hable de la acción rescisoria (KUPISCH, p. 70, n. 42), nada prueba contra la opinión generalizada de que la rescisoria fuera una acción ficticia, y la expresión "*rescissa alienatione*" obliga a pensar así.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

negativo, y «a veces» (*interdum*), otro positivo, incluso contra el subadquirente (*adversus possessorem*), aunque, como se ha dicho antes, el *minor* no haya contratado con él (*licet cum eo non sit contractum*).

Podría desorientar el hecho de que se hable de *possessor*, para designar al subadquirente, en relación incluso con la *exceptio*, pues, si el subadquirente reclama (como parece presuponer la *exceptio* del *minor*), es porque no posee; pero, según otras veces ocurre, *possessor* puede entenderse en el sentido del subadquirente que tomó posesión de la cosa revendida, aunque luego tenga que reclamar precisamente por haber llegado a perder la posesión [10]. Como se ha dicho al comienzo del párrafo, *possessor* es simplemente el subadquirente, aunque haya perdido la posesión y por eso puede ser él el demandante contra el que el *minor* necesita una *exceptio*.

Contra la hipótesis de Kupisch, de una *actio in factum* especial para conseguir la restitución (según Kupisch, judicial) de la propiedad perdida por el *minor circumscriptus*, parece estar también la afirmación bastante clara de Paulo D. 4,4,24,5:

> ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione.

Si no me equivoco, esto debe entenderse en el sentido de que el pretor no anunciaba acción especial alguna para rescindir las enajenaciones realizadas por el *minor*, o las obligaciones contraídas por él, ni exigía tampoco especiales estipulaciones pretorias, sino que conseguía simplemente la rescisión mediante una excepción o mediante una ficción rescisoria. Esta acción rescisoria era sí una acción, pero no una acción independiente [11], sino una *vindicatio utilis;* frente a esa acción, no nueva ni *propria*, sino simplemente acomodada por ficción rescisoria, la acción *propria* que no hacía falta y por ello no daba el pretor tenía que ser precisamente la *actio in factum* que conjetura Kupisch.

Si mi interpretación de este texto de Paulo es correcta, tendríamos en este texto un testimonio explícito contra Kupisch. Cuan-

10. Podría pensarse incluso que esa *exceptio* pueda funcionar como *replicatio* contra alguna excepción opuesta por el subadquirente, pero esta hipótesis resulta más rebuscada.

11. Así lo reconoce también KUPISCH, p. 64 s.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

do éste (p. 65s. y 105) interpreta la afirmación de Paulo, de que es la *sognitio praetoria* la que da la solución, en el sentido de que esa cognición da una acción personal precisamente la acción *in factum*, no creo que nadie pueda seguirle: esa acción especial sería una *propria actio* edictal.

La *cognitio praetoria* abarca los dos recursos de la *restitutio in integrum*, la excepción y la acción: en D. 4,4,13,1, se refiere a la *exceptio* en contraposición a la rescisoria; en D. 21,2,38 pr. se refiere, en cambio, a la rescisoria, que fue la efectivamente ejercitada por el *minor* contra el subadquirente; en este otro texto (D. 4,4,24,5) se refiere a la posible *exceptio* y a la posible rescisoria conjuntamente [12].

(3.) La *actio in factum* defendida por Kupisch sería necesaria si admitiéramos que, en caso de segunda enajenación, el *minor* podía dirigirse contra el primer adquirente, que no tenía ya la cosa en su poder, pues la había enajenado. Efectivamente, contra él no cabía una acción real, sino tan sólo una personal. Según leemos en la continuación del citado texto de Ulpiano (D. 4,4,13,1), esta posibilidad había sido defendida por Labeón siempre que el demandado (es decir, el primer adquirente) fuera insolvente:

> [13] Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori sucurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.

Pero este texto está profundamente alterado [14] —como el mismo Kupisch (p. 68 s.) parece admitir— y precisamente para

12. Que *cognitio praetoria* se refiera a una posible restitución *in iure* que el demandado haya podido hacer al *minor*, presionado quizá por el magistrado, no me parece probable, pues, la *cognitio praetoria* no parece ser la ocasión (de una restitución voluntaria, *in iure*), sino el instrumento para conseguir coactivamente la deseada restitución.

13. La primera parte de este texto, supra sub núm. 1.

14. Para la crítica de este texto, vid. PRINGSHEIM, en *SZ.*, 1920, p. 252 ss.—Obsérvese la acumulación de condiciones: *si minor... si emptor si quidem... si ignoravit . sin vero...*

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

introducir una idea favorita de los bizantinos: la subsidiariedad de acciones en razón de insolvencia del ordinariamente demandable. Ya el requisito de la *scientia* del subadquirente está en contraste con cuanto sabemos del efecto de la *in integrum restitutio*, que no exige la prueba de *scientia* del demandado; y el requisito de la solvencia del primer adquirente para poder liberar al segundo de buena fe parece incompatible con el hecho de que la solvencia o insolvencia sólo se puede averiguar a la hora de la ejecución de la sentencia. Sólo en un régimen de posible conversión de acciones, como es el cognitorio, cabría dirigir los resultados, de la acción ejercida, contra un distinto demandado. Y para ese régimen, la diferencia entre una acción personal y una real carece de la relevancia formal que tenía en el derecho clásico; es más, la misma acción real podía darse contra el que había dejado dolosamente de poseer.

Conviene no perder de vista que, donde, después de la interpolación compilatoria, se piensa en un comprador que imaginamos en posesión del fundo comprado, Ulpiano pensaba en una *mancipatio*, que puede ir seguida o no de la entrega posesoria. Esta diferencia podía ser importante a efectos de la *restitutio*, pues era conveniente dirigirla contra el poseedor, fuera éste el primer adquirente, fuera el segundo, incluso de buena fe. Así, pues, me inclino a pensar que la cita de Labeón se justifica porque, según éste, la *restitutio* debía hacerse contra el subadquirente que poseía, aunque fuera de buena fe. Ulpiano se habría referido a esta opinión quizá en esta forma:

> ... scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum <mancipavit> [—] et emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens <fundum possideat> [—], restitutionem adversus eum faciendam, [—] etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor <sit> [est].

La interpolación del frag. 13 se extendió al inmediato 14, de Paulo, donde se vino a exigir la solvencia del primer adquirente para librar al subadquirente: *idoneus sit*. También aquí el requisito para sufrir la *restitutio* debía de ser la posesión. Pomponio, que citaba (como dice Ulpiano en el frag. 13,1) a Labeón, aparece ahora citado por Paulo (en el frag. 14) como autoridad

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

para la opinión de que el comprador de buena fe, y adquirente, en su caso, por *mancipatio,* no debía ser demandado en tanto el primer adquirente poseyera todavía la cosa enajenada por el minor: *quamdiu... <possessor> [idoneus] sit.* [15]

Así, pues, estos textos que hablan de una acción contra el primer adquirente tienen otra explicación que la de referirse a la acción personal defendida por Kupisch.

