

LAS RELACIONES BÁSICAS DE LAS ACCIONES ADYECTICIAS*

§ 5. JUICIOS DE BUENA FE

1. "Contrahere", en general.

Comenzaremos el estudio de las relaciones básicas refiriéndonos a los supuestos que concurren en las dos acciones más antiguas: la *exercitoria* y la *institoria*. El *institor* y el *exercitor* son *praepositi* para el desempeño de funciones permanentes, tanto en negocios terrestres como en los marítimos, y, esta consideración, condiciona de un modo definitivo los tipos de negocios que realizan. La acción procede siempre que exista una empresa mercantil que busca una ganancia, un *quaestus*¹, lo que presupone que el *praepositus* se obliga principalmente por contratos y, en menor número, por préstamos y promesas².

Con tal motivo, comenzamos el estudio por los contratos, en su aspecto genérico, que se encierra en los términos *gerere* y *contrahere*. Tanto la *actio exercitoria* como la *institoria* se dan en numerosos casos por un *gestum* o por una *negotiatio* del *praepositus*, que se ha obligado en aquellos casos para los que tenía apoderamiento: *eius rei, in quam praepositus est, contractum est* (D. 14, 3,5,15). Ulpiano, al contemplar el supuesto de concurrencia de varios patronos en la gestión de una nave, nos dice: D. 14,1,1,14

* Es continuación de otro trabajo del mismo autor publicado en el *AHDE* 37 (1967), p. 339-436.

1. El término *quaestus* se emplea en relación con el contrato de sociedad para designar la "ganancia" que deriva del trabajo de un socio (industrial).

2. D. 14,3,16: el *villicus* no obliga al principal, pues él *propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur*, si bien la frase final del texto, que se refiere a la *actio ad exemplum institoriae*, quizá esté interpolada. Sobre el texto, v. § 2, 1, c, (iii).

Sed et si sic proeposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno sibi imputabit³.

D. 14,1,1,23 contiene también la doble mención de *contrahere* y *gerere*, al decir que, aunque el pretor sólo prometió acción *si cum magistro eius gestum sit*, sin embargo, dijo Juliano que el padre o dueño se obligará también por el todo, *etiamsi cum ipso exercitore sit contractum*:

Quamquam autem, si cum magistro eius gestum sit, dumtaxat polliceatur praetor actionem, tamen, ut Iulianus quoque scripsit, etiamsi cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenebitur⁴.

El mismo uso se encuentra en otros textos de idéntico título y, también, en el *de institoria actione*. D. 14,3,5,11 dice claramente que el principal no se obliga por todo lo que hace el factor, sino sólo *si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est*, es decir, respecto a aquel negocio para el que había sido nombrado⁵.

En conclusión, los numerosos textos, algunos de los cuales hemos citado, que contienen un *gerere* o un *contrahere*, señalan una sinonimia de hecho entre ambos términos. Como es sabido, Labeón —D. 50,16,9— distinguía los términos *actus*, *gestum* y *contractus*. Si *actus* es un término genérico equivalente a cualquier declaración de voluntad, manifestada *sive verbis sive re*, y el *gestum* es una declaración *sine verbis*, el *contractus* se refiere a una *obligatio ultro citroque*. A tal efecto, *gestum*, en la medida en que excluye la *stipulatio*, comprende también el *contractus*. Por su parte, *contra-*

3. BESELER (*Beiträge*, 3,116) sospecha en el texto la interpolación de *sibi imputabit* y, en su lugar, sitúa *hac formula uti non potuerit*.—VALERI (en *Riv. Dir. Comm.* 21,1 [1923] 38, n. 3 y 40, n. 4) también estima el texto interpolado, aunque de estas críticas no se derive ningún cambio sustancial. Modernamente lo ha tratado, a propósito de la *praepositio*, SVEN E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensehalt im klassischen römischen Recht* (Köln-Graz 1964), p. 121 s.

4. Sobre el texto v. *Ind. Interp.* y WUNNER, o. c., p. 131.

5. F. EISELE (en *SZ* 11 [1890] 5) considera un glosema desde *id* hasta el final.

here es más amplio que *contractus* y por eso se usan indistintamente *contrahere* (no *contractus*) y *gerere*, e incluso *gestum*⁶.

A continuación tratamos del contrato de arrendamiento que es la más frecuente de las relaciones básicas que surgen a propósito de la acción *exercitoria*. Dentro del mismo apartado hacemos también referencia a la *actio ex recepto* y a la *actio in factum adversus nautas*, dada su proximidad al contrato de arrendamiento. Inmediatamente después, tratamos del contrato de compra-venta, que es la relación básica más frecuente respecto a la *actio institoria*. Luego, de los contratos de sociedad y de los negocios de gestión (*actio mandati*, *actio negotiorum gestorum* y *actio tutelae*). Por último, y todavía dentro de los juicios de buena fe, de la fiducia y acciones afines (prenda, depósito y comodato). En el parágrafo 6 hablamos, en primer lugar, de la *condictio*, que es la acción básica más frecuente en la *actio de peculio*. Luego, de la *actio ex stipulatu* y de la *actio indicati*. Finalmente (§ 7), de los juicios *ex delicto* y (§ 8) de las acciones *in factum* no tratadas en otras sedes.

2. Contrato de arrendamiento.

Es natural que el contrato de arrendamiento constituya quizá la relación básica más numerosa en que se apoya la *actio exercitoria*, pues el transporte es la principal actividad que se realiza por medio de las naves⁷. Descartada la hipótesis, que naturalmente se daría en el mundo romano, del *dominus* o *exercitor navis* que utiliza su propia embarcación para transportar sus también propias mercancías, caso que no supone la aparición de ninguna figura de negocios que encuadre dicho transporte, los juristas romanos con-

6. Otros pasajes que hablan en sentido lato de *gerere* y *contrahere* son, respecto a la *actio exercitoria*, D. 14,15,5, pr-2; respecto a la *institoria*, D. 14,3,2; h. t., 7 pr.; h. t. 11,2; h. t. 17,2; respecto a la *vocatio in tributum*, D. 14,4,5,3 y D. 14,4,5,8, etc., etc.

7. Cfr. J. ARIAS RAMOS, *El transporte marítimo en el mundo romano* (Discurso de apertura de curso 1948/49 en la Universidad de Valladolid). J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea* en *RIDA* 7 (1960) 489 ss. J. DAUVILLIER, *Le contrat d'affrètement dans le Droit de l'Antiquité* en *Mélanges Jacques Maury* (Paris, 1960), p. 97-110. C. H. BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht* (München, 1962).

sideraron que el propietario podía, en primer lugar, arrendar a un *exercitor* el navío no equipado: estamos entonces ante el supuesto de una *locatio rei* ordinaria que sigue las reglas comunes. El *locator* es el propietario y el naviero el *conductor*. El naviero puede ser también un propietario que alquila su navío, debidamente pertrechado, a un tercero. Los romanos veían en este caso un arrendamiento de cosas: el propietario-naviero era *locator*, el cargador, el *conductor*. Pero es otra modalidad la que se daba más a menudo: el naviero (propietario o arrendatario de la nave) la explota obligándose a transportar mercancías o personas, y percibiendo por ello un determinado flete. La naturaleza del contrato era la de una *locatio conductio operis*. El propietario de las mercancías era el *locator* y el que las transportaba el *conductor*⁸.

Es de observar, en cambio, que cuando el transporte es gratuito, los clásicos daban la *actio depositi*, si la cosa depositada se devolvía en un lugar distinto y a una persona que, normalmente, no era el propio depositante, con la particularidad de que se respondería por dolo.

Naturalmente, todas estas acciones se darían como adyecticias cuando existía un *magister navis, praepositus* por el naviero, como patrón de la nave, y aunque se hable de *nautae*, hay que entender por tales no sólo la tripulación sin mando, sino también el *magister* y aún el *exercitor*, y, a veces, exclusivamente éste⁹.

8. Esta configuración del transporte aparece claramente reflejada en el siguiente texto de Ulpiano: *Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenierit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse* (D. 4,9,3,1).

9. Así lo considera el edicto al tratar del *receptum nautarum*, en D. 4,9, 1,2: *Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. ait praetor 'nautae'. nautum accipere debemus eum qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint: sed de exercitore solummodo praetor sentit. nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem aut mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi iussit, sine dubio debeat obligari*. Sobre el pasaje v. ARIAS RAMOS, o. c., p. 32 s.—MITTEIS (en *Stellvertretung*, p. 25, n. 1) dice que el edicto sobr los *nautae, caupones* y *stabularii* debía de ser anterior a la

Esta es la solución que puede estimarse clásica y es también el criterio que manifiesta D. 14,2,2 pr, a propósito de la *lex Rhodia de iactu*, aunque este texto no habla de responsabilidad adyecticia por el arrendamiento, sino de responsabilidad directa del *magister navis*, lo que puede significar que, o bien el *magister navis* era *exercitor* al propio tiempo, o bien que la acción se daba en principio, como las demás adyecticias, contra el patrón, sin perjuicio de demandar luego pretoriamente contra el naviero¹⁰.

Huvelin¹¹ dice que esta solución no ha sido siempre admitida y que, a fines de la República, se dudaba si el contrato de transporte era una *locatio* o, por el contrario, un contrato innominado, que se sancionaba por una *actio in factum*, que ha sido el origen de la *actio praescriptis verbis*. Para ello invoca el testimonio de D. 19,5,1,1, pero de este texto sólo se desprende que Labeón concedía una *actio civilis in factum* para resolver su difícil encuadramiento, en cuyo *oportere* quizá figurase la cláusula *ex fide bona*. Por lo demás, el texto no habla de que tal acción se diera como *exercitoria*, aunque, dada la estructura hipotética de la fórmula, no habría inconveniente para que así lo fuera (v. § 8,1,d).

El *magister navis* es responsable cuando no cumple sus obligaciones en el momento oportuno, pero queda liberado si ha concurrido fuerza mayor, por ej., cuando queda imposibilitado, cuando la nave es detenida por la autoridad pública, etc., sin que exista falta o negligencia que le sea imputable: D. 14,2,10,1

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriororem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt,

actio exercitoria, pues de lo contrario se habría empleado para designar al naviero el nombre de *exercitor* en lugar del de *nauta*. V. ahora sobre el estado de la cuestión, F. M. DE ROBERTIS. *Receptum Nautarum* (Bari, 1952), p. 39, n. 2.

10. El texto ha sido abundantemente criticado, pero W. OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del "iactus" in Diritto romano*, en *IVRA* 1 (1950) 298 ss. y DAUVILLIER (o. c.) estiman que, cualquiera que sea la interpretación que se dé del mismo, no se puede negar que la referencia al arrendamiento es clásica.

11. HUVELIN, o. c., p. 91.

habes ex conducto locato cum priore nauta actione. PAULUS: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit, sine dolo malo et culpa eius¹².

Dada la brevedad del título *de exercitoria actione*, los textos no son demasiado explícitos en lo referente al transporte, puesto que la preocupación jurisprudencial se centraba principalmente en torno al contenido de la *praepositio*, pero podemos citar las alusiones que se contienen en D. 14,1,1,12, que habla de un *magister navis* encargado de arrendar una nave para el transporte de mercancías, y D. 14,1,1,13.

Respecto a la *actio institoria*, existe igualmente el contrato de arrendamiento como relación básica en algún supuesto, dando lugar a responsabilidad adyecticia del principal. Así aparecen dos textos, separados, pero en relación estrecha. El primero de ellos es D. 14, 3,11,8: se trata de un *servus ordinarius*, que arrienda a un *sui iuris* los servicios de un *vicarius*. Este se convierte en *institor* y vende mercancías a su propio dueño. El dueño del *ordinarius* puede ejercitar contra el principal del *vicarius* la *actio institoria utilis* y el dueño del negocio podrá ejercitar la acción de peculio del esclavo dependiente, en razón de que es a éste a quien se había encargado de vender la mercancía:

Si a servo tuo operas vicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem vendiderit, emptio

12. Había algunos preceptos relativos a la influencia sobre el pago del flete de ciertas circunstancias voluntarias o fortuitas. Si el contrato daba a uno derecho a ocupar el navío entero, aunque fuese pequeña la cantidad de mercancías que tuviese, la totalidad del flete prometido era debido; si, por el contrario, la *locatio* era por el peso o por el número de medidas, el flete no se pagaba más que en la proporción de lo que había sido cargado (D. 14,2,10,2).

est: nam cum dominus a servo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit:

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.

Los textos suscitan una cuestión interesante, ¿por qué la *actio utilis* y no la *actio* directa? El *emere* dice D. 14,3,11,8, es posible cuando se trate de un esclavo y su dueño. Lo que parece más probable, según el criterio de Lenel¹³, es que el edicto sobre la *actio institoria* no asignase al factor la cualidad de esclavo y la fórmula no lo haría tampoco; por lo tanto, la acción institoria ficticia derivada de los contratos de un *servus institor* sería una *actio institoria utilis*. D. 14,3,12, es, en realidad, el único texto que califica a la *actio institoria de, utilis*, en todos los demás casos de *servi institores*, se llama simplemente *institoria*. La explicación que nos da Lenel es que los compiladores han borrado, por sistema, toda alusión a la *utilis institoria*, pero la conservaron, sin embargo, en D. 14,3,12, por la naturaleza extraordinaria del supuesto y es muy posible que los mismos jurisconsultos hayan llamado de ordinario *institoria* a la *actio institoria* ficticia porque la mayor parte de los *institores* serían esclavos. Pero, ¿por qué insiste Juliano sobre la redacción *utilis*, precisamente en esta hipótesis? Por el carácter extraordinario que tiene el intentar una acción contra un tercero en virtud de un contrato celebrado con su propio esclavo. Desde entonces Juliano advertiría que la ficción *si liber esset ex iure Quiritium* era suficiente para este caso; y Lenel¹⁴ supone que el tenor original de este fragmento 12 subrayaba el carácter ficticio de la acción y que, luego, fue modificado por los compiladores.

13. *EP*, p. 262 ss.

14. *L. c.*

También se refieren al contrato de arrendamiento como relación básica que se da adyecticiamente, D. 14,3,5,8 y D. 14,3,5,10 (v. los textos y su interpretación en § 2,1).

El contrato de arrendamiento da lugar a la *in rem versio*. La-beón lo dice con ocasión de la responsabilidad del dueño de un esclavo que había sido encargado por un tercero de trabajar con un mulo, que se murió: D. 19,2,61(60),7

Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius negligentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegerissem, qui eiusmodi damno te adficeret.

Kunkel¹⁵ considera interpolado desde *si ipse se locasset* hasta el final. Nada parece justificar, sin embargo, estas alteraciones¹⁶, en la medida en que niegan la limitación de los efectos de una *locatio* celebrada por el propio esclavo. Se trata de una *locatio rei* y el *conductor* es el propietario del mulo. Pueden contemplarse dos posibilidades, según que el esclavo haya desempeñado o no el papel de *locator*. Sólo en el primer caso, *si ipse se locasset*, se limita la responsabilidad del dueño, éste se obliga en la medida del peculio o del provecho obtenido. Si el dueño ha procedido por sí mismo a la *locatio* de los trabajos de su esclavo, su responsabilidad es completa¹⁷.

