

LAS «ACCIONES ADIECTICIAE QUALITATIS» Y SUS RELACIONES BASICAS EN DERECHO ROMANO*

SUMARIO: I. ACCIONES ADYECTICIAS. § 1. CARACTERES GENERALES: 1. Concepto y situación en el Edicto; 2. Origen histórico de las acciones adyecticias; 3. Fórmulas; 4. Clasificación de las acciones. § 2. ACCIONES "MERCANTILES": 1. *Praepositio*; 2. *Actio exercitoria*; 3. *Actio institoria*; 4. Comparación de las acciones *exercitoria* e *institoria*; 5. *Actio ad exemplum institoriae*. § 3. EL EDICTO "QUOD CUM EO". § 4. ACCIONES NO "MERCANTILES": 1. *Actio de peculio*; 2. *Iussum y actio quod iussu*. II. RELACIONES BÁSICAS. § 5. JUICIOS DE BUENA FE: 1. *Contrahere*, en general; 2. Contrato de arrendamiento; 3. Contrato de compraventa; 4. Contrato de sociedad; 5. Negocios de gestión; 6. Fiducia y acciones afines. § 6. JUICIOS DE "DERECHO ESTRICTO": 1. La *condictio*; 2. Promesas estipulatorias de un *incertum*; 3. *Actio iudicati*. § 7. JUICIOS "EX DELICTO": 1. Generalidades; 2. *Dolus*; 3. *Fraus creditorum*; 4. *Fraus patroni*; 5. *Iudex qui litem suam fecit*. § 8. ACCIONES "IN FACTUM": 1. Acciones *in factum* con referencia a un *oportere* civil, que se pueden dar adyecticiamente; 2. Extensiones justinianas de la *actio de peculio*.

I

LAS ACCIONES ADYECTICIAS

§ 1. CARACTERES GENERALES

Para evitar las dificultades que llevaba consigo el principio civil de que ni hijo ni esclavo podían obligar a su *pater*, los pretores, en la época republicana, arbitraron un medio consistente en otor-

* Citaremos abreviadamente: *AG* = *Archivio Giuridico*; ALBERTARIO, *Studi* = E. ALBERTARIO, *Studi di Diritto romano*, 6 (Milano 1933-1953); BESELER, *Beiträge* = G. v. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5 (Tübingen 1910-Leipzig 1931); BUCKLAND, *Slavery* = W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908); D'ORS, *Elementos* = A. d'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (Pamplona 1960); GAY, *In rem versum* = J. L. GAY, *L'in rem versum à l'époque clas-*

gar al acreedor, en ciertos casos, la facultad de hacer valer contra el jefe unas acciones por obligaciones contraídas por los hijos o esclavos. El padre o dueño no respondía en lugar de, sino conjuntamente con el hijo o el esclavo, como expresaba Paulo en D.14,1,5,1, *hoc enim edicto non transfertur actio sed adicitur*, palabra esta última por la que, desde la época de los glosadores, tales acciones concedidas contra el jefe son llamadas *actiones adiecticiae qualitatis*. Esto no quiere decir que el tercero acreedor no pudiera demandar directamente a quien había negociado con él (naturalmente cuando era un hijo o un *sui iuris*), lo que ocurre es que esta acción no tendría eficacia práctica ninguna, pues el hijo carecía en un principio (i. e. hasta que se le reconoció el peculio castrense) de patrimonio propio y el *sui iuris* (probablemente un liberto) debía de encontrarse en análogas condiciones; por lo tanto, la eficacia de esta reclamación sólo se conseguiría demandando al principal adyecticiamente.

Las acciones adyecticias no pueden concebirse aisladamente, pues su función es complementaria de otra principal; sobre ella se

sique en Varia. Etudes de Droit romain 2 (Paris 1956); KASER, RPR I = Max KASER, *Das römische Privatrecht. 1. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1955); del mismo autor, RPR II = 2. *Die nachklassischen Entwicklungen* (München 1959); del mismo autor, ZPR = *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966); LENEL, EP = O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (3.^a ed., Leipzig 1927); LENEL, *Palingenesia* = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2 vols. (Leipzig 1889); MICOLIER, *Pécule* = G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule dit profectice, depuis l'edit de peculio jusqu'à la fin de l'époque classique* (Lyon 1932); NDI = *Nuovo Digesto italiano*; NNDI = *Novissimo Digesto italiano*; PEROZZI, *Istituzioni* = S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, 2 vols. (2.^a ed., Firenze 1928); RE = *Paulys Realencyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, revisada y continuada por G. Wissowa, W. Kroll, etcétera (Stuttgart); RHD = *Revue Historique de Droit Français et Etranger*; RISG = *Rivista italiana per le scienze giuridiche*; SCHULZ, CRL = Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951); VOLTERRA, *Istituzioni* = E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto privato romano* (Roma 1961); WATSON, *Obligations* = A. WATSON, *The law of obligations in the later roman Republic* (Oxford 1965).—Este trabajo se complementa con otros dos del mismo autor: "La actio tributaria" en SDHI 37 (1967), 103-128 y "La capacidad de las personas in potestate en Derecho romano" en *Revista de Derecho Notarial* 57-58 (1967) 99-177.

moldean y en la fórmula reflejan los caracteres de la misma. Sin embargo, el nombre de la acción principal se omite ordinariamente en el Digesto, quizá por razones de brevedad; por eso, los juristas conceden las acciones adiecticias sin mencionar la relación básica que las sustenta.

La peculiar función de estas acciones puede derivar de que alguien haya sido *praepositus* en un establecimiento mercantil marítimo o terrestre (*actio exercitoria* y *actio institoria*) y no haya cumplido sus obligaciones con terceras personas; o bien que el jefe haya entregado a su sometido un peculio, en cuyo caso responde de las obligaciones que el hijo o esclavo contraiga, en la medida del valor del peculio (*actio de peculio*); o bien que el jefe haya obtenido un aumento patrimonial por el negocio celebrado por el sometido (*actio de in rem verso*); o bien, por último, que haya notificado al tercero que su sometido está autorizado para celebrar negocios obligatorios con él (*actio quod iussu*).

1. Concepto y situación en el Edicto.

En el orden del Edicto Perpetuo estas acciones aparecen en el título XVIII, después del *de rebus creditis* y antes del de los juicios de buena fe. ¿Por qué razón, si se refieren todas ellas a deudas negociales, se inserta el título XVIII antes de que se mencionen las acciones de los contratos de buena fe?

Pothier¹ había pensado que, como en el libro y título anterior del Digesto —es decir, el correspondiente a D.13,7— se trata de la prenda, y, como esta es, por naturaleza, un accesorio de algunas obligaciones, los compiladores justinianos aprovecharon la ocasión para tratar, después de esta figura de obligación accesorial de garantía, otras especies de obligaciones que son accesorias de otra principal. Esto explicaría también la inserción en este título del Senadoconsulto Velejano, que se refiere a los distintos actos de intercesión, también de garantía. Sin embargo, esta explicación no es del todo evidente. Parece más probable que, siendo el orden del

1. R. J. POTHIER, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre* (trad. de M. de Bréard Neuville). VI (Paris 1821), p. 1.

Edicto un orden de acciones, las conexiones determinantes de tal orden sean precisamente las de las propias acciones. En este sentido, Fuenteseca² observa que las acciones adyecticias, con su transposición de personas, son acciones pretorias, como las últimas del edicto *de rebus creditis* que precede, y no civiles, como las acciones *bonae fidei* que siguen. En efecto, las acciones de buena fe debían colocarse al final de esta serie de títulos sobre las acciones relativas a las obligaciones nacidas de convenios, porque tales acciones de buena fe se extendían también a otro tipo de relaciones, a saber, la dote (título XX, con el XXI, que es como su apéndice) y la tutela (título XXII)³.

Las relaciones básicas de las acciones adyecticias son, en su mayor parte, las acciones de buena fe de los contratos consensuales, pero existe también una especial conexión con el *creditum* que se destaca sobre todo por la función del *iussum*. *Iussum* quiere decir notificación dirigida a un tercero y supone, cuando se ha dado para recibir un préstamo, que sea el padre o dueño quien se obligue directamente por la *condictio*. Cuando se ha notificado una autorización para un contrato nace la acción adyecticia *quod iussum*. Vemos, pues, cómo el *iussum* se encuentra estrechamente vinculado a las relaciones crediticias, y quizá podría ser éste el puente de enlace entre el edicto XVII y el XIX, pues la misma institución podía generar dos tipos diferentes de responsabilidad: crediticia, directamente, y contractual, en forma adyecticia. Esto quizá pudiera justificar la anomalía de referirse los textos en su mayor parte a los contratos, y aparecer las acciones situadas en el edicto

2. P. FUENTESECA, *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la Jurisprudencia romana y la idea de "contractus"* en *AHDE* 23 (1953) 543 s.

3. Dice A. D'ORS, *Programa de las Lecciones de Derecho romano* (Santiago de Compostela, 1956) p. 3 s., que esta observación pone ya en camino para descubrir una especial conexión con el *creditum*, puesto que aquellas últimas acciones del edicto *de rebus creditis* son acciones similares a la *condictio*, y, por tanto, en cierto modo crediticias. El punto de vista es interesante, sin embargo no aclararía el problema de la inserción de los Senadoconsultos, de ellos, sobre todo, el Macedoniano, que trata de préstamos, y, por tanto, presupone la *condictio*, acción civil y no pretoria, y el Velejano, que la presupone también en algunos casos.

XVIII: la especial proximidad del *iussum* a la *condictio* haría posible este acercamiento. Sin embargo, la posición de la *actio quod iussu*, precisamente al final de la serie, no favorecía esta conexión, aunque, por otro lado, la *actio quod iussu*, que aparece como la más próxima al edicto XIX y más alejada del XVII, es precisamente la acción adyecticia que no se refiere al *creditum* (*condictio* directa sino a los contratos del edicto XIX. Hay que reconocer, de todos modos, que no existe una razón absolutamente clara para la inserción de este título entre el XVII y el XIX⁴, y que quizá tenga más peso la hipótesis de Fuenteseca que la relativa al *iussum*.

¿Cuál es la razón sistemática que agrupa a las acciones del edicto XVIII? Lenel reconstruye así el edicto:

Quod cum magistro navis. institore eove, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit.

101. *De exercitoria actione.*

102. *De institoria actione.*

103. *De tributoria actione.*

104. *De peculio, de in rem verso, quod iussu.*

105. *Ad Senatusconsultum Velleianum.*

La *actio exercitoria* y la *institoria* son, cronológicamente, las primeras acciones adyecticias. La *a. tributoria*, aunque no es propiamente adyecticia, tiene, sin embargo, como fundamento mediato de su existencia la negociación realizada por un sometido con una *merx peculiaris*. La *actio de peculio vel de in rem verso* y la *actio quod iussu* son claramente acciones adyecticias derivadas de la actividad de sometidos. Es cierto que la *actio exercitoria* y la *institoria* se pueden dar también por actividades de personas *sui iuris*, pero esto debió de ser sobrevenido; en un principio se darían en supuestos de *praepositio* de un *subiectus*, y luego se extenderían a personas libres, por ser las de utilización más frecuente, junto a la *actio de peculio*, la que no podría extenderse en tal sentido por presuponer siempre la presencia de este tipo específico de patri-

4. Este hecho, en sí mismo no enteramente explicable, sirve, sin embargo, para distanciar netamente estos otros dos edictos. Esta distancia entre las relaciones crediticias y las contractuales de buena fe es el primer fundamento de la teoría del *creditum* de A. D'ORS: un resumen de la misma en *AHDE*. 1963, p. 345 ss. = *RE*. Supplb. X, 1, coll. 1151.

monio. El edicto del Senadoconsulto Velejano debe su situación en el sistema a la fuerza de atracción del precedente, pues, según nos dice Lenel⁵, desde la idea de *patria potestas* se pasó a la *manus*, tutela por sexo, y a las mujeres, y así se llegó de los negocios de los sometidos a los de las mujeres, aunque aquí no haya ninguna posibilidad de acción adyecticia. D.14,2 se refiere a la *lex Rhodia de iactu*, que ha sido atraída a este libro por la afinidad marítima con la *actio exercitoria*. El SC Macedoniano está en D.14,6 por tratarse de una disposición que presupone la capacidad civil de obligarse de los hijos de familia. Es decir, el elemento común a los libros 14 y 15 del Digesto y al edicto XVIII parece ser, en principio, la actividad negocial de personas *in potestate*, con las salvedades aludidas de la *exercitoria*, *institoria* y la inclusión analógica del Senadoconsulto Velejano.

2. Origen histórico de las acciones adyecticias.

La mayor parte de la doctrina piensa que las acciones adyecticias fueron una creación pretoria probablemente del siglo II a. C.⁶ A nuestro modo de ver, las primeras de estas acciones debieron de nacer a finales del siglo II o a principios del I a. C. En todo caso, no pueden ser anteriores a la ley Ebuicia, pero quizá no aparecieron inmediatamente después de aquella ley, cuyo alcance sabemos que fue limitado a la fórmula de la nueva *condictio* o *actio*

5. LENEL, *EP*, p. 40 y s.

6. KUNKEL (*Derecho privado romano*, p. 377) dice que fueron introducidas, lo más tarde, en el siglo II a. C. ARANGIO RUIZ (*Il mandato in Diritto romano*, p. 7) entiende que a partir, lo más tarde, del siglo II a. C., e incluso probablemente antes, si se debe juzgar por las necesidades que debían de haberse presentado en la práctica de los negocios.—KASER (*RPR* I, p. 505) cree que, como no existe la representación directa en Roma, los pretores crean, ya desde el siglo II a. C., un grupo de acciones para los negocios de obligación de los sometidos a potestad.—WATSON (*Obligations*, p. 185), dice que como muy tarde se introdujeron estas acciones en el siglo II a. C., pero no puede encontrarse ninguna referencia textual de ellas antes del siglo I a. C. y no hay rastro de la *actio quod iussu* o de la *actio tributoria* en la República.

certi, sino en un momento en el que habían aparecido ya otro tipo de fórmulas. Nos parece que debieron de surgir no todas a la vez, sino progresivamente, a medida que las necesidades del tráfico lo requerían.

El orden de estas acciones presentan en el Digesto se corresponde enteramente con el que ya hemos visto supra que tenían en el Edicto. Aquél dedica a estas acciones los libros 14 y 15, dejando a un lado el título 2 del libro 14 que se refiere a la ley Rhodia de la echazón. Con este presupuesto, la primera acción con la que nos encontramos es la *actio exercitoria*, que debió de ser creada a finales del siglo II a. C., aunque aparece conocida tan sólo desde Ofilio (discípulo de S. Sulpicio Rufo). El Digesto dedica el título 3 del mismo libro a la *actio institoria*, que nos parece que debió ser creada en la primera mitad del siglo I a. C., pues ya era conocida por Servio Sulpicio, que murió el año 43 a. C. Estas dos acciones mercantiles tienen una serie de notas comunes, y han existido ciertas dudas en la doctrina acerca de cuál de las dos era la anterior. Tratamos a continuación de algunos puntos concretos relativos a la cronología de estas acciones; luego nos ocuparemos de la creación de la *actio tributoria*, aunque no adyecticia ^{6 bis}, también mercantil, aspecto que justifica el que Juliano (en el Edicto) y los compiladores (en el Digesto) la hayan colocado a continuación de la *actio institoria*; después viene el edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia; finalmente, la *actio de peculio vel de in rem verso* y la *actio quod iussu*.

El que la *actio exercitoria* sea interior a la *institoria* aparece hoy como generalmente admitido por la doctrina romanista, sobre todo a partir de un estudio de Solazzi en 1941 ⁷. Anteriormente, los autores se agruparon en torno a las dos opiniones. En favor de la prioridad de la primera se manifestaron Elseasser, Brinz, Costa, A. Rocco, Bonfante, Perozzi, Valeri, Huvelin, Lenel y, por último, Solazzi. Consideran, por el contrario, que la *institoria* es anterior Donello, Glück y Gandolfo ⁸.

(6 bis) Sobre esta acción vid. mi artículo cit. en n. *.

7. S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria* en *Riv. Dir. Navigaz.* 7 (1941) 1, p. 185-212 = *Scritti di Diritto romano* 4 (1938-1947) 243-264.

8. SOLAZZI, o. c., p. 243, n. 1.

La exposición de Solazzi, que nos parece correcta en su conjunto, se basa en una serie de argumentos. El primero de ellos es el que deriva del respectivo orden de los edictos pretorios sobre las dos acciones⁹. Justiniano trata de la primera en D.14,1, y de la segunda en D.14,3. Lenel, por su parte¹⁰, basándose como Justiniano en el orden edictal, hace preceder en su reconstrucción el título *de exercitoria actione*. Huvelin¹¹, sin embargo, no estima plenamente seguro este criterio, porque aunque en el orden edictal se respete generalmente el orden cronológico, sin embargo, hay sobre este punto algunas excepciones, como es el caso de la *bonorum possessio contra tabulas*, situada antes que la *bonorum possessio secundum tabulas*, aunque ésta es anterior. Sin embargo, dice Solazzi¹², esta excepción se justifica en cuanto que la segunda se convirtió en más útil y práctica que la primera, y, por esa razón, fue situada en primer lugar por el pretor; aparte, la razón lógica, creemos, de que, cuando hay *tabulae testamenti*, antes de dar la *bonorum possessio secundum tales tabulas*, hay que atender a los que la piden *contra tabulas*.

En segundo lugar, dice Solazzi, siguiendo a Huvelin, si hubiese existido la *actio institoria* antes que la *exercitoria*, no habría surgido ninguna necesidad de crear ésta, ya que el *magister navis* es sustancialmente un *institor*, es decir, un *praepositus* en una nave para el comercio marítimo¹³. Continúa diciendo que “las normas eran iguales para ambas acciones; y si fuese anterior la *institoria*, en la que la *praepositio* es un concepto amplísimo, aplicable incluso al comercio marítimo, el pretor se habría ahorrado la creación de la otra”¹⁴.

9. En efecto, Paulo comentaba el edicto relativo a la *actio exercitoria* en el libro 29 *ad ed.*, y el relativo a la *institoria* en el libro 30. Gayo (4,71) menciona las acciones en este orden. Africano —en D.14,1,7,2— después de aludir a la responsabilidad del *exercitor* por el mutuo recibido por el *magister* prosigue: *eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur*.

10. LENEL, *EP*, p. 40.

11. P. HUVELIN, *Études d'histoire du Droit Commercial romain* (Paris, 1929), p. 182.

12. SOLAZZI, l. c., p. 244, n. 8.

13. SOLAZZI, l. c., p. 244.

14. SOLAZZI, l. c., p. 249.

En tercer lugar, el régimen de la *actio institoria* se moldea *ad exemplum* de la *exercitoria* en dos textos: D.14,3,7,1 y D.14,3,13,2¹⁵.

En cuarto lugar, Costa se refiere también al irregular nombre de *actio institoria*, pues ésta debería llamarse, lo mismo que la *exercitoria*, según el nombre de la persona de quien se afirmaba la responsabilidad. Esta anomalía se explica en cuanto que *exercitor* era también el nombre del titular de la *taberna*, pero existiendo ya la *actio exercitoria* para el patrón de la nave, no podía la nueva acción tomar su nombre del *exercitor tabernae*¹⁶.

Huvelin¹⁷ había llegado también a idéntica conclusión, pero mencionando además consideraciones históricas, a nuestro juicio, no debidamente puestas de relieve por Solazzi. Huvelin observa que las reglas del Derecho marítimo son las más antiguas y que la *actio exercitoria* parecía más necesaria que la *actio institoria*, puesto que cuando se trataba de un comercio terrestre, el principal, que nunca debía de estar muy alejado del *locus praepositionis*, podía siempre obligarse él personalmente, en tanto que esto no era posible respecto al *exercitor navis*¹⁸. Nos parece esta idea de la distancia o del alejamiento del principal una de las más decisivas para mantener la prioridad de la acción contra el naviero.

Creación de la actio tributaria.—Esta acción debe de ser posterior desde luego a la *actio institoria* y a la *actio de peculio* y quizá de finales del siglo I d. C.; el primer jurista que nos da testimonio de su existencia es Labeón y, de otra parte, esta acción presupone la existencia del peculio. ¿Cuál es la razón por la cual se colocó en este lugar, a continuación de la *actio institoria*? Probablemente por atracción. Aunque no era una acción adyecticia, sin embargo los compiladores vieron en ella circunstancias comunes con la *institoria* y con la *exercitoria*: de un lado, la *scientia* de la negociación podía ser vista como una *praepositio* debilitada; por otra parte, la condena era también *in solidum*; además, la

15. SOLAZZI, l. c., p. 249.

16. E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel Diritto romano* (Parma, 1891), p. 32 y SOLAZZI, o. c., p. 250 (examina los textos pertinentes en p. 251-259).

17. HUVELIN, o. c., p. 177 y 181.

18. HUVELIN, l. c.

actio tributoria tenía un acusado carácter mercantil, si bien no se trataba de la existencia de una *merx dominica*, como en las otras, sino de una *merx peculiaris*.

Edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia.— Este edicto, del que también se trata en otro lugar más ampliamente (v. § 3), presupone la capacidad de obligarse de los hijos de familia. Por tanto, creemos que puede fijarse su creación por el pretor a mediados del siglo I a. C., es decir, inmediatamente después del reconocimiento de dicha capacidad. El SC Macedoniano también la presupone, si bien es bastante posterior —probablemente de la época de Claudio—, aunque aparezca en el libro 14 debido a la atracción ejercida por el título anterior.

La *actio de peculio* es conocida por Servio Sulpicio, lo cual hace suponer que fuera contemporánea de la *actio institoria*, o quizás algo posterior. La *actio quod iussu* debió de ser, en cambio, también una creación de Labeón (D.15,4,1,9) —como se acredita por la presencia de un texto de Alferno, pocos años mayor que Labeón, que, en un caso de *iussum* clarísimo (*iusserat*: D.15,3,16), otorga la *actio de in rem verso*¹⁹—, y, por tanto, contemporánea de la *actio tributoria*. Gayo, en cambio, sitúa la *actio quod iussu* en cabeza de las acciones aýyecticias (4,70), probablemente por ser la de estructura más simple a los efectos pedagógicos de sus Instituciones. A continuación (4,71) trata de la *actio exercitoria* y de la *institoria*, en cuya *praepositio* vería Gayo una especie de *iussum* genérico. Luego, de la *tributoria* (4,72) y de la *actio de peculio vel de in rem verso* (4,72^a-4,74). Como se ve, la exposición gayana está también aquí ordenada según criterios didácticos; se pasa de la acción simple (*quod iussu*) a la más compleja (*actio de peculio vel de in rem verso*) según un orden progresivo que facilitaría una mejor asimilación por los alumnos. Nuestro punto de vista, en cambio, toma como punto de partida el esquema edictal, que sitúa generalmente las últimas acciones después de las más antiguas (este es el caso de la *actio quod iussu*, que aparece en último lugar y que debió de ser también la más moderna), con la excepción ya vista de la *actio tributoria*.

19. También E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte* (Berlín, 1907), p. 123.

En conclusión, creemos que la cronología puede ser la siguiente:

1. A finales del siglo II o principios del siglo I a. C. aparecía la *actio exercitoria*.
2. Poco después, pero ya entrado el siglo I a. C., la *actio institoria*.
3. Poco posterior, o contemporánea de la anterior, la *actio de peculio*.
4. A mediados del siglo I a. C. se reconocería la capacidad de obligarse de los hijos de familia, que motivaría el edicto sobre el beneficio de competencia en favor de los mismos.
5. A finales del siglo I d. C., la *actio tributoria*.
6. Por la misma época, quizá algo después de la anterior, la *actio quod iussu*, atribuible a Labeón.

3. Fórmulas.

¿Cómo estaba redactada la *intentio* de las acciones adiecticias? Lenel, si bien trata de este problema a propósito de la *actio institoria*, dice que es preciso contemplarlo desde una perspectiva genérica y que, dada la proximidad de estas acciones, la solución que se adopte para una de ellas sirve igualmente para las otras. La cuestión ha sido abundantemente discutida y nos limitaremos a exponer las líneas generales de este proceso doctrinal que, hoy en día, parece pacífico.

Keller expuso en 1827 su opinión de que tales acciones eran con transposición de personas; este criterio es el adoptado por Lenel y, a partir de él, generalmente seguido²⁰. Lenel²¹ se plantea el problema de si la *intentio* de la *actio institoria* era *in ius* o *in factum*. Se inclina por la primera de estas posibilidades de acuerdo con una serie de argumentos:

- (i) En primer lugar, por la presencia de D.14,3,13,1:

Memnisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore vel ab alio novandi animo stipulando.

20. V. recientemente KASER, *ZPR*, p. 262.

21. LENEL, *EP*, p. 260.

La obligación novada tiene que ser la del factor, pues el jurisconsulto no tenía por qué ocuparse en este texto de la posibilidad de una novación que afectase a la obligación adyecticia del principal. Por lo demás, no tendría sentido lo dicho al final del texto (*vel ab institore, vel ab alio stipulando*), si no es refiriéndolo a la obligación del factor. Además, dice Lenel, el pasaje ocupa en el comentario de Ulpiano el lugar en el que se debía tratar de la *intentio in ius concepta*, si en verdad la fórmula estuviese redactada *in ius*; y se comprende que, si en esta fórmula se leyese un *quidquid ob eam rem Lucium Titium AºAº dare facere oportet*, estas palabras hubiesen conducido necesariamente a preocuparse de la posibilidad de una novación, mientras que una preocupación semejante no podía surgir en el caso de una redacción *in factum*. Por último, es preciso observar que la obligación del factor se llama simplemente *ea obligatio*, sin que anteriormente se haya hecho la menor alusión sobre la misma, lo que quizá permite pensar que la observación de Ulpiano se refería a un pasaje de la fórmula citado por él pero borrado por los compiladores, pasaje en el que la obligación del factor se especificaba ²².