(4.) Debemos detener nuestra atención un momento en el reflejo de Ulpiano D. 4,4,13,1 en Basílicos 10,4,13,1 (que por dificultades de imprenta presentamos traducido):

> 'Si el menor vendiera una cosa, y el que la recibió se la vendiera a otro, compete al joven, no sólo la rescisoria *in rem*, sino también la restitución ("*apokatástasis*"). Y si el segundo comprador conociera lo sucedido, queda obligado, pero si no lo conociera, no queda obligado, a no ser por la insolvencia del primer comprador".

Se presenta aquí un resumen del texto [16], en el que la alternativa de recursos a favor del *minor* se ha invertido respecto al texto latino: donde éste decía *vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio,* se coloca aquí en primer lugar la *rescissoria in rem* y se habla luego de «*apokatástasis*». Este término griego es el que equivale a «*restitutio*», como se ve ya en la misma rúbrica del título Basílicos 10,4: *peri apokatastáseos aphelikon.* Es decir, o la rescisoria o la «*restitutio*». Según Kupisch (p. 71) esta «*restitutio*» sería la de la por él defendida acción personal *in factum.* Pero esto no tiene más fundamento que el que el mismo Kupisch se procura al interpretar la expresión *cognitione praetoria* de Ulpiano como alusión a esa acción *in factum.* En realidad, la *apokatástasis* no tiene por qué referirse a una acción [17], ya que precisamente en el anterior §

---

15. PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 253, al criticar este frag. 14 de Paulo no explica qué podía decir Pomponio.

16. La parte final simplifica con claridad la referencia a la mala fe e insolvencia: si el segundo comprador conoce lo sucedido, queda obligado; si no, no queda obligado, a no ser a causa de la insolvencia del primer comprador. Es el principio bizantino, liberado ya de la cita de Labeón-Pomponio.

17. KUPISCH, p. 71, tiene razón, sin embargo, al afirmar (contra CER-

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

se refiere a la *exceptio* o *denegatio actionis* que defiende al *minor*, tanto contra el acreedor como contra el fiador [18]. Así, creo que también aquí, al tratarse de la restitución contra un adquirente, y no ya contra un acreedor, se sigue tratando de la excepción para que el *minor* «no pierda lo que es suyo». Y esto explica quizá la inversión del bizantino respecto al texto latino: para Ulpiano, que venía hablando de excepción, la excepción (o denegación) concedida por el magistrado iba en primer lugar, y la acción rescisoria, de la que empieza a hablar, en segundo; para el bizantino, en cambio, parecía más importante y frecuente la acción que la excepción, y por eso postpuso la excepción a la rescisoria. Hay más: como hemos dicho, Ulpiano habla de *restitutio* (no de acción) «*in rem*», pero el bizantino elimina esa posible confusión considerando «*in rem*» tan sólo a la acción rescisoria, y no a la excepción.

(5.) Veamos ahora algunos textos de derecho vulgar que aduce Kupisch (p. 72 ss.) en apoyo de su acción *in factum*:

i) PS. 1,7,4: Integri restitutio aut in rem competit aut in personam: in rem actio competit ut res ipsa qua de agitur revocatur; in personam aut quadrupli poena intra annum vel simpli post annum peti potest.

ii) IPS. 1,7: Quotiens de revocanda re vel causa integrae restitutionis beneficium petitur, aut in rem aut in personam agendum est, id est ut res ipsa de qua agitur quae sublata est recipiatur. Et cum in personam actio intendi coeperit, is qui rem indebite abstulisse convincitur, id quod sublatum est in quadruplum reformare debet, post annum vero in simplum.

iii) Isid., *etym.* 5,25,36s.: Integri restitutio est causae vel rei reparatio. Causa redintegratur quae vi potestatis expleta non est; res redintegratur quae vi potestatis ablata atque exorta est.

En efecto, parece darse aquí la misma alternativa de *actio in rem/actio in personam* que Kupisch quiere ver en D. 4,4,13,1; pero basta una mínima atención para comprender que estos textos no valen para la *restitutio* del *minor*. En las *Pauli Sententiae*, la ac-

VENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, p. 23, n. 53) que no puede entenderse *apokatástasis* como el efecto consiguiente de la acción rescisoria.

18. Vid. supra, núm. 2.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ción real sirve para «revocar» (se entiende, una cosa de la que se ve uno desposeído), y la acción personal para exigir la pena del cuádruplo, o el valor, *post annum*. En la *Interpretatio* se trata de revocar una «cosa» o una «causa», lo que, como explica Kupisch, puede entenderse en el sentido de pérdida de propiedad (*res*) o de la posesión que debía conducir a la usucapión (*causa*) [19], pero, tanto la acción real como la personal sirven para conseguir el mismo fin en ambos supuestos: *ut res ipsa,...sublata...recipiatur;* sólo que si esto se persigue con la acción personal, se consigue la pena del cuádruplo, o el simple *post annum*. Finalmente, San Isidoro se refiere con toda probabilidad a la restitución contra una sentencia judicial injusta, antes de su ejecución (*causa ..quae vi potestatis expleta non est*) y después de la ejecución (*res.. quae vi potestatis ablata atque exorta est*); y no habla ya de la *poena quadrupli*.

Miremos por un momento los títulos 7-9*a* del libro 1 de las P.S. Se empieza por hablar de la *in integrum restitutio* en general, y se indican las causas por las que puede solicitarse: *per metum, dolum et status permutationem et iustum errorem et absentian necessariam et infirmitatem aetatis*. En 7,4, aunque no se señale con una rúbrica especial, empieza a tratarse del *metus;* en 8,1, del *dolus* (como reza la rúbrica reconstruida); en 9,1, de los menores de 25 años (con similar rúbrica propia); de las otras causas no se trata, excepto la breve referencia a *absentia* en 9*a*. Como puede apreciarse por la misma extensión de estos apartados, la *restitutio ob aetatem* es la principal, y ocupa ocho párrafos; la otra sección relativamente extensa (siete párrafos) es la del *metus*, donde se trata, ya confundidas, de la *restitutio* y de la acción penal. A esta sección sobre el *metus* pertenece precisamente el fragmento que alega Kupisch, y no a la *restitutio* del *minor*, de la que se trata después, en el título 9. Esto basta para mostrar a qué debe referirse la alternativa *in rem/in personam*: a la acción rescisoria *ob metum* y a la acción penal *quod metus causa*, que es efectivamente al cuádruplo o al simple *post annum*. Nada tiene que ver con la restitución del *minor* [20].

19. Esta distinción entre *res* y *causa* se toma de PS. 1,7,1: *integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio.*

20. Un interés aquí marginal presenta el corrimiento conceptual

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Así, pues, estas fuentes de derecho vulgar nada nos dicen sobre la acción del menor restituido: no se refieren al *minor*, sino al *metus*, un tema, por lo demás, en el que Kupisch ha abierto una nueva discusión (cap. III), a la que espero poder prestar mi atención en otro momento.