¿Cómo concebir que la *locatio rei* por el propio esclavo pueda causar una *in rem versio*? Sin duda, es preciso creer que el sueldo, que paga el *conductor*, no sólo aumenta el peculio del esclavo, sino que también aprovecha al amo.

Como complementos del contrato de arrendamiento, anticipamos

15. *Diligentia*, en SZ 45 (1925) 329.

16. GAY, *In rem versum*, p. 221.

17. Como se acredita, al comparar este criterio con el de Mela, reproducido por Ulpiano, al reconocer la *actio ex conducto*: D. 9,2,27,34.

a continuación el estudio de algunos supuestos que se han considerado o que son efectivamente pretorios. Las acciones honorarias que estudiamos seguidamente son la *actio in factum adversus nautas* y la *actio ex recepto*. El otro caso, que se ha estimado por la doctrina de carácter pretorio, y del que tratamos en primer lugar, es el contemplado en D. 47,2,42 pr., que nos parece se refiere simplemente al contrato de arrendamiento:

Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit dumtaxat de peculio, quod ipse exercitor, adiciatur ut noxae dederet. igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur.

Sobre el texto se han dado muy diversas interpretaciones. Biondi¹⁸ lo interpreta diciendo que si el hurto ha sido cometido por un tercero, se puede demandar contra el dueño *dumtaxat de peculio*, si, en cambio, el autor es el propio esclavo *exercitor*, en la fórmula hay que añadir (*adiciatur*), *ut noxae dederet*. Puesto que el jurista contempla una sola fórmula, dice Biondi que conviene preguntarse qué sería esta *vulgaris formula*. El texto está tomado del libro 9 *ad Sab.*, que trata precisamente del hurto; esta consideración, junto a la de que en las fuentes tal vez se habla de *vulgaris formula* en contraposición a *formula in factum* o *utilis*, daría razón a Rudorff, el cual piensa que aquí se contempla la acción civil de hurto; pero como la cuestión de la responsabilidad del *dominus exercitoris* por el hurto cometido por el tercero no se podía oponer frente a la acción civil y como, por otra parte, no es seguro que *formula vulgaris* tuviese como antítesis *formula in factum*, parece más verosímil la tesis de Lenel que refiere el caso a la acción pretoria de hurto contra el *nauta, caupo* o *stabularius*. Hasta aquí la opinión de Biondi, admitida posteriormente por Micolier¹⁹.

A nuestro modo de ver, el texto sólo habla de *perit*, pero no indica la causa del perecimiento, por tanto, éste es un resultado y no tiene que estar forzosamente vinculado a un delito. *Vulgaris*

18. B. BIONDI, *Actiones noxales* (Cortona, 1925), p. 143 ss.

19. MICOLIER, *Pécule*, p. 686 ss.

formula se contrapone a *formula in factum* o *utilis* y, por tanto, debe de referirse a la acción directa del contrato de arrendamiento. La opinión de Rudorff de que se trata de la acción de hurto es más explicable que la opinión, a partir de Lenel²⁰, generalmente seguida, puesto que en un comentario a Sabino es más probable que se trate de acciones civiles que pretorias. Por otra parte, Lenel y Biondi parten de la consideración errónea de que *alter* sea un empleado de la empresa, lo que no se deduce de ninguna parte del texto; antes bien, estimamos que *alter* se refiere a un tercero totalmente extraño a una relación de dependencia con el *exercitor* de la nave.

De Visscher²¹ dice simplemente que la forma *de peculio* es un claro añadido de los compiladores; sin embargo, no reconstruye el tenor clásico del texto: éste, suprimiendo la forma *de peculio* aisladamente, quedaría cojo y no tendría sentido. Biondi dice que falta todo fundamento para una responsabilidad *de peculio* y que el jurista no podía hablar aquí más que de la *actio noxalis*, pero tampoco la reconstruye conforme a sus ideas.

El texto nos parece perfectamente válido en su conjunto y no vemos ninguna razón para estimarlo interpolado. Creemos que contempla dos supuestos: el primero se refiere al perecimiento causado por un extraño, *alter*, y el segundo, al producido por la actividad del propio *servus exercitor*. Respecto a *vulgaris formula*, nos parece que se refiere no a la *actio in factum adversus nautas, caupo-nes* o *stabularios*, sino a la acción del contrato de arrendamiento, que es la cobertura normal del transporte. Al existir este contrato, el *exercitor* responde por *custodia* y, por tanto, cubre toda posibilidad de "perecimiento", con la excepción natural de la *vis maior*. Al existir esta responsabilidad, el *exercitor* se obliga por el perecimiento producido por el acto de un tercero extraño a la nave. La acción del contrato de arrendamiento se da, entonces, *de peculio* contra el dueño del esclavo, porque no existía *praepositio* de éste y, por tanto, no podía darse una *actio in solidum*. En cambio, cuando el que ha ocasionado el perecimiento es el propio *exercitor*,

20. EP, p. 206 ss.

21. F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* (Bruxelles, 1947), p. 151, n. 15 y p. 485, n. 80.

en ese caso se añade la *adiectio* de "o dar en noxa", lo que no quiere decir que la acción se haga noxal, ni tampoco que la acción *de peculio* sirva para perseguir un delito. Se trata de una alternativa que se ofrece al dueño: o responder por custodia en la medida del peculio o abandonar a su esclavo como autor de un delito. Se trata de exonerarse de responsabilidad por la entrega del esclavo autor del delito, en una reclamación contractual. Como este esclavo no era dependiente de una empresa del dueño, no puede darse la acción *adversus nautas*. Así, la explicación final, que distingue la responsabilidad contractual (por la *persecutio (!) annalis*) de la penal (*noxalis!*), debe ser interpolada. En el supuesto de que la reclamación *de peculio* fuera *post manumissionem*, como *annalis*, el ex-dueño no podría ya hacer entrega noxal, pero tampoco creo que se pudiera dar una acción penal contra el liberto, ya que no se pudo dar, como tal acción penal (noxal), antes de su libertad.

Una cuestión compleja es saber bajo qué forma se daba contra el dueño del *servus exercitor* la acción *in factum adversus nautas* prevista por el pretor contra el naviero cuyos *praepositi* habían cometido un daño o robo.

Sabemos que, cuando el delito había sido cometido por un *vicarius* del *servus exercitor*, se daba simplemente contra el dueño la acción noxal *vicarii nomine*. Tal es la doctrina de Paulo en D. 9,4,19,2:

Si *servus tuus navem exercuerit eiusque vicarius et idem nauta in eadem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus eius esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris: ut tamen, si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat. idemque sit etiam, si nautam facere iusserit.*

El texto ha sido criticado²² y hay absoluta coincidencia en considerar interpolado el miembro de la frase *ut de peculio - damneris*²³. Se admite también, desde la glosa de Acursio, seguida por

22. La última frase es conceptuada como "glosa torpe e inútil" por BESELER, *Bciträge* 3, p. 9.

23. BIONDI, *Actiones* cit. p. 146. BESELER, *Romanistische Studien* en *SZ* 46 (1926) 112 y LENEL, *EP*, p. 159 n. 4; p. 206 y 266.

Keller y Mommsen, que, para dar al texto un sentido más inteligible, es necesario sustituir *ad noxam dedere* por *aut noxae dedere*. Esta corrección no nos parece admisible, pues no cabe alternativa entre la responsabilidad *de peculio* y la noxal. En efecto, esta es de menor envergadura que la otra, pues el peculio lo integra no sólo el esclavo vicario, sino también otras cosas; en cambio, la responsabilidad noxal se agota en el abandono del esclavo dependiente.

Paulo debería, en todos los supuestos, recomendar la acción como noxal, pero con la diferencia de que, en caso de *inscientia* del *exercitor*, la *deditio* es sobre el *vicarius*, en tanto que el propio *exercitor* debe ser entregado cuando ha cometido u ordenado la infracción. La cuestión de la culpabilidad del delito se regula de la misma manera que si el *exercitor* fuese un hombre libre y el *vicarius* su esclavo. Para restablecer el tenor del texto no es suficiente borrar, dice De Visscher²⁴, el pasaje interpolado. Paulo debía de decir expresamente que, en caso de *inscientia*, la *deditio* se refería al *vicarius*. En conclusión, el texto está interpolado en la parte que se refiere a la acción *de peculio* y esto es expresión de la tendencia de los bizantinos a ampliar el contenido de tal acción adyecticia.

Aunque para que surja la acción contra el *exercitor* se precisa que el *negotium* haya sido realizado por el *magister* y no por otras personas de la tripulación, el *exercitor* responde por las obligaciones delictuales contraídas por aquellos *qui navis navigandae causa in nave sunt*: D. 14,1,1,2,

Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem: alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeposit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet.

De esta forma, si uno de los que están en la nave como tripu-

24. O. c., p. 486, n. 84.

lantes comete un delito, se da contra el naviero la *actio in factum adversus nautas*, no la *actio exercitoria*²⁵.

Esta responsabilidad del *exercitor* llega a considerarse como cuasi-delictual, como se dice en D. 44,7,5,6 - IJ 4,5,3.

Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur²⁶.

En todo caso no se da una *actio exercitoria* por un delito, sino que se habla de *actio furti adversus nautas* por el daño de hurto cometido por los dependientes del posadero, naviero o establero.

Otro texto contiguo es el D. 4,9,7,6, que dice que las acciones pretorias (*adversus nautas*, etc.) no tienen límite de tiempo para su ejercicio²⁷, pero que, sin embargo, no pueden darse contra el heredero, precisamente porque son penales²⁸ y con la muerte del autor del delito se elimina toda posibilidad de acción:

Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur, proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum nec intra annum. sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem vel cauponam vel stabulum,

25. El párrafo *sed culpa et dolo carere eos curare debet* es seguramente una interpolación, que se deduce de la consideración que se hace de la *culpa in eligendo*: en este sentido BESELER, *Beiträge* 1,48 y 3,99 y F. M. DE ROBERTIS, o. c., p. 173, n. 6 y la doctrina allí citada.

26. DE ROBERTIS (o. c. p. 171) dice que está interpolado pero que es difícil determinar qué parte es obra de los compiladores postclásicos y qué otra debe adscribirse a una ulterior reelaboración. Lo que interesa aquí, sigue diciendo el mismo autor, es saber si la concepción de la responsabilidad del naviero por hurto o daño se remonta al compilador de las *Res Cottidianae* o es más bien una innovación justiniana, inclinándose por la primera de estas soluciones.

27. F. HERNÁNDEZ TEJERO, *Perpetuus* en *AHDE* 19 (1948-49) 593 ss.

28. V. sobre tales acciones § 7.

puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.

El texto niega que la *actio adversus nautas* se pueda dar *de peculio* contra el dueño del *exercitor* difunto, el cual sí pudo, es cierto, ser demandado (*in solidum*) por la *actio adversus nautas*, ya que él era el empresario. En cambio, si el *exercitor* actuaba a las órdenes de su dueño o padre, la *actio adversus nautas* se da directamente contra el dueño o padre, pues se les condena a ellos, empresarios, como si hubiera un *receptum* de todo lo que ocurra en la empresa de su esclavo o hijo. De la primera negociación no puede deducirse entonces que esa acción se pudiera dar *de peculio* en vida del *exercitor*. La acción es penal y, por eso, sigue el régimen noxal.

En definitiva, tampoco se trata de una acción penal que se dé *de peculio*, sino que se da directamente contra el jefe. La *actio furti adversus nautas* es por lo realizado por el *nauta* en la nave siempre y cuando ocurra que lo dañado o hurtado no haya sido objeto del contrato o del *receptum*. Este tipo de acción es mucho más eficaz que la noxal, puesto que en ella el *nauta* responde siempre y por eso se excluye la liberación noxal²⁹.

La *actio ex recepto* no parece, en principio, que pudiera darse *de peculio*. Sin embargo, D. 4,9,3,3 viene a admitirlo así:

Si fuliusfamilias aut servus receperit et voluntas patris domini intervenit, in solidum erit conveniendus. item si servus

29. Por lo mismo, nos parece incorrecta la postura de MICOLIER (o. c., p. 689) de que "el texto afirma la posibilidad de intentar *de peculio* la *actio in factum adversus nautas*" contra el dueño del esclavo *exercitor* cuando el delito ha sido cometido por un empleado libre. BIONDI (o. c., p. 151, n. 1) estima el texto interpolado y dice que probablemente Ulpiano debía de referirse a que, después de la muerte del esclavo *exercitor*, no se podía intentar más la *actio noxalis*. Esto sería, dice Micolier, una observación banal puesto que la acción noxal no podía ser intentada más que en cuanto el *dominus* tuviera la facultad de abandonar al culpable y el razonamiento del juriconsulto sería poco exacto, pues la acción noxal no habría podido ser intentada después de la muerte del esclavo, porque el abandono noxal no era posible. Micolier conserva, sin embargo, el texto tal y como nos lo ha transmitido la compilación. En sentido crítico se manifiesta también recientemente PUGLIESE (*In tema di actio exercitoria* en *Labeo* 3 [1957] 337) diciendo que el texto ha sufrido una visible y notoria alteración.

exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. sin vero sine voluntate exercean, de pecullo dabitur.

El texto ha suscitado muchas controversias, sobre todo en lo que se refiere a la interpretación de las dos primeras proposiciones. En efecto, Biondi, Beseler, De Martino y De Robertis³⁰, que se adhiere al punto de vista de estos últimos, lo han demolido críticamente. Más recientemente, sin embargo, Pugliese³¹ ha reivindicado la genuinidad de ambas proposiciones, dando cumplida explicación de su contenido.

A los fines de nuestro trabajo, en cambio, corresponde decidir acerca de la última proposición, *sin vero sine voluntate exercean, de pecullo dabitur*. Lo más probable es que sea un añadido hecho al texto original, porque, de un lado, es una frase descolocada, pues se contrapone a la primera y no a la segunda de las proposiciones, de otro, carece de sujeto (no pudiendo valer el lejano *filius aut servus*, que, entre otras cosas, habría exigido un verbo en singular)³².

En todo caso, la reconstrucción de la responsabilidad del *nauta* en el contrato de transporte marítimo, suscita muchas dificultades, que no parecen haber sido resueltas por el estudio de De Robertis sobre el *Receptum nautarum*³³, que pretende que la asimilación de los *caupones* y *stabularii* a los *nautae* es una invención de los compiladores³⁴. Van Oven, hablando de la responsabilidad de los *nautae* y de los *exercitores*, no vacila en definir los textos romanos que a ella se refieren de "confusos, tenebrosos, si no enigmáticos"³⁵.

30. BIONDI, o. c., p. 151, n. 3; BESELER, *Beiträge* 4, 261 ss.; F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria* en *Riv. Dir. Nav.* 7 (1941) 29; DE ROBERTIS, o. c., p. 94, n. 2.

31. O. c., p. 336 ss.

32. Finalmente, tiene otros defectos formales que no han dejado de mencionar los críticos citados: v. en LENEL, *Textkritische Miscellen* en *SZ* 39 (1918) 146 y en PUGLIESE, o. c., p. 339.