(ii) Si lo dicho hace ya verosímil la *intentio in ius concepta*, esta posibilidad se incrementa todavía por la presencia de D.14,3,12:

Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque, quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses

En este texto se ocupa Juliano del caso en el que alguien contrata con su propio esclavo, que es el *institor* de un tercero; y el jurisconsulto concede entonces al *dominus* una *actio institoria utilis* y no la acción directa, porque si la fórmula estuviese redactada *in factum* sólo podría surgir la duda de si un *emere* era posible entre un esclavo y su dueño; ahora bien, Ulpiano elude esta dificultad en D.14,3,11,8 y la declara no fundada. Con una redacción *in ius*, por el contrario, la respuesta surge por sí misma; un esclavo no puede obligarse civilmente, y menos respecto a su dueño; por con-

22. LENEL, o. c., p. 260 y s.

siguiente, la *intentio quidquid dare facere oportet* no podría dirigirse contra él si no se corrigiese mediante la ficción *si liber esset ex iure Quiritium*. El edicto sobre la *actio institoria* no asignaba al factor la cualidad de esclavo: por consiguiente, es muy verosímil que la fórmula tampoco lo hiciese, de ahí que sea preciso admitir necesariamente que la acción institoria ficticia derivada de los contratos de un *servus institor* constituía una *actio institoria utilis*; poco importa, por lo demás, que la *actio utilis* fuese propuesta en el álbum o que no lo fuese²³. Lenel cree²⁴, por último, que el texto original del fr. 12 subrayaba el carácter ficticio de la acción; luego, este tenor fue modificado por los compiladores que, en ninguna parte, ni siquiera en los otros supuestos de acciones ficticias, han dejado subsistir este adjetivo. Es incluso posible que el mismo Juliano no concediera la acción como útil, sino como ficticia.

(iii) Lo dicho está de acuerdo con las notas positivas aportadas por las fuentes acerca de la *intentio*. En el campo de las consideraciones generales se llega a idéntica conclusión, pues si nos situamos en el lugar del pretor que quiere hacer al dueño responsable de las operaciones celebradas por el factor, es natural creer que, en la fórmula destinada a sancionar estas operaciones, no ha hecho más que los cambios necesarios para alcanzar el fin perseguido, quizá prescribiendo al juez que averiguara si el *institor* debía o no debía, y, una vez hecho este examen, que condenara o absolviera²⁵.

Brinz²⁶ ha sido el primer adversario de la tesis de Keller. Concede importancia decisiva al hecho de que en las fuentes se indique como base de las acciones adiecticias la operación concluida y no la obligación de quien la ha concluido: esto, según Brinz, no podía ser compatible con una *intentio* basada en esta obligación y conduce a admitir una *intentio in factum*, fundamentada en el hecho mismo de la operación. Lenel estima adecuado el modo de expresarse las fuentes y cree que “la manera de redactar la *intentio*

23. LENEL, o. c., p. 261-262.

24. LENEL, o. c., p. 262.

25. LENEL, o. c., p. 263.

26. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten**, II, p. 203 ss. (citado en LENEL, o. c., p. 264).

podía influir mucho sobre la configuración particular de la responsabilidad, pero la forma de manifestarse ésta nunca podía llegar a cubrir la idea legislativa que constituía el fundamento de estas acciones: y esta idea era la de que una persona podía, en ciertas condiciones, obligarse en virtud de las operaciones concluidas por otra” 27.

Mandry 28 ha reunido una serie de casos en los cuales la redacción *in ius*, normal en el sistema de Keller, tendría como efecto hacer imposible la condena del principal. El más importante de ellos es aquél en el que el *praepositus* es un esclavo, ya que el esclavo no puede obligarse civilmente. Si el pretor ordenaba al juez no condenar al dueño más que si el esclavo estaba obligado a dar o a hacer algo en favor de alguien (*quidquid servum stichum dare facere oportet*), dando a esta palabra *oportet* su sentido técnico en las acciones *in ius* de una obligación civil el dueño no sería nunca condenado. De este supuesto y de otros análogos, Mandry deduce que la fórmula debería ser *in factum*. Ya que no se podía alegar en tal supuesto una obligación del esclavo, se encargaba solamente al juez que verificase un hecho.

Este modo de ver se expone a graves objeciones 29. En primer lugar, con una fórmula de este género, p. ej., la cuestión de la buena fe no podría ser examinada a propósito de un contrato de venta. Para suponer que el pretor hubiese querido determinar las reglas de la *condemnatio* con más detalles, como lo ha hecho para las acciones *pigneraticia* o *depositi in factum*, habría debido proponer tantas fórmulas *in factum* como contratos posibles a realizar por el *praepositus*, lo que habría constituido una obra considerable de la que sorprende que no nos haya llegado ningún rastro. En cuanto al argumento que Mandry extrae del supuesto del esclavo se descarta muy fácilmente, si se observa que todo lleva a creer que, en este caso, la fórmula estaba redactada de manera especial y que el pretor la prometería así en el Edicto. Se insertaría en ella la ficción de ser libre el esclavo (*si liber fuisset, ex iure Quiritium...*). Luego, Mandry se equivoca cuando dice que para los

27. LENEL, o. c., p. 264.

28. G. MANDRY, *Gemeine Fam.*, cit. en LENEL, o. c., p. 264.

29. LENEL, o. c., p. 264-265.

supuestos contemplados por él no hay ninguna traza de redacciones particulares de la fórmula, es decir, de fórmulas ficticias. Contra esta idea existen varios argumentos textuales, ya citados por Keller. He aquí uno, relativo a la *actio de peculio*, pero aplicable a todas las demás acciones adyecticias: D.19,1,24,2:

Servo vendente hominem, fideiussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur, si pro libero fideiussisset: nam et in dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero vendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.

De esta forma se revela el carácter de la acción de venta intentada de peculio: el esclavo no podía obligarse civilmente, pero la acción se daba contra su *dominus* para hacer obtener *quae libero vendente consequi debuisset*. Lo mismo ocurre en D.45,2,12, citado también por Keller. Y dice Lenel³⁰ que a idéntica categoría pertenece también D.9,4,19,2 y D.45,1,49 pr., que proporciona un argumento bastante potente contra el sistema de Mandry, pues la *actio utilis* que concedía el pretor en el segundo caso previsto en el texto supone que la obligación del hijo estaba extinguida y, por consiguiente, la *intentio* ordinaria de la *actio de peculio*, que se basaba precisamente sobre esta obligación, se hacía inaplicable. Pero, sigue diciendo Lenel, las palabras decisivas probablemente estén interpoladas, de modo que el texto queda fuera de consideración para nuestro propósito. Por último, los ya citados textos, D.14,3,11,8 y D.14,3,12,1, son particularmente evidentes respecto a una redacción *in ius*.

Baron, por su parte³¹, ha propuesto un sistema todavía menos verosímil que el de Mandry. Según él, la *intentio* era *in ius concepta*, pero se basaba directamente en la obligación adyecticia del *pater* y no sobre la del *magister navis*, del *institor*, etc. Basa la *intentio* sobre un *praestare oportere* del principal. Cree, en todo caso, haber descubierto en D.23,3,57 la prueba de que la *intentio* de la *actio de peculio* estaba así concebida: *quidquid de peculio*

30. LENEL, o. c., p. 266.

31. J. BARON, *Die adjektivischen Klagen* (Abhandl. aus d. röm. Civ. Pr. II), 1882, p. 136 ss. (citado en LENEL, o. c., p. 268).

fili —servi— ob eam rem NmNm patrem (dominum) praestare oportet. Luego, admite la existencia de este *quidquid praestare oportet* en todas las demás acciones adyecticias, salvo en la *tributoria (quidquid tribuere oportet)*. Da a esta *intentio* el nombre de *intentio iuris honorarii* y piensa que el pretor, que no podía crear un *dare facere oportere*, podría crear muy bien un *praestare oportere*.

Sobre este sistema, según Lenel, se deben hacer las siguientes consideraciones: es cierto que *oportere* no es un término reservado al Derecho civil. Pero esto no impide que sólo las acciones civiles estuviesen basadas en un *oportere*. El pretor, al hacer del *oportere* la condición de una *condemnatio*, creía reenviar al juez a una regla de derecho preexistente. Si el pretor que creó la *actio exercitoria* había prescrito al juez condenar al *exercitor* en virtud de los contratos realizados por el *magister navis*, basando esta condena sobre un *quidquid exercitorem praestare oportet*, el juez no habría podido hacer otra cosa más que absolver. ¿En dónde se discutía del problema de un *exercitorem praestare oportere*? No era en el Derecho civil ni tampoco en el edicto pretorio. En éste no se leía ni *exercitor praestato* ni *exercitorem praestare oportere videtur* ni nada semejante; se leía, únicamente, *adversus exercitorem iudicium dabo*. Es éste un punto que no ofrece dudas y que nadie puede negar; de él deriva para el *exercitor* un *iudicium suscipere oportere*, pero en modo alguno un *praestare oportere* impuesto por el Derecho privado. Lenel está de acuerdo con Baron en que el pretor podía crear un *oportere* pero no, en cambio, en que el *praestare oportere* haya sido reservado al derecho pretorio como *intentio iuris honorarii*, mientras que el *dare facere oportere* habría sido reservado al Derecho civil como *intentio iuris civilis*; ninguna sutileza podría explicar por qué razón las obligaciones que derivan del derecho pretorio habrían constituido un *praestare* y aquéllas, por el contrario, que derivan del Derecho civil, un *dare facere*. Además, si algún caso hay donde pueda verse una fórmula concebida con *praestare oportere*, respecto a las acciones civiles, esto ocurre en el campo de las acciones divisorias.

El punto de partida del error de Baron está en D.23,3,57. El texto se ocupa del caso en el que una mujer se casa con un deudor

suyo todavía bajo la patria potestad y constituye en dote a su suegro *quid filius tuus mihi debet*. El jurisconsulto dice que es preciso distinguir entonces dos hipótesis: las partes han podido tener en cuenta *in quod filium dare oportet*, en cuyo caso toda la deuda era constituida en dote; ellas han podido creer en el *quod patrem de peculio vel in rem verso praestare oportebit*, en cuyo caso la única suma *qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit* era constituida en dote. Resulta difícil comprender cómo Baron ha creído encontrar en este texto una *prueba* para su sistema. El jurisconsulto no piensa aquí en la redacción de la fórmula; sirviéndose en ella de las palabras *quod patrem de peculio praestare oportebit*, quiere designar simplemente, de un modo rápido, la obligación que incumbe al padre en razón del peculio; y la expresión de la que se sirve hace útil su pensamiento, cualquiera que fuese la manera en virtud de la cual estuviese redactada la fórmula de la *actio de peculio*. Se estaría, por lo demás, casi inclinado a decir que ha tenido como un presentimiento del error del que podría un día ser la causa: en efecto, después de haberse servido de una expresión que no tiene nada de técnica, se apresura a fundirla en el molde jurídico, a volver a traerla a la forma prevista por el propio modelo de nuestra acción, diciendo de ella: *qua patrem filii nomine condemnari oportebit*.

Estos desarrollos son suficientes: no es necesario examinar aquí lo que vale la hipótesis de Baron en relación a las acciones útiles, de las que habla Lenel, a propósito de D.14,3,12³².

4. Clasificación de las acciones adiecticias.

Este apartado tiene como finalidad justificar la distribución de materias que sigue. En primer lugar, aparece la distinción entre “acciones mercantiles” y “no mercantiles”; es claro que tal diferencia no aparece en los escritos de la jurisprudencia, pero creemos que se desprende de la naturaleza de las respectivas acciones. Los edictos *de exercitoria*, *de institoria* y *de tributoria actione* contemplan supuestos en los que las personas sometidas jurídica o socialmente (caso del *institor* o *magister sui iuris*) realizan una actividad

32. LENEL, p. 268-270.

eminentemente comercial, en un establecimiento marítimo, terrestre o bien negociando con una *merx peculiaris*. Existe, en los primeros edictos, un supuesto común previo que es la *praepositio* o acto de “puesta al frente” de la empresa marítima o terrestre, y, por este motivo, tratamos de ella en primer lugar^{32 bis}. En cambio, los edictos *de peculio*, *quando de peculio actio annalis est*, *de in rem verso* y *quod iussu* no se refieren a actividades de comercio sino a lo que hoy llamaríamos “actos civiles”, es decir, actos aislados que no suponen una actividad permanente y que, excepto el caso de la *actio quod iussu*, no dan lugar a responsabilidad *in solidum*. Entre estos dos tipos de acciones se estudia, siguiendo el orden del Edicto, y el del Digesto que lo refleja, el edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia.

§ 2. ACCIONES “MERCANTILES”

1. *Praepositio*.

a) Generalidades y *locus praepositionis*.—Al hablar de *praepositio* nos concretamos necesariamente a las acciones *institoria* y *exercitoria*, dejando a un lado todos los demás significados del término³³. El problema de qué se entiende por *praepositio* constituye el punto fundamental del que se ocupan los juristas en el título de *exercitoria actio* y en el *de institoria actio*: la referencia a las relaciones básicas (compraventa, arrendamiento, mutuo, etc.) es mínima y adicional; los textos contienen ante todo criterios casuísticos acerca de cuándo existe o no *praepositio*. Esta constituye el elemento esencial para que exista responsabilidad del *exercitor* o del principal (en la *actio institoria*); consiste en un acto de “puesta al frente” de un establecimiento marítimo o terrestre, con más o menos limitaciones: la acción no procede en todos los casos, sino sólo respecto a aquellos negocios que tienen lugar dentro de la *praepositio*, como dice la cláusula edictal *eius rei nomine, cui ibi praepositio*.

^{32 bis}. Sobre la *actio tributoria* vid. mi artículo cit. n. *.

³³. Pueden verse, p. ej., en H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*²⁰, (Graz, 1958), s. v. *praepositio*.

positus fuerit. La *praepositio* debía de hacerse notar a los terceros mediante un anuncio, que se solía fijar en la puerta de la tienda o en cualquier parte en la que el factor desempeñase su actividad, debiendo estar redactada en términos claros y legibles en la lengua del lugar. El concepto, al igual que muchos otros de trascendencia jurídica, es un concepto sobreentendido en las fuentes. En la medida en que debió de estar suficientemente clara en la vida comercial de los romanos como para servir de base a la responsabilidad que nacía de los negocios celebrados por el *praepositus* y para tranquilizar a los terceros contratantes (*praepositio certam legem dat contrahentibus*: D.14,1,1,12), su noción se da por supuesta y, con tal motivo, ningún pasaje del Digesto la define ni señala para la misma expresos requisitos³⁴.

Se puede afirmar, desde luego, que la *praepositio* no exigía un acto solemne, ya que ningún texto alude a formalidades esenciales; la necesidad de carteles en lugar visible sólo se exigió en aquellos supuestos en los que resultaría en oposición con la situación aparente del encargado, bien porque el dueño no deseaba que se contratase con él, bien por haberse revocado una válida y completa *praepositio* anterior. Todo esto significa que, salvo los signos en contra, las apariencias bastan al tercero porque se entiende que implican la *voluntas* de apoderamiento del dueño y determinan sin más para los terceros contratantes las adecuadas acciones contra el que colocó al *praepositus*. Además, era un acto unilateral, porque la *voluntas praepositi*, sobre ser improcedente en los casos del *praepositus servus*, no es aludida tampoco en tal sentido en las fuentes, las cuales sólo se refieren a la *voluntas domini* como indispensable para que se den las acciones pretorias que dibujaron esta figura de representación.

Huvelin³⁵ sugirió si sería suficiente la declaración unilateral de voluntad del que hace la *praepositio* o si sería necesario añadir un elemento real, un acto de instalación del *praepositus*. A nuestro modo de ver, la *praepositio* supone, en un periodo originario, la idea de un acto real de instalación del *praepositus*, aparte de la

34. J. ARIAS RAMOS, *Representación y praepositio* en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela* 10 (1941) 11.

35. HUVELIN, o. c., p. 164.

correspondiente declaración unilateral de voluntad del padre o dueño. Respecto a la *actio exercitoria*, no parece existir duda de que el acto de instalarse en la nave del patrón debe de ser el complemento necesario de la voluntad del *exercitor* de darle un determinado poder: la nave es el *locus praepositionis*. El problema, sin embargo, se plantea respecto a la *actio institoria*, pues en un texto de Paulo se afirma la posibilidad de un *praepositus sine loco*: D.14,3,18.

Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem factum praeponitur.

Otro texto de Ulpiano nos dice que el término *institor* deriva de *instare*³⁶. Pero, en opinión de Klingmüller³⁷, la interpretación ulpiana del término *institor* no es portadora del sentido originario de la palabra, y ello porque *instare* es utilizado por el jurista en sentido traslaticio, es decir, en el sentido de atendera. El sentido originario del verbo es, en cambio, el de estar encima o en alguna cosa³⁸; por lo tanto, *institor* sería el que está dentro de la tienda del comerciante a quien gestiona los negocios.

Es decir, en su significación primitiva, el término *institor* debía llevar consigo un acto real de instalación en una tienda o local determinado. “La *actio institoria* había sido creada para los contratos del *praepositus tabernae*, pues el presupuesto de la acción era siempre una tienda, un local en el que se realizaba una actividad mercantil. Luego no se exigió el local fijo sino que se tuvo en cuenta, más que nada, el ejercicio del comercio: *cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces et ibi vendant: nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendidisse* (D.14,3,4)”³⁹.

También aparece un *locus praepositionis* que no es *taberna* en Ulp., D.14,3,5,9:

Idem Labeo ait: si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret,

36. D.14,3,3: *institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet*.

37. F. KLINGMÜLLER, en *RE IX*, 2 s. v. *institor*.

38. F. KLINGMÜLLER, o. c., “anf oder in etwas stehen”.

39. SOLAZZI, *L'età*, cit., p. 257-258.

conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.

En este pasaje dice Labeón que, si una persona tenía la costumbre de enviar a su esclavo panadero a un cierto lugar para que en él vendiera pan y el *servus*, una vez recibido el dinero para el suministro en los días sucesivos, lo hubiese malversado, no existe ninguna duda de que el panadero permitió que se anticipasen sumas al esclavo y por ello debe quedar obligado.

Y, por último, bastó la *praepositio* en un complejo negocial, aún sin carácter mercantil. De esta forma, la *actio*, nacida para los contratos del *institor* propiamente dicho, se amplió a los contratos de los *praepositi* sin *taberna*, pero con el fin de obtener un *quaestus* de un círculo de negocios.

Por eso estimamos que el texto de Paulo citado tiene una explicación plenamente acorde con la evolución de la *institoria*. Esta acción, precisamente por la circunstancia del no alejamiento de principal y *praepositus*, tiene que haber sido la que más problemas suscitó y la que sufrió una evolución más acentuada, como lo prueba el hecho de su extensión en el Digesto, muy superior a la de la *actio exercitoria*. Por esta misma razón, es muy probable que “el texto de Paulo no fuese más que una manifestación de la tendencia doble a ensanchar el área de aplicación de aquellas acciones y a espiritualizar los elementos reales exigidos para ciertos actos”⁴⁰.

b) *Praepositio* como *magister navis*.—El *praepositus* en una nave tiene perfectamente delimitada la actividad lícita que puede realizar. Un caso de *praepositio exercitoria* limitada se encuentra en Ulp., D.14,1,1,12. El *magister navis* ha sido *praepositus* solamente para cobrar los fletes, es decir, para una actividad determinada. Si el patrón ha arrendado, excediéndose así en sus funciones, el naviero no queda obligado por la *actio exercitoria*. Si el *magister navis* fue encargado de arrendar la nave para el transporte de cierto género de mercancías y él la arrendó para llevar otras, tampoco se obliga el naviero: D.14,1,1,12.

Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus, quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non

40. ARIAS RAMOS, o. c., p. 12.

ut locet (quod forte ipse locaverat), non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus non obligabit exesctorem: sed et si ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabae, ille marmoribus vel alia materia locavit, dicendum erit non teneri, quaedam enim naves onerariae, quaedam (ut ipsi dicunt), epibategoi sunt: et plerosque mandare scio, ne vectores recipiant, et sic, ut certa regione et certo mari negotietur, ut ecce sunt naves, quae Brundisium a Cassiopa vel a Dyrrachio vectores traiciunt ad onera inhabiles, item quaedam fluvii capaces ad mare non sufficientes.

Cuando los patrones son varios y hubo división de sus funciones, de tal forma que uno arriende y otro cobre, el *exercitor* se obliga por la acción adyecticia, según la función de cada uno: D.14,1,1,13.

Si plures sint magistri non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitore: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor.

Las fuentes justinianeas⁴¹ tienden a ampliar los principios clásicos, concediendo la acción por todos los negocios celebrados por el *magister navis*, en tanto que la jurisprudencia clásica consideró que los límites eran muy rigurosos y derivaban del acto de "puesta al frente" en el que se enumeraban específicamente las actividades permitidas al *magister*. Los compiladores, interpolando los textos, han tratado de cancelar los elementos objetivos exigidos por los clásicos dando preferencia a meros elementos subjetivos, como p. ej., la existencia de una voluntad de fraude en el *magister navis*, en el momento de concluir el préstamo (D.14,1,1,19).

Sin embargo, en el curso de la actividad marítima podía surgir la necesidad de contraer obligaciones, no previstas en la *praepositio* pero necesarias para el ejercicio de la empresa naviera, sin que existiera la posibilidad de consultar al *exercitor* acerca de la decisión a tomar: este es el caso, p. ej., del mutuo *ad reficiendam*

41. Cfr. F. DE MARTINO, en *Riv. Dir. Nav.* 7 (1941) 7 ss.

navem (v. sobre esto § 6,1,a), aunque no aparecerá siempre con la misma evidencia si el negocio celebrado pertenece al círculo de la gerencia encomendada al *praepositus*.

c) *Praepositio* como *institor*.—Por lo que se refiere a la *praepositio institoria*, se pueden hacer una serie de consideraciones generales⁴²:

(i) La *praepositio* significa colocación para funciones permanentes.

(ii) Es esencial que el *institor* haya realizado negocios para los que tuviera apoderamiento. Así se dice que, si el *institor* fue encargado por el principal de vender mercancías, éste se obliga en su nombre por la acción de compra. Si hubiese sido *praepositus* para comprar, el principal se obliga por la acción de venta. En cambio, si el factor hubiese sido *praepositus* para comprar mercancías y él las hubiese vendido, no obliga a su principal, porque éste sólo es responsable de los negocios que caen dentro del círculo limitado que es la *praepositio*: D.14,3,5,12.

Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposueram, tenebor dumtaxat ex vendito: sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debet teneri, idque Cassius probat.

Lo mismo ocurre con el que hubiese sido *praepositus* para comprar o vender y hubiese recibido en préstamo, es claro que por esto no puede obligar a su principal: D.14,3,5,13-14.

Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari. Si ei, quem ad vendendum emendumve oleum praeposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere.

Si al empleado se le prohíbe *contrahere* no se le reputa *institor*, como se desprende de D.14,3,11,6:

42. E. RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians* en *Festschrift für G. Zitelmann* (München u. Leipzig, 1913), p. 6-13.

Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur, cum magis hic custodis sit loco quam institoris: ergo nec vendere mercem hic poterit nec modicum quid ex taberna.

(iii) Para poder hablar de *praepositio institoria* se requiere la idea de una empresa mercantil, puesto que, si se hubiese contratado con el mayoral de uno, no se da acción contra el principal porque el cometido del *vilicus* no es comerciar sino recoger los frutos. Pero, si se le encarga de vender las mercancías, entonces puede darse acción por analogía con la acción institoria: D.14,3,16.

Si cum vilico alicuius contractum sit, no datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praepositur. si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuere, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere.

El texto ha sido criticado. Albertario⁴³ considera interpolado desde *si tamen* hasta el final, criterio con el que concuerda Rabel⁴⁴; por el contrario, Solazzi, se limita a sustituir *competere* por *dari*, considerándolo, en lo demás, sustancialmente clásico⁴⁵. Carrelli⁴⁶ acoge la opinión de Albertario, pero con algunas precisiones: de un lado, dice, hay un bache lógico en el uso de *si tamen*, en cuanto que, si no hay *actio* contra el dueño porque *vilicus praepositur propter fructus percipiendos*, no se puede decir después, que la *actio* contra el *dominus* se dará si el *vilicus* hubiese sido *praepositus* para vender los frutos. La forma en que Paulo plantea su razonamiento lleva tres siglos de retraso respecto a la doctrina clásica sobre la *praepositio institoria*: puesto que Servio Sulpicio ya había considerado como *institor* al *insularius* (D.14,3,5,1) y sería inconcebible negar la posibilidad de *praepositio institoria* en las relaciones de *vilicus* cuando Pomponio, después de Servio pero antes que Paulo, había escrito que *non multum abest a vilico*

43. E. ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* en *Studi* 4, p. 205.

44. RABEL, o. c., p. 6.

45. SOLAZZI, en *BIDR* 25 (1913) 111 ss.

46. O. CARRELLI, *L'actio quasi institoria* en *Studi in memoria di B. Scorza* (Roma, 1940), p. 150.

insularius (D.50,16,166). Si Paulo niega al *vilicus* la cualidad de *institor*, y ello porque *propter fructus percipiendos non propter quaestum praepositur*, esto significa, no que sea imposible hacer del *vilicus* un *institor*, sino que, normalmente, las tareas del *vilicus* se refieren al cultivo y no a la administración, ya que, por encima del mayoral, quizá existe un administrador, y, si no, el *dominus* que se reservará esta tarea. Pero, cuando el *vilicus*, además de las tareas materiales sobre el fundo, tiene otras de carácter administrativo que le obligan a relacionarse con terceras personas, se convierte en *institor*, y el *dominus* podrá ser demandado con la acción directa por las obligaciones contraídas por el mayoral en forma idéntica a lo que ocurría con el *insularius* ya desde Servio Sulpicio⁴⁷.