(6.) La idea de una *nova actio*, y precisamente *in factum*, para la restitución *ob aetatem* podría apoyarse también, según Kupisch (p. 78 ss.), en la analogía que establece D. 46,3,98,2 con la *actio Fabiana*. Conviene tener presente el texto entero de estos cuatro primeros párrafos del largo fragmento de Paulo (15 *quaest.*), que Kupisch toma en consideración:

> § pr.: Qui res suas obligavit postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit et solvit. Si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse ac si statuliberum remve sub condicione legatam dotis homine pro filia pater solvisset: harum enim rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas.
> § 1: Diversum respondetur in ea pecunia sive re quam patronus post mortem liberti per Fabianam aufert: haec enim actio, cum sit nova, partam liberationem non potest revocare.
> § 2: Huic applicatur minor viginti quinque annis qui a creditore circumscriptus in rem ex causa debiti solutam restituitur.
> § 3: Rem autem castrensis peculii solventem patrem accipere

---

que se puede apreciar en la *Interpretatio* y en San Isidoro: para la *Interpretatio*, la distinción no está ya entre rescisoria (real) y acción penal (personal), sino entre pérdida de la propiedad (*res*) y pérdida de la posesión (*causa* [*usucapionis*]), siempre por coacción; para San Isidoro, entre la sentencia no ejecutada y la ya ejecutada, pues sólo en este caso se ha perdido efectivamente la cosa (*ablata atque exorta est*). En este momento tardío, en el que la *in integrum restitutio* es exclusivamente la de los menores de edad, esa otra restitución *ob metum* se refiere a la apelación contra sentencias injustas, en relación con la importancia que ha adquirido en la legislación visigótica el tema de la injusticia de los jueces. KASER (p. 159 s.), que ve acertadamente la conexión de PS. 1,7,4 con el *metus*, piensa que la *restitutio* de la *causa* (*usucapionis*) se refiere a la *i.i.r. propter absentiam*, pero ¿subsiste una tal *i.i.r.* en el derecho vulgar? [También CERVENCA, en *Labeo*, 1978, p. 217 s., ve acertadamente que esa acción al *quadruplum* no se refiere al caso del *minor restitutus*, sino al de *metus*.]

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

> debemus ac si alienam dedisset, quamvis possit residere apud eum cui soluta est, prius mortuo intestato filio: sed tunc adquisita creditur cum filius decesserit: et ex his quae post factis in praeteritum quid fuerint declarent.

Paulo presenta distintos supuestos en los que el que ha cobrado de un deudor puede verse privado judicialmente de aquello que había adquirido *pro soluto*.

En el § pr. se trata de que el acreedor hipotecario preferente recupera lo que se dio en pago, de los bienes hipotecados, a otro acreedor, en este caso un marido: producida la evicción por la acción hipotecaria, la obligación del suegro se considera incumplida, y el marido podrá ejercitar contra él la acción de la estipulación de dar en dote. Este supuesto se compara al de dación en dote sobre un *statuliber* o una cosa legada bajo condición: el heredero no se libera de su obligación *nisi ex eventu*, es decir, al quedar frustrada la condición. Así, pues, en este primer caso, no hay problema, pues el deudor no se libera hasta que la dación *solutionis causa* es definitiva.

§ 1. Distinto es el caso (*diversum respondetur*) de la revocación de lo dado por el liberto en fraude de su patrono. Aquí, la dación es válida desde el primer momento, pues no existía sobre la cosa ningún derecho como el de hipoteca, o condición que hiciera eventualmente revocable esa dación[21]; en consecuencia, nada se podrá reclamar del heredero del liberto, aunque el accipiente (cuya *scientia fraudis* se da por supuesta) pueda verse parcialmente privado de lo que había adquirido. La diferencia se debe, en efecto, a que la *actio Fabiana* no depende de una causa anterior a la dación hecha por el liberto, sino al evento del fraude posteriormente producido: en este sentido debe entenderse que Paulo diga que esta acción es «*nova*». Así, si la dación del liberto fue *solutionis causa*, el efecto liberatorio de la misma no puede revocarse por haber sobrevenido la Fabiana.

§ 2. Como análogo al caso de la Fabiana se presenta ahora el

---

21. Se trata siempre de una dación del liberto que no le ha privado de su censo de *centenarius*, pues, cualquier enajenación que le privaba de esa condición (requisito del derecho del patrono sobre la herencia del liberto) era *ipso iure* nula: D.37,14,16 pr.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

del que cobra de un *minor* y, una vez probada la *circumscripto*, se decreta contra él la *restitutio* respecto a la cosa cuya propiedad había adquirido por cobro: *in rem ex causa debiti solutam restituitur* [22].

§ 3. Por último, vuelve Paulo a otro ejemplo más similar al del § pr. que a los inmediatamente anteriores: la *solutio* por un padre con una cosa del peculio castrense de su hujo no le libera hasta que desaparezca la posibilidad de que el hijo disponga preferentemente de aquella cosa, es decir, hasta que muera el hijo sin testamento. También aquí la dación liberatoria resulta *ex eventu*.

Según Kupisch (p. 87 s.), la analogía del § 2 respecto al caso de la Fabiana (§ 1), implica la consecuencia de tener que admitir que también la acción del *minor* era una acción *in factum*, como era la Fabiana: también ella sería una *nova actio*. Pero, como he dicho antes, el que la *actio Fabiana* sea considerada como «*nova*» no tiene que ver con su naturaleza de acción pretoria o *in factum*, sino con el hecho de que no correspondía (como ocurría, en cambio, en el caso de la hipoteca, del *statuliber* o del legado condicional) a una expectativa de derecho «anterior» a la enajenación hecha por el *minor*: es lo sobrevenido del evento que causa la acción lo que lleva a Paulo a hablar de acción «*nova*». Kupisch (p. 88) cree que una acción respecto a la cual se puede pensar que revoca o no revoca una liberación ya conseguida (*partam liberationem .revocare*) no podía ser una acción real, sino personal. Pero hay que tener en cuenta que esa acción no iba destinada a tal revocación de la *solutio*, sino a rescindir la enajenación del *minor* mediante una ficción. Lo que Paulo quiere decir es que la ficción de que no hubo enajenación (la ficción de la acción rescisoria) no podía afectar al efecto liberatorio de la *solutio*: la *restitutio in integrum* rescinde la enajenación, pero no revoca la *solutio* liberatoria.

No puede deducirse, pues, de esta analogía respecto a la Fabiana, que también la acción del *minor* fuera in *factum* y no real. Antes bien, la expresión *in rem...restituitur* que utiliza Paulo induce a pensar en unos efectos reales más que personales.

22. Se ha creído a veces que Paulo pensaba en una *datio in solutum*, pero no es necesario. La frase puede entenderse en el sentido de una *solutio* de una *res* (se sobreentiende no-*pecunia*) dada a causa de una obligación de *dare*; cfr. KUPISCH, p. 84.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

(7.) Un nuevo apoyo para su teoría busca Kupisch (p. 88 ss) en Ulp. (9 *ed.*) D. 3,3,39,6: en el hecho de que el *procurator* del que ha sido demandado por el *minor* que fue *circumscriptus* en una venta, debe dar la *cautio de rato* respecto a la pretensión que el comprador pudiera tener respecto a la restitución del precio que pagó; eso, cree Kupisch, se explica mucho mejor si pensamos en una restitución judicial —es decir, en una acción personal arbitraria, en la que el juez puede imponer ciertas prestaciones al demandante antes de dar una sentencia a su favor— que si pensamos en la acción rescisoria [23]. Si se presenta esta acumulación de cauciones como caso especial (*est casus quo...*), ello se debe, dice Kupisch, a que tal acumulación, que era corriente en las acciones reales [24], no lo era en las personales.