33. Citado supra.

34. VOLTERRA, *Instituzioni*, p. 519, n. 1 dice que aunque esta hipótesis es sugestiva, no aparece con toda seguridad avalada por el testimonio de las fuentes.

35. Citado, sin indicar la fuente, por VOLTERRA, o. c., p. 518, n. 1.—Puede

Estas explicaciones dadas hasta ahora exigen, naturalmente, un punto de vista respecto al *receptum* y a la *actio furti adversus nautas*. En efecto, suscita muchos problemas la relación entre la *actio locati* y la *actio ex recepto*, pues si la responsabilidad del *locator* es por custodia, ¿cuál es el contenido del *receptum*? Probablemente, el *receptum* se refería a una ampliación de la custodia, también a los objetos introducidos sobre los que podía ser discutible su consideración de objetos del contrato³⁶. La acción penal, en cambio, debía referirse al hurto o al daño cometidos en la nave por los dependientes sobre aquellos objetos que ni han sido objeto del contrato de arrendamiento ni tampoco del *receptum*. Se trataba así de una responsabilidad penal objetiva con gran facilidad de obtención por parte del cargador que la exigía, responsabilidad a la que los compiladores bizantinos, modificando los textos clásicos, procuraron dotar de una cierta base subjetiva como figura de *culpa in eligendo* del *exercitor*.

3. Contrato de compraventa.

Además del contrato de arrendamiento que, como hemos visto antes, debió de constituir la relación básica más numerosa, también se contiene en los textos referencia a contratos de compraventa realizados por el *magister navis*. Así, se dice que cuando el patrón defrauda en el precio de las cosas compradas, el daño será del naviero y no del acreedor:

D. 14,1,1,10

Sed et si in pretiis rerum emptarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris.

También el *institor*, en cuanto *praepositus* para operaciones mercantiles terrestres, es encargado de efectuar contratos de compraventa, en mayor número que el *magister navis*, pues la misión principal de aquél es de realizar precisamente este tipo de contratos,

verse también en este mismo autor el elenco de teorías que se han formulado para explicar la naturaleza jurídica del *receptum*.

36. D'ors, *Derecho privado romano* (Pamplona. 1968), p. 476 s.

produciéndose responsabilidad adyecticia del principal, por su incumplimiento.

La responsabilidad del principal es *in solidum*, lo mismo que en la *exercitoria* y, por eso, se obliga siempre que haya *praepositus* a un factor para hacer compras o pagos, y éste haya incumplido el contrato:

D. 14,3,5,2

Labeo quoque scripsit, si quis pecuniis faenerandis, agris colendis, mercaturis redempturisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri.

Labeón dice que si un panadero hubiese *praepositus* como *institor*, a un esclavo, y le hubiese encargado de vender pan en un determinado lugar, se obliga por la acción *institoria* el panadero, en el caso de que el esclavo hubiese malversado las cantidades anticipadas, que los clientes, con permiso del principal, habían anticipado para que el *institor* les llevara el género en los días sucesivos.

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

Lo mismo ocurre en D. 14,3,5,12 y 14 (de los que se trata en *praepositio*) y D. 14,3,16 (idem).

El factor que al vender hubiese recibido un anillo en arras, y no lo hubiese devuelto, obliga a su principal por la acción *institoria*, puesto que el *institor* ha actuado dentro del marco de la *praepositio*. Si el *institor* ha recibido una prenda en pago del precio, procederá la *actio institoria*:

D. 14,3,5,15

Item si institor, cum oleum vendidisset, anulum arrae nomine acceperit neque eum reddat, dominum institoria teneri: nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est: nisi

forte mandatum ei fuit praesenti pecunia vendere. quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit³⁷.

Cuando un *institor* es encargado de comprar o vender ganado o esclavos, es procedente contra el principal no sólo la acción de compra o de venta, con carácter institorio, sino también la *actio redhibitoria* (v. lo que decimos sobre esta acción, concedida adyecticiamente, en § 8, 1, a), y la *actio ex stipulatu* por el doble o por el simple:

D. 14,3,17 pr.

Si quis mancipiis vel iumentis pecoribusve emendis vendendis praepositus sit, non solum institoria competit adversus eum qui praeposuit, sed etiam redhibitoria vel ex stipulatu duplae simplaeve in solidum actio danda est.

En conclusión, por el contrato de compraventa realizado por un *magister navis* o por un *institor*, dentro de la *praepositio*, se dará, caso de incumplimiento contractual, la *actio empti* o la *actio venditi*, adyecticiamente, contra el *exercitor* o principal, respectivamente.

La compraventa opera también en la *actio de peculio*, lo mismo que en las otras acciones de responsabilidad adyecticia, como se comprueba por el testimonio de los textos. Así aparece reconocido en D. 15,1,7,6 y en D. 15,1,37,1 (v. § 4, 1, b).

Cuando el sometido no ha cumplido las obligaciones que nacen del contrato de compraventa, puede reclamarse de su principal mediante la *actio de in rem verso*. Labeón es el primer jurista que afirma la existencia de esta acción por tal contrato, según se desprende de un texto de Ulpiano que declara que la compra de perfumes en interés del dueño da lugar a la *in rem verso*:

D. 15,3,7,3

Illud plane verum est, quid Labeo scribit, si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.

37. Sobre el problema de las arras que suscita el texto, v. M. TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in Diritto greco e in Diritto romano* (Milano, 1953), p. 68 y recensión de E. VOLTERRA, en *IVRA* 5 (1954) 393-400.—Sobre prenda v. § 5, 6.

Se trata de una compra efectuada directamente por el *servus*, para emplear en un servicio funerario que correspondía a su dueño, y que el precio debido al vendedor de perfumes no ha sido pagado.

En idéntico sentido se manifiesta Ulpiano en D. 15,3,3,10, donde dice que si el esclavo ha comprado trajes a crédito y no ha podido pagarlos, el dueño se obliga con la *actio de in rem verso*, en la medida en que han ido a parar a su patrimonio (v. § 4, 1, c).

Si un esclavo compra trigo para alimentar a los otros esclavos del dueño y éste se pierde, corrompe o quema, se entiende que ha revertido en provecho del dueño:

D. 15,3,3,7

Unde recte dicitur et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum.

y procede contra éste la *actio venditi de in rem verso*.

Según Paulo, Neracio propone también un ejemplo de aplicación de la acción cuando la *in rem versio* también resulta del contrato celebrado por el sometido. Se trata de un hijo de familia que ha comprado una toga y que, después de su muerte, es amortajado con ella por su padre. Dice Neracio que se entiende que el padre ha obtenido provecho por el negocio del hijo. Hasta aquí el texto es claro:

D. 15,3,19

Filius familias togam emit: mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse dedicavit eam in funus eius. Neratius libro responsorum ait in rem patris versum videri: in actione autem de peculio quod in rerum natura non esset uno modo aestimari debere, si dolo malo eius quocum agatur factum esset. atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est non nunc quo funerabitur, sed quo tempore emit (funus enim filii aes alienum, patris est: et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit negotium hoc, id est sepulturam et funus filii patris esse aes alienum, non filii: factus est ergo debitor peculii, quamvis res non exstet, ut etiam de peculio possit conveniri, in quam actionem venit et quod in rem versum est: quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit.

Creemos, con Gay³⁸, que pueden distinguirse dos partes en el texto: la ya vista y la que se añadió luego. Neracio se habría ocupado de la compra de una toga por el hijo y del error del padre, que estimaba que la toga era suya y la utilizó para amortajarle: de esto nacia la *in rem versio* que debía apreciarse en el día de la compra. Luego aparecen unas consideraciones sobre la acción *de peculio* en general, muy criticadas por la doctrina. Probablemente está interpolado *in actione autem ... factum esset. atquin*, y lo más seguro es que Paulo haya reducido a uno dos textos de Neracio, uno, el ya visto, referido a la compra, y el otro, a las obligaciones del padre respecto a proveer las necesidades del hijo.

El final *in quam actionem - i. f.* está también interpolado.

Gay considera que la existencia del peculio no era indispensable para que se produjese la *in rem versio*³⁹. Uno de los textos en que Gay apoya su argumentación se refiere a un esclavo que ha vendido los bueyes pertenecientes a su dueño, de acuerdo con la autorización que había recibido; luego compró otros, gastó el dinero procedente de la primera operación, en lugar de pagar los comprados en segundo lugar; el vendedor impagado pretende reclamar del dueño del esclavo el importe del precio no recibido, y no mediante la *actio quod iussu*, sino por medio de la *actio de peculio* o por la *actio de in rem verso* en la medida en que el dueño ha salido beneficiado por los animales nuevamente adquiridos. La respuesta dada al vendedor de los bueyes excluye la *actio de peculio*, pero admite la *actio de in rem verso* bajo ciertas condiciones:

D. 15,3,16

Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire et his nummis qui recepti essent alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat: qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. respondit non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto

38. GAY, *In rem versum*, p. 221, n. 5.

39. O. c., p. 171 ss.—El mismo criterio tiene H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen röm. Recht*, p. 48 ss.

eo, quod servus domino debuisse, reliquum fierit: illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oportere dominum condemnari.

Si la *actio de peculio* no se aplica es porque, como dice Alfeno, *non videri peculii quicquam esse*. Igualmente, dice Gay⁴⁰, que en la exposición de los hechos no existe ninguna alusión a la concesión de un peculio por el dueño al esclavo que ha procedido a las operaciones de vender y comprar conforme a la autorización recibida. Niederländer dice que es muy posible que este texto se refiera a que lo que no tiene el peculio es activo⁴¹. En cualquier caso, el texto ofrece un claro ejemplo de responsabilidad adyecticia por incumplimiento de las obligaciones en el contrato de compraventa. Dados los límites de nuestro tema no podemos entrar aquí en la cuestión de si el peculio es⁴² o no es presupuesto de la acción de provecho obtenido.

Si un esclavo hubiese comprado trigo para alimentar a los otros *servi* de la casa y un tercero hubiese hecho *fideiussio* en favor de él, dice Neracio que, en tal caso, es más oportuno demandar con la acción de peculio que con la de provecho obtenido, a fin de que, en tal caso, la *actio de in rem verso* se conceda al que prestó lo que luego revertiría en el patrimonio del dueño:

D. 15,3,18

Quamvis in eam rem pro servo meo fideiusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam versaretur (veluti si, cum servus frumentum emisset quo familia aleretur, venditori frumenti fideiusseris), propius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius dumtaxat in quoquo contractu de in rem vero sit actio, qui id ipsum credidit quod in rem domini versum est.

También se da la acción cuando un hijo de familia o un esclavo compró un fundo para el padre o dueño, pero si vale menos de lo

40. L. c.

41. Recensión a GAY, o. c., en SZ 75 (1958) 416, n. 14.

42. V. sobre la cuestión SOLAZZI, *Sul peculium nell'actio de in rem verso* en AG 152-153 (1957) 3 ss.

que se pagó, el provecho se obtiene en la medida de su valor auténtico, y si vale más, el provecho se limita al importe de lo que se pagó:

D. 15,3,12

Si fundum patri dominove emit servus vel filius familias, versum quidem esse videtur, ita tamen, ut, sive minoris sit, quam est emptus, tantum videatur in rem versum quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem versum quam emptus est.

La operación habría sido a crédito y la relación básica es también la compraventa. Por lo demás, el sentido del texto es muy sospechoso⁴³, sobre todo si se contrasta con una opinión de Pomponio, que se refiere a que si un esclavo hubiese comprado para su dueño, como necesarias para éste, cosas que, en realidad, no lo eran, p. ej., esclavos, se considera que el dueño obtuvo provecho tan sólo en el verdadero precio de los esclavos, de tal forma que, si hubiese comprado cosas necesarias, podría ser demandado por el total del precio convenido:

D. 15,3,5 pr.

Si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias veluti servos, hactenus videri in rem eius versum Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit, cum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneatur⁴⁴.

De esta forma, según Pomponio, habría existido *in rem versio* en la eventualidad de compra de cosas no necesarias, solamente si el esclavo hubiese concluido el negocio con un precio que correspondería realmente al valor real de estas cosas. Vendría a suceder, entonces, que los gastos suntuarios que no suponen un valor económico quedan excluidos de la *in rem versio*⁴⁵.

43. V. GAY, *In rem versum*, p. 241 ss.

44. Sobre este fragmento, cfr. GAY, o. c., p. 243. También NIEDERLANDER (en SZ 75 [1958] 417) que dice que Gay considera infundadamente interpolado el fragmento

45. Cfr. D. 15,3,3,4 y su comentario en GAY, o. c., p. 243.

Labeón y Ulpiano contemplan el supuesto de la compra de una herencia a un esclavo, en

D. 15,3,7,4

Idem ait et si hereditatem a servo tuo emero quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum: nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit, ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.

El texto contiene dos hipótesis diferentes: la primera se refiere a la compra de un patrimonio hereditario cuyo titular es el dueño del esclavo. El adquirente había pagado a los acreedores de la herencia una cantidad de dinero; posteriormente, el dueño recupera la herencia; en la medida en que el pago realizado a los acreedores por el que se la había comprado al esclavo, le ha liberado ante ellos, aparece beneficiado por la *versio in rem* en detrimento del adquirente que ha perdido la herencia en juicio. En la segunda hipótesis, la adquisición se compensa con una deuda del esclavo respecto al acreedor y éste persigue, en virtud de la *emptio*, lo que, como consecuencia, ha revertido en el patrimonio del dueño. Pero en este caso no hay aplicación de la *actio de in rem verso*, porque el *quod ad dominum pervenit* no es el resultado buscado por el esclavo en su negocio con el tercero.

Posiblemente la última frase sea interpolada, *nisi - i. f.*⁴⁶.

El *dominus* que ha dado su consentimiento al esclavo para que compre para su dueño se obliga por la *actio quod iussu*; si no hay *iussum*, pero sí ratificación del dueño, o el objeto comprado es necesario o útil para éste, se da la *actio de in rem verso*; si no se da ninguna de tales circunstancias, la acción de *peculio*:

46. GAY, o. c., p. 195.

D. 15,3,5,2

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.

Pero la parte *si quidem - vel alioquin* es interpolada, como se deduce al compararlo con D. 15,4,1,6.

Este texto subraya de nuevo la idea de que la *in rem versio* se da para la adquisición de bienes necesarios, pero no para los bienes inútiles.

También es interesante destacar cómo las compras del esclavo ratificadas por su amo dan lugar a la obligación de *in rem verso*. Pero Pomponio dice, en relación con la compraventa, que tanto si el dueño ratifica el contrato de su esclavo, como si no lo hace así, tiene lugar siempre la *actio de in rem verso*: D. 15,3,5,1

Idem ait, sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, de in rem verso esse actionem.

Si un esclavo compró otro, que era necesario para su dueño, y éste hubiera fallecido, o hubiera reparado una casa y ésta se hubiera derrumbado, se da la acción de provecho obtenido en favor del vendedor del esclavo, que todavía no ha cobrado. Poco importa, en este caso, lo que ocurra con el esclavo, lo decisivo es que el bien haya entrado en el patrimonio del dueño: D. 15,3,3,8

Sed et si servum domino necessarium emisset isque decessisset vel insulam fulsisset eaue ruisset, dicerem esse actionem de in rem verso.