Un caso dudoso de *praepositio institoria* es Ulp., D.14,3,5,8, donde se recoge una opinión de Labeón en el sentido de que, si el dueño de una funeraria tuviese un esclavo embalsamador y éste hubiese despojado a un muerto, se dará contra él una acción como si el *pollinctor* fuese un *institor*, aunque también procede la acción de injurias y la acción de hurto:

Idem ait, si libitinarius servum pollinctoren habuerit isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret.

El supuesto es de un contrato de arrendamiento de obra en el cual el *libitinarius* es el *conductor*. La acción institoria que se da contra el empresario no tiene en modo alguno un fundamento penal sino que su base es la relación contractual, pero sorprende que se hable de *quasi institoria*. Solazzi⁴⁸ y Albertario⁴⁹ admiten la interpolación de *quasi*. El segundo estima que la interpolación se debería a que los compiladores, habiendo encontrado en el texto ulpiano que el *servus pollinctor* del *libitinarius* era considerado por Labeón como *institor*, creyeron que se trataba de una extensión y por ello introdujeron consiguientemente en el texto el *quasi*,

47. CARRELLI, o. c., p. 151.

48. En *BIDR* 25 (1912) 112 ss.

49. O. c., p. 201 s.

transformando la acción de directa en *utilis*. Carrelli⁵⁰ estima el texto mucho más alterado. Dice que si el cliente había tratado con el *libitinarius*, la relación jurídica que surgía entre ellos sería una locación de obra; pero, como *conductor operis*, el *libitinarius custodiam praestat* por todas las cosas que el cliente le haya confiado como necesarias para la obra a realizar, comprendiendo también los vestidos que cubrían el cadáver. Cuando estos desaparecen, quienquiera que sea el autor del *furtum*, el *libitinarius* responde *ex locato* de la restitución de las cosas: por lo tanto, también si, a diferencia de lo que suponía Labeón, el ladrón no hubiese sido un trabajador propio sino un tercero, no por esto el *libitinarius* se liberaba de responder contractualmente de la restitución, de la misma forma que era él, y no el propietario de los vestidos el titular de la *actio furti* contra el ladrón. Sentado esto para justificar la responsabilidad *ex contractu* del *libitinarius*, no habría sido necesario recurrir a una *praepositio institoria* cuando derivaba claramente del contrato de *locatio conductio*: por tanto, procede la *actio locati directa* y no la *institoria*. La *actio locati institoria* sería concebible únicamente si el esclavo no hubiera sido un operario de la tienda sino que se le hubiese confiado la dirección de una subsalsal como *praepositus*, en tanto que, en el texto, sus funciones son meramente ejecutivas. Esto es cierto, pero quizá el caso contemplado se refería probablemente al contrato realizado con el embalsamador sin conocimiento del *libitinarius*. Mediante el *quasi* se venía a extender la responsabilidad pretoria al supuesto de la actividad del *pollinctor*, que no era propiamente un *praepositus*.

(iv) Hay que mencionar, por último, la diferencia existente entre la *praepositio* como *institor* y la *praepositio* como *procurator*⁵¹, sobre todo porque, con la creación por Papiniano de la *actio ad exemplum institoriae*, se admitió que lo realizado por un *procurator* producía efectos de representación directa idénticos a los

50. O. c., p. 153 ss.

51. El *procurator* podía dedicarse voluntariamente al cuidado de los asuntos del principal o podía ser puesto al frente de los mismos mediante una *praepositio* (Pap., D.14,3,19 pr.): c. F. SERRAO, *Il procurator* (Milano, 1947) p. 187.

que conseguía la actividad del *institor*. Algunos autores⁵² han pretendido que *pecunias mutuas accipere* había sido concebido como una actividad propia del *institor* o del *procurator*, lo cual permitiría alcanzar sencillamente la diferencia. A tal efecto se suele invocar, para el primer caso, Ulp., D.14,3,13 pr. y Pap., D.14,3,19,1, que comentamos seguidamente, y, para el segundo, Pap. D.14,3,19 pr., del que tratamos en otra sede (v. infra 4), si bien podemos adelantar que la distinción no puede radicar en este criterio porque ordinariamente la *praepositio* para *pecunias mutuas accipere* es complementaria de otra principal, sin que haya lugar para afirmar que sea exclusiva del *institor* o del *procurator*. D.14,3,13 pr.:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Este texto ha acaparado la atención de los autores, sobre todo a causa de su eventual conexión con la *ad exemplum institoria actio*. Empezaremos su estudio tratando de los puntos controvertidos, luego examinaremos los grupos de opiniones en torno al mismo y, por último, haremos unas consideraciones críticas.

Los puntos controvertidos son los siguientes⁵³:

(i) Si Juliano concedió efectivamente una *actio utilis* o si, en cambio, dio una respuesta negativa.

(ii) En caso afirmativo, ¿cuál sería esta *actio utilis* que correspondía al acreedor? Especialmente sobre este segundo punto las respuestas son extremadamente variadas.

Según una interpretación, que encuentra su origen en los profesores bizantinos⁵⁴ y que ha sido sostenida por Schlossmann⁵⁵,

52. P. ej. P. BONFANTE, *Istituzioni*, p. 384, n. 1.: citado por RABEL, o. c., p. 6, n. 1.

53. CARRELLI, o. c., p. 159.

54. Bas. 18,1,3 (sch. 45: Cobidas).

55. S. SCHLOSSMANN, *Die Voraussetzungen in Iherings Jahrb.* 38 (1898) 145 (cit. por CARRELLI, l. c. y por ALBERTARIO, o. c., p. 207).

Baron⁵⁶ y Albertario⁵⁷, la acción sería la *utilis ad exemplum institoriae*, pues el encargado de recibir dinero en mutuo no sería un auténtico *institor* y, por lo tanto, no se podría dar contra el *dominus* la acción directa.

Según otra doctrina, que también se remonta a los bizantinos⁵⁸ y que ha sido admitida por Lenel⁵⁹ y, sustancialmente, por Rabel⁶⁰ y Riccobono⁶¹, la acción se llama útil en cuanto que, sobrevenida la consunción procesal, la concede el pretor como *actio rescisoria*. En el primer proceso, el acreedor habría intentado la *actio institoria*, pero, a consecuencia de la *demonstratio*, no conforme al supuesto de hecho (i. e., por hablar de *praepositio* para el comercio de aceite), habría perdido el pleito: de aquí derivaría el recurso a una *restitutio in integrum* admitida por Juliano.

Solazzi⁶² combina ambas interpretaciones suponiendo que la acción sería llamada efectivamente útil —y no *ad exemplum institoriae*—, en la medida en que había sido restituida después de la consunción ocurrida en el primer proceso, pero que, por otra parte, el negocio de *accipere mutuas pecunias* no podía ser el objeto de una *praepositio institoria* en cuanto que el encargado de recibir dinero en mutuo no ejerce una actividad comercial o industrial, como presupone la *institoria*. Veamos ahora cada una de estas interpretaciones con más detenimiento.

α) POSICION DE ALBERTARIO.—Schlossmann⁶³ descubriría en el texto la *actio utilis ad exemplum institoriae* al considerar que el encargado de recibir dinero en mutuo no es un auténtico *institor*. A él se aproxima Baron⁶⁴, que considera que

56. BARON, o. c., p. 190 (citado por CARRELLI, l. c., n. 44).

57. ALBERTARIO, o. c., p. 206 ss.

58. Bas. 18,1,3 sch. 42 (Estéfano) y 44 (Anónimo).

59. LENEL, *EP*, p. 260.

60. RABEL, o. c., p. 16 ss.

61. S. RICCOBONO, *Dal Diritto romano classico al Diritto Moderno en Annali Palermo* 3/4 (1917) 636.

62. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore en BIDR* 23 (1911) 153 ss.; *BIDR* 25 (1912) 124 ss. = *Scritti* cit. I, p. 371-577.

63. L. c.

64. L. c.

el motivo por el cual el *praepositus mutuis pecuniis accipiendis* no es considerado por Papiniano un auténtico factor está en la poca frecuencia de este negocio.

Albertario⁶⁵ dice que sobre todo es indicio de interpolación el *licet* con indicativo (*licet consumpta est*); también *competere* en lugar de *dandam* y la absurda colocación de *tamen* después de *quasi*. Ulpiano debería de decir *consumpta est actio nec eum amplius agere posse Iulianus ait*. Se explicaría así muy bien por qué razón los compiladores se habrían equivocado en la construcción del *licet*. En efecto, encontrarían ya *consumpta est* y modificaron el sentido del período haciendo preceder el *licet*, pero olvidándose de modificar el modo del verbo. Sigue diciendo el crítico italiano que, el descubrir esta interpolación, tiene una importancia esencial para percibirla igualmente en todos los textos que atribuyen la *actio quasi institoria* a Papiniano. En efecto, en nuestro fragmento encontraríamos afirmado, por obra de los compiladores, que se da una *actio quasi institoria* contra el que haya puesto a un *institor pecuniis mutuis accipiendis*. El texto clásico debería de decir que el *praepositus pecuniis mutuis accipiendis* no era un *institor*, y que, por eso mismo, en aquel caso no procedía la *actio institoria*, y no se mencionaría la *actio quasi institoria* porque no había nacido todavía. Si es cierto que la *actio quasi institoria* es en nuestro fragmento el fruto de una interpolación y no podía ser recordada por el jurisconsulto porque no existía, ¿no es entonces lícito pensar que la acción que se concede en otros fragmentos a propósito del mismo negocio —*pecuniis mutuis accipiendis*— sea también fruto de una interpolación correlativa? Se podría oponer que podía tratarse de una innovación papiniana, como dice Rabel. La objeción no tiene valor para Albertario, quien dice que, si realmente Papiniano hubiese concedido la *actio quasi institoria* contra el *dominus qui mutuis pecuniis accipiendis procuratorem praeposuit* y si Ulpiano se remite a Papiniano en D.17,1,10,5 y en D.14,3,19 pr., ¿por qué no hacerlo también en nuestro texto? Ulpiano debería citar la autoridad de Papiniano para decir en el texto lo que los compiladores hacen decir a Juliano.

65. L. c.

β) POSICION DE RABEL.—Rabel⁶⁶ considera interpolación la presencia de *licet* y toda la frase *quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus*. En su opinión, no puede impugnarse la postura de Estéfano y Azón, también revalorizada por el criterio de Lenel, de que se explicaría por la consunción el que la *actio institoria* no se concediera. Las hipótesis de Schlossmann, Baron, Solazzi y Albertario de negar la doble cualidad institoria del esclavo serían erróneas. Es claro, dice Rabel, que el *servus* de Arlés había sido *praepositus* para dos departamentos negociales: para el comercio de aceite y para un establecimiento de depósitos irregulares. Puesto que el acreedor creía que su préstamo valía para el primero, o desconocía el segundo, demandó con una fórmula en la que aparecía que *Stichus a NoNo merci oleariae praepositus esset*. Según la opinión de Juliano, la total pretensión de Aulo Agerio, derivada de su préstamo, no llegó a una condena por el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, pues no se pudo probar el *accipere ad merces*. Por lo tanto, sería seguro que si el acreedor se hubiese dirigido sobre la segunda *praepositio* habría conseguido la condena.

Rabel concuerda con Albertario en considerar sospechosa la segunda frase del pasaje; *licet* aparece con indicativo (*est* y *poterit*). También es sospechosa la frase que introduce *quasi* antes de *tamen* en lugar de estar después. Albertario también se había manifestado en contra de *competere* y, siguiendo a H. Krüger, decía que los bizantinos lo habrían colocado en lugar de *dandam*; Rabel, siguiendo a Peters⁶⁷, no lo estima, sin embargo, claro indicio de interpolación.

Pero, ¿sobre qué pretendería informarnos el jurista clásico? Posiblemente sobre una discusión, dice Rabel, en torno a la importancia del efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Una opinión aceptaría la consunción, en el caso del texto, pero la contraria se basaría en que un negocio relacionado con la otra *praepositio* no habría sido el objeto del primer proceso. Una controversia de este tipo no podía ser aceptada por los compiladores y de ahí po-

66. O. c., p. 16 y s.

67. H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* en SZ 32 (1911) 219, n. 5.

drían explicarse los cambios del fragmento original. Sin embargo, es osado, sin apoyarse en el texto, conjeturar aquella opinión contraria; además, tendríamos que pensar que los compiladores habrían inventado una *actio utilis* cuando ellos hubieran podido fundamentar la opinión contraria a la admitida por Juliano.

En todo caso, dice Rabel, esto no tiene nada que ver con la extensión de la responsabilidad hecha por Papiniano al crear la *actio quasi institoria*. El *institor pecuniis mutuis accipiendis praepositus* es, por tanto, una figura segura y probablemente se recurriría a ella como encargado de un negocio de depósitos irregulares⁶⁸. Lo que es evidente es que ningún jurista anterior a Papiniano habría extendido la *actio institoria* más allá del ámbito de los *institores*, aunque Juliano, como dice Rabel⁶⁹, pueda considerarse su precursor.

γ) POSICION DE SOLAZZI.—Solazzi⁷⁰ entiende que el mutuante había perdido el litigio porque no había podido probar que el dinero se había recibido para la compra de aceite. Ahora bien, el acreedor trataba de evitar el obstáculo de la consumición, pues, una vez eliminado, dispondría de una acción. Pero, ¿de cuál? Quizás de nuevo la *actio institoria*, pero con una *demonstratio* diferente. En tal caso, el error cometido por el acreedor no consistiría en haber demandado *proposita actione*, sino en haber introducido una *demonstratio* no conforme al supuesto de hecho. Si gue diciendo Ulpiano que *putans creditor ad merces eum accepit egit proposita actione*; de modo que la errónea opinión le ha hecho elegir la acción propuesta, en antítesis de la cual existiría una acción no contenida en el edicto pretorio, es decir, una *actio utilis* en la que se prescindiría de la existencia de una *taberna* y de una *merces*. Continúa diciendo Solazzi que Albertario ha insistido tanto acerca de la importancia del fr. 13, que “el tenor de éste nos obliga a admitir la existencia de la *actio utilis* por lo que dice en la parte considerada genuina por Albertario”.

68. RABEL, o. c., p. 18.

69. RABEL, o. c., p. 19.

70. L. c.

δ) POSICION DE CARRELLI.—Contra la primera y última de estas interpretaciones hace Carrelli⁷¹ las siguientes consideraciones:

(i) Cuando se afirma que el encargado de recibir dinero en préstamo no se considera *institor* se dice algo cierto, siempre y cuando se trate de un encargo único y que tenga por objeto una sola operación, pero, en cambio, cuando se trata de una actividad que se va a desarrollar continuamente y en un determinado *locus*, no hay ninguna razón para negar que pudiese ser considerado como *praepositus* en este determinado negocio. Por otra parte, se puede suponer fácilmente que, en este caso, no fuese sólo objeto de la *praepositio* el *mutuas pecunias accipere*, sino también el *dare*, es decir, una actividad de crédito plena, aunque lo sea en un círculo de negocios limitado. A primera vista puede impresionar que, de ambas actividades, se tenga en cuenta sólo la primera, pero, en verdad, además de que sólo ésta interesaba al supuesto de hecho tratado por Juliano, esto podría explicarse de forma elemental al constatar que, si el esclavo prestaba, dado que siempre adquiriría para el *dominus*, el derecho de crédito surgía sin más en la persona de éste, que, en consecuencia, habría demandado contra el deudor con la *condictio* y no con la *institoria*, mientras que, en el caso opuesto, si el *servus, praepositus pecuniis mutuis accipiendis et dandis*, tomaba dinero en préstamo no obligaba al *dominus* sino en cuanto *praepositus*, dado que, precisamente a tal finalidad, se dirigía la institución de la *praepositio institoria*. Dado, por tanto, que, de ambas actividades sólo la segunda interesaba a nuestra acción, ésta es de la que normalmente se trata.

(ii) Admitido que el *mutuas pecunias accipere*, para un negocio aislado, no puede ser objeto de *praepositio institoria*, la acción que el acreedor habría podido intentar contra el *dominus* habría sido la *institoria utilis*, una acción, por tanto, totalmente distinta de la *institoria directa*, como lo era la Publiciana de la *rei vindicatio*, y que, precisamente como la Publiciana, se puede suponer, sin más, que difiere de la acción directa por estar caracterizada por una *fictio*, en la que el pretor ordenaba al juez tratar al *praepositus*:

71. O. c., p. 160.

mutuis accipiendis pecuniis, que no era un *institor*, *perinde ac si institor esset*⁷².

El acreedor, en lugar de solicitar esta acción, creyendo haber prestado *ad merces*, utilizó la acción directa con la consecuencia de que, no habiendo podido justificar la *demonstratio mercis gratia servum accepisse*, perdió el pleito. ¿Se había realizado la consunción procesal? Si se admite que también el *mutuas pecunias accipere* puede ser objeto de *praepositio institoria*, indiscutiblemente que sí, en cuanto que la acción era única con una *intentio* siempre idéntica, la cual difería en los innumerables casos singulares en el único elemento de la *demonstratio*, y, habiéndola intentado el acreedor erróneamente a consecuencia del falso presupuesto, se habría encontrado frente a un *dominus* precavido por la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. De esta situación no habría podido salir él más que mediante la concesión de una *restitutio in integrum*, con la que el pretor le habría restituido la *actio institoria*, extinguida por consunción procesal, como *actio utilis* y, precisamente, como acción rescisoria —*si de ea re actum non esset*—, a cuya *intentio* habría aportado él luego, respecto a la de la *actio institoria directa*, una modificación ulterior, sustituyendo la vieja *demonstratio*, causa de todos sus perjuicios, por una nueva y exacta.

Pero todo esto se verificaba en tanto en cuanto se admitiera que la acción que el acreedor podía utilizar fuese siempre la misma *institoria*, ya hubiese prestado *ad merces*, ya lo hubiese hecho con otras finalidades. Pero, si se parte del otro presupuesto, es decir, de que, a disposición de quien hubiese contratado con el *institor* existieran dos acciones, una para el caso de préstamo *ad merces*, para el que podía existir *praepositio institoria*, la otra para las demás relaciones, para las que esta *praepositio* habría sido inconcebible, pero que el pretor tutelaba con una *actio institoria utilis*, la situación viene a invertirse, en cuanto que, del mismo modo que no existía consunción procesal en el caso del titular del *in bonis*, que, creyendo ser titular del *dominium*, había intentado la *reivindicatio* y había perdido, no se daba así consunción entre *institoria directa* y *útil*, y, como en el primer caso, el demandante no habría tenido más inconveniente que volver a empezar desde un principio

72. O. c., p. 161.

utilizando la acción Publiciana, así también, en el segundo, sin necesidad de recurrir a una *restitutio in integrum*, habría podido pedir la concesión de la *actio utilis*⁷³.

Es claro, entonces, que la conclusión de Carrelli no puede ser más que la opuesta a la formulada por Solazzi: no sólo del texto en examen no se puede deducir que en el caso de *praepositio mutuis pecuniis accipiendis* existiese una *actio institoria utilis* que hubiese que emplear contra el *dominus*, sino, antes bien, de que sólo con una *restitutio in integrum* se pudiese poner en la posibilidad de recuperar la suma prestada quien, creyendo haberlo hecho *ad merces*, había demandado con la *actio institoria*, insertando en la fórmula la correspondiente *demonstratio*: se debe deducir que, en ambos casos, la acción a utilizar habría de ser siempre la misma, de suerte que la pérdida debida a error en la *demonstratio* produjese una *res iudicata*, de la que no se habría podido salir más que por la vía del *auxilium praetoris*. Por lo tanto, no existiría en Derecho clásico una *actio institoria utilis*, sino que el caso nuestro es de simple *praepositio institoria*, por lo que no es necesario recurrir a la acción útil pues ya existe la directa⁷⁴.

La segunda parte del pasaje posiblemente sea compilatoria, concluye Carrelli; entre las varias reconstrucciones considera preferible la de Riccobono: *sed Iulianus rescissorium iudicium in dominum dari debere, ait*. Los compiladores habrían transformado el *auxilium* que el pretor, *causa cognita*, podía conceder, en un derecho. Probablemente, en la primera parte del texto, en lugar de *praeposita actione* debería leerse *praeposita formula*; la fórmula de la *actio institoria*, según aparecía en el edicto, debía referirse a los casos más antiguos de *praepositio institoria*, es decir, a aquéllos en los que la *praepositio* tiene, efectivamente, carácter comercial e industrial⁷⁵.

ε) POSICION DE F. DE MARTINO.—De Martino⁷⁶, más recientemente, dice que los Basílicos (Bas.18.1.3,sch. 42 y 44)

73. O. c., p. 161 y s.

74. O. c., p. 162.

75. O. c., p. 162, n. 51.

76. F. DE MARTINO, *Ancora sull'actio exercitoria* en *Labco* 4 (1958) 274 s.

indican que o la acción atribuida a Juliano era simplemente un *iudicium rescissorium* concedido *auxilio praetoris*, o bien se trataba de una acción ficticia, en la que se consideraba relación de *praepositio* una cosa que no lo era, esto es, el mandato de contraer préstamos. En consecuencia, la acción habría sido la *actio quasi institoria* (Schlossmann, Baron y Albertario). Contra la tesis crítica, dice De Martino, se podría objetar que no se ve el motivo por el que los compiladores justinianos habrían cancelado el *iudicium rescissorium* de Juliano para sustituirlo por la *actio utilis*. Y no serviría de nada decir que ellos pretendían transformar un simple *auxilium praetoris*, como la *restitutio in integrum*, en un propio y verdadero derecho, porque en el Derecho justiniano se habrían transformado en derechos los viejos instrumentos pretorios. Añádase que, continúa De Martino, si precisamente los *Basilicos* hablan de una *restitutio in integrum*, permanecería todavía menos comprensible el motivo de los compiladores. En lo que afecta a la sustancia del problema se afirma que, si existiera una *actio utilis*, sobre ella no habría operado la consunción de la acción directa, la cual tiene presupuestos diferentes, y, por ello, no habría sido necesario recurrir a la *restitutio in integrum* (tesis de Carrelli). Pero la opinión de la absoluta independencia procesal entre acción directa y útil no parece totalmente segura. Por lo demás, tratándose de una acción pretoria por la que la consunción procesal no ocurría *ipso iure* sino mediante la *exceptio rei in iudicium deductae*, bastaba, para evitar los efectos de la consunción, que el pretor negase la *exceptio* y no había ninguna necesidad de un *iudicium rescissorium*. Excluye, pues, De Martino que Juliano recurriese al remedio de la *restitutio in integrum*, y estima probable que el jurista aconsejase una acción útil. Pero ello no consistiría necesariamente en fingir que el encargo de contraer préstamos se integrase en la *praepositio*, sino en considerar la conclusión del mutuo como algo que viene unido a la gestión institoria, es decir, en nuestro caso, *mercis oleariae gratia*. En esto es donde operaría la ficción de que el préstamo se contrajese con tal finalidad y de que la transposición de la condena fuese en nombre del *dominus*. Así tendríamos una prueba considerable de que Juliano, en esta cuestión de préstamos contraídos por *institores* o *exercitores*, optaba por la extensión útil

de la acción estimando que bastaba que el acreedor tuviera convicción de tal destino. Esto confirma el criterio, a efecto de la responsabilidad del preponente, de que el préstamo había de contraerse para las necesidades de la empresa.—De Martino está pensando en D.14,1,7 pr., y trata de poner en correlación *utiliter* con *utilis*, pero, según ha demostrado Pugliese⁷⁷ en el *Vocabularium Iurisprudentiae*, *utiliter* no se refiere a una *actio utilis* sino a una acción eficaz, es decir, que sirve de provecho para el acreedor.

2) POSTURA QUE ADOPTAMOS.—Aun considerando las sospechas de interpolación, no nos parece lícito llegar a excesos hipercríticos, pues la última parte del texto, que ha sido el principal blanco de los compiladores, contiene una cita de Juliano y es imposible que éstos la hayan inventado. No descartamos que pueda existir alguna alteración en este sector, pero creemos que pueden limitarse a las puramente estilísticas justamente puestas de relieve por Albertario, como hemos visto. Juliano debería decir algo positivo pues en otro caso no sería citado por Ulpiano, y esto consistiría probablemente en otorgar una *actio utilis* que no se puede pensar que fuera la *ad exemplum institoriae* pues, si ésta existió, tuvo que ser creada por Papiniano.