En el frag. 39, Ulpiano trata de casos singulares en que debe exigirse la *cautio de rato: interrogatio in iure* (§ pr.), *suo nomine procurator* (§ 1), coacreedores (§ 2), *a.rei uxoriae* [*de dote*] (§ 3), *a.iniuriarum filii nomine* (§ 4), *controversia de statu* (§ 5), nuestra *restitutio* del *minor* (§ 6), *accusatio suspecti tutoris* (§ 7) .. En el frag. 40,2, en cambio, Ulpiano dice que el *procurator absentis*, en una reivindicatoria, debe dar siempre, aparte la habitual *cautio iudicatum solvi*, una *cautio de rato*, para prevenir el caso de que el ausente vencido en la persona de su *procurator* quiera ejercitar la reivindicatoria contra el vencedor al que se hubiera puesto en posesión de la cosa reivindicada. Aunque la acción del *minor* sea una acción real, lo que justifica que el *procurator* del demandado dé la caución *de rato* no es lo mismo que lo que lo justifica en la reivindicatoria. La diferencia es importante: en el caso de la reivindi-

---

23. KASER (p. 160, n. 223) reconoce la debilidad de este argumento.

24. Ulpiano, en el mismo 9 *ed.*, D.3,3,40,2 (frag. que sigue en el orden compilatorio), decía que el *procurator* del demandado por una acción real debía dar (aparte de la habitual *cautio iudicatum solvi*) la *cautio de rato*, para prevenir el posible ejercicio de la reivindicatoria por el representado que resultara vencido, ya que no se daba la consumición procesal (*ope exceptionis*) como cuando intervenía el mismo demandado o un *cognitor* (itp.: [*verus procurator*]). El final *nam cum iudicatur rem meam esse simul iudicatur illius non esse* resulta sospechoso por absolutizar un resultado que siempre es relativo, por los límites subjetivos de la consumición procesal, incluso de la cosa juzgada.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

catoria, la acción que se debe prevenir es la reivindicatoria del adversario vencido, en tanto el vencido por el *minor* nunca pensará en ejercitar la reivindicatoria, sino la *actio empti* para exigir la devolución del precio que pagó; esto, cuando estime que la restitución del mismo hecha al *procurator* no fue suficiente. A esta reclamación se refiere la frase *ne forte dominus reversus velit quid petere.*

Así, pues, lo que distingue el supuesto del 40,2 y el del 39,6 no es que se trate allí de un juicio *in rem* y aquí de un juicio *in personam,* sino que la *cautio de rato* previene allí una posible reivindicatoria y aquí un *aliquid petere,* que se concreta en la reclamación del precio por una acción personal. De ahí que este segundo *casus* se presente como especial y no subsumido en el anterior.

Por lo demás, al exigir la *cautio de rato* es propio de la *cognitio* del magistrado, y por eso no debe sorprender que Ulpiano diga: *postulata est «cognitio» de in integrum restitutione,* en tanto hable de las dos cauciones exigidas como *eiusdem «actionis» nomine.* Nada prueba esta diferencia respecto a la cuestión de si el decreto de restitución es distinto del de la *datio exceptionis* o *—actionis;* probablemente, los dos decretos deberían concentrarse en uno, aunque podía también anticiparse el de simple restitución y dejarse para un momento posterior la petición de la acción o de la excepción. En este problema, que Kupisch (p. 95 ss.) trata en relación con la tendencia de la romanística más reciente a no distinguir los dos decretos, no interesa entrar en este momento, en que tratamos de la clase de acción. Es claro que, si se niega un decreto de restitución, se elimina una dificultad para la teoría de la restitución judicial dentro del juicio personal que defiende Kupisch, pero me parece que es esta una cuestión que es prejuzgada por la del tipo de acción, más que la prejuzga.

En nuestro caso, la *cognitio* no es la que pudiera hacer el magistrado para decretar la *restitutio* sin más, sino evidentemente la necesaria para el ejercicio de la acción: es en ese momento *in iure* cuando el magistrado decide qué cauciones deben dar los litigantes, y, en nuestro caso, decidirá que el demandado dé, no sólo la *cautio iudicatum solvi* habitual, sino también, aunque aquí no se trate de prevenir la reivindicatoria del eventual vencido, la *cautio de rato.*

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

En ese mismo momento, de la *causa cognitio* pretoria, debía examinarse si había alguna otra acción posible y no era necesaria la *restitutio in integrum*. En este sentido debe entenderse Ulp. (11 *ed.*) D. 4,4,16 pr.:

> In causae cognitione etiam hoc versabitur num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem, nam, si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, etc.

Escrúpulos formales han considerado este texto como corrompido, pero quizá sin razón. Que se hable de *alia actio* no es sorprendente si pensamos que la *causae cognitio*, como en el caso anterior, es la que precede directamente a la *datio* de la acción rescisoria. Si hay otra acción posible (el mismo texto propone al final el ejemplo de un negocio nulo *ipso iure*), no se deberá dar la rescisoria; y esta acción se contrapone como *auxilium extraordinarium* [25] frente a la otra acción, que es un *commune auxilium* del *merum ius*. Tanto este último término como el verbo *competere* parecen indicar que Ulpiano pensaba en una acción civil, pero quizá sea excesivo no aplicar la misma subsidiariedad de la acción rescisoria respecto a otra posible acción que fuera también pretoria. El error, del que no se ve libre el mismo Kupisch (p. 99), ha consistido en pensar que el *auxilium extraordinarium* era la misma *restitutio* decretada por el pretor y no la fórmula ficticia del juicio rescisorio. Cuando en D. 4,4,24 pr. se habla de *cedere auxilio in integrum restitutionis*, esto debe referirse también a la acción rescisoria misma [26].

El que la identificación de *restitutio* y acción rescisoria se dé en fuentes post-clásicas, como PS. 1,7,1: *in integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio*, no quiere decir que los clásicos, al hablar de la *cognitio* relativa a la restitución, no estén pensando

---

25. No en el sentido, como quiere KUPISCH (p. 104), de que falte una fórmula típica.

26. No interesa en este momento la cuestión de si ese texto procede realmente de las PS (cfr. PS. 1,9,2) o ha sido trastocado del anterior frag. 23, de Paulo 11 *ed.*, como decía Cujas. KUPISCH (p. 99) se inclina por la atribución a las PS., pero esto no impediría que la expresión fuera posible ya entre los clásicos.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

concretamente en la acción rescisoria. En este sentido me parece acertada la crítica de Kupisch (p. 108) a cuantos rechazan sin más toda posible aproximación entre la *in integrum restitutio* y la acción subsiguiente, sólo que, en mi opinión, esta acción subsiguiente es la rescisoria y no una acción *in factum*.

(8.) La *actio in factum* que defiende Kupisch implica una restitución judicial, es decir, imperada por el arbitrio del juez antes de la sentencia, en tanto la *restitutio* de la acción rescisoria (la generalmente admitida) sería pretoria, pues sería el magistrado quien, con su decreto, impondría la restitución. Por esto no resulta indiferente determinar el sujeto del verbo *restituere*: si es el juez o el pretor quien restituye.