D. 21,1,57 pr-1: Se habla en él indirectamente de la acción de peculio. Dice el texto que el cumplimiento de la obligación del esclavo comprador, que hace la redhibición, es decir, que devuelve lo que ha comprado, no es propiamente una contraprestación, sino un presupuesto de la redhibición, es decir que, para poder redhibir, tiene que restituir lo que compró, y de ahí, que por esta obligación que tiene el comprador de restituir la cosa cuando pretende redhibir no se dé independientemente una acción de peculio, porque no

es una obligación independiente, sino un requisito de la redhibición. En cambio, la obligación del esclavo vendedor, del esclavo que vende a otro esclavo (a un vicario), que es exigible por la *actio empti*, sí puede dar lugar a la acción de peculio, pues es una obligación primaria, es decir, que el esclavo vendedor puede sufrir, en el caso de redhibición, la acción del comprador como acción de peculio; en cambio, el esclavo comprador que tiene que restituir no puede dar lugar por esta obligación de restituir a una acción de peculio porque no se trata de una obligación del principal, sino de un requisito de la misma redhibición⁴⁷.

Este texto, aunque no tiene nada que ver con los vistos anteriormente, es interesante porque se puede ver en él que se dan estas acciones por obligaciones individualizadas y no por obligaciones complementarias de otras. Son como pre-requisitos de otra, como ocurre en este caso, el comprador tiene que restituir el esclavo entero, cuando quiere recuperar el precio, y esta obligación de restituirlo entero no puede dar lugar a una acción de peculio.

4. Contrato de sociedad.

Son pocos y dudosos los textos que conservamos de la acción del contrato de sociedad concedida adyecticiamente. Ulp., D. 17, 2,58,3 dice que, si un esclavo hubiera contraído sociedad con Ticio y, una vez enajenado, continuara en ella, puede decirse que procede, tanto a favor del dueño como del comprador, la *actio pro socio*, puesto que por la enajenación del esclavo no sólo se extinguió la anterior sociedad, sino que surgió una nueva; por las mismas razones procede la *actio pro socio*, tanto contra el dueño como contra el comprador, por aquellas causas que concurrieran antes de la enajenación; por las demás (causas), sólo se da la acción contra el comprador:

Si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam, atque ideo et mihi et emptori actionem pro socio competere, item tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alie-

47. V. sobre la *actio redhibitoria*, § 8, 1, a.

nationem inciderunt dandam actionem, ex reliquis adversus emptorem solum.

Es natural que al enajenante le correspondieran los beneficios de la sociedad anterior a la venta, en tanto que probablemente se obligaba por las deudas con la *actio annalis de peculio*. Por su parte, el que había comprado al esclavo se obligaría con la *actio de peculio*, en tanto el esclavo fuera manumitido o enajenado: sólo en este evento, la responsabilidad estaría limitada a un año⁴⁸. Solazzi piensa en la interpolación del texto⁴⁹ y dice que Ulp. no podía igualar las dos responsabilidades, la del comprador y la del vendedor, pensando en una sola acción, pues D. 17,2,58,2, contemplando al hijo emancipado, declara que “*duabus actionibus agendum esse*”. A nuestro modo de ver, Solazzi, efectivamente, tiene razón al pensar en las dos acciones correlativas a las distintas responsabilidades, pero no creemos que el texto merezca por ello la consideración de interpolado. Lo cierto es que habla únicamente de la *actio pro socio*, pero cabe pensar que Ulp. daría por supuesto que en un caso podía darse *de peculio* y en otro *de peculio annalis*.

Otro texto que reconoce una acción *de peculio* por un contrato de sociedad es Paul, D. 16,2,9 pr., donde se dice que, si se ha contraído una sociedad con un hijo de familia o con un esclavo y el padre o el dueño demandan, deberá tenerse en cuenta, a efectos de la compensación, no la medida del peculio, sino el todo, aunque si fueran los otros socios (del hijo o del esclavo) los que demandaran, en ese caso la acción (*pro socio*) se dará en la medida del peculio⁵⁰.

48. SOLAZZI, *La società col servo* cit., p. 306 s.

49. Subraya la defectuosa dialéctica de *atque ideo*, porque la situación del enajenante no depende del surgir una nueva *societas cum servo*; BESELER (en SZ 45, p. 466) sustituye también *ille dicit* en lugar de la frase *potest dici... ideo*.

50. SOLAZZI, *La compensazione nel Diritto romano*⁸ (Napoli, 1950) p. 7 ss., estima interpoladas las referencias al *servus*, por motivos exclusivamente formales, lo que nos parece inadmisibile.—Sobre este criterio metodológico que parece ahora pacífico, cfr. los magníficos trabajos de KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen* en *Atti del II Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto* (Venezia 1967) y de WIEACKER, *Zur gegenwärtigen Lage der romanistischen Textkritik*, *ibidem*.

Hasta aquí hemos contemplado dos supuestos en los que la *actio pro socio* podría darse de *peculio*. Ahora bien, Lab. D. 17,2,84, dice que se puede demandar directamente al padre, muy probablemente con la *actio pro socio*, sin que haya lugar para pensar que la acción se da adyecticiamente. La razón está en que, cuando media el *iussum* del padre al sometido para contraer una sociedad, los efectos de la misma (personales y, sobre todo, reales) se producen en la persona del padre, lo mismo que ocurre cuando el esclavo recibe dinero en préstamo sin el *iussum* de su amo, no siendo *praepositus* (v. el texto y su comentario en § 4, 2, e), y no ha lugar para la responsabilidad adyecticia. En cambio, cuando el padre no da el *iussum*, la responsabilidad es de *peculio*.

5. *Negocios de gestión.*

Entre los negocios en los que existe una gestión hay que mencionar el mandato, la *negotiorum gestio* y la tutela: los tres son *iudicia bonae fidei*. Sin embargo, no va a ser éste el recorrido que seguiremos para su estudio, sino que distinguiremos, por un lado (i), aquellas acciones que se dan contra el padre o dueño del hijo o esclavo "gestionado" y, por otro (ii), aquellas otras, que se dan contra el hijo gestor, puesto que el esclavo no puede gestionar más negocios que los de su propio dueño, sin que esto suponga admitir que pueda ser representante procesal.

(i) Un hijo o esclavo pueden ser mandantes y obligar por la *actio mandati contraria de peculio* al jefe respectivo. Así lo reconoce Ulp., D. 15,1,3,7, donde cita a Juliano:

Cui congruit, quod idem Iulianus scribit, si a filio meo fideiusso-
sorem accepero, quidquid a fideiussore accepero; id me non
de in rem verso, sed de peculio actione mandati praestaturum.
idem accipias et in servi fideiussore, idemque si alius mihi pro
filio meo debitore solvisset. quod si filius meus debitor non
fuisset, exceptione doli fideiussorem usurum et, si solvisset, con-
dicturum scribit.

En el texto se trata de un hijo, deudor de su padre, que había ordenado a un tercero que saliera fiador por él y de ahí surge el mandato. Ulpiano dice que el padre que lo acepta se obliga por la

actio mandati contraria de peculio (y no de *in rem verso*, porque la cantidad era ya debida al padre, y no se produce, al pagar lo debido ningún tipo de enriquecimiento en su patrimonio) a devolver todo lo que hubiera recibido del fiador mandatario. Lo mismo se aplica al esclavo o a un tercero que pagase por el hijo. En cambio, si el hijo no debe nada al padre, el fiador (dice Juliano) opondrá la *exceptio doli* cuando el padre intente cobrar de él y, si hubiese pagado ya, reclamará lo que pagó indebidamente mediante la *condictio (indebiti)* ⁵¹.

Hemos visto ya el reconocimiento de la posibilidad de que el mandante fuera un esclavo. Pues bien, otro texto, que se refiere concretamente al *servus*, es Paul., D. 3,5,41(42), donde se distingue el simple aviso (*rogatu servi mei*), que da lugar a la *negotiorum gestio* (naturalmente, se trata de los negocios del amo), del mandato (*quasi mandatu servi*), que da lugar a la *actio mandati contraria de peculio vel de in rem verso*:

Si servi mei rogatu negotia mea susceperis, si dumtaxat admonitus a servo ⁵² meo id feceris, erit inter nos negotiorum gestorum actio: si vero quasi mandatu servi, etiam de peculio et de in rem verso agere te posse responsum est.

El esclavo y, naturalmente, el hijo, pueden hacer un mandato de garantía (*mandatum pecuniae credendae*). Respecto al esclavo se establece que ha de tenerse en cuenta la causa de su intervención: el dueño se obliga por la *actio de peculio* únicamente cuando el esclavo ha obrado en interés de su peculio, no en cambio, cuando actuó como *intercessor*. Este es el criterio que se desprende de dos textos de Ulpiano, en los que se invocan las opiniones coincidentes de Celso y de Juliano: D. 15,1,3,5-6

51. Sobre las sospechas de interpolación del pasaje, v. BESELER, *Einzelne Stellen* en SZ 43 (1922) 541.

52. Se reconoce interpolada la mención de *etiam* y se propone sustituirlo por *mandati*: SOLAZZI, *Sulla gestione per conto d'altri* en SZ 47 (1927) 544, lo que vendría a reforzar nuestra interpretación. Sorprende, sin embargo, que GAY, o. c., p. 222, sin alegar razones, diga que el texto es aislado y tardío. Por lo demás, este autor no menciona tampoco D. 15,1,3,7, lo que le lleva a decir (p. 222) que el esclavo no puede ser mandante en Derecho romano clásico.

(5) Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. si igitur quasi intercessor servus interverit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio. (6) Iulianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditori meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, esse obligatum dominum de peculio: quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.

La razón de que se excluya la responsabilidad del dueño en el supuesto de *intercessio* estriba en que, como intentamos probar más adelante (§ 6,2,a), los esclavos no podían obligar *de peculio* a su dueño más que por una *fideiussio* hecha *ex utilitate peculii*.

También puede responder el jefe "gestionado" con la *actio negotiorum gestorum contraria* de dos formas: o bien, directamente, cuando el gestor gestionó asuntos peculiares como propios del padre, o bien, *de peculio*, cuando la gestión se hizo en contemplación del hijo o del esclavo, o cuando se creía que era *sui iuris*. En este caso, la *ratihabitio*, que convertiría el *gestum* en contrato de mandato, debe ser realizada por el hijo, que es el directamente "gestionado" y no por el padre. Así se declara por Ulp., D. 3,5,5,8(6), donde se dice que esta distinción procede de Labeón (que conocería ya la *actio negotiorum gestorum ex fide bona*, y por ese motivo la *de peculio*) y que fue aprobada por Pomponio, el cual habría dicho que se podría dar *de, in rem verso*:

Sed si ego tui filii negotia gessero vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro vicensimo sexto probat, ut, si quidem contemplatione tui negotia gessi pecuniaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem. idemque est etsi sui iuris esse eos putavi. nam etsi servum non necessarium emerio filio tuo et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione eodem loco Pomponius scribit, hoc adiecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem

dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

En todo caso, nos parece que el pasaje está un tanto alterado. El paso de *tu* a *adversus patrem vel dominum* hace sospechar la corrupción; pero, sobre todo el final, desde *hoc adiecto quod putat...*, donde la *versio in rem* aparece confundida con la *locupletatio* bizantina.

Cuando un hijo, que tiene un peculio castrense, deja un heredero, la acción de gestión de negocios contraria puede darse directamente contra el heredero: Ulp., D. 3,5,11(12),1

Sed si filii familias militis defuncti testamento facto gessi, similiter erit danda actio.

Otro supuesto en el que esta acción se da directamente es, cuando el "gestionado", titular de los negocios, es un *homo bona fide serviens*: se excluye la *actio de peculio* y la *actio negotiorum gestorum contraria* se da contra el padre, por lo que éste hubiese adquirido *ex re eius* o *ex operibus hominis b.f. servientis*: Ulp., D. 3,5,5,9(7)

Sed si hominis liberi qui tibi bona fide serviebat negotia gesserunt: si quidem putans tuum esse servum gessi, Pomponius scribit earum rerum peculiarium causa, quae te sequi debent, tecum mihi fore negotiorum gestorum actionem, earum vero rerum, quae ipsum sequuntur, non tecum, sed cum ipso. sed si liberum scivi, earum quidem rerum, quae eum sequuntur, habeo adversus eum actionem, earum vero, quae te sequuntur, adversus te.

(ii) Un esclavo no puede ser nunca mandatario, y, por eso, no obliga con la *actio mandati directa, de peculio*, a su dueño⁵³. Un hijo, en cambio, puede ser mandatario y obliga *de peculio* a su padre, como se desprende de Afric., D. 3,5,45(46) pr.:

Mandasti filio meo, ut tibi fundum emerit: quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi. puto referre, qua mente emerim: nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te eius

53. En tal sentido, también GAY, o. c., p. 224.

voluntatis esse, ut emptum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses et ego, quia per me commodius negotium possim conficere, emissem. si vero propterea emerim, ne filius mandati iudicio teneatur, magis est, ut ex persona eius et ego tecum mandati agere possim et tu mecum actionem habeas de peculio, quia et si Titius id mandatum suscepisset et, ne eo nomine teneratur, ego emissem, agerem cum Titio negotiorum gestorum, et ille tecum et tu cum illo mandati. idem est, et si filio meo mandaveris, ut pro te fideiuberet, et ego pro te fideiusserim.

El fragmento dice que un hijo es nombrado mandatario por un *sui iuris* extraño a la familia. El mandato encomendado al hijo lo ha hecho su padre, con lo que éste ha realizado una *negotiorum gestio*; lo que ocurre es que el padre tiene que manifestar con qué intención ha realizado la actividad, porque si compra para el mandante de su hijo algo que estimaba necesario para él (mandante) o que éste ratificaría, se ejercitará la *actio negotiorum gestorum*. Pero si el padre compra para que el hijo no se obligue por la *actio mandati*, le corresponde contra el mandante la *actio mandati* y al mandante la *actio mandati de peculio* contra el padre. El fragmento es criticado como muy sospechoso⁵⁴, pero creemos que no hay motivos para dudar de su claridad.

Un hijo de familia también puede ser gestor⁵⁵ y dar lugar a la *actio negotiorum gestorum directa de peculio vel de in rem verso*, como se desprende de Ulp., D. 3,5,13(14):

Si filius familias negotia gessisse proponatur, aequissimum erit in patrem quoque actionem dari, sive peculium habet sive in rem patris sui vertit: et si ancilla, simili modo.

El texto no es totalmente clásico. La adición final *et si ancilla...* resulta absurda, y tiene todo el aire de una extensión a los demás subordinados añadida en época postclásica. También podría pen-

54. GAY, o. c., p. 223 s.

55. El hijo puede actuar también como *procurator* del ausente, como acredita Ulp., D. 5,1,57: *quasi procurator [alicuius] <absentis>*.

sarse que la interpolación comienza en *sive peculium* y que llega hasta el final; en ese caso, la *actio negotiorum gestorum* se daría directamente contra el padre, puesto que se trataría de una *actio in factum* y no de la *actio in ius*⁵⁶, si bien esta posibilidad nos parece menor que la anterior.