La explicación de Rabel de que existían dos departamentos negociales en la *praepositio*, uno referido al comercio de aceite y otro a depósitos irregulares, nos parece exagerada. Debería pensarse más bien en la existencia de una *praepositio* principal para el comercio de aceite y en otra, complementaria de ella, para recibir dinero en préstamo. Esta segunda debía de ser complementaria de la primera, pues es difícil imaginar, como hace Rabel, una *taberna* con doble *praepositio*. La que para nosotros debió de ser auxiliar de la otra, i. e., para recibir dinero en préstamo, se explicaría pensando que el *institor* precisaría cantidades de dinero para comprar aceite, i. e., para realizar eficazmente la *praepositio* principal. Juliano daba una acción útil probablemente ficticia, pues en su fórmula se indicaría al juez que fingiese (*quasi*) que el *institor* había sido *praep-*

77. G. PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria en Labeo* 3 (1957) 319 ss. En idéntico sentido que Pugliese se manifiesta D. DAUBE, *Utiliter agere en IVRA* 11 (1960) 86 s.

positus mutuis pecuniis accipiendis (en efecto, el *institor* no era un banquero: en esto consistía la ficción) y no *merci oleariae*.

Esta acción ficticia sería también la *institoria* pero con esta modificación, es decir, como si hubiera existido una *praepositio* independiente para recibir dinero en préstamo. De esta forma aparecerían separadas por Juliano las dos *praepositiones*. Con esta visión puede explicarse la frase *quasi-praepositus*, pues sería el contenido de la ficción que se integraría en el *iussum iudicandi* del pretor al *iudex*, si bien nos parece que esta frase debería de ser la última y que su lugar debería estar ocupado por *tamen ait*. También podría pensarse, aunque en segundo rango, que Juliano llamaba *actio utilis* a una acción de *cognitio extra ordinem* que utilizaría para hacer esta reclamación. Pero en Juliano es poco probable: si lo sería, en cambio, en una jurista posterior como, p. ej., en Papiniano (v. infra, 5). Hasta aquí lo que se refiere a D.14,3,13 pr.

Un supuesto análogo se contempla en D.14,3,19,1, donde se dice que, si un esclavo había estado como *institor* en una mesa de cambio para recibir cantidades, luego fue manumitido y continuó como liberto prestando sus servicios al dueño en el mismo lugar, la causa del riesgo que tenía el dueño no se alterará por este hecho:

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Se observa que el esclavo encargado de contraer mutuos es *institor apud mensam*, es decir, tiene la gestión de un banco. Solazzi⁷⁸ duda que la expresión *pecuniis accipiendis* sea originaria y se inclina a pensar que sea un glosema, porque dice que precisar del modo que lo hace el texto las atribuciones del esclavo no ayuda a la decisión y no es costumbre de Papiniano. Rabel⁷⁹ dice que el texto es clásico en conjunto. Mitteis⁸⁰ y Kübler⁸¹ enlazan con

78. O. c. (en *BIDR* 23 [1911] 156).

79. RABEL, o. c., p. 16, n. 2.

80. L. MITTEIS, *Trapezitica* en *SZ* 19 (1898) 211.

81. B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur* en *SZ* 29 (1908) 192.

el principio (D.14,3,19 pr.) y dicen que *accipiendis pecuniis* hace pensar en un banco de depósitos irregulares, pues una rama negociada sólo para recibir préstamos no sería lucrativa. Este es el criterio sostenido también por Rabel, como hemos visto, a propósito de D.14,3,13 pr. A nuestro modo de ver, lo mismo que en el supuesto anterior (D.14,3,13 pr.), la *praepositio accipiendis pecuniis* puede ser perfectamente explicable como complementaria de otra principal, sin que tenga que consistir necesariamente en un negocio bancario.

Hay que citar, por último, en esta sección, otro texto que está en el terreno fronterizo a la distinción entre *institor* y *procurator*. Se trata de Ulp., D.14,3,5,10:

Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius protectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.

Sobre el texto se ha escrito mucho. Solazzi⁸² se ocupó del mismo en varias ocasiones y, después de haber constatado que *imperaret* no tiene complemento directo y que, por consiguiente, le falta igualmente el sujeto a *si quasi procurator fuerit relictus*, tiene sospechas acerca de la alteración del texto en la parte que se refiere al *procurator* y, al final, incluso sin determinar con precisión los límites del fragmento, concluye que sus dudas se hacen ciertas cuando se confronta con PS 2,8,3, del que se deduce que, confíe o no el *fullo* a otros la vigilancia de sus aprendices y cualesquiera que sean las atribuciones que tenga en cuanto encargo de la disciplina y de la corrección, el principal responderá siempre por los contratos concluidos por los terceros con sus aprendices. Rabel⁸³ es todavía más vigoroso y, sobre la base de los mismos indicios formales ya considerados por Solazzi más la constatación de que *sin vero* y *plane* son locuciones particularmente utilizadas por los compiladores, concluye que el texto ha sido totalmente al-

82. SOLAZZI, o. c., en *BIDR* 23 (1911) 153 ss. y *BIDR* 25 (1912) 103 ss.

83. RABEL, o. c., p. 13 ss.

terado por ellos y que, en su tenor original, la pregunta del clásico se concretaba a determinar si los *discipuli*, en virtud del *tabernam tradere*, tenían que ser reputados *institores*. Carrelli⁸⁴ no comparte el criterio de Solazzi, dado que el texto de las *Pauli Sententiae* invocado por éste no sirve más que para hacer brotar nuevas dificultades: *quod cum discipulis eorum, qui officinis tabernis praesunt contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio datur*. Es claro, en efecto, que en este fragmento sobra por lo menos algo, dice Carrelli⁸⁵, es decir, la responsabilidad de los *institores* (y no sólo de los *magistri* por la obligación contraída por los *discipuli*); por otra parte, el texto de Paulo está en abierto contraste con lo que nos dice Ulpiano, para quien son *institores* no los *fullones* (*discipuli*) o los *sarcinatores* (*discipuli*) sino sólo los *praepositi fullonum et sarcinatorum*, es decir, aquellos empleados que el propietario ha puesto al frente de la tienda, autorizándoles para contratar con los proveedores y con los clientes.

Carrelli sostiene la total validez del texto. "Contra la hipótesis de que está interpolado en la parte que se refiere al *procurator* milita una circunstancia que ni Solazzi ni Rabel han considerado lo suficiente: sea o no clásica la *actio quasi institoria* es sin embargo innegable que, en época de Justiniano, si el *procurator* se obligaba, el *dominus* podía ser demandado *in solidum* con esta acción. Las dificultades que ha encontrado la crítica en su tentativa de poner de acuerdo este pasaje con aquellos otros en los que se concede acción por las obligaciones asumidas por el *procurator* o por el mandatario no han sido superadas suponiendo la interpolación del texto, sino simplemente limitadas al Derecho justiniano en condiciones más graves, dado que, admitida la existencia de la acción, había un caso en el que sería lógico y humano concederla, y éste era precisamente el supuesto del que trata Ulpiano, puesto que el cliente que va a una tintorería no está obligado a preocuparse de recibir informaciones sobre si el propietario está o no en su puesto, y, en la negativa, a quién hubiese confiado la dirección de la empresa y en virtud de qué título."

La hipótesis de Rabel, continúa Carrelli, hace todavía más di-

84. CARRELLI, o. c., p. 155-158 y 176-181.

85. O. c., p. 155.

fácil la interpretación, en cuanto que, si se admite que los compiladores han extendido la *actio quasi institoria* del *procurator* al mandatario y correlativamente interpolado los textos ampliando al máximo el contenido de esta acción, no es absolutamente creíble que la hayan negado en un fragmento en el que se habla del *procurator* y en el que ésta habría sido concedida sin discusiones desde época de Papiniano. Lo más probable debió de ser que, por error del copista, hubiese caído la palabra *aliquem* antes de *rogasset* con cuya integración el texto se convertiría en sintácticamente impecable. Por todas estas razones Carrelli⁸⁶ admite, siguiendo a Albertario, la clasicidad del texto, dejando a un lado todas las cuestiones relativas al problema de la clasicidad de aquella *actio quasi institoria* que se daba por las obligaciones asumidas por el *procurator*. A nuestro modo de ver, sin embargo, es incorrecta la interpretación que da Carrelli de *credere*, al considerar como tal el envío de un operario a casa del cliente para retirar los trajes; nos parece más oportuno el significado atécnico que aparece en otros pasajes (de los que se habla en § 4, 2, d) de “fiarse de”. *Me credere operariis suis* hace referencia a fiarse de los empleados del *fullo*. Este error de Carrelli le lleva a prescindir del tenor del texto y a decir que la acción contra el *fullo* era siempre la *actio locati directa*, cuando hemos visto que ésta sólo tenía lugar en el último caso. Con todo, según decimos más adelante, el párrafo *plane - in fine* quizá sea una glosa.

Solazzi ha escrito, con posterioridad a Carrelli, de nuevo⁸⁷ sobre el fragmento y en su trabajo renuncia a la tentativa de reconstruir el texto original y dice que, en su dicción moderna, es un vituperio de la lógica y de la realidad, sin que pueda en modo alguno ser alegado ni en favor ni en contra de la clasicidad de la *actio utilis institoria*. El añadir *aliquem*, dice Solazzi, haría válido el texto hasta *teneri*, pero el estilo de las proposiciones *si quasi... sin vero* con *aliquis* sobreentendido es muy descuidado, complicándose más con el cambio de sujetos, y ello hace sospechar que el sujeto pasivo de *rogasset* ha sido eliminado intencionadamente.

86. O. c., p. 157.

87. SOLAZZI, *Procurator ad institor in D.14,3,5,10* en *SDHI* 9 (1943) 104-113.

Hasta aquí la opinión de Solazzi, cuyas consideraciones no admitimos. A nuestro modo de ver, el texto es comprensible desde la perspectiva de Scialoja⁸⁸ que corrige:

Sed et cum *me* fullo peregre profiscens rogasset ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, *imperarem*, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.

Esta modificación de la lectura, que quizá sea debida a haber entendido que “*imperare*” no quiere decir en este caso “quedar al frente de la tienda” sino “hacer encargos a los de la tienda”, enlaza bien con el final: *mihi recte me credere...* En efecto, *me* es el complemento directo del verbo *rogasset*; el verbo *imperare* puede y quizá debe entenderse como “hacer encargos” a los oficiales tintoreros. Por lo demás debe interpretarse que el *fullo* entregó la tienda no a una sola persona, sino al grupo de dependientes en conjunto (*quibus... tradiderat*); por eso, el sujeto de *relictus* es el discípulo que recibió los trajes y se fugó con ellos. Cada uno de los *discipuli* era un *institor* o un *procurator* en potencia. Y establecemos la alternativa con el *procurator*, puesto que el fragmento no dice que los *discipuli* fueran *servi*, aunque lo más probable es que así ocurriera. Esto se confirma por la secuencia de Ulpiano: el jurista acaba de hablar (en D.14,3,5,9) del *quasi institor* del panadero y pasa seguidamente a otro ejemplo análogo (*sed et*). Con tal motivo, nos inclinamos a pensar que la analogía con D.14,3,5,9, era plena: *dubitari non oportet quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat*. Por lo tanto, también aquí los *discipuli* eran *quasi institores* y el *fullo* se obligaba por la *institoria*. Consideramos interpolada la mención del *non* y quizá desde *si quasi procurator* hasta el final, porque un esclavo probablemente no podía ser *procurator*⁸⁹. Además, la idea de que el *discipulus* (dejando a un lado

88. *Digesta Iustiniani Augusti (recoyn. et. ed. P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoja)*. (Mediolani 1960).

89. En tal sentido, SERRANO, o. c., p. 2 ss.

la cuestión de su esclavitud) es un *procurator* es escolástica y probablemente no ha pasado por la cabeza de Ulpiano. Esta interpretación, o quizá glosa, atrajo la glosa final: *plane-i.f.*, donde se hace una distinción excesivamente sutil entre rogar al cliente que siga sirviéndose de la tintorería y afirmar la honradez de los oficiales, para construir en este segundo caso un contrato directo con el ausente.

Acabamos de ver entonces cómo este texto tampoco sirve para aclararnos el problema de la diferencia entre la *praepositio* como *institor* o como *procurator*. Probablemente estriba la diferencia, al menos antes de Papiniano, en que el *institor* disponía de un restringido poder abierto actuando dentro del cual se producían los mismos efectos de la representación directa, lo que no se daba en el *procurator*, que además tendría que ser ciudadano romano (el *institor* sólo lo era siendo *sui iuris*).

c) Modificación y término de la *praepositio*.

Puede ocurrir que, en algunos supuestos, el principal pretenda que cesen o se modifiquen los efectos de la *praepositio*. El tercero, en estos casos, no podrá fiarse exclusivamente del signo objetivo sino que habrá de atender a la *lex praepositionis*. Los textos nos señalan dos formas de hacer evidentes esas *leges praepositionis*: la *proscriptio* y la *denuntiatio*. La primera es una modalidad de publicación *erga omnes*⁹⁰; la segunda, una especie de notificación *nominatim* que no tiene señalados requisitos especiales y que está en las fuentes únicamente aludida; viene a ser una notificación hecha a persona determinada, haciéndole saber la revocación del poder que llevó implícita la *praepositio* o las limitaciones de la misma. Las reclamaciones del tercero contratante quedarían paralizadas por una *exceptio* insertada en la fórmula: *si ille illi non denuntiaverit ne cum eo contrahere* o *ne illi institore credere*.

90. La *proscriptio* se recoge en D.14,3,11,3 y en D.14,3,11,4, donde se dice que conviene que la prohibición quede expuesta permanentemente, pues si se contrata sin esta circunstancia tiene lugar la *actio institoria*. Por lo tanto, si el principal la hubiese expuesto pero otro la quitó, o, uor otra causa, desapareciera, se obliga el preponente. Pero si ha sido el propio factor el que quitó el anuncio para perjudicar al tercero, su dolo debe perjudicar al que lo nombró.

2. *Actio exercitoria.*

Exercitor era, en las fuentes romanas, el naviero. El Digesto nos transmite la definición de Ulpiano: D.14,1,1,15:

Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum.

El naviero podía ser naturalmente el propietario de la nave; pero es frecuente el caso de que sea persona diferente que ha arrendado la nave con un plazo o sin él. Podía ser *exercitor* un *in potestate*, en cuyo caso la acción se da, *quod cum magistro eius gestum erit*, contra el titular de la potestad⁹¹. Lo mismo aparece en D.14,1,1,20⁹² que, después de referirse al *exercitor in potestate* que ejerce sus funciones con la *voluntas* del titular de la potestad, pero sin existir una *praepositio* propiamente dicha, y que obliga al principal por la *actio exercitoria* al ser la navegación de suma utilidad pública, dice que no ocurre lo mismo cuando el negocio es terrestre donde, si no hay *praepositio*, se aplica como máximo el régimen de la *vocatio in tributum* con la correspondiente *actio tributoria* que se da a aquéllos *qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur*. Ahora bien, surge una duda

91. D.14,1,1,19: *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.*

92. D.14,1,1,20: *Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat, ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet, at institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur, sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? in re igitur dubia melius est verbis edicti servare et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem, et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.*

a Ulpiano y es la de si podría darse, contra el titular del *exercitor in potestate*, la acción *in solidum* cuando el patrón había actuado con conocimiento del dueño pero sin su consentimiento. Y el jurista replica a continuación diciendo que es mejor la interpretación restrictiva y que, en el caso de simple conocimiento, es más oportuno el régimen de la *tributio*. Pomponio nos da, finalmente, la regla general en relación con los negocios marítimos: *si quidem voluntate gerat*, si hay *praepositio*, se da la acción por el todo; si no la hay, la responsabilidad es en la medida del peculio.

El patrón de la nave no suele ser, sin embargo, el propio *exercitor* sino el *magister navis*, que es un representante suyo en los negocios de la empresa naviera, principalmente el transporte. El *magister* debía contratar los servicios técnicos del *gubernator* e incurría en responsabilidad por los daños que se produjeran por no haberlo hecho así. La función del *gubernator* era la de responsable técnico de la navegación, aunque quizás en los barcos pequeños una misma persona asumiera ambas funciones⁹³. El *magister navis* debió de ser originariamente un sometido del naviero y después incluso un *sui iuris*; esto resulta del desarrollo de la economía romana que va desde supuestos familiares a formas más evolucionadas⁹⁴.

El pretor crearía la acción *exercitoria* para satisfacer las necesidades derivadas del tráfico marítimo, probablemente a fines del s. II a. de C. o principios del s. I (v. supra § 1,2).

Gayo (4,71) nos permite conocer con bastante exactitud el contenido del edicto:

Exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quod cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit, gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum in solidum actionem dari; quin etiam licet extraneum quisque magistrum navi praeposuerit, sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in cum redditur.

93. C. M. MOSCHETTI, *Il gubernator navis. Contributo alla storia del Diritto marittimo romano* en *Riv. Dir. Nav.* 30 (1964) 172-253.

94. W. KUNKEL, *Derecho privado romano* cit., p. 381, n. 2, se manifiesta en contra de esta opinión, por lo demás sostenida por Jörs en la primera edición de la obra alemana.

Sobre este texto y otros testimonios de las fuentes, principalmente del libro 28 *ad ed.* de Ulpiano, Lenel reconstruye así el tenor del edicto: *Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine cui ibi praepositus fuerit, in eum qui eam navem exercuerit iudicium dabo.*

Respecto a la fórmula tenemos muy pocos datos, y los que hay señalan únicamente que se daba *ex persona magistri*. Por eso la *intentio* se basaba en la obligación del *magister* y, con tal motivo, se explica que Paulo subraye que el pretor, al introducir la *actio exercitoria*, no haya querido excluir la acción contra el propio *magister*. En lo que se refiere al resto de la fórmula, dice Lenel que son aplicables las mismas consideraciones que respecto a la *actio institoria* y a la *actio de peculio*⁹⁵.

3. *Actio institoria.*

El *institor* es aquella persona que ha sido *praepositus* por el propietario de un establecimiento mercantil terrestre en el ejercicio del mismo o de un ramo, o bien para la realización de un determinado negocio. El ámbito de la actividad del *institor* es muy amplio pudiendo ser *praepositus* en el ejercicio de actividades comerciales de muy diversa naturaleza (...*nec multum facit tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi*): *institor* es, por ejemplo, tanto el llamado para dirigir una tienda como el encargado de un comercio ambulante, si bien el sentido originario del término debió de concretarse a la persona que tenía un lugar físico para llevar a cabo su actividad (v. § 2,1 a).

Los textos precisan qué se entiende por *institor*, no mediante una definición sino con una enumeración casuística de aquellas personas en las que se reconoce esta cualidad. De esta forma, son *institores* los hombres honrados a los que se entregan mercancías para que las vendan por las casas, ya que el lugar donde se puede comprar o vender las mercancías no modifica la clase de acción, si consta de cualquier otro modo que el factor compró o vendió: D.14,3,4...

95. Cfr. LENEL *EP*, p. 257 ss.—V. además supra § 1,3, lo que se dice genéricamente a propósito de las fórmulas de estas acciones.

cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces et ibi vendant, nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendisse.

El *institor* podía ser hombre o mujer, libre o esclavo, tanto del principal como ajeno (D.14,3,7,1); en tanto originariamente es siempre un sometido del principal, en una segunda época puede serlo también un extraño no sometido a su potestad (Gayo 4,71).

Cuando el *institor*, en el desarrollo de su actividad mercantil, celebra negocios jurídicos asumiendo obligaciones respecto a terceros, los acreedores tienen la facultad de elegir: o bien demandar *ex negotio* al *praepositus* (si no era esclavo) o bien al principal con la acción adyecticia. La responsabilidad del principal sólo tiene lugar si el factor ha actuado en el ámbito de la *condicio praepositionis* (D.14,3,5,11), es decir, dentro de los límites de su apoderamiento: si éstos son traspasados, no hay responsabilidad del principal.

Del comentario de Ulpiano deduce Lenel⁹⁶ que el edicto debía expresarse así:

Quod cum institore gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit, in eum qui eum praeposuerit iudicium dabo.

La fórmula debía ser, según el mismo autor:

Quod AsAs de Lucio Titio, cum is a N°N° tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Lucium Titium A°A° dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNm A°A° c.s.n.p.a. (97).

Y una *intentio* de una *condictio institoria* podría imaginarse así: *Si paret Lucium Titium qui a NoNo tabernae instructae praepositus est (o erat) eius rei nomine AoAo HS X milia dare oportere.*

96. LENEL, o. c., p. 258.

97. LENEL, o. c., p. 263. El mismo autor la reconstruía en la anterior edición de su obra (i. e. la traducción francesa que revisó Lenel) así: *Quod As As de Lucio Titio, cum is a NoNo tabernae instructae praepositus esset decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a NoNo ibi praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium AoAo dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNm AoAo c.s.n.p.a.*

4. Comparación de las acciones *exercitoria* e *institoria*.

(i) Analogías. La *actio institoria* se da contra el principal, contra el *qui negotiationem exercet*, y la definición de éste corresponde de hecho a la del *exercitor navis*. En segundo lugar, las acciones se dan en virtud de los negocios celebrados por el *praepositus* dentro de los límites de su *praepositio*.

(ii) Diferencias. Cuando el *exercitor* es una persona *in potestate* se puede intentar la acción contra su *pater familias* (D.14,1, 1,19 y 20), pero respecto al factor no se encuentra nada parecido. Por regla general, el *magister navis* puede, en los límites de su *praepositio*, ser sustituido por otra persona⁹⁸. Por el contrario, el *institor* no puede, salvo convenio especial, ser sustituido.

(iii) Diferencias de aplicación. La *actio exercitoria* suponía una actividad de navegación marítima. Los términos del edicto sobre la *institoria* son más amplios: ésta se aplicaba no sólo por actividades puramente comerciales o industriales sino también por empresas de alquiler de viviendas, de terrenos, por ejercicio de profesiones y por los oficios más diversos⁹⁹.

5. *Actio ad exemplum institoriae*.

Dentro del ámbito de las acciones adiecticias es esta la cuestión que ha motivado una literatura más abundante: Albertario¹⁰⁰ creyó que la aplicación de la *actio institoria* al caso del *procurator* constituía una extensión realizada por los compiladores justinianos; Carrelli¹⁰¹ admite en lo sustancial la tesis interpolacionista de Albertario, si bien sostiene que Papiniano hablaría de la posibilidad por parte de un tercero, que hubiese contratado con el mandatario, de hacer que éste le cediera la *actio mandati contraria* para utilizarla contra el mandante directamente. La mayor parte de la doc-

98. D.14,1,1,5. En contra de la clasicidad del texto v. F. DE MARTINO, en *NNDI*, s. v. "*exercitor*".

99. Sobre todo este tema puede verse con provecho P. HUVELIN, *Études* cit., p. 166-168.

100. ALBERTARIO, *Actio quasi instit.* cit., p. 189 ss.

101. CARRELLI, o. c., p. 143 ss.

trina, sin embargo, se inclina por atribuir la innovación a Papiniano; en tal sentido hay que mencionar la opinión de Rabel, quizá la más sugestiva de todas, y que denomina precisamente a la *actio ad exemplum institoriae* "papel honroso" ("Ruhmesblatt") de Papiniano¹⁰², limitándola al supuesto de la actividad realizada por el *procurator omnium honorum*. También Solazzi¹⁰³ que la circunscribe al supuesto del mandato. Posteriormente, Kreller¹⁰⁴, el cual, aún admitiendo la genuinidad de las fuentes que afirman la extensión papiniana de la *actio institoria*, distingue según que el principal haya concedido una autorización para contratar directamente, lo que constituiría una verdadera *praepositio*, o bien que haya dado un mandato puramente interno al *procurator*. En el primer caso, se habría otorgado al tercero contratante la *actio institoria*, extendida como *utilis*, contra el principal; en el segundo, Papiniano habría introducido una nueva acción con una fórmula basada en la *actio institoria* (y, por lo tanto, llamada *ad exemplum institoriae*) pero independiente de ésta en cuanto a los presupuestos de hecho.

Por último, Burdese ha tratado esta cuestión¹⁰⁵ estimando que la creación de Papiniano no llevó consigo una generalización a todo caso de procuraðuría o de mandato, sino que se ha limitado a hacerlo en un ámbito concreto, cuando a hacerlo en un ámbito concreto, cuando concurría un poder y un mandato específico que fuera conocido (o cognoscible) por el tercero contratante.

Hemos visto ya en otras sedes¹⁰⁶ que algún sector doctrinal estimaba que debían de referirse a la *actio ad exemplum institoriae* (llamada *quasi-institoria* por los postclásicos) y que en realidad no era así. En cambio, los pasajes del Digesto que se refieren a tal acción son: Pap., D.3,5,30 pr.; Pap., D.14,3,19 pr.; Ulp., D.17,1,10,5 (que cita a Pap.); Ulp., D.19,1,13,25 (que también cita a Pap.). Es

102. RABEL, o. c., p. 3-25.

103. SOLAZZI, o. c.

104. H. KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis* en *Festschrift für Leopold Wenger II*, p. 73 ss.

105. A. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* en *Atti della Accademia delle Scienze di Torino* 84 (1949/50) 21 ss.