Algún texto alegado por Kupisch no sirve para decidir la cuestión. Así ocurre en D. 21,1,23,7:

> Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restitutiere debere.

Aquí el que «restituye» es el juicio (de una acción redhibitoria). Aunque Kupisch (p. 97) reconoce que se trata de una comparación que no compromete nada acerca del edicto de la *in integrum restitutio*, él cree, sin embargo, que esta comparación de las «restituciones» que deben hacerse *arbitrio iudicis* el vendedor y el comprador en caso de redhibición resulta más explicable si la *in integrum restitutio* fuera también una operación judicial. Lo que aquí pasa, en mi opinión, es que *quodammodo in integrum restituere* no tiene sentido técnico; es decir, no refiriéndose al edicto de *in integrum restitutio*, tampoco vale como comparación, sino que el verbo *restituere* depende directamente de *iudicium... debere*, y *quodammodo in integrum* quiere decir simplemente que las partes deben restituirse cosa y precio «como por entero», es decir, para quedar en la misma posición en que se hallaban antes de la venta. No hay, pues, tal comparación con la *in integrum restitutio*, sino una explicación de cómo debe ser la restitución redhibitoria [27].

---

27. Un espejismo similar es el que llevó a hablar de *in integrum restitutio* en el caso del *fraus creditorum*, cuando se trataba simplemente

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Veamos ahora algunos textos relativos al sujeto de la *restitutio*.

i) Que es el pretor quien decreta la *restitutio* aparece expresamente en D. 4,4,47,1 (Scaev. 1 *resp.*): *si decreto praetoris adulescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit* Como reconoce Kupisch (p. 102 s., cfr. 98), aquí parece distinguirse claramente el decreto pretorio de restitución y la subsiguiente acción rescisoria, pero, a pesar de ello, cree Kupisch que se supone ya una *datio actionis* (precisamente de la acción *in factum*) y que la rescisión de la venta tendrá lugar *arbitrio iudicis*. En realidad, la delimitación de la rescisión (*eatenus... quatenus... pro parte fundus communis fuit*) interesaba, desde luego, para la formulación de la rescisoria, pues debería ser *pro parte* y no total. Sobre el caso tratado en este texto volveremos después (núm. 9, *v*).

ii) Algo distinto se presenta en D. 4,4,24,4 (Paul. 1 sent.):

> Restitutio autem ita facienda est ut unusquisque integrum ius suum recipiat, itaque, si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere... [28].

En efecto, aquí no se atribuye al pretor la *restitutio*, sino la orden de devolución de cosa comprada a cambio de la recuperación del precio. Según Kupisch (p. 113 s., cfr. p. 97), no puede el *praetor* ordenar esto, al dar la acción, sino el juez antes de dar sentencia; por eso *praetor* se habría introducido, según él, en lugar de *iudex*, y precisamente por influencia de la ley del 359 (CTh. 6,4, 16 = CJ 1,39,1) que atribuye al pretor la *in integrum restitutio*. Pero esta ley no se refiere a la *in integrum restitutio* edictal (que en esa época sólo subsistía ya para los *minores*), sino al proceso de libertad (que se había encomendado en época clásica al pretor especial *de liberalibus causis*) [29]. En mi opinión, el *reddere iubere* del pretor no es aquí más que una manera de indicar el resultado que persigue la acción concedida por el pretor [30]. La acción se diri

---

de una restitución, también *in integrum*, pero conseguida por medio de interdicto. Vid. XAVIER D'ORS, *El interdicto fraudatorio* (1974).

28. De los problemas críticos de la continuación de este texto, así como del de su pertenencia o no a las PS., no es necesario ocuparse en este momento; cfr. supra núm. 7 sobre el pr. de este mismo fragmento.

29. Cfr. CJ. 7,1,4, de Constantino.

30. Cfr. PS. 1,2: *integri restitutionem praetor tribuit...*

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ge contra el comprador (o ulterior subadquirente) y por eso el primer resultado es la devolución, por su parte, de la cosa comprada, pero a cambio del precio, y por eso el *iussum* comprende también el *pretium recipere* por parte del mismo demandado. Es verdad que esto podría decirse también de la decisión de un juez, pero el texto dice *praetor* y, en este caso, no hay motivo para dudar de que sea el magistrado quien, al conceder la acción rescisoria dispone su resultado de recíprocas devoluciones.

(9.) *iii*) Kupisch (p. 108 ss., 115 ss., cfr. 97) alega a su favor un *iussum* de devolver lo comprado y el precio [31] que se atribuye, no ya al *praetor*, sino al *iudex*, en D. 4,4,41 (Iul. 45 *dig.*):

> Si iudex circumvento in venditione adulescenti iussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere...

El supuesto es aquí de un juicio en el que el juez ha hecho su *pronuntiatio*, pero, antes de concluir el juicio con la sentencia judicial por falta de restitución, el *minor* demandante desiste [32]. Entonces, si el comprador insiste en consumar la restitución y reclama el precio *quasi ex causa iudicati*, se defenderá al *minor* con una *exceptio utilis*, y no podrá quejarse el que compró al *minor* [33].

---

31. Obsérvese que aquí no se dice que el *iussum* sea, como en el caso anterior, de *reddere fundum* y *recipere pretium*, es decir, dirigido directamente al demandado, sino de *restituere fundum* y *reddere pretium*, es decir, dirigido a los dos litigantes a la vez.

32. En D.4,4,20,1 se dice que, una vez desistido el que solicitó la *in integrum restitutio*, la anterior *litis contestatio* queda sin efecto. No se trata en este texto de un *minor*, sino de un *maior viginti quinque annis*, pero la regla valdría igualmente para un *minor*. En CJ. 2,21,6 (del 294), la *lis inchoata*, si no ha sido desistida, obliga al heredero del demandado. Vid. KUPISCH (p. 106 ss.), a propósito de la tendencia a ver la *restitutio* como *actio*, ya en el derecho clásico.

33. El texto dice *venditor*, y Cujas corrigió: *emptor*. Pero quizá no sea necesario, pues aparte de que puede haber ciertas oscilaciones en la terminología (D. 19,1,19), al operarse la restitución, el antiguo comprador viene a quedar como vendedor, que vende a cambio del precio que recupera; cfr. D. 41,4,7,4: al haber redhibición del esclavo vendido, el que fue vendedor se ha convertido en *emptor*. Mantiene *venditor* KUPISCH (p. 119); en contra, en cambio, KASER (p. 162, n. 230), por creer que ese término podía desorientar al lector de Juliano.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Se trata aquí, efectivamente, de una restitución judicial, pero que no parece incompatible con la acción rescisoria, ya que ésta sigue siendo una acción con la cláusula arbitraria propia de toda reivindicatoria [34]. El supuesto especial, de desistimiento *apud iudicem* y posterior a la *pronuntiatio*, exigía que, en este caso, se hablase de restitución judicial y no pretoria, pero esto nada prueba a favor de que la acción sea la personal *in factum* defendida por Kupisch, y no la rescisoria. Aunque la sustitución *praetor* por *iudex* sea relativamente frecuente, no es necesario en este caso suponer tal cambio; el mismo texto, al final, considera la *restitutio* solicitada por el *minor* como un *auxilium praetoris*.