Un hijo puede ser también tutor, y darse contra el padre la *actio tutelae de peculio*. Como es sabido, esta acción se utilizaba para exigir de todo tutor una responsabilidad por el resultado dañoso de su gestión, aun cuando en ella no concurriera el dolo. Existía la posibilidad de que derivase de la gestión tutelar un enriquecimiento en el patrimonio del padre cuando hubiese sido tutor un hijo de familia. Marcelo lo admite ya en un supuesto en el que un hijo, nombrado tutor testamentario con el conocimiento y el consentimiento de su padre, había quebrantado el patrimonio de su pupilo:

D. 26,7,21

Lucius Titius Gaium Seium filium familias testamento filio suo tutorem dedit: Gaius Seius sciente et consentiente patre tutelam administravit: quaero, an defuncto Gaio Seio actio tutelae adversus patrem eius et in quantum competat. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent actione de peculio et de in rem verso patrem teneri: nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit.

Esta afirmación ha sido confirmada por una constitución de Severo y Antonino del año 196, que se encuentra en C. 4,26,1 y que no debía referirse al *curator*:

Cum filius familias tutor aut curator datur, pater tutelae vel negotiorum gestorum iudicio de peculio vel de in rem verso conveniendus est⁵⁷.

56. V. § 8, 1 y 2, donde tratamos de probar que las acciones *in factum* no se daban adyecticiamente porque no tenían *oportere* en su fórmula procesal.

57. Estimamos con ALBERTARIO (*Di un nuovo criterio per rintracciare interpolazioni pregiustinianee* en *SDHI* 1 [1935] 423) que *aut curator* y *vel negotiorum gestor* son añadidos prejustinianos.—V. por lo demás, GAY,

La generalización aludida se encuentra también en *Pauli Sententiae* 1,4,5, al extender la *actio negotiorum gestorum directa* contra el dueño (*de peculio*), como si un esclavo pudiera ser gestor:

Filius familias vel servus si negotium alicuius gerant, in patrem dominumve peculio tenus actio dabitur.

Esto indicaría que la extensión no es justiniana, sino postclásica temprana (fines del s. III): un momento en que puede ser *procurator* un no-ciudadano⁵⁸, incluso un esclavo.

Esta exclusión del *servus* no impide que un ya libre que haya iniciado su gestión (como mandatario o como gestor) de hecho antes de serlo, deba él responder de su actuación anterior inseparable o conexas. Lo mismo vale aquí que en caso de mandato: Ulp. y Paul., D. 3,5,16(17) y 17(18):

Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. plane si quid conexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit: constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. denique si tempore servitutis aream emerit et in ea insulam aedificaverit eaque corruerit, deinde manumissus fundum locaverit: sola locatio fundorum in iudicio negotiorum gestorum deducetur, quia ex superioris temporis administratione nihil amplius in iudicio deduci potest quam id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest.

Proculus et Pegasus bonam fidem eum, qui in servitute genere coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id servari potest. idem Neratius.

La responsabilidad sólo procede cuando sea una actuación inseparable, pues si son actuaciones independientes no responde de lo

p. 237 s., que también admite la posibilidad de demandar adyecticiamente con la *actio tutelae*.

58. Sobre la imposibilidad, en época clásica, de ser *procurator* el esclavo, v. SERRAO, o. c., p. 1 ss.

anterior a la manumisión (ni tampoco el antiguo dueño, de *peculio*)⁵⁹.

En conclusión: los esclavos sólo pueden ser gestores de sus propios dueños (D. 15,3,5,3: *servus rem domini gerens*), pero no gestores procesales ni gestores de otras personas. En consecuencia, pueden dar lugar, como "titulares" de negocios gestionados, a la *actio negotiorum gestorum contraria*, pero no a la *directa* (que es la que se da contra los gestores).

6. *Fiducia* y *acciones afines*.

Como es sabido, el *Corpus Iuris Civilis* no conserva de la *fiducia* ni siquiera el nombre, pues Justiniano lo eliminó sistemáticamente; sin embargo, no pocos textos, relativos al *pignus*, al *commodatum* o al depósito han sido reivindicados por la doctrina moderna, respectivamente, al campo de la *fiducia cum creditore* y de la *fiducia cum amico*; y esta reivindicación se funda en argumentos tan sólidos que se puede hablar sin temor de la *fiducia*, en base a las mismas fuentes justinianeas.

La *actio fiduciae*, debía de darse quizá directamente contra el padre o dueño, cuando había *inssum*, pues la obligación dependía del resultado de la *datio* (como en la sociedad, v. supra 4). Esto, sin embargo, no está atestiguado en las fuentes. Sí lo está, en cambio, que la *actio fiduciae* pudiera darse *de peculio vel de in rem verso*. En este caso, la fórmula llevaba una *adiectio* para extender la responsabilidad al jefe (el cual, por su propio dolo, respondería *in solidum*), cuando éste, pudiendo restituir no quisiera hacerlo. Esto se nos atestigua en Ulp., D. 15,1,36, que reproduce literalmente la *adiectio*: "*et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est*". La mención de la *fiducia* ha sido sustituida aquí por *pignus*, pero la interpolación no parece discutible⁶⁰:

59. 'El texto quizá esté corrompido al final, pues la limitación al *peculio* (*si aliquid-potest*) parece aludir a un *peculio* conservado por el liberto.

60. En tal sentido se manifiestan: KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae* en *RIDA* 2-3 (1949) 528 ss. ARANGIO, *Responsabilità contrattuale in Diritto romano* (Napoli, 1958), p. 51 ss. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni, 2. Le garanzie reali* (Padova, 1963), p. 76 s.

In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem 'et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est'. videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

El texto se refiere a una acción intentada contra un *pater* para la restitución de la dote que se constituyó en favor del hijo en razón de su matrimonio. La dote ha sido entregada por la mujer o por otros, en su interés, al hijo de familia y, por tanto, ha pasado a formar parte del patrimonio del padre, el cual probablemente la habría dejado al hijo integrándola en su peculio. Si el matrimonio se disuelve, también la *actio rei uxoriae* debe ser intentada contra el padre en la medida del peculio existente en poder del hijo. Por eso estima Ulpiano que la restitución de la dote debe de estar mejor garantizada y añade a la fórmula de *peculio* una cláusula general, imitada de la *actio fiduciae*, para salvaguardar los derechos de la mujer, cuando su suegro haya realizado un perjuicio doloso, como sería, por ejemplo, una *ademptio* (total o parcial) de los bienes peculiares. La dote se ha entregado para compensar las cargas matrimoniales y, aunque el padre se convierte formalmente en propietario de estos bienes, debió hacer que la utilidad económica aprovechara al matrimonio de su hijo. Ulpiano elige muy oportunamente su analogía con la *actio fiduciae*, puesto que, así como el fiduciario se hace propietario de algo que, con determinados requisitos, debe restituir al fiduciante, igualmente el padre se hace propietario de unos bienes que, al menos socialmente, pertenecen al hijo y a la nuera ⁶¹.

61. Este testimonio está en aparente contradicción con *Coll.* 10,2,2, que contiene un fragmento de los *libri differentiarum* de Modestino, escritos

Según Lenel⁶², esta cláusula expresa en la fórmula de la *actio fiduciae* había dado lugar a una extensión por interpretación jurisprudencial (Pomponio lo diría así) de la responsabilidad por dolo del jefe en todas las acciones de buena fe, que serían la *actio rei uxoriae*, la *actio depositi*, la *actio pignoratitia* y la *actio commodati*. Como ya hemos visto supra, no hay dificultad en admitirlo para la *actio rei uxoriae*, aunque Ulpiano lo dé como opinión suya (D. 15,1,36) y luego lo funda con un principio general de Pomponio.

Se podría admitir también para el depósito, cuya fórmula *ex fide bona* es conocida al menos desde Juliano, siendo posible que éste haya sido el inventor de la misma⁶³. Así se admite por Ulp., D. 15,1,5 pr., donde se dice que, en razón del depósito, el padre o dueño solamente pueden ser demandados con la *actio de peculio* y, si en algo se engañó al acreedor, responden por su propio dolo:

Depositum nomine patris vel dominus dumtaxat de peculio conveniuntur et si quid dolo malo eorum captus sum.

El contenido sustancial del texto parece clásico, si bien esta opinión no es generalmente admitida⁶⁴.

Ulpiano parece atribuir, en D. 16,3,1,42, a Juliano esta hipótesis de la extensión. En este fragmento se dice que la *actio depositi* puede darse *de peculio* contra el padre o amo y que no sólo en-

poco después de la obra de Ulpiano, a la que pertenece D. 15,1,36.—*Coll.* 10,2,2, dice: *et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*, pero este texto de Modestino es aislado y tardío, y, por ello, está alejado de la tradición clásica, como dice acertadamente Arangio (o. c., p. 54 s.).

62. *EP*, p. 294 s.

63. V. en tal sentido, J. BURILLO, *Las fórmulas de la actio depositi* en *SDHI* 28 (1962) 233-291.

64. BESELER, *Beiträge* 3, 46, considera interpolado *et si... captus sum*. *Sum*, dice Beseler, es sorprendente, y todo el período tiene que estar interpolado, porque Ulpiano da el mismo tratamiento para el caso del depósito que para el del precario, con la diferencia de que en este último no repite *et... sum*.—V. el comentario de la parte que se refiere al precario en § 8, 2, a).

trará en consideración el dolo del hijo o esclavo depositarios, sino también el de su *pater*:

Filium familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur: sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio. idem et in servo: nam cum domino agetur. plane et Iulianus scripsit et nobis videtur, si eorum nomine qui sunt in potestate agatur, veniat in iudicium et si quid per eum in cuius iure sunt captus fraudatusve est, ut et dolus eorum veniat, non tantum ipsorum cum quibus contractum est.

Hemos visto dos supuestos de depósito que daban la acción de peculio. Por lo que se dirá después respecto a las acciones *in factum* (§ 8, 1 y 2), hay que pensar que sólo se podía dar como adyecticia la *actio depositi in ius*, que correspondería a los dos textos de Ulpiano supra citados. Ahora bien, existe algún pasaje en donde no se otorga la *actio de peculio*, ni siquiera por un jurista posterior a la invención de la fórmula *in ius*: se trata de Afric., D. 15,1,38 pr.

Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. quamvis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.

Tal como está el fragmento, se trata de un depósito regular, a pesar de ser dinero: se explica entonces que no proceda la *actio de peculio* y sí la *actio ad exhibendum*, cuando no hay peculio, pues lo depositado no es peculio, sino que sigue siendo propiedad del depositante; y esto ocurre aun cuando el hijo no deba nada al padre. El depósito, como decíamos, sigue siendo regular, aunque se deposite dinero, por la razón de que el hijo no tiene otro dinero y no se produce la *commixtio* ni la *communio* (*et haec decem teneat!*)⁶⁵.

65. El texto probablemente es genuino, salvo quizá *et exhibitam vindicare*.

Otro supuesto dudoso es Paul., D. 16,3,27, que se refiere a un ciudadano que unió en matrimonio a su hija con un esclavo ajeno, a quien hizo firmar en un documento que había recibido la dote a título de depósito. El constituyente de la dote, falleció sin haber reclamado este patrimonio. Como hubiese muerto también el esclavo, se suscitaba la cuestión de qué clase de acción debía entablar la pseudoviuda, para recuperar la dote, contra el dueño del esclavo. Paulo respondió que, como no pudo haberse constituido la dote, porque no hubo matrimonio, se da contra el dueño la *actio depositi de peculio*:

Lucius Titius cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit, cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea nulla denuntiatione a domino facta pater decessit, mox et Pamphilus servus: quaero, qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa [depositi actione de peculio] pecuniam [repetendam].

Paulo excluye la *actio rei uxoriae* porque se trata de un conubio, pero tampoco podría tener lugar la *actio depositi*, en cuanto que el depósito era ficticio, lo cual prueba además que el padre era conecedor de la falta de *conubium*. Como prueban estas consideraciones, el texto está interpolado. En primer lugar, la frase *quam sub titulo depositi in cautionem contulit*. *Titulus* tiene en este caso el valor de pretexto, un sentido que se identifica como post-clásico y, de otra parte, esta idea de considerar depósito la constitución de dote es helenística⁶⁶. Lo que existe, en realidad, es una *datio ob causam* que se da por la apariencia de matrimonio y, además, por la existencia de esta causa, que luego viene a fallar, se da el traspaso de la propiedad. El que la hija no pudiese disponer de la *actio rei uxoriae*, ni de la acción del depósito, es lo que resulta claramente de las decisiones de los papiros. Segrè⁶⁷ estima, acertadamente, que Paulo daría una *condictio* contra el *dominus*,

66. A. D'ORS, *Titulus* en *AHDE* 23 (1953) 497.

67. G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in Diritto romano* en *Scritti vari di Diritto romano*, p. 240.

a cuya hipótesis responden muy bien las palabras finales *pecuniam repetendam*. De esta forma, podemos decir que las palabras finales *ex causa depositi actione de peculio* son también interpoladas, y su presencia en el texto compilatorio se explica muy bien por la anterior frase que aludía a la indicación en el documento del depósito. Debería decirse *per conductionem* o *conductione*. Además, el que el texto no es totalmente clásico se podría sospechar ya por el mero hecho de que parece una *quaestio* resumida y no en el tenor original en que la presentaría Paulo en su libro 7 *respons.* A nuestro modo de ver, el final del texto deberá leerse *ex causa doti pecuniam condici posse*.

Descartamos, pues, la *actio de peculio* en base al depósito como medio judicial para perseguir al dueño del esclavo. Aunque algún autor no lo cree así⁶⁸, estimamos, sin embargo, la no presencia del depósito en el tenor clásico del fragmento⁶⁹.

Por último, otro texto que, a pesar de la apariencia, no se refiere al depósito y por ello no interesa a nuestro estudio es D. 15,1,52 pr, donde se contiene la expresión atécnica *in arca deposuit*, que tiene el sentido de guardar en una caja o atesorar y no se refiere, por lo tanto, al contrato de buena fe⁷⁰.

En conclusión, la *actio depositi in ius* podía darse *de peculio* contra el padre o amo. En cambio, probablemente la *actio* mencionada no se podía dar, ni como *institoria* ni como *exercitoria*, dado su carácter mercantil y el carácter gratuito del depósito.

La extensión, por interpretación jurisprudencial, de la cláusula de la fiducia a la que aludíamos anteriormente, presenta dificultades respecto a la *actio pignoratitia* y a la *actio commodati*, cuya fórmula *ex fide bona* no es segura, y menos en época de Juliano,

68. GAY, o. c., p. 227.

69. GAY, o. c., p. 227, dice también que el depósito podía ser concluido por el *alieni iuris* en interés del padre y producir así un aumento aparente del patrimonio de éste. Creemos, sin embargo, que este no es posible, en cuanto que el depositario es un mero detentador, que no está protegido por los interdictos posesorios.