106. P. ej., D.14,3,5,8 (en § 2,1,c), D.14,3,13 pr. (*eodem*) y D. 14,3,16 (*eodem*).

evidente que, por los límites que nos hemos señalado en nuestro trabajo, no podemos entrar aquí en el estudio de este problema, tan abundantemente tratado por la doctrina. Quizá se pueda observar que, efectivamente, esta acción debió de ser creada por Papiniano para admitir la representación directa por cualquier administrador de un patrimonio ajeno, pero que probablemente tenía la naturaleza de una acción de *cognitio extra ordinem*, pues a partir de la compilación edictal (i. e. de Adriano) no debieron de nacer nuevas acciones¹⁰⁷ y probablemente el jurista se apoyaba en otras creaciones del mismo tipo.

§ 3. EL EDICTO “QUOD CUM EO”

Dig. 14,5: *QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM ESSE DICETUR.*

En este edicto se examina el edicto sobre el beneficio de competencia de los hijos de familia emancipados, desheredados o que utilizan el *ius abstinendi*.

Lenel¹⁰⁸ cree que el edicto *triplex* (D.15,1,1,1), *de peculio vel de in rem verso* y *quod iussu*, al que se debía unir el edicto sobre la acción anual *de peculio*, aparecía en cabeza del título bajo la rúbrica antes mencionada y que la cláusula sobre el beneficio de competencia no debía de ser más que una especie de apéndice del mismo. Se apoya en que tal epigrafe tiene en el Digesto el carácter de una introducción general y que en el título 14,5 sólo se comenta con amplitud la cláusula referente al beneficio de competencia.

El primer texto del título (D.14,5,1) es muy extraño, pues no se trata en ningún lugar de esta cláusula, sino que nos da el contenido del *edictum triplex* relacionándolo en cierto modo con los

107. V. atisbos de estas ideas en S. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem e il suo influsso sul ius civile* en *Mélanges Cornil* II, p. 375 ss. y *Cognitio extra-ordinem. Nozione e caratteri del ius novum* en *RIDA* 3 (1949) 277 s. V., más decididamente, A. D'ORS, *La signification de l'oeuvre d'Hadrien dans l'histoire du Droit Romain en Les Empereurs romains de l'Espagne* (Paris, 1965), p. 147 y 157.

108. LENEL, *EP*, p. 273 s.

anteriores, es decir, con los referentes a las acciones *institoria*, *exercitoria* y *tributoria*. Además, no aparece, en este primer fragmento, como es tradicional, la mención del edicto ¹⁰⁹.

Lenel ¹¹⁰ cree también confirmada su hipótesis por D.15,1,1 pr.-1, cuya introducción debía ser una paráfrasis:

Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae poestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. (1) Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio.

y dice que el jurista no se había expresado de esta forma si entre los edictos *de exercitoria*, *de institoria* y *de tributoria actione* y el *edictum triplex* hubiese contenido el Album alguna otra cláusula. Además, las palabras: *sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit*, contemplan el contenido del edicto *triplex*, y lo mismo ocurre con la rúbrica del Código de Justiniano (4,26): *Quod cum eo qui in aliena potestate negotium gestum esse dicetur vel peculio seu quod iussu aut de in rem verso*.

El edicto correspondiente debería ser, según la reconstrucción hipotética de Lenel apoyada en D.14,5,2 pr.:

In eum qui emnicipatus aut exheredatus erit quive abstinerit se hereditate eius, cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate fuerit contraxerit sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest.

109. BESELER, *Beiträge* 3,99 dice que es una paráfrasis y que KNIEP, *Gaius*, p. 186 ss., cree, sin razón, que en el Edicto provincial, las acciones *de peculio vel de in rem verso* estaban separadas una de otra. De la misma opinión es LENEL, o. c., p. 274. En cambio, RICCOBONO, *Dal Diritto romano* cit., p. 408, n. 3, dice que el texto "sembra immacolato".

110. LENEL, *EP*, p. 278 s.

De esta cláusula, en opinión del mismo autor ¹¹¹, no derivaría en cambio ninguna fórmula especial, puesto que sólo se trataba de un complemento de la *condemnatio*.

La opinión de Lenel, a pesar de su autoridad, no nos parece absolutamente convincente, aunque no pretendemos decidir la cuestión de si la rúbrica *quod cum eo...* debía ser o no el título general del *edictum triplex*. Ajustándonos a la realidad de los textos, es indudable que el título 5 del libro 14 se refiere al beneficio de competencia. También es claro que en este título hay textos que no se refieren a tal cuestión, como es el sospechoso D.14,5,1 que proviene del libro 9 de Gayo comentando el edicto provincial ¹¹² D.14,5,4,5 y D.14,5,8.

D.14,5,4,5 se refiere a que el que demandó con la *actio de peculio* pudiendo hacerlo con la *actio quod iussu*, no puede ejercitar luego esta acción salvo que haya demandado así por error:

Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita Proculus existimat: sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem.

D.14,5,8 contiene una acción de *cognitio extra ordinem* (de la que se habla en el § 6 a propósito de la *condictio* como acción básica de la responsabilidad adiecticia). Lo más probable es que este texto —de Paulo, 1 *decret.*— figurase como una cita en el anterior de Cervidio Escévola —1 *respons.*— y que los compiladores lo hayan situado a continuación, aunque no tuviera nada que ver con el correspondiente texto anterior, como no es infrecuente ¹¹³.

Lo que parece claro es que el título *quod cum eo* no crea ninguna acción pretoria, sino que da la acción civil, que procede contra

111. LENEL, l. c.

112. V. sobre la cuestión, F. von VELSEN, *Das Edictum provinciale des Gaius*, en *SZ* 21 (1900), 139 ss.; W. W. BUCKLAND, en *RHD* 13 (1934), 81 ss.; E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (1937), p. 296.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana* III (s. a.), p. 99 ss.

113. V. sobre el texto, además de los trabajos que se citan a propósito en el § 6, A. A. SCHILLER, *The jurists and the praefects of Rome*, en *RIDA* 3 (1949), 345, y E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar 1956), p. 60 ss.

el rijo desde mediados del siglo I a. C., con la limitación del *id quod facere potest*, es decir, concretando la condena a los bienes actuales del hijo y excluyendo naturalmente los futuros. El que este edicto se refiere a la acción civil y no a la pretoria se explica por la expresión *actionem causa cognita dabo* (D.14,5,2 pr.) en lugar de *iudicium dabo*: la acción civil estaba ya reconocida y el pretor lo único que hace es introducir el beneficio de competencia en la *condemnatio* ¹¹⁴.

El edicto se contiene, como hemos visto, en D.14,5,2 pr., sobre el cual se funda la reconstrucción de Lenel ¹¹⁵. De este texto se desprende que, si el hijo hereda de su padre, la acción básica que deriva de los negocios por él realizados se dará contra él directamente, *in solidum*. En cambio, si el hijo no hereda de su padre, la acción se da con beneficio de competencia ¹¹⁶. Resulta entonces claro que el edicto se da a raíz del reconocimiento de la capacidad de obligarse de los hijos de familia, lo mismo que la excepción del SC Macedonio presupone también esta capacidad y de ella trata el Digesto, precisamente en el título siguiente.

El beneficio de competencia concedido al emancipado se justifica precisamente por el hecho de no recibir bienes familiares con qué satisfacer *in solidum* las deudas contraídas por él antes de la emancipación, y por eso debía excluirse en caso de haber heredado algo *ex testamento* o de haber pedido la *bonorum possessio (unde liberi)* a falta de testamento. Estas circunstancias debían apreciarse en la *causae cognitio* previa a la *datio actionis*. Pero este edicto es

114. M. KASER, *Zum Ediktsstil*, en *Festschrift Schulz II* (1952), 51, n. 14, incluye este caso entre aquéllos en los que *actionem dare* equivale a *iudicium dare*; cfr. del mismo autor *ZPR*, p. 218, n. 18, donde duda por no pensar en aquel momento que se trata de la acción civil sin más modificaciones que la del *in id quod facere potest*.

115. L. c.; O. GRADENWITZ, *Zur Sprachgebrauche des prätorischen Edikts*, en *SZ* 8 (1887), 259, estima interpolada la expresión *in cuius potestate erit* y propone que sea sustituida por *parentis* o por *patris familias*. Pero quizá pueda eliminarse el obstáculo *erit* en lugar de *fuert* si se lee con Lenel en base a C.4,26,2 (*fuit*), *fuert*. También E. SECKEL, *Handlexicon* cit., habla de la misma interpolación.

116. En tal sentido, GLÜCK, *Pandectt.* libro 15, p. 99.

anterior al momento en que se ofreció la *bonorum possessio* al emancipado y, por eso, no prevee tal supuesto.

§ 4. ACCIONES NO MERCANTILES

1. *Actio de peculio*.

a) Generalidades.—La incapacidad patrimonial de esclavos e hijos de familia venía a excluirles de hecho del tráfico jurídico y esto suponía una situación perjudicial en una época en la que las grandes conquistas habían supuesto un cambio total en la economía y costumbres romanas. La concesión del peculio, en cuanto que podía servir para la gestión de los bienes del *pater*, le reportaba a éste más ventajas que una simple *praepositio*. En efecto, el sometido actuaba bajo el estímulo de obtener una ganancia personal y el titular se evitaba las molestias de una vigilancia sobre la actividad del sometido que concurrirían en el supuesto de la *praepositio* y, además, limitaba su eventual responsabilidad. Pero, en su empleo ordinario, el peculio no excluía la *praepositio* sino que era su complemento necesario. Cuando el *praepositus* era un *alieni iuris* los terceros, sin la *actio de peculio*, se encontrarían muchas veces desamparados, p. ej., cuando un negocio se había hecho fuera de los límites de la *praepositio*¹¹⁷. La *actio de peculio* tenía pues, a partir de su introducción, el carácter de una acción general de naturaleza no mercantil. Se otorgaba en virtud de los negocios del que se hallaba *in potestate*, a falta de *praepositio* o de un *iussum* que serían los supuestos menos frecuentes, como lo prueba la menor extensión de los títulos 1 y 3 del libro 14, en relación con el 1 del libro 15. La condena del padre aparecía limitada al importe del peculio (*dumtaxat de peculio*), pero esto no significa que la condena tuviera que concretarse a los objetos del peculio, sino que el padre o dueño respondían con todo su patrimonio pero sólo hasta el límite que representaba el valor del peculio al tiempo de la sentencia. Por la *actio de peculio* debían de satisfacerse los créditos hasta donde alcanzara el activo del peculio, según el orden en que recla-

117. MICOLIER, *Pécule*, p. 63 ss.

maban los acreedores, de manera que los que se presentaban después de agotado el peculio no cobraban.

Este funcionamiento de la *actio de peculio* se acredita, p. ej., cuando a causa de una compra realizada por el esclavo el dueño consiguió el doble del precio por virtud de evicción; esta cantidad pasará a integrar el peculio del esclavo, a no ser que el dueño se oponga a esto: D.15,1,7,6.

Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit. quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi (118).

Cuando el dueño permite al *servus ordinarius* que compre un *vicarius* por ocho áureos, pero el precio auténtico han sido diez, de los que dos los puso el ordinario de su bolsillo, sólo éstos se pagan al vendedor del peculio del esclavo: D.15,1,37,1.

Si servo tuo permiseris vicarium emere aureis octo, ille decem emerit et tibi scripserit se octo emisse tuque ei permiseris eos octo ex tua pecunia solvere et is decem solverit, hoc nomine duos aureos tantum vindicabis, sed hi venditori praestabuntur dumtaxat de peculio servi.

b) *Deductio peculii*.—Hemos visto ya, al tratar de las acciones mercantiles, cómo la *praepositio* y sus límites constituían el punto fundamental al que se refería mayormente la casuística de las fuentes; pues bien, lo mismo ocurre en el caso de la *deductio* de los créditos y deudas recíprocas existentes entre el jefe y su hijo o esclavo, puesto que, para fijar la condena en la medida del peculio, se hacía previamente computación de todo lo que el padre o dueño

118. El texto está probablemente interpolado (BUCKLAND, *Slavery*, p. 685). BESELER (*Beiträge* 3, 196) sólo estima válido *si ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum*. Quizá de estas correcciones la única justificada sea la supresión de *nisi*...—En opinión de MICOLIER (*Pécule*, p. 161, n. 38), el crédito contra el tercero, que se ha extinguido por el pago, ha cedido el lugar a un crédito natural contra el dueño, crédito que le ha sido subrogado.

hubiera detruido del peculio y de las deudas contraídas por él frente a su hijo o esclavo; inversamente, se deducían los débitos naturales de los sometidos. A esta *deductio* es a la que se refieren los casos que se presentan a los juristas y, por esta razón, no debe sorprender que a continuación tratemos de supuestos que contienen también una referencia, aunque accesoria, a las relaciones básicas.

Así, p. ej., D.15,1,11,1 se refiere al esclavo que hace novación al dueño a favor de un deudor de éste: esta obligación natural se deduce del peculio. Lo mismo ocurre cuando el esclavo se hubiese hecho deudor de algo a cambio de la manumisión y luego hubiese novado esta obligación natural; en ese caso, la *deductio peculii* se hace si se demanda al dueño con la *actio de peculio* por cualquier otra causa después de manumitido el esclavo:

Sed et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit, deduci oportebit, quemadmodum si quid domino servus pro debitore expromiserat. idem est et si pro libertate quid domino expromisit, quasi debitor domino sit effectus, sed ita demum, si manumisso eo agatur.

D.15,1,56 dice:

Quod servus meus pro debitore meo mihi expromisit, ex peculio deduci debet et a debitore nihil minus debetur. sed videamus, ne credendum sit peculiare fieri nomen eius, pro quo expromissum est. Paulus: utique si de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit.

El texto se refiere a que si el esclavo ha prometido a su dueño lo mismo que a éste debía un deudor, esto debe deducirse del peculio, pues el esclavo se obligó *naturaliter* y esta cantidad se compensa, si bien el deudor continúa debiéndola. El crédito prometido por el esclavo se hace peculiar cuando el dueño, al ser demandado por un tercero con la *actio de peculio*, lo deduce a efectos de determinar el activo de tal patrimonio. En todo caso, el texto trata sencillamente de las compensaciones de cuentas interfamiliares por las obligaciones naturales contraídas a efectos de la *deductio peculii*.

Refiriéndose a la *condictio* como acción básica tenemos D.15,1,9.8:

Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est iussu domini: nam hoc deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris quod acceptum est pervenit: alioquin secum debet compensare. sed et si pro servo fideiusserit, deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. Marcellus autem in utroque, si nondum quicquam domino absit, melius esse ait praestare creditori, ut caveat ille refusurum se, si quid praestiterit dominus hoc nomine conventus, quam ab initio deduci, ut medii temporis interururium magis creditor consequatur. sed si de peculio conventus dominus condemnatus est, debet de sequenti actione de peculio deduci: coepit enim dominus vel pater iudicati teneri: nam et si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori, etiam hoc deduceret.

Este texto tiene tres partes. En la primera se trata de un préstamo directo al amo que se aplica a gastos del peculio; entonces se dice, siguiendo a Juliano, que el amo puede deducir esta cantidad en que se obliga del peculio: siempre que no haya revertido en su patrimonio no peculiar algo de la cantidad prestada, en cuyo caso, esta cantidad que ha revertido en propio interés del amo no se puede deducir del peculio y se debe compensar con el crédito natural del dueño contra el peculio. Y de ahí que pueda decirse lo mismo en el caso de obligación por *fideiussio*, es decir, en el caso en que el amo se haya obligado como fiador de su esclavo, si bien es posible que el texto de Ulpiano no hablara de *fideiussio* sino de *sponsio*. La segunda parte del texto se refiere a una opinión de Marcelo en relación con lo anterior. Dice que no es necesario deducir del peculio la cantidad en que se obliga el amo sino en el caso de que se haya producido un pago, es decir, de que el amo haya perdido algo a causa del peculio, pero no desde el primer momento en que contrae la obligación sino desde el momento en que aquella cantidad sale de su propio patrimonio (*si... absit*). En tanto no ha salido del patrimonio conjunto del padre, es decir, en tanto éste no ha pagado, no hace falta hacer la deducción sino que es mejor que el acreedor dé caución de que, en el caso de que se reclame al padre, él, el acreedor que cobró, devolverá lo cobrado aunque pueda retener los intereses del tiempo en que ha utilizado

esa cantidad. Dicha solución es más ventajosa para los acreedores, porque les permite mediante la promesa estipulatoria de la caución, además con garantía de fiadores, el cobrar los intereses de la cantidad prestada. La tercera parte se refiere a que también se deben deducir del peculio aquellas cantidades que el amo ha pagado al ser demandado por una acción de peculio anterior, es decir, que todo lo que el amo paga por la acción de peculio se debe deducir del mismo a efectos de las reclamaciones *de peculio* ulteriores.

Gai., D.15,1,27,4, trata de un dueño que vende un esclavo con el que tiene cuentas pendientes. Gayo, siguiendo a Juliano, dice que no tiene, éste que vendió el esclavo, una acción de peculio para reclamar del que lo compra las cantidades que el esclavo le debía antes de la venta, cuando era su esclavo. La palabra *crediderit* podría hacer pensar que se trata de un préstamo que podía dar lugar a una acción de peculio, pero puede tratarse también del saldo a su favor que tenía contra el peculio del esclavo. Lo que hace el texto es negar que este crédito, favorable al dueño que vende, se puede reclamar del dueño que compra —el que ahora compra se hace dueño— mediante la acción de peculio:

Sed ipsi, qui vendiderit servum, non putat Iulianus de eo, quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere permittendum.

Una hipótesis similar se contiene en D.15,1,27,5, aunque es más compleja:

Sed et si alieno credidero eumque redemero, deinde aliena vero, aequo non putat mihi in emptorem dari debere iudicium.

Se trata de que una persona presta dinero a un esclavo ajeno; después de haber hecho este préstamo que no ha cobrado compra al esclavo y, después de haber adquirido su propiedad, lo vende a otra persona y se niega la acción —*de peculio*, aunque no se diga *expresis verbis*— contra este último comprador por la cantidad que prestó el vendedor a este esclavo antes de haberlo comprado él a su vez. Efectivamente, aquí nos encontramos con un préstamo en el comienzo, puesto que se trata de un esclavo ajeno, y con una

acción que suponemos que es la *actio de peculio*; aunque se niega su aplicación, se especula con la idea de una *actio de peculio*, pero no hay que olvidar la etapa intermedia, es decir, el momento en el cual este esclavo ha ingresado en el patrimonio del que prestó el dinero y, entonces, la cuestión que hay que plantear es ésta: ¿cómo es posible que se presente este problema de la restitución del dinero, de la cantidad prestada, sin mencionar al antiguo dueño de este esclavo que fue quien realmente hubiera debido quedar obligado por el préstamo de su esclavo? Entonces, la contestación es porque faltaba el *iussum*, es decir, que esta cantidad prestada al esclavo ajeno se hizo sin el *iussum* del amo, y sin él, el amo no puede quedar obligado. Por tanto, este préstamo sin autorización del dueño obligaba al esclavo sólo *naturaliter*. El acreedor, al mismo tiempo, ahora dueño, puede deducir el crédito natural que tiene contra el esclavo ahora suyo; por tanto, estamos ante el mismo supuesto del párrafo anterior, un caso de saldo pendiente entre el esclavo y su propio amo. El podía haber deducido o retirado del peculio del esclavo esta cantidad pero no lo ha hecho: ha vendido al esclavo y ahora se le ocurre reclamar aquella cantidad que no dedujo del peculio por la razón que fuera; entonces se llega a la acción, es decir, que lo que empezó siendo una obligación natural no se puede convertir ahora en una obligación pretoria por la *actio de peculio* sino que sigue siendo una obligación natural.

Si un dueño apunta en sus cuentas que él debe al esclavo, pero en realidad ni recibió nada en préstamo ni ha precedido ninguna causa de deuda, la mera anotación no le constituye en deudor precisamente porque no existe la posibilidad en el *ius civile* de que nazca una deuda por simple anotación: Pomp., D.15,1,49,2:

Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.

Otro texto muy sugestivo es Afric., D.15,1,38,3: el vendedor del esclavo presta una cantidad a éste y se plantea el problema de si se dará la *condictio de peculio* contra el comprador, deduciendo la parte de los bienes que quedaron en poder del vendedor.

Y Juliano dice claramente que no, siendo igual que el vendedor ejercite la acción dentro del año como después, puesto que tampoco se da acción contra éste a los demás acreedores que tuviera el esclavo después de la venta. Por el contrario, si demandan al vendedor los que hubiesen contratado con el esclavo antes de ser vendido, aquél no podrá deducir lo que el esclavo hubiera empezado posteriormente a deberle. El problema, por tanto, es también el de si el *peculio* con el que se ha quedado el vendedor debe computarse o no a efectos de la acción. Juliano lo niega considerando que las relaciones anteriores a la venta y las posteriores son incomunicables:

Servo quem tibi vendideram pecuniam credidi: quaesitum est, an ita mihi in te actio de *peculio* dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. quod quidem minime verum est, nec intererit, intra annum quam vendiderim an postea experiar: nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur. in contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit. ex quo apparet onus eius *peculii*, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere.

c) Cláusula *de in rem verso*.—Como veremos más adelante, con la misma fórmula procesal que la de la *actio de peculio* podía realizarse otro supuesto de responsabilidad adyecticia: *de in rem verso*. En virtud de esta cláusula el padre respondía por el negocio concluido por el hijo o esclavo en la medida en que su patrimonio hubiera experimentado incremento por efecto de tal negocio. Aquí lo mismo que ocurría con la *praepositio* y con la *deductio peculii*, la preocupación de los juristas, reflejada en los pasajes que se refieren a la cláusula *de in rem verso*, estriba en determinar cuándo el acto del sometido ha producido esa mejora en el patrimonio del jefe, que puede ser positiva, cuando se da un aumento efectivo, o negativa, cuando se evita un desembolso.

Ulpiano confirma la existencia de esta norma explicando cuáles son los derechos de los acreedores, el que ha prestado el dinero y el que ha vendido los trajes, cuando el esclavo ha comprado trajes a crédito y no ha podido pagarlos; afirma, en efecto, que el dueño

se obliga respecto al vendedor de los trajes porque éstos han ido a parar a su patrimonio:

D.15,3,3,10:

Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum et si vestis perierit: si autem non fuit pretium sortum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. an et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? ratio hoc facit, ut teneatur: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. proinde et si tam pecunia quam vestis perierit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

El jurista presenta el caso como problemático por la concurrencia del que prestó y del vendedor. En efecto, el dueño se obliga por la *in rem versio* cuando el esclavo ha perdido el dinero que debía servir para pagar el precio de sus vestidos. Si el esclavo hubiera cometido una falta el dueño no se obligaría más que en la medida del enriquecimiento efectivo (D.15,3,16)¹¹⁹.

La consecuencia será que, tanto el que prestó como el vendedor de los vestidos, dispondrán de la *actio de in rem verso*, problema que se resuelve con Gayo en D.15,3,4:

Sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquam est.

Más complicado es D.15,3,10,4 y 5:

In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est: proinde si pars versa est, de parte erit actio. Sed utrum

119. Parece cierta la interpolación del pasaje; en efecto, Ulpiano declara, en primer lugar, que el esclavo ha perdido el dinero después de haber comprado los vestidos; luego, sin haber resuelto el problema de los respectivos derechos del acreedor y del vendedor de los trajes, supone que el esclavo ha pagado a éste. A continuación vuelve a la primera hipótesis y se limita a desarrollarla; parece, pues, que el pasaje *puto autem... etsi vestis perierit* ha sido añadido bastante después: cfr. GAY, *In rem versum*, p. 196, n. 55.

in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto digestorum scribit dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debentur, quia in stipulatum deductae non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Se plantea en este texto el problema de si el dueño se obliga solamente por la cantidad que ha revertido en su patrimonio o también por los intereses de la misma. Marcelo nos dice que si el esclavo prometió intereses deberá pagarlos su dueño por la *actio de peculio*, pero que si no se hubieran prometido, no se deberán, pues no fueron comprendidos en la estipulación. Si, en consideración al dueño del negocio, un tercero dio una cantidad al esclavo no siendo éste gestor de los negocios del dueño sino actuando como gestor él mismo, el dueño dispone de la acción de gestión de negocios también para reclamar los intereses (se entiende, con la *actio in ius*)¹²⁰.

Lo verdaderamente importante es la primera parte del fragmento, donde se habla de una promesa estipulatoria de intereses realizada por un esclavo. ¿Qué explicación tiene este período? La promesa del esclavo no es aislada sino que aparece conexas con otro negocio que, en nuestro caso, es un mutuo que probablemente se habría concedido por la presencia del *iussum*. La promesa del esclavo tendría un efecto puramente natural siempre y cuando estuviera aislada porque, como veremos, en la medida en que las promesas estipulatorias no tienen causa, no pueden afectar al dueño del esclavo que las ha realizado (sobre las promesas estipulatorias como relaciones básicas, v. § 6, 2).

120. La última parte del texto: *plane - i. f.* es un tanto extraña, porque en ella interviene un nuevo sujeto, que es el gestor de los negocios del dueño y que es quien da el dinero al esclavo: precisamente, en base a esta entrega, hace luego la reclamación de los intereses mediante la *actio negotiorum gestorum*. F. RABEL (*Negotium alienum und animus*, en *Studi Bonfante* 4, p. 290 s.) considera interpolada la mención *contemplatione domini*, pues es un reflejo de la obra de los compiladores para quienes la intención del gestor, de obrar en favor de otro, adquiere mayor importancia. Pero esta última parte del texto no interesa a nuestro estudio.