La cuestión más problemática es la de qué acción podía ser esa *quasi ex causa iudicati*, y cuál la *exceptio* con que el *minor* puede defenderse de ella. Excluidas la *actio iudicati* ordinaria y la *exceptio doli*, pues, propiamente, *iudicatum* y *dolus* no hubo, no hay más solución que suponer una acción pretoria, quizá ficticia (*quasi ex iudicato*) y una *exceptio in factum;* o mejor, que se trata de recursos cognitorios. No sorprende, ante esta dificultad, que Kupisch vea en esta acción del comprador que insiste en exigir la devolución del precio, una acción personal *in factum* ajena a la rescisoria; pero la idea de analogía con el *iudicatum* parece indicar en mi opinión, que no se trata de la acción ordinaria, que puede provenir de la restitución judicial, sino de otra acción especial y similar a la acción ejecutiva, fundada, no en un *iudicatum*, sino en una *pronuntiatio*.

iv) Esta idea de que la exigencia de la devolución del precio se presentaba, no en la fase arbitral de una acción rescisoria, sino en forma de acción independiente derivada de la restitución judicial está presente también en la interpretación que hace Kupisch (p. 111) de Modestino (6 *resp.*) D. 26,7,32,4:

> Interposito curatore adulescens fundum Titio vendidit. postea, adgnita fraude in integrum restitutus, in possessionem induci iussus est. quaero an, cum in hac venditione melior factus non est nec in rem suam quicquam versum probetur, pretium emptori restituere non debeat. Modestinus respondit

34. KUPISCH, p. 108, parece no tener en cuenta este carácter arbitrario de la reivindicatoria. Vid., en cambio, KASER, p. 164 s.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

> pretium fundi ab adulescente venumdati, si rationibus eius non profuit nec quicquam de eo a iudicante de in integrum restitutione statutum est, emptorem frustra postulare.

Según Kupisch, ya se ha tramitado en este caso la acción personal restitutoria, y el juez ha impuesto la restitución del fundo, pero luego, el demandado que restituyó ejercita una nueva acción personal para exigir la devolución del precio que pagó. Sólo que, como el juez de la acción anterior no decidió nada sobre la devolución del precio (por no constar que este dinero llegara al patrimonio del *minor*), la acción del comprador resulta ineficaz (*emptorem frustra postulare*). Pero creo que cabe una interpretación de este texto que resulte congruente con la doctrina común de la acción rescisoria.

Ante todo, puede uno preguntarse cómo, habiendo intervenido el *curator*, el precio pagado no llegó al patrimonio del *minor*. Esto se explica precisamente por la interposición del *curator* como gestor (*interposito curatore*): no se trata de una simple intervención del *curator*, sino de una gestión realizada por el mismo. El fraude se debe precisamente a este *curator*, que ha cobrado el precio de la venta pero no lo ha ingresado en las cuentas del *minor* [35]. Ahora bien, habiendo sido tenido esto en cuenta por el juez (en mi opinión de la acción rescisoria arbitraria), nada ha dicho éste sobre la necesidad de restituir ese precio (*nec quicquam de eo a iudicante de in integrum restitutione statutum est*) [36]. Así, el *frustra postulare*, que Kupisch entiende como ejercicio aunque inútil, de una nueva acción, me parece que puede entenderse como pretensión alegada ante el mismo juez que ha decidido sobre la devolución del fundo. Porque, si era una nueva acción, debía tener como fundamento lo decidido por el juez de la acción restitutoria anterior, y precisamente de ese juez se dice que nada ha dicho sobre restitución del precio, ¿cómo es posible que, sin fundamento alguno,

---

35. Vid. en este sentido, LENEL, en *SZ.*, 1914, p. 132, n. 1, contra la conjetura de interpolación.

36. KUPISCH considera esta parte del texto como glosema, precisamente porque haría imposible su deducción, como se explica más adelante. Los reparos desde el punto de vista formal (acumulación de preposiciones *de... de...*, y repetición de *quicquam*) no bastan para esta censura.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

el demandado vencido «postule» luego una acción para la restitución del precio? Precisamente sobre la base de la teoría de Kupisch, de una acción de restitución judicial que puede dar lugar a ulteriores acciones de cumplimiento de la restitución decidida por el juez, precisamente partiendo de ese supuesto, digo, queda sin explicación una acción para reclamar la restitución del precio sobre cuya restitución nada ha decidido el juez. Así se explica que Kupisch necesite eliminar del texto lo que en él se dice de que el juez nada había decidido sobre el precio (vid. nota 35), pero este recurso es forzado, y no creo se deba seguir a Kupisch en esta censura del texto. Por eso, me inclino a pensar que *postulare* no debe entenderse aquí en el sentido del ejercicio de una nueva acción, sino como simple pretensión del demandado en el momento final de la acción rescisoria, una vez que ya se ha probado que el precio no llegó a ingresar en la caja del *minor*.

La dificultad mayor que este texto presenta está, en mi opinión, en que la decisión del juez no ha sido de *reddere fundum* (lo que debe entenderse siempre como retransmisión de la propiedad perdida por el *minor*), sino de *in possessionem induci*. Esto sólo se puede explicar si suponemos que el *minor* no llegó a perder la propiedad, sino que sólo perdió la posesión, entregada al comprador por el curador fraudulento. Ahora bien, si esto fuera así, no haría falta propiamente una rescisoria, pues ésta presupone que la propiedad pasó al demandado; bastaría dar al *minor* una réplica contra la *exceptio rei venditae et traditae* que el demandado podría oponer a su reivindicatoria ordinaria. Sin embargo, el juicio no ha sido ése, sino precisamente de restitución (*in integrum restitutus in possessionem induci iussus est... iudicante de in integrum restitutione*). Ante esta dificultad, y teniendo en cuenta que se trata de un texto de Modesino, quizá haya que referirlo al procedimiento cognitorio, en el que la *in integrum restitutio* viene a constituir un tipo especial de acción, extraño a la fórmula ficticia de la rescisoria clásica. En este nuevo régimen de la restitución cognitoria se explicaría mejor que se diera tal acción aún sin haberse perdido la propiedad, y que la decisión del juez hubiera consistido en ordenar la restitución de la simple posesión (*in possessionem induci*) [37].

37. El mismo KUPISCH (p. 111, n. 240) admite esta posibilidad, de

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

v) Un caso análogo al anterior ve Kupisch (p. 111 s.) en el texto ya mencionado (núm. 8, *i*) de Scaev. (1 *resp.*) D. 4,4,47,1:

> Curator adulescentium praedia communia sibi et his quorum curam administrabat vendidit: quaero, si decreto praetoris adulescentes in integrum restitui fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit quatenus adulescentium pro parte fundus communis sit? respondi eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi quod empturus non esset. item quaero emptor utrum a Seio et Sempronio pupillis pretium cum usuris recipere deberet an vero ab herede curatoris? respondi heredes quidem curatoris teneri, verum in Seium et Sempronium pro parte qua eorum fundus fuit actiones dandas, utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset.