70. El texto está muy interpolado: cfr. especialmente H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* en SZ 32 (1911) 252 s.

momento al que se refieren aparentemente los pasajes, como decisivo para esta extensión. Ulp., D. 13,6,3,5, vuelve a aludir a Juliano respecto a la *actio pigneraticia*: *ut Iulianus... circa pigneraticiam actionem distinguit*. Como hemos visto anteriormente, la *adiectio et si quid...* aparecía expresamente en la *actio fiduciae*, que los interpoladores sustituyeron por la *actio pigneraticia* y es lo más probable que la *distinctio* de Juliano⁷¹ se refiera a la comparación de la *actio fiduciae* (*domini vel patris fraus*) con otra acción que podría ser seguramente la *actio pigneraticia in factum*, pues, Juliano, en el libro 11 de sus *digesta*, trataba del *pignus*. Sabemos, respecto a esta acción, que se daba directamente contra el jefe (Jul., D. 13,7,28,1), cuando el esclavo recibía una prenda en garantía de un crédito de su peculio, ya que era el *dominus* el que había adquirido la posesión y podía restituirla al demandante:

Si servus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio pigneraticia adversus dominum debitori competit.

El motivo por el que no se da la acción adyecticiamente estriba en que, al ser la *actio pigneraticia* una fórmula *in factum* que no contenía un *oportere* en su fórmula procesal, no podía darse con transposición de personas y, por eso, se hacía directamente (v. § 8, 1 y 2).

Algunos autores, sin embargo, han sostenido que una *datio pigneraticia* podía dar lugar a responsabilidad adyecticia⁷², pero ello es debido a estimar auténtico D. 15,1,36 (vid. supra) que, según sostiene la doctrina, contiene la mención de *pignus* interpolada, en lugar de fiducia. También es sospechoso D. 14,3,5,15, en cuya parte final se dice que *quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit*. La parte anterior del frag-

71. F. PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen* 1, p. 412, dice que *distinguere* está muy frecuentemente interpolado.—BESELER, *Beiträge* 3, 45, que estima interpolado todo el fragmento, dice que el contenido del mismo es todo lo contrario de una *distinctio*. También nos parece sumamente extraña la mención aislada de *dumtaxat* al lado de *venit*, que motiva la irónica interrogación de Beseler, *woher?*

72. GAY, o. c., p. 224 y NIEDERLANDER, *recensión cit.*, (en SZ 75 [1958] 420).

mento se refiere, como hemos visto ya (§ 5, 3), a un *institor* que, al vender aceite, había recibido un anillo en arras y que no lo había devuelto; Ulpiano decía que el principal se obligaba por la *actio institoria*, porque el *institor* había actuado dentro de la *prae-positio*. La parte *quare-erit* creemos que es espuria y no porque veamos en "*quare*" uno de los supuestos de "*Rationalisierung*" a los que Schulz⁷³ aludía, sino por la interpolación de *pignus*, explicable porque en época justiniana las arras perdieron su carácter "*confirmatorio*" y lo adquirieron de garantía: por esta razón, los compiladores debieron de sustituir *pignus* en lugar de arras, subrayando en este sentido su función "*penal*".

El problema se plantea más dudoso respecto a la *actio commodati*; según la opinión dominante, había existido una *actio commodati ex fide bona*, pero es difícil que fuera así en época de Juliano, que no la incluyó entre las acciones de buena fe (en el ed. XIX)⁷⁴. Otro sector de la doctrina piensa que el comodato tuvo fórmula *in ius* (además de la *in factum*), pero no *ex fide bona*. Por último, algunos autores creen que el comodato tuvo sólo fórmula *in factum* y que nunca la tuvo *in ius*⁷⁵.

Un texto de Ulp., D. 13,6,3,4-5 parece extender al comodato el régimen del *et si quid...* implícito:

(4) Si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. sed et si ancillae vel filiae familias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum. (5) Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit.

Como la *distinctio* de Juliano (D. 13,6,3,5) aludía, según se ha dicho antes a la comparación entre *fiducia* y *pignus*, podía pen-

73. *Das Quare und die Rationalisierung der römischen Rechtswissenschaft* en *RIDA* 1 (1952) 557-569.

74. Tampoco las incluye *GAI.* 4,62 en su catálogo completo de las acciones de buena fe.

75. A. D'ORS, *Observaciones sobre el edictum de rebus creditis* en *SDHI* 19 (1953) 179 ss. y S. CRUZ, *Da Solutio* 1, p. 209, n. 304.

sarse que lo mismo valdría para el comodato, pero el texto en su redacción actual, no permite afirmarlo. El fr. 4 dice que si se ha dado algo en comodato a un hijo o a un esclavo, podrá demandarse al titular de la potestad con la *actio de peculio*, pero si el comodato se hizo en favor de la hija o de la esclava, éstas, al contrario que el hijo, no se obligan nunca directamente, sino sólo por la *actio de peculio*. La doctrina habla del fragmento a propósito de hacer resaltar las diferencias de capacidades de la hija y del hijo⁷⁶, pero no advierte el detalle de que aparentemente se dé como *de peculio* una relación básica probablemente *in factum*. El pasaje contiene irregularidades de forma que permiten la sospecha de que esté interpolado; lo cierto es que, ante la redacción actual, caben dos posibilidades: o bien creer con la mayoría que se daba la *actio commodati in ius* y que podía ser otorgada *de peculio*, o bien, con mayor probabilidad, que el texto aludía a la *obligatio* nacida de la fiducia y no al comodato. Este caso no sería aislado, puesto que Gayo, D. 15,1,27 pr., citando otra vez a Juliano, debía de referirse a la *actio fiduciae* y no a la del comodato:

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: 'maxime si qua sarcinatrix aut tatrix erit aut aliquod artificium vulgare exercent, datur propter eam actio'. depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Iulianus ait: sed et tributariam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse. longe magis non dubitatur, et si in rem versum est, quod iussu patris dominive contractum sit.

La redacción actual del pasaje es un tanto extraña y sorprende la presencia de *et ancillarum* antepuesto a *et filiarum*. La mayoría de los autores entienden que el texto de Gayo se refería a la fiducia, restituyendo *fiduciae*, donde ahora se lee *depositi et commodati*. Gayo debería decir: <*fiduciae*> [—] *quoque actionem dandam earum nomine...*⁷⁷.

76. C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel Diritto romano* en *Opere di C. Ferrini* 3, p. 140.

77. V. sobre el texto, SOLAZZI, *Sul peculium nell'actio de in rem verso* en *AG* cit., p. 11 y R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributi alla teoria delle interpolazioni* en *BIDR* 19 (1907) 29, n. 1, que, de la com-

A pesar de estas dificultades, nos inclinamos a pensar que las *actiones in factum* del depósito y del comodato, lo mismo que la de la prenda, se darían directamente contra el jefe, y nunca *de peculio*, como ocurre con todas las *actiones in factum*, que no tienen un *oportere* en su fórmula.

§ 6. JUICIOS DE "DERECHO ESTRICTO"

1. La "condictio".

a) *Mutui datio*.—La acción ejercitoria y la institoria sólo proceden cuando se ha negociado dentro de los límites de la *praepositio*. A esta regla general suceden los casos concretos: ¿qué ocurre si la *praepositio* no había previsto que el *magister navis* pudiera recibir dinero en préstamo y lo ha recibido? Ya Pegaso había estimado que, si el dinero recibido en mutuo por el *magister navis* se hubiera destinado a aquella gestión que se le encomendó, procedía la acción contra el principal:

Ulp., D. 14,1,1,8:

Quid si mutuam pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?

La última frase del texto, *quid enim*, etc., posiblemente sea compilatoria, por estar situada después de *quam sententiam puto veram*, que sería la última expresión del jurista y por contener una pregunta sin respuesta ⁷⁸.

Pero, ¿qué ocurre cuando el patrón gasta en sus cosas el dinero que recibió a crédito para reparar la nave? Ofilio entendía que, si lo había recibido con la obligación de invertirlo en la nave y luego había cambiado de intención, el naviero se obligaba por la acción pretoria; pero, si no hubiera expresado que lo recibía *ad reficiendam navem* y, desde un principio, tuvo la intención de aprovecharse

paración de este fragmento con D. 15,1,36, deduce que Gayo hablaba aquí de *fiducia cum servo* aplicando los principios a la hija y a la esclava.

78. ALBERTARIO, *Scritti* 4, p. 353, n. 2.

de la cantidad prestada para otros fines, tanto Pedio como Ulpiano, creían que el *exercitor* no se obligaba: D. 14,1,1,9

Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.

Este texto acredita la existencia de nuestra acción ya en época republicana, si bien es criticado como muy sospechoso de interpolación⁷⁹. A nuestro modo de ver, la corrupción del pasaje no es tan clara⁸⁰. Se contiene en todo caso una distinción, referida a la declaración del mutuuario: si éste se ha manifestado de una forma y luego no cumple, obliga al naviero, que responderá mediante la *condictio exercitoria*; en cambio, si el patrón no ha dicho nada, el mutuante debe pensar que el préstamo no entra en la *praepositio* y sólo le resta la posibilidad de demandar *de peculio*, con el inconveniente que supone el no ser la condena *in solidum*.

79. F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* en SZ 18 (1897) 20: estima interpolado desde *imputaturum* hasta *praeposuerit* y desde *et hoc* hasta *accipit*.—BESELER, *Beiträge* 3, 116, también elimina desde *imputaturum* hasta *praeposuerit*. F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna (Festschr. Lenel)* = *Gesammelte Abhandlungen* (Heidelberg, 1961), p. 406 s. elimina *mox mutavit voluntatem*; *imputaturum... esse* y sustituye *distinctionem* por *sententiam*. *Mox mutavit voluntatem*, dice Pringsheim, da la impresión de que *hac lege* quiere decir "según el contrato y, por tanto, según la verdadera intención", y entonces esto no podría ser una expresión de Ofilio. Luego, en *imputaturum sibi cur talem praeposuerit*, la construcción de *cur* es extraña y tiene todo el aspecto de ser justiniana. El texto ha sido también estudiado —contemplando estas mismas opiniones citadas— por WATSON, *Obligations*, p. 190-191, concluyendo que lo máximo que se puede deducir con seguridad del mismo es que, para Ofilio, cuando un *magister navis* pide dinero en préstamo para destinarlo a las necesidades de la nave, el *exercitor* es responsable aún cuando la intención del patrón sea la de defraudarle.

80. Quizá sean interpolaciones *consilium [cepit-et]* y *quod-accipit*, si bien, en caso de no ser admitidas, podía entenderse *fraus* como el hacer creer al mutuante que éste disponía de una *actio in solidum*, cuando en realidad era la *actio de peculio*.

En un texto de Africano nos encontramos con un criterio totalmente distinto. En tanto que Pegaso exigía una efectiva utilización del dinero para reparar la nave y Ofilio estimaba suficiente la declaración de que el dinero recibido lo era *ad reficiendam navem*, Juliano, en cambio, sólo concedía acción en el caso de que la nave se encontrase necesitada de reparación: D. 14,1,7 pr:

Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavet se in refectioem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectioem navis esse consumptam. respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectioem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioem pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari⁸¹.

La acción procedía también cuando el patrón había recibido dinero prestado para pagar a otro que le había prestado para la reparación de la nave: D. 14,1,1,11

Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectioem crediderat, puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit.

D. 14,1,7,1 habla del conocimiento del lugar en el que debía de comprarse la cosa para la cual se había pedido el mutuo:

Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comparari po-

81. F. DE MARTINO, en *NNDI*, s. v. "*exercitor*" estima erróneamente que la acción concedida por Juliano habría de ser *utilis*. Creemos, de acuerdo con PUGLIESE, o. c., p. 319 ss., que el término *utiliter* tiene el sentido de entablar una acción con provecho.

tuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare.

Finalmente se establece una analogía con la *actio institoria*, si se ha prestado al *servus institor* para comprar una cosa que era necesaria, sin que se exija por Juliano que el acreedor se preocupe de que la cantidad se gaste o no en esa compra; basta, como en el caso de la *exercitoria*, la situación de necesidad: D. 14,1,7,2.

Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur: nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus, et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat: an in hanc rem pecunia eroganda est.

Los textos deben ponerse en relación con la opinión que Juliano manifiesta en D. 12,1,29 pr.:

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

En este texto (v. ampliamente en § 4,2,d) se contiene una opinión aislada de Juliano, por la que se equipara el *iussum* a la *praepositio*, en el sentido de considerar que ésta no es más que una autorización generalizada y que procede consiguientemente la *condictio* directa.

En resumen, creemos que, en un principio, la *praepositio exercitoria* debería abarcar únicamente los contratos celebrados por el *magister navis*, principalmente el de transporte. Esto se explicaría, teniendo en cuenta que los supuestos crediticios, que se contienen en el libro 14, título 1, generan una *actio exercitoria*, a título excepcional y poco frecuente. Los textos dan por sabido que la acción se da por los contratos, y, por eso, el *quid iuris* se suscita precisamente en relación con los préstamos. En todos los casos examinados, la acción se otorgaba cuando el mutuo, recibido por el *magister navis*, se dio en función de las necesidades de la empresa naviera. En efecto, el *locus praepositionis* es aquí la misma nave, y, dada la distancia que separaría normalmente al patrón de

su naviero, aquél podría verse necesitado de pedir dinero en préstamo y carecía de toda posibilidad de solicitar al naviero que diera su *iussum* al mutuante, para lograr el mismo efecto. De esta forma, los juristas se veían obligados a arbitrar la misma *actio exercitoria*, para exigir del naviero el mutuo solicitado y recibido por el patrón, para cubrir las inmediatas necesidades navieras, ampliando de esta forma, el contenido inicial, puramente contractual, de esta acción, y, sin forzar, por otra parte, el sentido, más estricto, del *iussum* en cuanto institución generadora de responsabilidad directa. La *actio exercitoria* no se daba entonces por un préstamo aislado o independiente, sino por los mutuos, no previstos en la *praepositio*, pero que se destinaban a la gestión o a la reparación de la nave.

En la *actio institoria* no aparece tan claramente delimitada la función de los préstamos como algo complementario de la acción principal. Es más, a pesar de la mención de Juliano, en sede de *actio exercitoria* (D. 14,1,7,2) existen en este título 3 del libro 14 muchos supuestos crediticios autónomos. Así, Labeón ya consideraba que un *praepositus* en un negocio de préstamo con interés obligaba *in solidum* a su principal: D. 14,3,5,2

Labeo quoque scripsit, si quis pecuniis faenerandis, agris colendis, mercaturis redempturisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri.

Ulpiano nos presenta un caso muy semejante a D. 14,1,1,8, al establecer que, cuando a un *institor*, encargado de comprar mercancías, se le hubiera prestado una cantidad, incluso si el destino de la *pecunia credita* hubiese sido el pago del alquiler de la tienda, procede la acción contra el principal, salvo que en la *praepositio* se hubiese prohibido tomar dinero en préstamo. Resulta entonces que la *praepositio* para comprar, comprende también, según este pasaje, un permiso para proporcionarse el dinero que necesita el *praepositus*, a través de la aceptación de un préstamo⁸²: Ulp., D. 14,3,5,13:

Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem

82. WUNNER, o. c., p. 115 y 121.

pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.