El provecho se entiende obtenido cuando lo que recibió el esclavo ha producido un aumento en el patrimonio del dueño, por ejemplo, si paga a un acreedor del dueño con el dinero que ha recibido en préstamo de otro, porque de esta forma le evitó un desembolso. O si el esclavo toma dinero prestado para comprar trigo para alimentar a los esclavos del dueño, pero, en este caso, el esclavo ha de actuar como gestor o administrador de las cosas del dueño. Si la cantidad recibida en préstamo para el peculio rewertió luego en provecho del dueño, es procedente la *actio de in rem verso*: D.15,3,3,1:

In rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpsit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit (sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aequè in rem versum esse Pomponius libro sexagesimo primo ait, quatenus indebit repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

Si creemos a Ulpiano, también Labeón habría declarado que había *in rem versio* cuando el esclavo había recibido dinero en préstamo y lo había empleado para comprar cosas superfluas, desde el momento en que actuaba de acuerdo con la voluntad de su padre: D.15,3,3,6:

Nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus sumministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini.

Esta solución es la misma que la que adopta Ulpiano cuando afirma que los gastos de lujo del *alieni iuris* respecto a su dueño

obligan a éste *de in rem verso* sólo si dio un mandato expreso o ha manifestado su voluntad: D.15,3,3,4:

Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse factururus non esset, quid ergo est? pati debet dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet.

También es interesante D.15,3,20 pr.: se trata de un padre que había prometido una dote a su hija y se había obligado a alimentarla. Pero incumplió esta segunda promesa y la hija falleció durante el matrimonio. Cervidio Escévola explica que el incumplimiento del padre había obligado a la hija a pedir un préstamo a su marido y declara que si lo prestado se gastó en lo que era necesario para ella y para sostener los esclavos paternos, procede la acción útil de provecho obtenido contra el padre:

Pater pro filia dotem promisit et convenit, ut ipse filiam aleret: non praestante patre filia a viro mutuam pecuniam accepit et mortua est in matrimonio respondi, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

Este fragmento ha sido variamente interpretado por los romanistas¹²¹. La razón por la cual se da precisamente la *actio utilis* está, en opinión de Gay y de Niederländer, en que el deudor no es ni un *servus* ni un *filius* sino una *filia*¹²². Si estos autores se basan en la existencia de una ficción, también existía en el caso del esclavo. La especialidad que permite hablar de extensión a supuesto nuevo me parece que puede ser la de que aquí no hay una verdadera *versio in rem patris*, pues no se trataba de pagar una deuda del padre ya que los alimentos no habían sido pro-

121. Un elenco de las opiniones puede verse en GAY, *In rem versum*, p. 249-253.

122. H. NIEDERLÄNDER, recensión a la obra de GAY cit. en SZ 75 (1958), 415 ss.

metidos, sino simplemente pactados (*convenit*); este pacto no producía acción y, por eso, no se habla de ella.

Mucho más preciso que el texto anterior es D.15,3,21; en primer lugar, se aclara que la manutención de la hija debía estar a cargo de ella o de su padre; a continuación, se dan abundantes detalles sobre las razones por las que el marido le prestó dinero y sobre el empleo que hace la esposa del mismo. Por último, se menciona un litigio sobrevenido entre el padre de la esposa y el marido, después de la disolución del matrimonio, sobre las condiciones en las que la hija de familia ha utilizado el capital que se le había prestado en provecho del primer interesado:

Filiam familias duxit uxorem patre dotem promittente et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur: maritus ei mutuos nummos dedit, cum iuste putaret patrem eius ministraturum tantum salarium, quantum dare filiae suae instituerat: eos nummos illa in usus necessarios sibi et in servos quos secum habebat consumpsit, aliquantum et (cum ei res familiares creditae essent) ex pecunia mariti in easdem causas convertit: deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia: pater impensam recusat: maritus res mulieris retinet: quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat. respondit, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

El texto, también diversamente interpretado, pone de relieve las diferentes masas de bienes que entran en juego: patrimonio del padre, del marido, patrimonio familiar en el que la mujer interviene y bienes administrados por la mujer¹²³. Lo fundamental es que la respuesta del jurista dice que procede la *actio de in rem verso utilis* por las mismas razones que en el supuesto anterior, cuando se trata de un préstamo necesario.

En el caso de que un hijo recibiese una cantidad en préstamo y la hubiera entregado en dote por su hija es procedente contra el padre la *actio de in rem verso*, siempre que el abuelo fuera a dotar a su nieta: D.15,3,7,5:

Si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte

123. Cfr. M. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* cit., p. 23 s.

daturus fuit. quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut patris negotium gerens.

Probablemente la frase *quae sententia* - i. f. es interpolada porque contiene una referencia al *animus aliena negotia gerendi*.

Lo mismo ocurre si el esclavo hubiera tomado en préstamo una cantidad y la hubiera dado en dote en nombre de la hija de su dueño: D.15,3,8:

Et nihil interesse Pomponius ait, filiae suae nomine an sororis vel neptis ex altero filio natae dederit. idem ergo dicemus et si servus mutuatus fuerit et domini sui filiae nomine in dotem dederit.

Este supuesto es muy frecuente, como vemos en D.15.3.17 pr. Africano mantiene la *actio de in rem verso* aun después de haber desaparecido la *in rem versio* propiamente dicha, tanto en el caso del esclavo como en el del *procurator*, siempre que en ambos casos la cantidad se destinara a los negocios del dueño:

Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilo minus cum domino de in rem verso agi existimavit, nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.

En el texto se equiparan las situaciones jurídicas del *servus* y la del *procurator*: pero se trata de un caso en el que la *versio in rem domini* no ha tenido lugar porque, después de haber recibido en préstamo, fue perdida. Sin embargo, Juliano entiende que la acción se da como si la *versio* hubiese tenido lugar, y, como argumento de analogía, se alude a un *procurator* a quien ha ocurrido lo mismo. Y es de considerar que se estiman igualmente competentes las dos acciones de mandato y de *negotiorum gestio* contra el *procurator*.

Según Ulpiano, si el esclavo debe al dueño una determinada cantidad de dinero y pide en préstamo a un tercero una suma igual para liberarse, no existe *in rem versio*. En el caso de que la deuda del esclavo sea inferior al total recibido, sólo se da *in rem versio* por la diferencia. Esta solución se extiende a la eventualidad de que el esclavo deudor del dueño utilice el dinero recibido en

préstamo para pagar a un acreedor de éste; la *actio de in rem verso* sólo se da en cuanto el pago excede a la deuda: D.15,3,10,7:

Si domini debitor sit servus et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, vertit. Proinde si, cum domino debet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit de in rem verso in decem competere actionem: aut si tantundem debeat, nihil videtur versum. nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum: et ideo, sive debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum: idemque et si solverit ei. plus dicit et si tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alias donavit, durare versum¹²⁴.

d) La *actio annalis de peculio*.—Una vez extinguida la patria potestad o el dominio (por muerte del padre, emancipación del hijo o manumisión del esclavo) los acreedores podían ejercitar todavía durante un año la *actio de peculio* contra el padre o dueño, o el heredero en cuyo poder se hallase el peculio. Esto se desprende de Ulp., D.15,2,1 pr., donde se contiene el correspondiente edicto (v. infra letra c). También D.15,2,1,1. donde se dice que, mientras el hijo o esclavo está en potestad, la acción de peculio contra el padre no tiene límite de tiempo para su ejercicio; sin embargo, después de la muerte, de la enajenación o de la manumisión, la acción se convierte en temporal:

Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem eius vel postquam emancipatus manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis¹²⁵.

124. Sobre el texto v. GAY, o. c., p. 197-199.—Otros supuestos de *versio in rem* por préstamos, análogos a los ya contemplados, se encuentran en D.15,3,10,8; D.15,3,10,10; D.15,3,11; D.15,3,20,1; D.15,3,3,5; D.15,3,3,9; D.4,3,20 pr.; D.15,2,7,1.

125. V. F. HERNÁNDEZ TEJERO, *Perpetuus*, en *AHDE* 19 (1948-49), 599 s., donde se refiere al sentido limitado y condicionado del término *perpetuus* en este texto y en D.15,2,2 pr.

Cuando un esclavo está en poder de los enemigos, la *actio de peculio* contra el dueño no expira al pasar un año, en tanto pueda volver acogándose al *postliminium*: D.15,2,2,1:

Si servus cui creditum est apud hostes sit, de peculio actio in dominum non anno finienda est, quamdiu postliminio reverti potest.

e) Edicto y fórmula.--Esta acción, que quizá formaba parte del edicto llamado *triplex*, según la hipótesis de Lenel, y que debió de tener la rúbrica: *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium esse dicitur*, probablemente estaba reconocida en el siguiente edicto:

Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit, factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo.

La cláusula *de in rem verso* se intercalaría en la *condemnatio* (la *intentio* era la misma de la *actio de peculio*) después de las palabras *quo minus peculii esset*, en una forma aproximada: *sive quid inde in rem eius, in cuius potestate erit, versum erit*¹²⁶.

La fórmula de la *actio de peculio*, que tiene hoy la acogida de la mayor parte de la doctrina, ha sido formulada por Keller y asumida sustancialmente por Lenel¹²⁷. La *intentio* de esta acción debía redactarse bajo el nombre del *alieni iuris* e indicaba el importe total del crédito, en tanto que el nombre del *pater*, lo mismo que las cláusulas *de peculio*, *de in rem verso* y *si quid dolo malo* (D.15,1,21 pr.-2) debían figurar en la *condemnatio*. Una de aquellas cláusulas debía desaparecer, y lo más probable es que la *actio de peculio* pudiera darse sin la cláusula relativa a la *in rem verso*. Sin embargo, Solazzi cree que, en época clásica, la *actio de in rem verso* no podía aparecer nunca aislada de la *actio de peculio*¹²⁸. Esta opinión de Solazzi es inadmisibles incluso desde un punto de vista lógico, pues el pretor no tendría que prescribir al juez que

126. LENEL, *EP.* p. 277.

127. LENEL, *EP.* p. 281-282.

128. SOLAZZI, *Scritti* I, p. 247 ss.: de nuevo, en *AG* 152-3 (1957), 3 ss., y al recensionar la obra de GAV. en *IvR* 4 8 (1957), 544.

investigara en torno a la existencia de un peculio cuando constara de antemano su inexistencia y el demandado no quisiera más que una condena en la medida del *versum in rem domini*¹²⁹. Ambas alternativas podrían darse aisladamente y no sólo la *actio de peculio*. Más recientemente, Gay¹³⁰ se pronuncia también en el sentido de la independencia en base a los testimonios de las fuentes.

Lenel reconstruía así una *actio de peculio* cuya relación básica era la acción del depósito:

Quod As As apud Stichum, qui in NiNi potestate est, mensam argenteam deposuit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, AoAo dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex NmNm AoAo dumtaxat de peculio et si quid dolo malo NiNi factum est, quominus peculii esset, vel si quid in rem NiNi inde versum est, c.s. n.p.a.

Ulpiano nos informa sobre el edicto que otorgaba la *actio annalis* en D.15.2.1 pr.:

Praetor ait: 'Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo'.

El texto es incompleto, como observa Lenel¹³¹, y la frase *dolo malo eius in cuius potestate est* no es correcta; en lugar de *est*, debería de leerse *fuerit*. Por lo demás, este edicto debería contener el requisito de que, para que la acción fuese posible contra un antiguo jefe de familia o contra sus herederos, sería preciso que el peculio hubiera continuado en su poder, lo que se expresaría —en el edicto y en la fórmula— con *penes* (D.15.2.1,7: *et ait Caecilius teneri, quia peculium penes eum sit*), y así hay que pensar que prometía una acción *adversus eum quem peculium erit dolo malo eius factum erit quominus esset*.

129. MICOLIER, *Pécule*, p. 328; M. KASER, recensión a SOLAZZI, *Scritti* I, en *SZ* 73 (1956), 422.

130. O. c., p. 166 ss.

131. *EP*, p. 277.

Respecto a la fórmula, nos dice Lenel¹³² que no difería de la precedente más que en los dos siguientes extremos: la relación de *potestas* debía ser mencionada en la *demonstratio* como algo ya pasado. Cuando el esclavo había sido manumitido la ficción debía decir: *si tunc liber fuisset*; si había muerto, debía explicarse aproximadamente: *quidquid AoAo si apud liberum deposuisset, eo nomine dari fieri oporteret*. Por lo demás, la circunstancia de que el peculio estuviese *penes NmNm*, a la que estaba subordinada la *condemnatio*, debía explicarse en alguna parte, probablemente en la *condemnatio*, en donde las palabras *in potestate NiNi* podían ir seguidas de aquellas otras: *penes quem eius (Stichi) peculium est*. Por último, la *exceptio annalis*, que formaba un apéndice permanente, aparecía intercalada sin duda después de la cláusula *doli*.

2. *Iussum* y *actio quod iussu*.

El término *iussum* es un sustantivo neutro del verbo *iubere*, cuyos casos en singular, aparte del nominativo, no son utilizados; si lo son, en cambio, los del plural, empleándose en singular (dativo y ablativo) las formas *iussui* y *iussu*, que pertenecen al sustantivo poco frecuente *iussus*¹³³. La etimología del verbo *iubere* y de *iussum* es poco segura¹³⁴, si bien parecen ser ambas formas secundarias de “*ius*”. La forma *iussio*, en cambio, es seguramente post-clásica y sospechosa de interpolación en el Digesto, a pesar de figurar en el compuesto clásico *fiediussio*¹³⁵.

El estudio del *iussum* como institución del *ius civile* se debe,

132. *EP.*, p. 282 s.

133. Cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts*¹⁰ (Graz 1908), voz *iubere*. En idéntico sentido, A. STEINWENTER, voz “*iussum*”, en *RE.*, volumen 10, 2 (1919), columna 1306. LEWIS-SHORT, *A latin dictionary*, voz *iussum* y *iussus*, p. 1019, dice, a propósito de *iussus*, -us, que solamente se utiliza en ablativo de singular, si bien esto no es exacto, pues la forma *iussui*, al menos en jurisprudencia, es bastante frecuente.—M. KASER, *RPR* I, p. 230, n. 32, dice que el sustantivo “*iussus*” no es latino.—Este mismo autor, l. c., n. 36, dice que sería de desear una nueva investigación sobre el tema del *iussum*.

134. A. STEINWENTER, o. c., col. 1307, y los autores que cita. En el mismo sentido se manifiesta A. PERNICE, *Labo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrh. der Kaiserzeit* (Halle 1873), vol. 1, p. 504.

135. Cfr. HEUMANN-SECKEL, l. c.

sobre todo, a Pernice¹³⁶, que quiso aislar esta figura como ente particular en virtud del cual los efectos del acto querido por el *pater familias iubens* nacerían directamente en su persona, pudiendo ser demandado directamente con la acción civil, lo que vendría a suponer un complemento, a efectos de la representación directa, análogo a la *procuratio generalis*, si bien limitado a los *in potestate*, aunque el fundamento de su eficacia no radique en la relación de dependencia sino en la “autorización” notificada. Por eso, dice Pernice¹³⁷ que la “ficción está en que el contratante celebra el negocio jurídico en cierto modo con el mismo *iubens* y éste responde directamente ante él en concepto de deudor alternativo o, si se quiere, de deudor correal”.

Mitteis¹³⁸ objeta a Pernice que, en ese caso, no se comprendería la necesidad de crear la *actio quod iussu* y por ello sería más verosímil el procedimiento inverso, es decir, que la pretoria *actio quod iussu* habría sido acogida en el *ius civile*, pues se estimó que, si la responsabilidad del *iubens* era totalmente normal según el *ius honorarium*, sería muy probable que pudiera fundamentar un *oportere* civil.

Sin embargo, nos parece más digna de crédito la opinión de Pernice, pues el *iussum*¹³⁹ —aunque él no lo diga— debió de evolucionar: de aplicarse únicamente a los actos crediticios en los cuales se producía el efecto de la representación directa y, en tales casos, la *condictio* se daría directamente contra el jefe de la casa, a ser la base de la *actio quod iussu*, que probablemente es una creación labeoniana y que debió de surgir para los contratos de buena fe¹⁴⁰, como una acción pretoria, *in solidum*, con transposición de personas y que no suponía una obligación directa del jefe, pues en ella el hijo respondía en primer lugar, si bien se arbitraron medios

136. O. c., p. 504 ss. y 511 ss.

137. O. c., p. 506.

138. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, p. 207 ss.

139. Respecto al *iussum* en las adquisiciones, a través del *seruus communis* y de la herencia deferida al hijo o esclavo ajeno, v. E. VALIÑO, *La capacidad de las personas in potestate en Derecho romano*, § 3,3, en *Rev. Der. Notarial* 57-58 (1967) 125-127.

140. D.15,4,1 pd.; D.15,4,1,1; D.15,4,1,; D.15,4,1,9; D.15,4,2,2.

procesales para que el acreedor pudiera conseguir un pago del padre. Lo más probable es que la *actio quod iussu* haya quizá surgido para los contratos que no podrían encuadrarse en la *praepositio*, i. e., negocios aislados que no tenían nada que ver con una *negotatio* estable y continua; ni tampoco con la *scientia*, a efectos de la *actio tributoria*. Y, respecto a la *actio de peculio*, supondría la ventaja de que la responsabilidad adiecticia se daba *in solidum*. Este sentido parece desprenderse de Gayo 4,70:

In primis itaque, si iussu patris dominiue negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumue comparauit; et recte quia, qui ita negotium gerit magis patris dominiu quam filii seruiue fidem sequitur.

El *iussum*, puramente civil, debió de expresarse con palabras especiales¹⁴¹ en época antigua¹⁴², si bien no se nos conservan los *verba* empleados a tal fin. Pernice¹⁴³ conjetura que fueran: *periculo meo, fide mea credere contrahere... iubeo*¹⁴⁴; en todo caso, podría ser declarado por escrito entre ausentes¹⁴⁵. De esta forma, se establece el principio de que no tenían eficacia aquí las estrictas normas relativas a la *stipulatio*.

Sin embargo, como se desprende de D.15,4,1,1, también el *ius-*

141. D.15,4,1,1; *Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter; et ideo et si sic contestatus sit: 'Quod uoles cum Stichio seruo meo negotium gere periculo meo', uidetur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

142. D.29,2,25,4; *... et putat (Cassius) uel per internuntium (iussum) posse uel per epistulam.*

143. O. c., p. 505.

144. PERNICE, o. c., p. 505, n. 9, cita los siguientes pasajes de Plauto: *Asin.* 457; *Da modo beo periculo: rem saluam ego exhibebo.*—*Pers.* 665: *tuo periculo sexaginta haec dabitur argenti minis.*—*Capt.* 349: *meo periculo ego huius experiar fidem.*—*Cas.* 2,4,14: *liber si sim meo periculo uivam, nunc uiuo tuo.*—D. 15,4,1,1, supra cit.: *'quod uoles... periculo meo'*.—D.46,2,24; *Luc. Titius, cum pro Scio, fratre suo, apud Septimum interuenire uellet, epistulam ita emisit: si petierit a te frater meus peto des ci nummos fide et periculo meo.*

145. D.45,1,1 pr.

sum era válido expresado no formalmente. Pero este texto de Ulpiano debe interpretarse en el sentido de comprender las dos instituciones: es decir, el *iussum* "civil" dirigido al tercero y que obliga al padre o dueño directamente y el "pretorio" que daría lugar a la *actio quod iussu*. Respecto al primero, debieron de mantenerse las exigencias formales; en cambio en el otro, quizá no existieron nunca o bien se fueron relajando¹⁴⁶ hasta llegar a confundirlo con la simple *voluntas*, con el mandato, con la *auctoritas* y con la *ratihabitio*, siempre que se notificaran al tercero. Por ello se admitió la validez del *iussum* realizado por testamento, *per epistulam, verbis, per nuntium* (D.15.4,1.4), etc. Sucesivamente trataremos de los supuestos en los que se reconoce esta ampliación.

a) Diversos significados del *iussum*.

El sentido dominante del término *iussum* es el de "autorizar". Así, p. ej., en Derecho público, *iubere* es término necesario para la validez de la *lex*, la cual se identifica con lo que el pueblo *iubet atque constituit* (Gayo 1.3), por ello la adhesión de los comicios a la propuesta del magistrado puede ser definida como *generale iussum populi... rogante magistratu*¹⁴⁷ y la competencia legislativa de las asambleas sintetizada con la palabra *in lege iubenda*¹⁴⁸. En la formación de la ley, la deliberación comicial, a pesar del poder de iniciativa del que es titular del *ius agendi cum populo*, termina por situarse en primer plano, como se deriva de la frecuente expresión *populus legem iubet*¹⁴⁹.

146. Esto se refleja, p. ej., en Pomp., D.17,2,18, donde el *iussum* del dueño a su esclavo para que éste disuelva la sociedad que tiene con otro no implica por sí mismo la disolución, aunque el *iussum* se dirija necesariamente al tercero, sino que el esclavo ha de renunciar necesariamente a su condición de socio para que la sociedad quede disuelta. Sobre el texto, SOLAZZI, *La società col servo*, en *SDHI* 21 (1955), 307 y s., da una interpretación falsa, pues parte de que *iussum* quiere decir orden y, por tanto, notificada al sometido y no al tercero.

147. Aulo Gellio, *Noctes Atticarum* 10,10,2.—Sobre la función decisiva del magistrado en la formación de la ley romana v. A. D'ORS, *La ley romana, acto de magistrado*, en *Festschrift Carl Schmitt* (en prensa).

148. Cicerón, *De legibus* 3,15,33.

149. Cicerón, *De legibus* 3,16,35; Tito Livio, *Ab urbe condita* 4,5,2; id. 6,40,7; id. 9,34,7; id. 10,8,12.

Lo mismo ocurre en lo que se refiere a los plebiscitos, pues Gayo 1,3 nos dice que *plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit*, con palabras no diferentes de las utilizadas para definir la ley comicial¹⁵⁰.

Respecto a los senadoconsultos, el propio Gayo (1,4) nos dice que *senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum*.

Este empleo que Gayo hace del verbo *iubere* se explica perfectamente en cuanto que, tanto en la *lex* como en los plebiscitos, la función primordial corresponde no a los comicios ni a los *concilia plebis* sino al magistrado: sólo éste es hábil para proponer la ley, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho público griego, en el que cualquier ciudadano puede proponerla. Pero, para que la ley tenga validez en el futuro, se requiere que los ciudadanos asuman las consecuencias del acto del magistrado confiriéndole su autorización, pues, de lo contrario, extinguiría su eficacia al finalizar el periodo de su magistratura. Respecto a los Senadoconsultos, la *oratio* tiene valor en la medida en que es refrendada por el *iussum* de los senadores.

De las constituciones imperiales, nos dice Gayo (1,5) que consisten en lo que *imperator decreto vel edicto vel epistula constituit*. ¿Por qué no emplea aquí el término *iubere*? Bonifacio¹⁵¹ dice que "tal circunstancia no parece de gran relieve y probablemente *ius constituere* era ya una expresión más reciente que *iubere* y Gayo haría de ella uso exclusivo. Lo que hay que considerar es que en numerosos textos se encuentra la afirmación de que *constitutio iubet*¹⁵² y, en muchos otros, *iussum* y *iubere* son términos utilizados a propósito de la actividad normativa del Príncipe¹⁵³". La opinión de Bonifacio no nos parece válida en cuanto que el Emperador declara por sí y ante sí, y no como el magistrado que declaraba la *lex* por sí pero ante el *populus*. El emperador no pre-

150. Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 10,10,2, dice que *lex est generale iussum populi aut plebis*.

151. F. BONIFACIO, voz "iussum" en *NNDI* 9 (1963), 392 ss.

152. D.3,6,1,3; D.5,1,67; D.26,7,55,2; D.32,11,14; D.38,5,13.

153. D.37,14,5; Coll. 15,3,8; C.3,19,3; C.9,27,4; C.11,61,1,1; C.10,1,4; C.10,10,5,1; I.1.3.3.

cisa de ningún *iussum* específico de nadie para que sus constituciones tengan vigencia en el futuro, pues ya la tienen por derivar de él mismo. Lo que ocurre es que Bonifacio, como también Steinwenter¹⁵⁴, está pensando en que *iussum* es sinónimo en Derecho público de “ordenar” o de “disponer”. Por esta razón, el autor italiano hace hincapié en la existencia de textos en los que se habla de un *iussum* en relación con las constituciones imperiales, puesto que es posible, a nuestro modo de ver, que éstas, individualmente consideradas, contengan una autorización a una persona para que realice alguna cosa, pero ello no quiere decir que su naturaleza precise de un *iussum* que les pueda otorgar eficacia, que nace del simple hecho de proceder del Príncipe.

Respecto al edicto creemos que se pueden hacer idénticas consideraciones, pues Gayo tampoco habla de *iubere* en relación con el mismo. Bonifacio¹⁵⁵ dice que *lex* y *edictum* se contraponen expresamente, pero esto no es absolutamente admisible sino que uno y otro son actos de magistrado, con la diferencia de que el primero es temporal, con la especial característica de que el pretor siguiente —las magistraturas eran anuales— puede mantenerlo, pero esto no es vinculante sino facultativo. La *lex*, en cambio, como hemos visto, requiere para ser perpetua el *iussum* del pueblo, pero esto no significa que deje de ser un acto de magistrado, en cuanto que el ciudadano particular no puede proponerla. Parece que los textos presentan el término *iubet* como utilizado por el magistrado en virtud de su *ius imperandi*¹⁵⁶, pero esto quiere decir únicamente que éste “dispone”, lo mismo que hace el Príncipe o, en el campo del Derecho privado, el testador (*heredem esse iubeo; heredem meum dare iubeo; servum meum liberum esse iubeo*), ya que estas personas no precisan autorización para establecer situaciones jurídicas sino que pueden “disponer” libremente de ellas.