El caso es el siguiente: el *curator* de los dos *minores*[38] Seyo y Sempronio ha vendido unos predios que él tenía en copropiedad con los mismos, y que él, como *curator*, administraba. El *curator* ha muerto, y se pregunta si la rescisión de la venta obtenida por los *minores* puede afectar también a la parte del *curator* o sólo a las de los *minores* que solicitaron la *restitutio;* en efecto, la *restitutio* no debía, en principio, afectar más que a los *minores*. La solución obvia es que sólo debe afectar a éstos, pero Juliano opinaba que no se debía obligar al *emptor* a conservar la cosa comprada en la parte correspondiente al *curator*, y ahora a su heredero; pues iría contra la buena fe contractual que el comprador tuviera que quedarse con una parte nada más de la cosa comprada. Así, el comprador que restituya los predios enteros podrá exigir la devolución del precio de cada uno de los vendedores, proporcionalmente. Al final del texto se dice que los *minores* sólo quedan obligados si esa parte de precio ingresó realmente en su patrimonio. Este es el supuesto de Escévola.

También aquí ve Kupisch un trámite independiente para la re-

---

que el texto se refiera a la *cognitio*, con lo cual debilita la fuerza de su argumentación para el régimen clásico del procedimiento *per formulas*.

38. Evidentemente la palabra *pupillis* que aparece después en este texto debe reputarse como un "lapsus calami", pues es evidente que se trata de púberes *minores* y no de *pupilli*. Quizá habían sido antes *pupilli* bajo la tutela del que ahora, al llegar ellos a la pubertad, ha quedado como su *curator*.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

cuperación de ese precio. En efecto, se habla de *actiones dandas* con ese fin. Sin embargo, creo que esto tiene, en este caso, otra explicación.

Observemos, en primer lugar, que hubo un decreto pretorio de restitución (*decreto praetoris adulescentes in integrum restituti*), pero que no se habla aquí, como ocurría en los casos anteriores, de un *iussum iudicis* de devolver cosa y precio. Así, pues, la referencia a la voluntad del comprador de rescindir la venta entera (*si emptor a toto contractu velit, discedi*) no debe entenderse como momento del trámite judicial, es decir, como relativa a una declaración hecha por el comprador ante el juez para que éste decidiera la restitución total, sino que puede aludir a una devolución voluntariamente hecha, incluso *in iure*, del comprador a favor de los vendedores. Hecha esta restitución sin intervención judicial, si los vendedores se negaban a devolver voluntariamente el precio cobrado, el comprador necesitaba una acción, o acciones, pues eran varios los demandables [38 bis].

Así, pues, el que en este caso se presente claramente la acción para repetir el precio como distinta de la rescisoria se debe, si no me equivoco, a que la restitución de la cosa comprada ha tenido lugar sin necesidad de reclamación judicial. El problema está en determinar qué acción es esa por la que se debe reclamar la devolución del precio, porque no me parece que se trate, como digo, de una especial acción personal fundada en el *iussum iudicis* de la anterior acción restitutoria, ya que de tal acción anterior no se hace aquí mención alguna.

En mi opinión, el decreto pretorio de restitución a favor del *minor* ha cumplido, en ese caso, sus efectos naturales al conseguir la devolución voluntaria de los predios por el comprador: no ha hecho falta acción. El efecto residual de devolución del precio por parte del vendedor no es ya el fin propio de la *restitutio*, sino una consecuencia indirecta que se realiza normalmente por el arbitrio del juez en el juicio rescisorio. Como en nuestro caso

---

38 bis. [CERVENCA, *op. cit.*, p. 218, no aclara el caso cuando dice que el decreto de restitución se dio "prima che sia attuata la rescissione del negozio attraverso l'azione", pues, si llegó a haber acción rescisoria, no se entiende por qué la devolución del precio requería una acción distinta.]

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

no hubo juicio rescisorio, este efecto secundario quedó sin realizarse, y hace falta, en efecto, una acción para conseguir esa realización de la devolución del precio. Esta acción necesaria puede ser perfectamente la *condictio*. No se trata de que consideremos que el comprador ha pagado indebidamente y puede ejercitar ahora la llamada *condictio indebiti;* no es así, pues resulta evidente que había *debitum* en el momento del pago. Pero, en definitiva, se trata de una *condictio ob causam datorum*. La *causa* por la que se pagó —la obligación de pagar el precio de la cosa comprada— ha venido a fallar por la rescisión de la compraventa, y el vendedor que ha recuperado la cosa vendida retiene sin causa (*causa retinendi*) el precio que cobró por ella. Las «*actiones dandas*» a que se refiere Escévola son la *condictio* contra cada uno de los vendedores que cobraron; y precisamente se exige que haya habido *datio* (*si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset*) porque sólo así era posible la *condictio*.

Esa acción independiente, que no se funda, en este caso, en un *iussum* judicial, no sería una acción personal especial, sino la *condictio* ordinaria.

(10.) Antes de concluir, debemos referirnos a un difícil texto que Kupisch no alega en defensa de su tesis, pero, que Kaser (páginas 156 s.) considera como «la prueba más evidente» de la teoría de aquél: Gai. 4 *ed. prov.*—D. 4,4,27,1. En verdad, el texto causa perplejidad, y fue muy generalmente criticado como no-clásico; si también lo cree así Kupisch —y por eso no lo trajo a colación— no sabemos, pero sí parece que de algún modo, este texto no le parecía utilizable. Una explicación completa de ese texto de Gayo exigiría un estudio independiente, que desbordaría el marco de nuestra revisión de los argumentos de Kupisch, y por eso me limitaré a señalar algunas orientaciones para ese otro estudio.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que se trata, como hemos dicho a propósito de D. 4,4,15 (supra núm. 1), no de derecho urbano, sino provincial, y nos encontramos, una vez más, con la falta de un estudio a fondo y completo del «provincialismo» de los comentarios de Gayo *ad edictum provinciale*, que nos permitiera una interpretación más segura; pero esta consideración del provincia-

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

lismo del *ad edictum provinciale* permite aceptar el tenor actual del texto, al menos parcialmente, pues hay algunas expresiones, ya criticadas por los que repudiaron el texto como no-clásico, que no parecen admisibles ni siquiera para un tratamiento de derecho provincial en Gayo [39].

El § pr. (del que Kaser prescinde aquí) se refiere a la *restitutio* de un *minor* hijo de familia. Ya esto presenta cierto problema. Que el interés del padre por obtener la restitución dependa del riesgo que corre con la acción *de peculio*, no resulta muy claro desde el punto de vista del derecho urbano, pues, en último término, el padre puede reducir su responsabilidad al *de in rem verso*. Quizá por esta dificultad el texto ha quedado un poco olvidado por la doctrina.