Análogamente, si un factor ha sido prepuesto para comprar o vender aceite y hubiese recibido en mutuo este producto, procede también la acción pretoria contra el principal, como dice Ulpiano, en D. 14,3,5,14:

Si ei, quem ad vendendum emendumve oleum praeposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere.

Asimismo, D. 14,3,13 pr habla de un *servus institor*, que había sido *praepositus mutuis pecuniis* y da contra el principal la *condictio institoria* como acción ficticia, por especiales motivos que se examinan en § 2,1. A la responsabilidad adyecticia por mutuo se refiere también D. 14,3,19 pr, donde se concede la *actio utilis ad exemplum institoria* contra el que pone a un *procurator* al frente de un establecimiento de depósitos irregulares, para recibir cantidades en préstamo (v. § 2,5).

También Pap., D. 14,3,19,1, nos habla de un esclavo (*institor apud mensam*), encargado de contraer mutuos:

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.

Cuando un hijo es *praepositus* por su padre y recibe dinero prestado para comprar mercancías y el padre sale *fideiussor* por él, es claro que procede la *condictio* como *institoria*, pues con la fianza se incorpora el préstamo al negocio de la tienda, como se desprende de Pap., D. 14,3,19,2:

Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuum pecuniam accepit: pro eo pater fideiussit: etiam institoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fideiubendo negotio tabernae miscuerit.

Papiniano también nos dice, en el mismo texto, que si un esclavo, encargado solamente de prestar dinero a interés, hace *inter-*

cessio de una deuda ajena como *institor*, no obliga a su dueño por la *condictio institoria*, pero lo que prometió a otro por delegación de un deudor a quien prestó dinero con interés, se reclamará del dueño, el cual adquiere la *condictio* contra el que delegó en el esclavo: D. 14,3,19,3

Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, qui pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.

D. 14,5,8 nos informa de un esclavo que era *institor* de un establecimiento *mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis*, probablemente fuera de Roma, donde, al mismo tiempo y por su propia cuenta, había tomado en arriendo unos almacenes, donde los campesinos depositaban los cereales que el esclavo vendía a los comerciantes de la ciudad. El contrato entre los productores y el depositario debía de ser muy complejo, pues debía estar constituido por el depósito, por el mandato y por la *fideiussio* asumida por el depositario por el precio del grano, en cuanto que él conocía y elegía los negociantes idóneos, quedándole, como es natural, un tanto por ciento del precio de la venta. Paulo, en el pasaje, solamente nos habla de *fideiussio*. Habiendo huido el esclavo y llevando consigo el precio del grano, los clientes productores se dirigieron contra el dueño del *institor*. Este negaba toda responsabilidad, en virtud de los mismos términos de la *praepositio institoria*. El prefecto de los mercados, sin embargo, le condenó y la causa fue apelada ante el emperador. Paulo estima justa la defensa del *dominus*: *non solere-mandasse*. Pero el prefecto de los mercados había considerado otros elementos de hecho en la causa, principalmente que la actividad del esclavo se había convertido en estable y pública, y, por tanto, no podía ser ignorada por el *dominus*. El emperador confirmó la sentencia: D. 14,5,8

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conve-

niret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

Vemos en el texto cómo Paulo trata de conservar los principios tradicionales de la *praepositio*, pero, el emperador, en la *cognitio*, le espera, como dice Riccobono⁸³, sin ninguna preocupación. Podemos ver aquí cómo el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* ejercitó un gran influjo en el mismo período clásico, a partir de Adriano, sobre las instituciones civiles y pretorias.

En la *actio de peculio* las relaciones del mutuo son quizá las más frecuentes y en los textos puede percibirse esta inclinación. Sin embargo, el primero que habla de un mutuo, D. 15,1,9,8, no muestra una *condictio de peculio* para reclamar lo que se ha prestado al esclavo, porque el mutuo se ha hecho al dueño, que responderá directamente con la *condictio*; por lo tanto, la *actio de peculio* de la que se habla en la última parte, no tiene nada que ver con la hipótesis de una *datio* crediticia, sino que se trata de una *actio de peculio* por cualquiera de las causas ordinarias de esta acción (v. el texto y su comentario en § 4, 1, b). En el mismo sentido negativo, se debe mencionar también D. 15,1,27,4, donde la palabra *crediderit* podía hacer pensar que se trata de un préstamo que podía dar lugar a una *actio de peculio*, pero lo más probable es que se refiera al saldo de cuentas (interno) que el dueño tenía respecto al peculio del esclavo (v. § 4, 1, b).

D. 15,1,27,5, constituye una hipótesis similar en la que tampoco existe una *actio de peculio* para la reclamación de un mutuo hecho al esclavo, pues el préstamo que éste recibe procede de alguien que compra al esclavo y que luego lo vende a otro. El vendedor no

83. S. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem e il suo influsso sul ius civile en Mélanges Cornil 2*, p. 375 ss., y *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ius novum en RIDA 3* (1949) 277 ss.

puede reclamar del comprador, puesto que cuando el esclavo estaba en su propiedad pudo muy bien haber deducido la cantidad que le había prestado cuando era esclavo ajeno. Se trata entonces de un saldo pendiente entre el esclavo y su dueño. Juliano, después de negar en este caso la *condictio de peculio* contra el último comprador del esclavo, concede en D. 15,1,27,6, la *actio annalis de peculio* al que prestó al esclavo, cuando era todavía ajeno, para que, el que era entonces su amo, le pague la cantidad prestada. En este fragmento nos encontramos ya con una *actio de peculio*; no se da la *condictio* directamente contra el dueño, porque no había más que una obligación natural del esclavo que podía reclamarse con la *condictio* en la medida del peculio:

(5) Sed et si alieno credidero eumque redemero, deinde alienavero, aequè non putat mihi in emptorem dari debere iudicium. (6) In venditorem autem dumtaxat intra annum post redemptionem numerandum de eo, quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat deducto eo, quod apud me peculii servus habebit.

Entonces, D. 15,1,27,7, viene en cierto sentido a resumir lo anterior; la opinión de Juliano, diciendo que de la misma manera que cuando uno presta a un esclavo propio no se da la acción contra el que compra después este esclavo, esta idea —que se ha anunciado ya antes— se aplica también cuando no es esa persona la que presta. Juliano dice que tampoco se debe dar esta acción cuando esta obligación natural se ha contraído entre el padre o el amo acreedor y su propio esclavo, sino entre dos esclavos del mismo dueño, si un esclavo presta una cantidad a otro y este prestatario es enajenado, no se puede dar la acción contra el comprador, es decir, no tenemos aquí una *actio de peculio* expresamente:

Sicut autem de eo, quod ipse crediderim servo meo, non putat Iulianus in emptorem alienato eo actionem mihi dari debere, ita et de eo, quod servus meus servo meo crediderit, si is, cui creditum fuerit, alienatus sit, negat permitti mihi debere cum emptore experiri.

La idea que se puede deducir de todos estos textos es que en la medida en que un préstamo a un esclavo no engendra una obli-

gación civil de su amo, porque no hubo *iussum*, sino tan sólo una obligación natural, el pretor refuerza esta obligación natural mediante una acción de peculio contra el amo del esclavo deudor. Pero que, cuando este esclavo deudor ingresa en el patrimonio de su acreedor, lo que procede es la deducción de este crédito natural contra el que ahora es esclavo suyo y que, si lo vuelve a enajenar, es decir, a perder la propiedad por una nueva enajenación del esclavo, no procede la acción de peculio. Esto sería, en síntesis, lo que nos enseñan estos textos.

¿Qué ocurre cuando el esclavo ajeno, que prestaba servidumbre de buena fe, dio a su presunto dueño, para que lo manumitiera, el dinero tomado en préstamo de un tercero? Papiniano dice que, aunque en otros casos el acreedor pudiera elegir entre el presunto propietario y el verdadero, en éste debía ser demandado el verdadero dueño y éste podría ejercitar contra el presunto la *actio ad exhibendum* por razón de la cantidad que el esclavo había adquirido para él, y que no sirvió para la causa propuesta, es decir, la libertad. Y, el mismo Papiano subraya que no hay que admitir que si el presunto propietario no manumite al esclavo, la cantidad es del verdadero dueño, pero que, una vez manumitido, se entiende que la cantidad pasa al que manumitió, como ganada a cambio de algo propio, pues la cantidad se da más bien en ocasión de un asunto del presunto propietario que a cambio de algo suyo: D. 15,1,50,3

Servus alienus, cum bonae fidei serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit, ut eum manumitterem, et manumisi: creditor quaerebat, quem de peculio conveniret. dixi, quamquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum et eum ad exhibendum mecum acturum pecuniae nomine, quae ipsi esset adquisita nec in eam causam alienata, quae pro capite servi facta proponeretur: neque enim admittendum esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse, manumissione vero secuta videri pecuniam ex re mea quaesitam mihi, quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea pecunia mihi daretur.

Como es sabido, el esclavo ajeno *bonae fidei serviens* adquiere para el dueño presunto *ex re eius* (con bienes del presunto) o *ex*

operibus suis (por trabajo del propio esclavo). Por otra causa adquiere para el dueño verdadero. En nuestro supuesto, el mutuante tiene la *condictio (de peculio)* contra el que adquirió el dinero. Es posible que, en otro tipo de negocio (que no depende de una adquisición), se pudiera reclamar alternativamente del verdadero dueño o del presunto (cfr. D. 45,1,118: *domini esse intelleguntur*). Aquí, no. Ahora bien: cuando el esclavo entrega a su presunto dueño el dinero prestado, no puede considerarse que sea una adquisición procurada *ex re eius*, pues el esclavo no es una *res eius* (ya que no le pertenece verdaderamente), sino *propter rem eius*; es decir, no era a cambio de nada del presunto, sino por un acto relacionado con el esclavo que le servía de buena fe; entonces, el verdadero dueño es el que adquiere (*ipsi adquisita*), y el esclavo, al entregar la cantidad al presunto, no podría hacérsela perder al verdadero. Así el verdadero dueño a quien pertenece el precio de la manumisión entregada al dueño presunto, puede entablar la *actio ad exhibendum* para reclamar los *nummi* (incluso si han sido consumidos o confundidos con dolo, pues si hubiese sido sin dolo procedería la *condictio*).

Como es sabido, la *actio de in rem verso* se da cuando existe un aumento real en el patrimonio del padre o dueño. Así, Jav., D. 15,3,2, afirma que no hay *in rem versio* si, en compensación al dinero entregado por su esclavo, le libera su dueño. Del mismo modo, la *actio de in rem verso* se da sólo en la medida en que el dinero recibido en mutuo por el esclavo exceda el valor real del esclavo manumitido: Ulp., D. 15,3,3, pr

Quod si servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio.

La *condictio* se da también *de in rem verso* cuando el esclavo paga la deuda del dueño con el dinero que recibió en préstamo, o cuando emplea el mutuo recibido en comprar alimentos para los otros esclavos del *dominus* y en su nombre: 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 consumpserit) 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 indebiti repetitionem dominus haberet), sive cum servus domini negotii gerendi administrandae 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.

Lo mismo ocurre cuando dice Labeón que el dinero recibido en préstamo por el esclavo se empleó en comprar cosas superfluas, siempre y cuando se haya actuado con la voluntad del dueño (D.15,3,3,6). Según se ha visto, los textos reconocen que la *condictio* por una *mutui datio* podía darse *de in rem verso*. No nos detendremos más en este problema, ya que, como no debió de ser discutido, los juristas no se paran a examinarlo con detenimiento, sino que se refieren a él, muy tangencialmente, a propósito de la fijación de qué entendían ellos por *in rem versio*, asunto fundamental de esta acción, análogo en cierto modo al planteamiento que realizan, respecto a la *actio de peculio*, con la *deductio*. Por este motivo, se ha tratado ya, en otras sedes, de estos pasajes⁸⁴.—Finalmente hay que aludir a la especialidad del *iussum*, que, como hemos visto, produce una obligación directa del jefe cuando se ha dado para un préstamo y nunca una *actio quod iussu* (v. § 4, 2, d).

b) Otras “*condictiones*”.

Existe un texto que dice que si un hijo o un esclavo ha resultado vencido en el juego, corresponde la repetición de lo perdido al padre o dueño. Igualmente, si el esclavo hubiera ganado una cantidad se dará contra el dueño la *actio de peculio* y no la noxal, puesto que se reclama en virtud de un negocio: D. 11,5,4,1

84. V. § 4, 1 d.—Los textos son, principalmente, D. 15,3,3,5 y D. 15,3,3,9; D. 15,3,3,10; D. 15,3,7,1; D. 15,3,7,5; D. 15,3,8; D. 15,3,17 pr; D. 15,3,10,7; D.15,3,10,8; D. 15,3,10,10; D. 15,3,11; D. 15,3,20 pr; D. 15,3,21; D. 15,3,20,1.

Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio. item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit.

El fragmento no presenta ninguna dificultad, puesto que la acción que se da *de peculio* es la *condictio (ex iniusta causa)*, y no se da directamente contra el dueño del esclavo o contra el padre, porque no existía *iussum*. Por su parte, el padre o dueño podrán utilizar la *condictio* para repetir lo que sus subordinados hubiesen perdido.

¿Podía darse de *peculio* la *actio rerum amotarum*? La *actio rerum amotarum* era una *actio in factum*, de carácter delictual, condena al *quanti ea res erit*, que se daba contra la mujer divorciada en lugar de la *actio furti*, pues ésta no podía darse entre cónyuges, como se desprende de D. 25,2,1⁸⁵. Es obvio que la acción sólo podía tener lugar *post divortium factum* y su ventaja respecto a la *relentio propter res amotas* era señalada por el hecho de que el marido no debía esperar, para reclamar las cosas sustraídas por la mujer, a ser demandado con la *actio rei uxoriae*, como dice Paulo en D. 25,2,21,3⁸⁶. La cuestión que se plantea respecto a la *actio rerum amotarum* es la de si puede o no darse *de peculio*. En base a los textos, la doctrina más moderna no ha dudado en admitir esta posibilidad. Anteriormente, H. Niederländer, considerando que la *actio rerum amotarum* era una acción penal, no admitió que pudiera darse *de peculio* y estimó interpolados los textos que parecían aceptar esta posibilidad⁸⁷. En cam-

85. D. 25,2,1: *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.*

86. *Rerum amotarum actio damnum repraesentat etiam si postea dotis exactio competat.*

87. H. NIEDERLÄNDER, *Die aussernoxtale Haftung des Gewalthabers für Delikte der Gewaltunterworfenen im klassischen römischen Recht* en SZ 69 (1952) 211 ss.

bio, Wacke, recientemente, así como todos sus reseñantes⁸⁸, lo admite abiertamente, fundándose en su concepción de la *actio rerum amotarum*, como *actio in factum* y reipersecutoria. Este autor piensa que el *res amovere* debía considerarse como *negotium* y no como *furtum*, según lo expresado por Paulo en D. 25,2,3,4, *quia displicuit eam furti obligari*. Sabino también creía que, aunque la *actio rerum amotarum* era, por su contenido, un *furtum*, sin embargo, tenía el carácter formal de un *negotium*. Y de la idea de que presupuesto de la *actio de peculio* era un *negotium gestum*⁸⁹ se derivaría la posibilidad de que tal acción pudiera darse de *peculio*.