Por otra parte, creemos que el *iussum iudicandi* debe entenderse no como “orden” sino también como autorización, pues el pretor permite —no ordena— que un particular —*iudex privatus*—

154. STEINWENTER, l. c., columna 1306.

155. BONIFACIO, l. c., y en *Ius quod ad actiones pertinet* (*Studi Betti*, p. 107, n. 29).

156. D.2,1,4; D.20,4,10; D.26,7,17; D.50,16,2,14.

intervenga con su *sententia* para decidir un asunto litigioso al cual él reconocerá valor de cosa juzgada.

En Derecho privado el *iussum* tiene también, por vía de principio, el sentido de autorizar. Así debe entenderse el *iussum patris familias*, que constituye el fundamento de la *actio quod iussu* y que es igualmente causa de la *condictio* directa contra el padre cuando la autorización ha sido para un préstamo. Lo mismo hay que decir del *iussum* que presta el padre al hijo para evitar la infamia que produciría la infracción, sin él, del *tempus elugendi* (D.3,2,1,11 y D.4,2,13 pr.). En este ámbito tenemos que hacer referencia a la *manumissio censu*, que se efectuaba por inscripción del esclavo “como libre”, en el censo de los ciudadanos, con el *iussum* de su dueño (*Tit. ex corp. Ulp. 1,8: censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romae iussu dominorum inter cives Romanos profitebantur* y Boecio, *Cic. Top. 2,10 ...consentiente vel iubente domino*). El dueño otorga su *iussum* para que el esclavo pueda vivir como libre, puesto que la inscripción en el censo llevaba aparejada la adquisición de la ciudadanía y, por lo tanto, suponía la extinción de la *dominica potestas*. Finalmente, el *iussum hereditatis* debe entenderse en el mismo sentido, pues la aceptación de la herencia depende, en último término, de la aceptación del instituido.

Resulta entonces bastante clara la preeminencia del significado “autorizar” sobre el de “mandar” u “ordenar”, sentido éste que es más vulgar que técnico, pero que acaba por desplazar al técnico de autorizar. Ya en los actos de última voluntad *iubere* equivale a disponer (*heredem iubere dare usum... D.7,1,3 pr.*), como ocurre con la institución de heredero (Gayo 3,117), con el legado (D.35, 2,1 pr.), con el fideicomiso (D.3,5,25), con la manumisión (D.15, 1,29 pr. y 32 pr.), etc.¹⁵⁷. Sin embargo, el sentido imperativo se generaliza en el penguaje postclásico. Este sentido imperativo, implícito quizá, se debe a que el *iussum* tiene su más importante aplicación en el campo de la *patria potestas*, lo que serviría muy bien para indicar un término que lleva consigo una orden¹⁵⁸.

157. Cfr. STEINWENTER, l. c. y HEUMANN-SECKEL, o. c., letra c).

158. BONIFACIO, o. c., en *NNDI*, p. 393, piensa en una evolución contraria.

b) Destinatario del *iussum*.

La opinión dominante, sobre todo a partir del trabajo de Rabel sobre la *actio quasi institoria*¹⁵⁹, se inclina a pensar que el *iussum* debe ser una invitación dirigida al tercero contratante: un “poder externo” y no una “orden interna”. Las fuentes evidentemente nos transmiten su testimonio en este sentido, si bien unas lo reconocen explícitamente¹⁶⁰ y otras hablan simplemente de una obligación contraída *iussu patris* o *iussu domini*¹⁶¹. Lo cierto es que sólo existe testimonio de esta idea en un texto de Ulpiano (D.15, 4,1 pr.), donde se explica la necesidad de alguna relación directa entre el *pater* o *dominus* y el tercero, pero el conjunto de textos de este título no vuelve a aludir a este aspecto teórico y lo que se presenta ante nosotros es un cierto número de usos de la práctica que dirigen el *iussum* al tercero contratante (D.15,4,1,1 y D.15,4, 1,4)¹⁶². Lo trascendental que deriva de esta concepción viene a ser que el tercero contratante tenga conocimiento de la *voluntas* del padre o dueño de asumir las consecuencias de la obligación contraída por su hijo o esclavo, de manera que pueda demandar la ejecución de su crédito contra una persona *sui iuris* que dispondrá de un patrimonio efectivo.

Sautel¹⁶³ dice que, quizás antes de surgir la *actio quod iussu*, estas exigencias de la práctica fueron satisfechas por una *fideiussio* formal, al exigir el tercero para contratar que el dueño o padre otorgara una caución relativa a la obligación de restitución contraída por su sometido. Sin embargo, no creemos esto posible. Pernice¹⁶⁴ había subrayado que el *iussum* creaba la obligación por una declaración unilateral de voluntad y no por una combinación de pregunta-respuesta como la *fideiussio*. De otra parte, lo más probable es que la *fideiussio* hubiera nacido de la práctica del *iussu*.

159. RABEL, *Ein Ruhmesblatt* cit., p. 24.

160. D.15,4,1,1; D.15,4,1,4 y D.15,4,5,1.

161. Gayo 4,70; D.14,5,2 pr.; D.14,6,14; D.15,4,1,3; D.15,4,2 pr.; D.15,4, 2,1-3; D.15,4,5 pr.; D.15,4,7-9; CJ 4,28,7.

162. G. y M. SAUTEL, *Note sur l'action quod iussu et ses destinées post-classiques*, en *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, p. 259.

163. O. c., p. 260.

164. *Labco* I, p. 510 s.

sum, como reconoce la doctrina ¹⁶⁵ y, como supone Levy ¹⁶⁶, debió haber sido creada también por Labeón ¹⁶⁷, ampliando el radio de acción de la vieja institución de Derecho civil para los fines de la fianza.

¿Cuál puede haber sido el motivo de nacimiento de la *fideiussio*? Probablemente se debe a la necesidad de producir una obligación accesoria en los casos en que la obligación no nacía *verbis* y no para subsanar aquellos defectos de temporalidad e intransmisibilidad característicos de la *sponsio* y de la *fideipromissio*. Al no referirse la *promissio* de este nuevo tipo de garantía personal a la realizada por el deudor principal sino a su *debitum* en general, la *fideiussio* servía para afianzar cualquier tipo de deudas (no las *c. delicto*) y no exclusivamente las nacidas de estipulación.

El paralelo con el *iussum* estaba en que no existía exactamente una *promissio* sino una autorización responsable o aval (*iussio*) similar al que daba al padre o amo (*iussum*) para asumir la responsabilidad de las obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos.

La *fideiussio* opera respecto a un “negocio extraño” en el que el padre o dueño intervienen como otra persona cualquiera, en tanto que el *iussum* se refiere a un “negocio propio” y que concierne al padre o dueño exclusivamente: D.15,4,1,5 (Ulp., 29 *ad ed.*):

Quid ergo si fideiusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.

165. En contra, SAUTEL, o. c., p. 260, que dice, probablemente sin fundamento, que se comprende mal por qué razón los romanos tuvieron que esperar tanto tiempo —es decir, hasta la época de Labeón— para encontrar un procedimiento que eludiera los inconvenientes de la *sponsio* y de la *fideipromissio*. Pueden verse también, contra el autor francés, las opiniones que él mismo presenta en p. 260, n. 3.

166. 'E. LEVY, *Sponsio* cit., p. 123. Sobre la afinidad de la *fideiussio* con la responsabilidad que nace del *iussum*, puede verse, del mismo autor, o. c., p. 129 ss. Cfr. también W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaft stipulationen* (Weimar 1932), p. 139-152.

167. En este sentido, también A. d'ORS, *Elementos*, p. 323 s.

Además, lo mismo que el *iussum* (D.15,4,1,4), la *fideiussio* se ha aproximado también al *mandatum pecuniae credendae*¹⁶⁸.

También aparece la contraposición entre el *iussum* y la *fideiussio* a propósito del SC Veleyano. El primero no supone *intercessio* y no da lugar al SC Veleyano; sí, en cambio, la *fideiussio*. Podemos comprobar esta diferencia en: D.16,1,25 pr. (Mod., 1, *singul. d. heurem.*): *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur.* (1) *Quod si pro eo fideiusserit, exceptione senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.*

Puesto que la mujer no se obliga civilmente, incurriría en responsabilidad pretoria y de esta forma se ampliaría el campo de aplicación de la *actio quod iussu* para estos casos, con el fin de exigir responsabilidad a aquella dueña que sería inatacable por la *condictio*. Aunque también puede pensarse que *credi*, en régimen intransitivo, no se refiere estrictamente al préstamo, sino que alude más ampliamente al acto de fiarse de alguien para contratar, acepción no infrecuente en las fuentes romanas (Cfr. D.15,4,2,1 y D.14,3,5,10).

c) El *iussum* y otras formas afines.

(i) *Iussum* y *voluntas*.—Los términos *iussum* y *voluntas* aparecen casi como sinónimos en algunos textos, probablemente como manifestación de un momento de decadencia del formalismo, al que quizá habría llevado el nacimiento de la *actio quod iussu*. Esta aproximación tal vez haya que situarla en la última etapa del período clásico, como prueba la existencia de otros pasajes de juristas de la época clásica alta donde se diferencian claramente las dos instituciones.

Así tenemos, por un lado:

D.15,4,3 (Ulp., 2 *resp.*): *...quae servus non ex voluntate (en lugar de: iussu) domini obligavit.*

D.15,3,5,2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi.*

168. En este sentido, PERNICE, o. c., p. 511.

D.45,1,1 pr. (Ulp. 48 *ad Sab.*): *Item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

D.15,4,1,2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed ego quaero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum “contraria voluntate” mandatum revocasset et me certiorasset.*—En este texto se hace ya una asimilación del *iussum* al mandato a efectos de su revocación, permitiendo que una *contraria voluntas* sirva para anularlo.

Todos estos textos son el paradigma de una época en la que *iussum* y *voluntas* se utilizan indiferentemente, sin precisión técnica¹⁶⁹. Sin embargo, en otros fragmentos se mantiene un cierto dualismo entre *iussum* y *voluntas*. Así:

D.14,5,2 pr. (Ulp., 29 *ad ed.*): *Ait praetor: ... quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive, sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit*¹⁷⁰.

D.4,3,20 pr. (Paul., 11 *ad ed.*): *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, “hortatu tuo” pecuniam mutuam a me, accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*

D.39,5,9,2 (Pomp., 32 *ad Sab.*): *Quod filius familias patris iussu aut voluntate donavit, perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones.*

Respecto a D.4,3,20 pr., es claro que las palabras *hortatu tuo* pueden dirigirse tanto al otro contratante como a los esclavos y, por eso, se piensa que existe una referencia más o menos implícita al *iussum*¹⁷¹, pero Labeón, que tiene un concepto más estricto de lo que éste debe ser —sobre todo por la exigencia de una formalidad—, concede la *actio de dolo malo*, que es el último recurso

169. CICOGNA, *Del iussum (actio quod iussu)* (Padova 1906), p. 22.

170. Respecto a D.14,5,2 pr., RICCOBONO (*Traditio ficta*, en SZ 34 [1913], 247, lo pone en relación con C.4,24,2 y demuestra que Justiniano suprimió el sentido técnico del *iussum* confiriendo eficacia general y absoluta a la *voluntas*: por tanto, para la *actio quod iussu*, sería suficiente que el negocio se hubiera concluido por el hijo con la *voluntas* del padre.—A nuestro modo de ver, sin embargo, la relajación del *iussum* puede remontarse incluso a la época clásica tardía.

171. PERNICE, *Labeo* I, p. 506 s.

que se da cuando no existe ninguna otra acción, pues la *actio de peculio* no podía tener lugar porque el esclavo era insolvente, ni tampoco la *actio de in rem verso*, porque no ha revertido nada en el patrimonio del dueño. Por esta razón, los juristas de 50 años más tarde habrían concedido, sin duda, la *condictio* directamente contra el dueño.

D.39,5,9,2, distingue el *iussum* de la *voluntas* y, teniendo en cuenta que en el texto se trata de los libros de Pomponio *ad Sabinum*, esta separación puede señalarnos la diferencia que habría en época de Sabino entre el *iussum* formal y el otro, no formal, que quizá podía corresponderse con la *voluntas*. Pero, en realidad, este pasaje no se refiere a un contrato ni a un préstamo, sino a una liberalidad y, por lo tanto, es un acto de disposición, no formal, que puede ser realizado por el sometido con la “autorización” de su padre.

Hemos visto, entonces, la diferencia que existe entre el pensamiento de juristas de épocas diferentes: a él se llegó, porque *iussum* y *voluntas* no eran términos antitéticos, antes bien, la “autorización” era una forma de *voluntas*, si bien más concreta, más determinada y que debió tener desde sus comienzos una forma específica, como pensaba Pernice¹⁷².

(ii) *Iussum* y *mandatum*.—Aunque originariamente la línea de separación entre las dos instituciones debía ser clara, sin embargo, en D.15,4,1,2. se recoge ya un matiz de aproximación:

Sed ego quaero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et putuo posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certiorasset.

Probablemente la identificación entre estas dos figuras ocurrió en época de Ulpiano. La diferenciación es, por un lado, intrínseca, pues mientras el *iussum* es algo externo, concebido entre tres personas (el padre o dueño, el hijo o esclavo y el tercero), el mandato es interno y entre dos personas (mandante y mandatario), y no es suficiente para que proceda la *actio quod iussu*¹⁷³.

172. PERNICE, o. c., p. 505-506.

173. RABEL, *Ein Ruhmesblatt* cit., p. 24.

De otra parte, y todavía estamos en un primer momento de la existencia del *iussum*, éste requeriría cierta formalidad que no concurriría en el mandato. Sin embargo, poco a poco se produjo un relajamiento en sus formalidades¹⁷⁴, lo cual trajo consigo una asimilación al mandato, a la *simple voluntas*, a la *auctoritas* (en el supuesto del matrimonio del hijo) y a la *ratihabitio*. Este matiz de aproximación entre *iussum* y mandato aparece acentuado en D.15, 4,5,1: *sed si duo iusserint similes sunt duobus mandantibus*.

Todavía es más sugestivo D.14,4,1,3: *Sed si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse*; pero lo más probable es que Ulpiano no piense en este texto en un mandato interno, como prueba el siguiente (D.15,4,1,4): *sed et si servi chirographo subscripserit, dominus tenetur quod iussu*¹⁷⁵: esto significa que el *dominus*, después de la firma del esclavo, declara un “eudoko”, es decir, su consentimiento respecto al tercero. De esta forma, creemos que Ulpiano tendría presente en par. 3 un mandato al tercero¹⁷⁶. Estéfano explica cómo se diferencia esto del *iussum*, en escolio (6) a Basilicos 8,18, Heimbach VI, suplemento de Zacarías, p. 253.

μη νόμιζε ταύτων εἶναι περὶ ἀποτέλεσμα κέλευσιν καὶ μανδάτων. ἔνθα μὲν γὰρ ἐκέλευσεν ὁ δεσπότης, δύνатаи ὁ Κελευσθεὶς μὴ πληρῶσαι τὸ πελευσθέν. ἔνθα φυγῆ ἐντελλομένου ἐπέτρεψε, οἱ δύνатаи παραιτεῖσθαι τὸ φάκτον ὁ τὸν μανδάτων ἀπαξ δεξάμενος, εἰ μὴ κατὰ τὴν καθόλου τοῦ μανδάτων [φύσιν].

Una prueba de la no identidad inicial entre *iussum*, *mandatum* y *ratihabitio* nos la ofrece Justiniano en CJ 4,28,7:

Si filiusfamilias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decedentes

174. D.15,4,1,1: *Iussum autem accipiendum est sive testato sive quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: 'Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo', videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

175. Sobre la supuesta interpolación del texto, cfr. RABEL, oc. c., p. 24, n. 1, que rechaza como escasamente fundamentada.

176. Cfr. RABEL, o. c., p. 24: se trata de un *mandatum pecuniar credenda* que, según la doctrina de Sabino, es un verdadero contrato.

sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. necesse est enim patris ratihabitionem, cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt. et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt. sin autem miles filius familias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumptae sunt. in pluribus enim iuris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt, et ex praesumptione omnis miles non credatur in aliud quicquam pecunias accipere et expendere nisi in causas castrense (año 530).

Una diferencia más entre *iussum* y mandato es que el primero es una autorización a un tercero para que realice negocios con un subordinado *in potestate*, en tanto que el segundo es una orden interna al hijo o esclavo para que realice negocios con terceras personas. Esta asimilación del *iussum* al *mandatum* ensanchó el campo de aplicación de aquél; al principio se refería sólo al mutuo¹⁷⁷: el mandato contemplaría a los demás contratos y de aquél derivaría la *actio quod iussu*, que fue creada por el pretor con el exclusivo fin de ampliar la responsabilidad del padre, por obligaciones del hijo autorizadas con *iussum*, al campo de los contratos.

(iii) *Iussum* y *ratihabitio*.—Otra manifestación del relajamiento de las formalidades del *iussum* se acredita por D.15,4,1,6, en virtud del cual se equipara la *ratihabitio* a nuestra institución (las dos son esencialmente declaraciones de voluntad), es decir, se considera que la ratificación hecha por el jefe de la casa —e indudablemente comunicada al tercero— de la actividad contractual del sometido vale lo mismo que un *iussum* preexistente:

Ulp. 29 *ad ed.*) *Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio in eos datur.*

Solazzi¹⁷⁸ estima que el texto ha sido alterado, pues se habría

177. En contra, PERNICE, l. c.

178. SOLAZZI, '*Iussum*' e '*Ratihabitio*' en *SDHI* 16 (1950), 272.

añadido *vel filius* y, siendo el sujeto de la primera oración *quis*, se ha modificado luego la forma correlativa *eum* por *eos*¹⁷⁹. Suprimiendo estas alteraciones formales, dice Solazzi, el texto quedaría de esta forma: “*si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit, quod iussu actio in eum datur*” pero el jurista estaría en contradicción abierta con D.15,3,5,2.

En efecto, en este fragmento, Ulpiano, tomando como relación básica la compraventa, fija las diferencias existentes en su época entre las acciones adyecticias, *quod iussu, de in rem verso y de peculio*:

(Ulp. 29 *ad ed.*): *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio*¹⁸⁰.

Entre los dos fragmentos hay una visible contradicción, pues en uno de ellos se da la *actio de in rem verso* cuando el dueño hubiera ratificado el negocio celebrado sin su *voluntas* y, en el otro, se da, por idéntica actitud, la *actio quod iussu*. A nuestro modo de ver, tiene razón Solazzi¹⁸¹ cuando dice que en D.15,3,5,2 hay un glosema desde *si quidem* hasta *vel alioquin*¹⁸², pues la compra ratificada está normalmente más próxima a la realizada *ex voluntate domini* que a la que no ha sido así: por eso, la acción precedente es la *actio quod iussu* ya que, en la época de Ulpiano —autor de los pasajes—, el *iussum*, que había sido relajado, sería idéntico a la *voluntas*.

Resta todavía otra cuestión que es la planteada por CJ 4,28,7 pr:

Si filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem deciden-

179. V. sobre otras tipótis interpolaciones y la crítica respectiva, SOLAZZI, o. c., n. 3 y 4.

180. V. sobre las supuestas interpolaciones del texto, SOLAZZI, o. c., p. 271, n. 1-2.

181. O. c., p. 271.

182. SAUTEL, o. c., p. 261, n. 1, estima interpolada igualmente la mención de la *ratihabitio* en el texto.

tes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato, filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum...

La expresión *veterum ambiguitatem decedentes* ha suscitado dificultades en su interpretación. Sautel¹⁸³ estima que las dudas las tuvo la doctrina clásica; sin embargo, nosotros creemos que *veteres* debían ser, en los escritos de los compiladores que aludían a *veterum ambiguitas*, sobre todo los maestros postclásicos¹⁸⁴. Por eso es muy posible que el antagonismo entre la *ratihabitio*¹⁸⁵ y el *mandatum vel consensus patris*, en lo referente a las acciones adyecticias, haya constituido una *ambiguitas* postclásica.

Hemos visto, entonces, una nueva prueba del relajamiento del *iussum* que lo hizo equiparar a la *ratihabitio*, quizás debido a las estrechas relaciones entre esta institución y el mandato, los cuales aparecen equiparados en la expresión *ratihabitio mandato comparatur*¹⁸⁶.

(iv) *Iussum y delegatio*.—El *iussum* concurre también, pero aquí fuera de las relaciones de *potestas*, en el supuesto de la *delegatio*, la cual se funda normalmente en un *iussum* del delegante dirigido a la vez al delegado para que dé (*credendi* o *solvendi causa*) o prometa (novación por cambio de acreedor) al delegatario y a éste para que lo acepte.

En el caso de que el *iussum* sea *credendi* o *solvendi* la delegación no es abstracta, pues el delegado presta o paga un *certum* que el delegatario recibe como le delegante y éste adquiere la *condictio* contra el delegatario o se libera del pago. En cambio, si no ha existido verdadero *iussum*, la *datio* hecha por el delegado es válida, pero no puede surgir un *creditum* a favor del delegante sino sólo a favor de quien realmente prestó (delegado).

Si el *iussum* es *promittendi* lo que existe es una promesa esti-

183. O. c., p. 261, n. 1.

184. Cfr. SOLAZZI, o. c., p. 273.—En el mismo sentido, A. d'ORS, *La actitud legislativa del Emperador Justiniano*, en *Miscellanea G. de Jerphanion* 1 (Roma 1947), p. 130 ss.

185. Sobre el término *ratihabitio*, v. recientemente M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, en *Studi Biondi* I, p. 132, n. 266.

186. SAUTEL, o. c., p. 261, n. 3.

pulatoria, que puede ser seguida luego por el cumplimiento como *datio*. En este caso la promesa es abstracta, si bien, al ser novatoria, se refiere expresamente a un *idem debitum* y, en ese caso, funciona como un modo de extinguir las obligaciones, aunque la misma presencia del *iussum* le priva de abstracción¹⁸⁷.

En todo caso, el empleo del término *iussum* a propósito de la *delegatio* no se encuentra siempre en las fuentes en sentido absolutamente riguroso, pues los juristas manejan este término un poco indiferentemente¹⁸⁸ con *mandatum*, lo que quizá pudiera estar dentro de la línea, vista en otras aplicaciones, de relajamiento de las formalidades del *iussum*, quizá por no concretarse a sometidos a potestad¹⁸⁹.

(v) *Iussum* y *auctoritas*.—En un fragmento de Ulpiano donde, sin embargo, se plantea y acepta una opinión de Casio, el *iussum* parece delinarse según un punto de vista específico. Se trata de D.29,2,25,4:

Iussum eius, qui in potestate habet, non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio, sed praecedere debet ut Caius Cassius libro II iuris civilis scribi tet putat, vel per internnuntium fieri posse vel per epistolam.

De acuerdo con este fragmento, el *iussum* se diferencia de la

187. Cfr. A. d'ORS, recensión a W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht* (Marburg 1959), publicada en *AHDE* 29 (1959), 687-690. Esta diferenciación en la operabilidad de la *delegatio* puede verse también, por el mismo autor, en *Elementos*, p. 284 y 316.

188. Cfr. A. d'ORS, recensión citada: "Y no hay que olvidar que la *delegatio solvendi* no exige *uniussum* conocido por el acreedor que cobra, pues la *solutio* puede ser siempre realizada por un tercero."

189. A. STEINWENTER, o. c., dice que debe mirarse con cuidado toda construcción del *iussum* en el campo de la *delegatio* que tienda a traducirlo por "autorizar".—Hans U. HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, en *SZ* 74 (1957), 106-108, dice que el *mandatum*, si bien es productor de pretensiones obligatorias, por su naturaleza no es adecuado para producir el efecto propio de la *delegatio* y, además, el *iussum*, que es unilateral y no bilateral como el mandato, no supone ninguna obligación por parte del que recibe la declaración para la ejecución de la *delegatio*. La diferencia expresa entre ambos institutos parece contenerse en D.46,3,108, donde se extiende al *iussum* la teoría de la revocabilidad del mandato, si bien el texto parece muy interpolado (cfr. HAEBERLIN, o. c., p. 107, n. 45).

tutoris auctoritas por un requisito formal, ya que debe preceder al negocio. Esto no quiere decir, visto desde cerca, que difiera sólo por este requisito¹⁹⁰ y que en todo lo demás pueda equipararse con la *auctoritas*. Es posible que esto fuera así, pero también lo es que, en el pensamiento del jurista, la falta de este requisito formal en la *auctoritas* haría que fuera inútil un examen pormenorizado de los otros requisitos distintivos¹⁹¹, y esta quizá es la hipótesis más verosímil.

Posteriormente, es muy probable que los juristas hayan empleado indiferentemente las denominaciones *iussum*, *voluntas* y *auctoritas*¹⁹² para referirse al consentimiento que el padre debía prestar para el matrimonio de su hijo. Sin embargo, cuando éste no respeta el luto que su novia debía guardar, debió de exigirse el *iussum* expreso de su padre. Sólo éste debía ser suficiente para “sanar” los efectos del acto, asumiendo así la responsabilidad por los efectos que el matrimonio podría indirectamente producir respecto al *pater familias* y al patrimonio doméstico¹⁹³.

d) *Iussum* y *condictio*.