El § 1 produce mayor perplejidad. No parece tratarse ya de un *minor* hijo de familia, sino de un *sui iuris* que malgasta (*dissipavit*) el dinero que se le ha prestado: el procónsul debe denegar la acción al mutuante. ¿Dónde está la *circumscriptio* del que recibe una cantidad prestada? ¿No llevaría este régimen a un resultado similar al del senadoconsulto Macedoniano? ¿Acaso se trata de una simple excepción (o denegación) por *dolus*? Parece como si en ese derecho provincial estas categorías —dolo, sc.Macedoniano, *in integrum restitutio*— no se hallaran suficientemente diferenciadas. Porque, a continuación, se habla de cesión de acciones, en caso de que el *minor* hubiera prestado aquella cantidad a un mutuario insolvente, y no parece posible encajar este resultado dentro del proceso ordinario. Luego se trata de compra a precio excesivo, siempre con la cantidad prestada, y parece darse una acción contra el vendedor para resolver la venta, con restitución recíproca de intereses y frutos, lo mismo que si el *minor* hubiera comprado con otro dinero (*ex quo scilicet simul intellegimus ..emerit*). Finalmen-

39. Así, los cuatro lugares en que se llama *iuvenis*, al *minor*: *ut iubeatur iuvenis actionibus suis* (!) *quas habet adversus eum cui ipse credidisset cedere creditori suo sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum consequatur... quibus locupletior factus est* (!) *iuvenis... iuvenis autem eatenus ex pretio reddere quatenus ex ea pecunia locupletior est* (!). La itp. de *iuvenis* fue rectamente censurada por Albertario, *Studi* I, p , pero quizá no deba eliminarse el trozo entero en que se encuentra esta palabra *iuvenis*.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

te, de venta a bajo precio, en cuya resolución el *iuvenis* sólo debe restituir el precio en la medida de su enriquecimiento (*locupletior est*).

Para explicar estas anomalías, incompatibles con el procedimiento ordinario, Kaser acude a la hipótesis de acciones *in factum* no-edictales. Quizá no sea necesario reputar todo el pasaje como interpolado [40], pero sí pensar que refleja un planteamiento provincial, en términos de la *cognitio* del procónsul: de una defensa del *minor* que no ha conseguido ningún provecho del negocio de préstamo, de compra con dinero prestado y venta. Parece admitirse el principio de que el *minor* sólo responde del mutuo en la medida de su enriquecimiento actual, aunque no hubiera habido *circumscriptio* inicial, y que su enriquecimiento debe valorarse después de haber resuelto la compra desfavorable; a ello se une la resolución de la venta desfavorable, que podría conseguirse por una acción rescisoria ordinaria, aunque aquí no parece pensarse en ella, como acertadamente dice Kaser.

Así, pues, no creo que Kupisch haya hecho mal en omitir este texto, pues, aun depurado de las interpolaciones que introducen el criterio de la *locupletatio* actual, el régimen que refleja puede ser propio de la *cognitio* provincial, pero no del procedimiento ordinario.

Si no me equivoco, en el régimen ordinario del derecho urbano, el mutuo en que no hubo inicialmente *circumscriptio* debe ser enteramente restituido por el *minor*, sea cual sea el uso que éste haya hecho del dinero recibido; la venta a bajo precio, si se aprecia *circumscriptio*, da lugar a una rescisoria con ficción, en cuyo ar-

---

40. Vid. nota anterior. No es exacta la observación de BESELER, *Beitrage*, III, p. 178, de que el vendedor no es parte en el proceso, pues la acción a que se refiere el texto es precisamente contra él. Es posible que Gayo tratara del interés que podía tener el mutuante en que el *minor* ejercitara la *restitutio* contra los terceros contratantes, en relación con el interés que tenía el padre (§ pr.) de que su hijo fuera restituido.— KASER (p. 156) da *venditor qui pretium "vendidit"*, y explica en la nota 212 (p. 157) que el cambio de *praedium* por *pretium* depende de la *circumscriptio* sufrida por el *minor*. Confieso no entender esta observación: la lectura ordinaria es *venditor qui pretium reddidit* (no *vendidit*), y el verbo *vendidit* aparece, como variante minoritaria, referida a *praedium*, *v. qui praedium vendidit*.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

bitrio se exigía la devolución del precio; la compra a precio excesivo no tendría más sanción que la *actio de dolo*.

No pretendemos aclarar aquí todas las dificultades de este texto, sino justificar sumariamente que Kupisch haya prescindido de él como poco demostrativo a favor de su tesis.

(11.) De esta revisión de los textos alegados por Kupisch en favor de una restitución judicial, también a favor del *minor*, de la que podrían derivar otras nuevas acciones también personales para exigir el cumplimiento del *iussum iudicis* de esa acción restitutoria, parece deducirse que no existen pruebas suficientes para abandonar la idea hoy común de que de la *restitutio* decretada anterior o simultáneamente por el pretor deriva —aparte de la *exceptio* defensiva del *minor* ante consecuencias no consumadas del negocio en que resultó *circumscriptus*— una acción rescisoria con ficción, que puede presentarse como acción *in rem* (*vindicatio utilis*), o también como acción personal, si ha quedado extinguida por una aceptilación o novación del *minor circumscriptus* [41].

La *restitutio* decretada por el magistrado se refiere a la persona del *minor* (*minor restitutus*), aunque a veces se usa el verbo *restituere* como sinónimo de *reddere*, que se refiere propiamente a la devolución que debe hacer el demandado por la rescisoria. Hay así una *restitutio* decretal en la que se funda la acción o excepción rescisoria, y otra *restitutio* que se refiere al resultado efectivo, sea mediante acto voluntario o cumplimiento del arbitrio judicial, pero una y otra *restitutio* no corresponden a acciones distintas (real rescisoria y personal *in factum*) como quiere Kupisch, sino a dos momentos de un mismo trámite: un decreto pretorio (que puede ser simultáneo con la *datio actionis* o *exceptionis*) y el resultado final de ese mismo decreto, en virtud del *arbitrium* judicial, o, eventualmente, del cumplimiento voluntario del decreto por parte del posible demandado. El efecto reflejo y secundario de la devolución del precio al demandado se prevé como derecho que éste tiene de *reciperare*. Este derecho debe conjugarse con el de-

41. D. 4,4,27,2, a pesar de KUPISCH (p. 59) y de KASER (p. 161), no obliga a pensar en una acción para reconstituir la acción extinguida.

INICIO SUMARIO AÑO 1979 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ber de *reddere* en el momento del arbitrio judicial de la acción rescisoria. El término *rescindi*, por su parte, se refiere al negocio afectado por la *restitutio* (*venditionem rescindi*). Más impropiamente se dice que el *minor* que solicita ser restituido «revoca» el acto por él realizado, y en estos casos el mismo negocio queda, no «rescindido», sino «revocado» [42]. Pero este uso de *revocare* no parece clásico, o, al menos, no parece el más propio, pues revoca un acto quien lo hizo y aquí no es el *minor* quien revoca, sino el mismo expediente pretorio de la *in integrum restitutio.*

Finalmente, si hubiera existido una *actio in factum* para conseguir una *restitutio* judicial, como defiende Kupisch, se presentaría como problema la relación de esta acción con la originaria acción penal de la ley Letoria, oscuramente desaparecida. Es posible que la nueva *actio de dolo* hubiera dejado sin utilidad a esa antigua acción penal, y que la *i.i.r.* edictal hubiera cubierto el campo de aplicación en los casos de *circumscriptio* sin dolo, pero, en todo caso, parecería necesario aclarar la relación entre esa antigua acción penal y la nueva *actio in factum* introducida por el pretor en su lugar; pero este problema no se plantea en el estudio, por lo demás, siempre estimulante, de Kupisch.

ALVARO D'ORS

42. Así, en D. 4,4,49: *distractio per in integrum restitutionem revocatur.*