El problema de la relación entre la *condictio* y las acciones adyecticias es difícil de aclarar, como ha sido reconocido por la doctrina tradicional¹⁹⁴. Hoy en día, sin embargo, parece admitido pacíficamente que ni la *condictio* ni las acciones contractuales concurrían con las acciones adyecticias contra el representado¹⁹⁵. El motivo quizá derive de estimar que el *iussum* suponía la obligación directa del padre cuando se daba para obligaciones crediticias,

190. PERNICE, o. c., parece estar en contra (p. 504).

191. Cfr. CICOGNA, o. c., p. 2-3.

192. E. VOLTERRA, *Quelques observations sur le mariage des filii familias*, en *RIDA* 1 (1948), 213 ss.; y en *Istituzioni*, p. 653. Los textos pertinentes son principalmente PS 2,19,2, IJ 1,10,pr.

193. Sobre el *iussum* como elemento necesario para evitar las consecuencias infamantes de la infracción del respeto al *tempus elugendi*, v. D.3,2,1,11 y D.4,2,13 pr.

194. SOLAZZI, *Condictio e azioni adiecticiae*, en *RISG* 49 (1911), 51-60 = *Scritti* I (1955), 269-275.

195. KASER, recensión a SOLAZZI, *Scritti* I, en *SZ* 73 (1956), 422.

mientras que, cuando se daba para un contrato, tenía lugar la acción pretoria *quod iussu*.

Como es sabido, la *datio* es el fundamento originario de la *condictio* y, en la época clásica, no se refiere a un acto sino a un resultado adquisitivo. *Dare* es, en Derecho romano clásico, un verbo de resultado puesto que el que da convierte en propietario al que recibe. Cuando la adquisición que realiza el subordinado es lucrativa no se precisa el consentimiento del titular de la potestad, pero en tanto pueda llevar consigo una obligación, p. ej. y eventualmente, el pago de las deudas de una herencia, se precisa ya el *iussum* (Gayo, 2,87). De ahí que la *datio* hecha al hijo, con el *iussum* de su padre, permite emplear contra este mismo la acción crediticia civil, *condictio*, como expresa claramente D.15,4,5 pr.:

Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit: immo hoc casu de iussu actio non competit.

En efecto, si un padre o dueño que iban a recibir una cantidad en préstamo hubiesen autorizado para que ésta se entregara a su hijo o esclavo, no cabe duda de que se puede reclamar contra ellos mediante la *condictio*, pues precisamente el texto refuerza este pensamiento diciendo que en este caso no procede la *actio quod iussu*.

Solazzi¹⁹⁶ dice que en este supuesto el padre no contrae el préstamo por medio del hijo sino que, habiéndolo concluido él mismo, delega en el hijo el cobro del dinero. Esta opinión no es admisible, pues el padre no concluye el mutuo como si éste fuera un contrato consensual, sino que hasta que no reciba el dinero, es decir, hasta que no haya *datio*, no hay obligación de restituir, pues el acuerdo de préstamo no tiene ningún valor¹⁹⁷.

196. O. c., p. 272.

197. BORTOLUCI, *BIDR* 28 (1915), 239, n. 1, dice que el texto está interpolado desde *immo* hasta el final.—S. RICCOBONO, *Dal Diritto romano* cit. en *Scritti* II, p. 399, lo considera también interpolado desde *condici* hasta el final y restituye así el eventual tenor clásico: *quin ipsi pecunia numerata videatur; et ideo hoc casu dominus vel pater creditae pecuniae obligatus, videtur*. El fragmento, según RICCOBONO, representaría el resumen de una *quaestio* tratada por Plaucio y glosada por Paulo. Lo prueba la frase *nulla*

Existen más textos en los que se da o parece darse la *condictio* por un préstamo autorizado por el jefe de la casa. Así tenemos D.15,4,2,1, muy sugestivo, sobre todo por lo que puede tener de destructivo de nuestra hipótesis central, confirmada hasta el momento por la realidad de las fuentes:

Si iussu domini ancillae vel iussu patris filiae creditum sit, danda est in eos quod iussu actio.

Se trataría de que, tanto el padre como el dueño, se obligan por la *actio quod iussu* en un supuesto crediticio y, además, en el único caso en el que aparecen mujeres. Sin embargo, creemos que es preciso distinguir respecto al verbo *credere*, su empleo como verbo transitivo, es decir, referido a un *aliquid*, en el que se hace siempre referencia al préstamo en sentido técnico, de su empleo como verbo intransitivo en el que carece de sentido técnico y viene a ser un equivalente de lo que en español decimos con el verbo “fiarse de”, de modo que nuestro pasaje podría traducirse: “Si con autorización del dueño o padre se ha fiado alguien de la esclava o de la hija de familia, será procedente contra el jefe respectivo la *actio quod iussu*.” Por lo demás, este sentido de *credere* no es extraño a los textos romanos: en efecto, D.14,3,5,10 (... *plane si adfirmaverit mihi recte me, credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur*) lo utiliza así, y quizá también D.14,3,17,4-5 (v. infra, en este mismo apartado). Igualmente D.3,3,45 pr.: ... *re-promittenti ei creditum est*, es decir, se trata de una estipulación procesal en la que no se exigen fiadores porque el estipulante se fía del promitente. Análogo sentido de *credere* puede verse en

quaestio est, que proviene de éste y no de Plaucio, en donde se mantenía la intención de construir casos de adquisición de la posesión por medio de otras personas y con efectos inmediatos. Riccobono supone que la definitiva solución de la *quaestio* debió ser añadida por Paulo con la afirmación de que la *pecunia* consignada al esclavo o al hijo por orden del que tiene la potestad se debía de entender *tradita* a él directamente cuando asumía la obligación de mutuo. La consecuencia de que no procedía la *actio quod iussu* deriva probablemente del ejemplar compendiado; y era destinada quizá a contrastar la decisión del Plaucio. En todo caso, para Riccobono la locución *de iussu-competit* es compilatoria. A nuestro modo de ver, estos argumentos no son válidos y el texto es perfectamnte clásico.

D.15,4,2 pr.: *Si tutoris iussu servo pupili creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem 'quod iussit tutor'*. En este fragmento juegan el *iussum* y la *auctoritas* del tutor y se expresa que si con la autorización del tutor "se ha fiado" (ha contratado) alguien del esclavo del pupilo, Paulo dice que debe darse una especie de la *actio quod iussu* (*quod iussit tutor*) si el *servus* ha producido alguna utilidad en el patrimonio del pupilo.

Otro texto que supone una obligación directa del jefe es D.15,4,3, que trata de un supuesto de préstamo a un esclavo del dueño que éste ha autorizado:

Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri quatenus iussit: nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.

La *actio quod iussu* no se menciona porque evidentemente el dueño se había obligado directamente por la *condictio*.

También opera el *iussum* a efectos de excluir la excepción del SC Macedoniano, de modo que si el padre ha dado su autorización para que el hijo reciba dinero en préstamo se obliga directamente mediante la *condictio*, aun después de la prohibición de prestar dinero a los hijos de familia¹⁹⁸.

Un texto de Juliano nos dice que el SC es aplicable también a los nietos del *pater* aun cuando el *iussum* existente proviniera del padre de éstos que era un *filius* y, por tanto, no podía dar un *iussum* con validez. El resultado es que el préstamo del nieto se hizo contra la prohibición del SC Macedoniano: D.14,6,14:

Filium habeo et ex eo nepotem: nepoti meo creditum est iussu patris eius: quaesitum est, an contra senatus consultum fieret. dixi, etiamsi verbis senatus consulti filii continentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere: iussum autem huius patris non efficere, quo minus contra se-

198. La fecha del SC Macedoniano parece que debe situarse en la época del Emperador Claudio, cuando Vespasiano —luego Emperador— era cónsul; cfr. en este sentido, David DAUBE, *Did Macedo murder his father?* en *SZ* 65 (1947), 308 ss.

natus consultum creditum existimaretur, cum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit.

Igualmente, a efectos de la exclusión, se equipara aquí el *iussum* a la *ratihabitio* (Ulp., D.14,6,7,15) y al mandato (Paul., D.14,6,16).

En cambio, en D.14,6,12, se contempla un caso en el que la simple concurrencia de la *scientia* no se equipara al *iussum*:

Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est (Paul, 30 *ad ed.*)¹⁹⁹.

Un pasaje estrechamente conexo con los anteriores es Jul., D.12,1,29, donde se dice que, si un dueño tuviese a un esclavo como factor, puede demandársele por la *condictio* como si hubiera contratado con la autorización de aquella persona que lo había *praepositus*:

Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Iulianus ait etiam ei condici posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit.

El texto suele estimarse alterado²⁰⁰. Sin embargo, no creemos que la *condictio* que menciona sea la *condictio generalis* justiniana pues, como hemos dicho en otras ocasiones, es muy difícil pensar que los compiladores atribuyeran a Juliano sus propias ideas, aunque es posible que haya algún desarreglo de forma.

La opinión de Juliano produciría el efecto de reputar la *praepositio* como una especie de *iussum* genérico. En verdad, tal configuración es indicio de una tendencia amplificadora que se da en el jurista de más altura pero que lleva en sus ideas el inicio de la decadencia jurisprudencial. La *praepositio* implicaría para él un *iussum* generalizado, tácito, a efectos de aplicar la *condictio*, aunque siempre dentro de los límites de la *praepositio*. Dentro de esta

199. La última parte del texto, *quoniam-i. f.*, debe de ser interpolada.

200. RICCOBONO, o. c., p. 398, que emite su hipótesis en base a la mención repetida del *dici Iulianus ait*. Igualmente SOLAZZI, o. c., p. 274 s.

línea parece ser distinto el criterio de Ulp., D.14,3,5,15 (v. infra § 5, 3 y 6): supuesto de aceptación de arras por un esclavo *institor*; si hubiese existido *iussum*, procedería la *condictio* directa contra el principal cuando se hubiera cumplido el contrato; el texto ulpiano, en cambio, no asimila *praepositio* a *iussum* genérico y por eso no da la *condictio* directa.

A pesar de la autoridad de Juliano, no estimamos que esta opinión fuera general sino que, por el contrario, debió ser aislada, no sólo en desacuerdo con otros textos del mismo jurista sino también no admitida por los posteriores que, como muestra el análisis de las relaciones básicas que se hace infra, dieron siempre como adyecticias las acciones contractuales perfectamente diferenciadas de la *condictio*. Este reconocimiento de la *praepositio* como una especie de *iussum* tácito creemos que no podría darse puesto que la autorización se hace siempre a una persona determinada, que es su destinatario, en tanto que aquí es genérica por su misma forma de constar normalmente en un cartel escrito a la puerta de la tienda. Además, las acciones *exercitoria* e *institoria* se prometían en edictos distintos del de la *actio quod iussu* y las fórmulas de aquéllas no contemplaban tampoco un *iussum* sino una *praepositio*, y desde este punto de vista se distinguen netamente de la fórmula de la *actio quod iussu* ²⁰¹.

El texto (y no sólo por que está en el libro 12) quizá se refiriera a un mutuo: Mitteis ²⁰² alude a una posible conexión con el pasaje anteriormente visto (D.15,4,5 pr.) tomado del propio libro 4 *ad Plautium*; pero esto, como dice Solazzi ²⁰³, quizá no es más que una hipótesis, también asumida por Costa ²⁰⁴.

Según Justiniano, en Instituciones 4,7,8, la *condictio* serviría para reclamar cualquier deuda contraída por el hijo o esclavo con el *iussum* del padre o dueño o cualquier deuda que les hubiera enriquecido:

Illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris
dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum fue-

201. HUVELIN, *Etudes* cit., p. 181.

202. O. c., p. 170.

203. O. c., p. 270.

204. *Le azioni* cit., p. 52.

rit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur.

Ahora bien, la *condictio* que menciona el texto es la *condictio generalis* justiniana, es decir, aquel tipo de *condictio*²⁰⁵ convertida en acción general contra el enriquecimiento injusto (aparte siempre la del mutuo que ahora se considera "contractual")²⁰⁶.

Solazzi²⁰⁷ alude aún a otro fragmento que contiene una *condictio* que concurre con otras acciones adyecticias. Se trata de D.14,3,17,4 y 5:

Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: 'si ille illi non denuntiaverit, ne ille servo crederet', sed si ex ec contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. (5) ex hac causa etiam condici posse verum est. (Paul., 30 ad ed.).

El texto habla de un principal que limita la *praepositio* de su esclavo *institor*, notificando a un tercero que no contrate con él (*credere* = fiarse) pues, en ese caso, no se haría responsable por la *actio institoria*, pudiendo neutralizar la reclamación del tercero mediante la excepción que cita el fragmento. Pero, añade el jurista, si el esclavo tuviera un peculio o si hubiese recertido el resultado del negocio en el patrimonio del dueño, el tercero podrá introducir la réplica de dolo frente a la excepción del dueño del esclavo y, de esta forma, aunque se niega la acción institoria, permanece la posibilidad de reclamar *de peculio*. El párrafo 5 admite que, en ese caso, puede ser demandado el principal mediante la *condictio*.

A nuestro modo de ver, son compilatorias las expresiones *ex*

205. Interpolada por Justiniano en C.5,3,15,1 del año 319 = C. Th. 3,5,2,1.

206. A. D'ORS, *Creditum* en *AHDE* 33 (1963), 364.

207. O. c., p. 269.

*eo contractu*²⁰⁸, la frase *nec velim-solvere*, que trata del enriquecimiento injusto de los justinianos que da lugar a la *condictio*²⁰⁹, y también desde *nam* hasta *quaeram*, que no es más que una explicación añadida de por qué hay dolo malo. Además, el último fragmento hace referencia a la *condictio generalis* justiniana²¹⁰.

Como colofón, juzgamos inadmisibles las conclusiones sacadas por Solazzi²¹¹ en el sentido de dudar del carácter clásico de la norma de concurrencia de la *condictio* con las acciones adiecticias. Los textos que él había estudiado al respecto (*D.15,4,5 pr.*; *D.12,1,29*; *D.14,3,17,4-5* y *IJ.4,7,8*) contemplan verdaderamente la *condictio*, pero no creemos que se trate de la recién creada *condictio generalis* sino de la *condictio ex mutuo*, con la excepción, por lo demás natural, de *IJ.4,7,8* que debía contemplar la nueva institución. Ante las conclusiones de Solazzi podríamos preguntarnos ¿por qué razón la *condictio* en la que él piensa sólo se interpola en los textos de mutuo? La razón creemos que radica en que cuando el *iussum* se ha notificado a un tercero para que preste a un sometido, el *iubens* se obliga directamente mediante la acción civil crediticia y no con la acción pretoria *quod iussu*, como nos dice claramente *D.15,4,5 pr.* (... *immo hoc casu de iussu actio non competit*).

e) *Iussum* y *societas*.

El *iussum* tiene idéntica operabilidad que en la *condictio* en el contrato de sociedad (v. la responsabilidad adiecticia del contrato de sociedad en § 5, 4). Esta función se acredita por unos pocos textos: Ulp., *D.17,2,63,2*, aunque no se refiera a la concesión de una acción concreta, sin embargo habla de un *iussum* del padre o dueño para contraer la sociedad (*si iussu eorum societas contracta sit*) y lo mismo en lo referente al *iussum* para disolverla (Pomp., *D.17,2,18*: *si iubeatur a domino servus abire a societate*). Pero el texto verdaderamente significativo es Lab., *D.17,2,84*:

208. SOLAZZI, o. c., p. 272 s.

209. A. D'ORS, *Creditum* y *Contractus* en *AHDE* 26 (1956), 194.

210. GAY, *In rem versum* cit., p. 255.

211. SOLAZZI, o. c., p. 269. En p. 270 habla el mismo autor de la interpolación de la *condictio* recién creada.

Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

El texto ha dado lugar a una copiosísima literatura y, a pesar de todo, sigue pareciendo oscuro. Resumiremos, en primer lugar, las distintas opiniones que sobre él se han dado.

Mitteis²¹² consideraba que la acción que se daba directamente era la *actio pro socio*. Por lo demás, creía inverosímil que Javoleno y, desde luego, Labeón atribuyeran una acción directa contra el *iubens* al socio del extraño. Lo reconstruía de esta forma:

Quotiens iussu patris cum filio societas coitur, directo cum patre agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

Cicogna²¹³ dice que el *pater familias* se obligaría directamente en dos supuestos: en el caso de mutuo, cuando hubiera notificado su *iussum*, y en el caso de una sociedad. Según él, la justificación de la obligación directa producida por el *iussum* se basa en las palabras *cuius persona in contrahenda societate spectata sit*, pues harían prevalecer la consideración de la persona del *pater*. “El que celebra un contrato de sociedad con el hijo lo hace esencialmente en vista del padre, es decir, no como ocurre en los otros contratos en general que se hacen en función del padre y al mismo tiempo del hijo.”

Riccobono²¹⁴ dice que Mitteis reconstruye el texto de una manera imposible, al haber dejado intacta la frase *directo cum patre agi posse* que él estima como un indicio de la reforma justiniana en orden a la recepción del principio de la representación directa, que se plasmaría en la atribución al tercero de una acción directa contra el padre por el negocio contraído por el hijo. “La extensión, por lo demás, de la máxima al supuesto de un negocio concluido por el tercero con una persona extraña *iussu alicuius* constituye

212. L. MITTEIS, en *Iahrb. f. die Dogmatik* 39 (1898), 153 ss., citado por SOLAZZI, o. c., (en *Scritti*), p. 269, n. 2.

213. CICOGNA, o. c., p. 12.

214. S. RICCOBONO, o. c., p. 398 (de *Scritti*).

ya la más amplia recepción, en contraste con el Derecho clásico, del principio de la representación directa, puesto que el texto declara, en definitiva, que el sujeto de la obligación es siempre el que da el *iussu* para contratar, quienquiera que éste sea”²¹⁵.

Riccobono reconstruye así el texto:

Quotiens iussu patrie cum filio eius societates coitur, in solidum praetor in patrem actionem dat, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

apoyándose en Gayo 4,70.

Solazzi ha escrito también en diversas ocasiones sobre el texto²¹⁶, pero en 1955 le dedicó una amplia nota en la que pretende superar las posiciones de Mitteis y Riccobono. Respecto al criterio del primero, dice que ha buscado la razón y no la ha encontrado de por qué, desde época de Javoleno o quizá de Labeón, se habría admitido la representación directa mediante el hijo en el contrato de sociedad, y por ello se pregunta si el *spectare patris personam in contrahenda societate* no significa querer hacerse socio del padre aunque el patrimonio social sea detentado y administrado por el hijo. Con la respuesta afirmativa ocurriría que el hijo representaba de un modo estable a su padre en la sociedad: por decirlo así, sería el testafierro del padre; y no habría necesidad de eliminar las palabras *vel cum extraneo* en cuanto que el caso y su solución eran independientes de toda relación de potestad. Por el contrario, el escolio 1 de Basílicos 12,1,82 argumenta en favor de su interpretación: es cierto, dice el escoliasta, que procede la acción directa y no la *actio quod iussu* porque el jurisconsulto situó junto al hijo al extraño, respecto a quien sería absurdo admitir una acción adiecticia²¹⁷.

Se pregunta Solazzi, respecto a los argumentos de Riccobono, si es totalmente seguro que la motivación de D.17,2,84 coincidiera con la de Gayo 4,70. Y dice que el subjuntivo *spectata sit* debería querer decir que la *persona spectata* puede ser tanto la del padre

215. RICCOBONO, l. c.

216. En *RISG* 49 (1911), 53; en *SDHI* 21 (1955), 306 ss.; en *IVRA* 8 (1957), 544.

217. SOLAZZI, *La società col-servo* en *SDHI* 21 (1955), 306 ss.

como la del hijo, mientras Gayo afirma que la *fides* más seguida es siempre la del padre. Por tanto, es dudoso que las locuciones *fidem sequi* y *personam spectare* sean sinónimas. "Si presto dinero a Sempronio y exijo la *fidciussio* de Ticio se dirá de mí que *Titii fidem sequor* pero no se podrá negar que el mutuo ha sido contraído con Sempronio." Esta afirmación no nos parece, sin embargo, del todo exacta porque *credere* = *fidem sequi*. La persona *spectata* por el acreedor, continúa Solazzi²¹⁸, es el contrayente deudor; la *fides* considerada puede ser la de un extraño al contrato. Resumiendo, quien acepte la tesis de Riccobono deberá volver a fijar de una forma nueva y diferente la motivación de D.17,2,84. Solazzi dice no tener nada que añadir a la explicación dada hace cuarenta y cuatro años²¹⁹ y que había satisfecho a Mandry. Sin embargo, ahora no considera genuino *vel cum extraneo* y se plantea el problema de si la mención del extraño fue añadida por Triboniano o bien ocupó el lugar de *servove*. En todo caso, la interpolación habría sido introducida para sancionar el principio de la representación directa. El *cuius* que, en la versión de Riccobono es superfluo y que Mitteis omitía, podría quedar mejor, termina Solazzi, como *filio servove eius*, pues es probable que el pasaje contemplara la sociedad contraída con un esclavo²²⁰.

No nos parece admisible la tímida hipótesis de Solazzi sobre la sustitución de *vel cum extraneo* por *servove*: en efecto, el texto no nombra, en modo alguno, al esclavo, y quizá sea excesivo pensar que los compiladores habrían suprimido esta mención. No podemos entrar, sin embargo, en el problema de si la sociedad podía contraerse o no con el esclavo²²¹.

218. En *RISG* cit., p. 53.

219. L. c. supra.

220. L. c.

221. En sentido afirmativo se pronuncia, probablemente con razón, SOLAZZI, l. c., donde invoca, además de D.17,2,48, también Paul., D.16,2,9 pr.; Pomp., D.17,2,18; Ulp., D.17,2,58,3 y Ulp., D.17,2,63,2, textos que, excepto D.17,2,84, se refieren a una *societas cum servo contracta*.—Sorprende que ARANGIO, en una monografía sobre la sociedad (*La Società in Diritti romano*; Napoli, reimpr. 1965) no toque este tema ni comente ninguno de los cinco textos supra citados.—J. BARON, en *Krit. Vierteljahresschr. f. Gesetzg. u. Rechtsweis.* 24, p. 42 ss. (cit. Por SOLAZZI, o. c., p. 273, n. 17) dice que por

A nuestro modo de ver, el *iussum* de que habla el texto no es de contraer, sino que la sociedad se habría constituido ya por la copropiedad, que sería, naturalmente, con el padre. Y la expresa autorización de éste se ha hecho para que el hijo pudiera determinar el régimen jurídico de la copropiedad que él ha obtenido. No se trata entonces de un *iussum* para contraer la sociedad y tampoco de que pensemos que D.17,2,84 contemplaba un caso de *communio incidens* o *societas re contracta*, que Arangio²²² considera invención postclásica, sino que creemos que esta sociedad tiene elementos que dependen de la copropiedad y por eso nuestro texto se referiría a una *societas* nacida *re et consensu*. En efecto, en un principio éste sería el tipo originario de sociedad producida por el hecho de la puesta en común de los bienes, sin que con ello pretendamos decir que no se diera un momento consensual, y es probable que Labeón todavía pensara en estos términos. Es claro que la constitución de sociedad supone en principio un acto adquisitivo y el demandar directamente al padre sería el lado negativo de la adquisición, de modo análogo a lo que ocurría respecto a la adquisición de la herencia por los sometidos.

La acción directa se da contra el padre, en la medida en que éste se ha convertido también en propietario-socio por el hecho de adquirir los bienes. El texto es claro en lo que se refiere a la concesión de una *actio pro socio* contra aquella persona en la que se piensa al celebrar el contrato de sociedad y la acción no se da adyecticiamente sino que, por el contrario, se otorga directamente contra el padre pues el texto habla de *directo*, lo que significa que no hay transposición de personas. En cambio, si no se hubiera dado la circunstancia de convertir al padre en copropietario por no haber mediado el *iussum* de éste, la *actio pro socio* no se daría directamente sino cubierta por la *actio de peculio*.

la naturaleza personalísima del contrato de sociedad sería imposible concluirlo por medio de representantes y esto sólo podría hacerse recurriendo al concepto de *iussum*. En idéntico sentido de la exclusión se manifiesta GAY, *In rem versum*, p. 222.

222. O. c. en nota anterior, p. 57-60.

f) Edicto y fórmula de la *actio quod iussu*.

En Ulpiano encontramos el comentario de las primeras palabras de esta cláusula: *Quod iussu eius cuius in potestate erit*, y el final deriva de Gayo 4,70 *negotium gestum erit, in solidum iudicium dabo* ²²³.

La fórmula debía modelarse exactamente sobre la de la acción directa y debió de tener aproximadamente este tenor: *quod iussu NiNi As.As Caio, cum is in potestate NiNi esset, togam vendidit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Gaium filium AºAº d.f.o. ex fide bona, eius NmNm patrem AoAo c.s.n.n.a.*

Lo importante en la fórmula debía ser señalar que Cayo estaba bajo la potestad de *NsNs* al concluirse el negocio. La *demonstratio* debía ser siempre necesaria para contener el *iussum*, a cuya existencia estaba subordinado el ejercicio de la *actio quod iussu* ²²⁴.

(Continúa en *AHDE* 38 [1968])

EMILIO VALIÑO
Universidad de Navarra

223. LENEL. *EP*, p. 277.

224. LENEL. o. c., p. 278.