Frente a esta opinión, estimamos que la acción que aparece en los textos concedida de *peculio* no es la *actio rerum amotarum*, sino la *condictio*, acción civil, que se da contra el padre cuando la hija es *alieni iuris*. En cambio, la *actio rerum amotarum* es una acción que se da contra la *quae uxor fuit*, dejando aparte que pueda darse también contra el marido, como parecen sostener los jurisconsultos clásicos, a partir de Marcelo (D. 25,2,11 pr.)⁹⁰, problema en el que no podemos entrar por razón de límites.

Veamos lo que se desprende los textos. En primer lugar, Juliano en D. 13,1,19, dice que se da contra el padre *ex persona filiae*, que ha realizado una *amotio*, la *condictio de peculio*:

Iulianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem conditionem in peculium respondit.

Juliano no habla para nada de una *actio rerum amotarum*, sino de la *condictio*, de la acción civil y no de la acción pretoria, porque la mujer es hija de familia y, como tal, no tiene capacidad para ser demandada directamente⁹¹. Y, de otra parte, como hemos dicho,

88. Andreas Wacke, *Actio rerum amotarum* (Köln-Graz 1963).—A. GUARINO, en *Labeo* 10 (1964) 433 ss.; A. BURDESE, en *IVRA* 15 (1964) 328 ss.; P. VOCI, en *SDHI* 30 (1964) 430; G. WESENER, en *SZ* 81 (1964) 460 ss.; M. LEMOSSE, en *RH* 4.^a, 42 (1964) 469 ss.; M. MARRONE, en *TVR* 33 (1965) 462 s.

89. Wacke, o. c., p. 132.

90. Wacke, o. c., p. 65 ss.

91. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* cit., p. 10.

la acción pretoria sólo puede darse contra la mujer, lo que significa que sólo tiene lugar cuando ésta es *sui iuris*.

Relacionado con lo anterior está D. 25,2,26: *rerum amotarum actio condictio est*. El pasaje, probablemente, es un recorte compilatorio de un pensamiento gayano mucho más extenso. A nuestro modo de ver, no se puede entender que Gayo pensara en la identidad de ambas acciones, aunque materialmente sean muy semejantes, sino que, por el contrario, el jurista, en el fragmento original, se referiría, a una hija *in potestate* que había realizado una *amotio*, y, en ese caso, la acción (*condictio*) se daría *de peculio* contra el padre. Por eso, la idea genuina del texto quizá podría ser completada así: *rerum amotarum actio adversus patrem condictio est*.

Más complicada es la interpretación de D. 25,2,3,4:

Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinus aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. ser mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.

Este texto ha sido muy criticado y muy diversamente interpretado. Wacke⁹² estima que muestra claramente el empleo de la *actio rerum amotarum de peculio*. Dice, frente a Niederländer, que, si los compiladores hubiesen inventado la responsabilidad *de peculio*, no habrían sentido la necesidad de atribuirla a Mela y Fulcinus, juristas que, por lo demás, no eran especialmente conocidos⁹³. Pero un examen atento del mismo no nos lleva a esta solución, sino a confirmar lo que parece desprenderse de los dos anteriores. La primera parte del pasaje se refiere a que, si una hija de familia “hubiese cambiado alguna cosa de sitio”, i. e. si hubiese hurtado algo de los bienes dotales, Mela y Fulcinus (probablemente contemporáneos de Neracio) opinan que debía darse

92. O. c., p. 130.

93. WACKE, o. c., p. 131, n. 16.

la acción como *de peculio*. Pero, ¿qué acción se daba *de peculio*? Creemos que la *condictio*, precisamente por lo que sigue en el texto, porque “no se consideraba oportuno que la mujer se obligase por la acción de hurto” y “porque tampoco se consideraba oportuno que se diese contra ella una acción *ob res amotas*”. Es decir, que *displicuit* el dar la *actio rerum amotarum*, porque la hija, al estar *in potestate*, carecía de capacidad procesal y, la única persona que podía ser demandada aquí era su padre, pero no con la *a. r. a.* sino con la *condictio*, que se daría *de peculio*. Y, en este punto, es luminosa la explicación que nos da Wacke⁹⁴ respecto a la lectura de la frase, muy criticada, *vel in ipsam ob res amotas dari actionem*. En efecto, Mommsen hacía preceder a *vel* de dos puntos y la edición de Krüger de una coma. En Bas. 28,11,3,4 estas palabras están referidas a *aiunt* y por eso la acción aparece concedida contra la hija; pero, desde un punto de vista gramatical, dice Wacke, acertadamente, esta frase sólo puede depender de *displicuit*, y, por eso, lo más oportuno es eliminar todo signo de puntuación. De esta forma aparecen ordenadas en la frase: *displicuit... obligari... dari*.

Más complicada es la frase posterior, pues hay en ella una contradicción con lo ya dicho. Una vez disuelto el matrimonio, el padre reclama la dote mediante la *actio rei uxoriae*, como si él defendiera a la hija en el *iudicium rerum amotarum*. Esto no puede ser el pensamiento de un jurista clásico, que, ya hemos visto, excluía la posibilidad de que la hija pudiera ser demandada. Un clásico tenía que referirse aquí a una *retentio propter res amotas*, pero, al ser eliminadas, por Justiniano, todas las *retentiones*, los compiladores sintieron la necesidad de eliminar esta referencia y sustituirla por esta otra que no tiene ningún sentido.

El último párrafo dice que el padre, una vez muerta la hija, no puede ser demandado con la *actio rerum amotarum*, según la opinión de Próculo.

El último miembro de la frase está probablemente interpolado, de una parte, porque el término *locupletatio-locupletari* es muy afín a las ideas justinianeas del enriquecimiento injusto y de otro,

94. O, c., p. 130, n. 9.

porque Próculo probablemente habría dicho aquí que no tenía lugar la *actio rerum amotarum* contra el padre, porque éste ya respondía con la *condictio*⁹⁵ y que, *mortua filia*, se daría durante un año⁹⁶.

Esta acción sólo podría referirse a lo que hubiera llegado al patrimonio del padre: *in id quod ad patrem pervenit* (lo que parece más clásico que la referencia al *locupletari*) *dolove malo fecerit, quo minus ad eum perveniret* (D. 25,2,4)⁹⁷.

D. 25,2,5 dice que puede reclamarse mediante un *iudicium utile id quod, ex rebus amotis, ad patrem pervenit*. En nuestra opinión se sigue tratando de la *condictio de peculio*, que aparece como *utilis* quizá por la ficción que contenía por tratarse de la *obligatio* de una hija, y no de un varón⁹⁸.

Y lo mismo puede decirse de D. 15,1,3,12. El texto habla de que, en virtud del hurto, el hijo puede ser demandado con la *condictio*. Luego se pregunta si el padre o el dueño pueden ser demandados con esta acción como *de peculio*, y Ulpiano dice que procede tal acción en cuanto que se ha enriquecido con el hurto y lo mismo sostiene Labeón, porque es injusto enriquecerse impunemente el dueño por el hurto del esclavo. En efecto, igualmente compete una *actio de peculio* respecto a las cosas amovidas por la mujer, por lo que llegó a poder de su padre:

Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur: et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem Labeo probat, quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune. nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio.

95. H. SIBER, *Römisches Recht in Grundsügen für die Vorlesung II*, (Berlin, 1928), p. 227, n. 7.

96. WACKE (o. c., p. 130, n. 9) sólo estima interpolada la mención *de dote* que reemplaza por *rei uxoriae*.

97. Sobre la crítica de las infundadas sospechas de interpolación del fragmento, v. WACKE, o. c., p. 131, n. 14.

98. Y no se trata, como pretenden LEVY (*Konkurrenz* cit. I, p. 451) y WACKE (o. c., p. 136) de la *actio rerum amotarum de peculio vel (et?) de eo quod ad patrem pervenit*, sino de que la acción básica de esta acción, que quizá sea unitaria, sería la *condictio*.

Estamos otra vez ante una *condictio* que se da *de peculio in id quod ad patrem pervenit*. En esto no hay nada extraordinario; no resulta del fragmento que sea la *actio rerum amotarum* la que se da *de peculio*, sino que la *condictio in id quod ad patrem pervenit* se da contra el padre por las mismas razones por las que se daría la *actio rerum amotarum* contra la hija, si ésta fuese *sui iuris*. La *amotio* de la hija, obliga al padre por la *condictio*, pero limitada a lo que llegó al patrimonio de éste, aunque en la actualidad no esté en él. La *condictio* es la misma de siempre: una acción abstracta que se daba contra quien retenía *sine causa* la propiedad de cosas ajenas.

Otro punto que parece interesante es el del sentido de la expresión *divortii causa*. No creemos que deba referirse a “con vistas al divorcio” o “pensando en el divorcio”, sino, entendiéndolo por causa todo hecho antecedente que determina la eficacia o la ineficacia del acto subsiguiente, creemos que es el momento preciso de romperse el vínculo matrimonial, el momento en que cesa la convivencia y en el que la mujer trata de llevarse las cosas dotales. Es éste el sentido de *divortii causa* y no el pensamiento o el *consilium divortii*. El divorcio es, pues, la causa de la separación y la causa de la sustracción. Y, una vez disuelto el matrimonio, es cuando tendrá lugar la reclamación.

Como conclusión de este estudio se puede decir que, de acuerdo con los textos, la *actio rerum amotarum* no se da nunca *de peculio*, sino que la acción que se da como tal es la *condictio* contra el padre, cuando la hija es *in potestate*. Es la *condictio* ordinaria que se aplica, con pequeñas modificaciones en la fórmula, a un supuesto nuevo en el que se considera el *id quod ad patrem pervenit*.

El marido, propietario formal de los bienes dotales, puede reivindicarlos de la mujer, pero si las cosas han desaparecido dispone de la *condictio*. Ambas acciones no son acumulables sino alternativas, porque en ambas hay identidad de *res* y se excluirán recíprocamente por el efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Esta alternativa debe tenerse muy en cuenta, sobre todo cuando se trata de dirigir estas acciones contra el *fur* (la mujer lo es materialmente), pues el mito del *odium furum* del que habla Gayo (4,4) ha hecho pensar a veces que, contra el *fur*, se podían entablar con-

juntamente ambas acciones reipersecutorias. Los textos que hablan de *reivindicatio et condictio* deben entenderse en el sentido de *reivindicatio vel condictio*. Y, por eso, nuestro texto, D. 25,2,24, en relación no con el *furtum* sino con la *amotio* de la mujer, indica claramente la alternativa: *tam vindicatio quam condictio... qua veit actione uti*. La *actio rerum amotarum* es acumulable a las otras dos acciones, pero alternativamente, es decir, que la *actio rerum amotarum* sería utilizada por el ex-marido contra la divorciada, porque respecto a las otras acciones, probablemente tendría ventajas, y éstas serían que la mujer no queda exenta de responsabilidad por fuerza mayor, al aplicarse la idea del *furtum* de que *fur semper in mora est* (D. 25,2,17,2).

2. Promesas estipulatorias de un "incertum".

a) *Actio ex stipulatu*.

No existe ninguna duda sobre el hecho de que tanto hijos de familia como esclavos puedan estipular, y de este modo hacerse acreedores, en beneficio de sus padres o amos, por las promesas de terceras personas. Este principio aparece claramente reconocido en Gayo 2,87 y 3,167.^a, en las Instituciones de Justiniano 2,9,2 y 3; 3,17,3 y 3,28,3, y en las Sentencias de Paulo 5,8.

Ahora bien, ¿pueden estos sometidos intervenir como promitentes en estipulaciones? Las fuentes parecen admitirlo así y, en tales casos, surgiría responsabilidad pretoria en cabeza del *pater* o *dominus*. Nos encontramos, en primer lugar, un texto (D. 46,4,8,4), de carácter general, que comienza: *filius familias promittendo patrem [civiliter] non obligat, sed se obligat*. Reconocida la capacidad del hijo para prometer por estipulación, se alude seguidamente a que puede aprovecharse de la *acceptilatio*, en cuanto que ésta presupone una obligación estipulatoria que se extingue; el padre, en cambio, no puede hacer *acceptilatio*, puesto que él no está obligado, respecto a la promesa de su hijo: *propter quod accepto rogare filiusfamilias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius*. La continuación: *idem erit et in servo dicendum: nam et servus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obli-*

gationes, si quae sunt adversus dominum. quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: habesne acceptos denarios tot? habeo, es muy sospechosa⁹⁹, y se plantea la cuestión de que ocurre respecto a las promesas de esclavos. Existen muchas dificultades para tratar de esta cuestión pues los textos son muy escasos. Tenemos uno muy expresivo: D. 2,14,30,1

Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debeat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoverti et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est. Iulianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit: quod si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quo minus a Titio petat: aequè nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset.

99. G. SEGRE (*Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano* en *Studi Bonfante* 3, p. 599, n. 291 (= *Scritti vari di Diritto romano*, p. 384, n. 293) dice que no es clásica la contraposición de *obligationes civiles* y *honorariae*. Creemos que la mención de *civiliter* y luego de *honorariae obligationes* —en lugar de *honorariae actiones*—, y, ante todo, el fragmento *et tolluntur etiam honorariae obligationes si quae sunt adversus dominum* no son clásicos; ello se deduce de que, en la primera parte, no hay referencia a las eventuales acciones adyecticias que el estipulante pudiera tener contra el padre o dueño, por lo cual, la alusión final surge inesperadamente; luego, *civiliter*, junto a *non obligat* demuestra que los compiladores lo han introducido allí por asociación de ideas, habiendo colocado *obligationes* por *actiones*, o, también quizá, que hayan añadido todo este trozo final. En efecto, en la primera parte sólo se quería decir que el hijo, al prometer por *stipulatio* se obliga por sí mismo y no obliga a su padre y, por eso, la obligación sólo puede extinguirse por *acceptilatio* (dejamos a un lado la cuestión del pago voluntario, con bienes del padre, en las obligaciones naturales). Respecto a la hipótesis del esclavo, a la que sigue lo que hemos comentado, probablemente es también una interpolación, como dicen Albertario y Siber (*V. Ind Interp.*). Podemos concluir, entonces, diciendo que el fragmento ha sido muy criticado, en especial en lo que respecta a su segunda parte, y que todos los indicios hacen suponer que sea compilatoria; resulta clara, en todo caso, la capacidad de obligarse los hijos por *promissiones*, aunque esta obligación sólo tenga de momento una eficacia puramente natural realizable civilmente cuando se convierta en *sui iuris*.

Ticio debe dinero a un tercero (A), que estipula de un esclavo lo que Ticio le debe. Juliano opinaba que la *exceptio* era procedente tan sólo si A disponía de la *actio de peculio* contra el dueño del esclavo, por haber tenido el esclavo una justa causa para interceder, como ocurre, p. ej., cuando debía igual cantidad a Ticio. En cambio, si el esclavo ha intervenido como *fideiussor* desinteresado, por esta causa no se da una *actio de peculio* y, por eso, el acreedor puede reclamar de Ticio.

El texto contiene, pues, una *quaestio* en la que resulta clara la opinión de Juliano en el sentido de no resolver el caso desde un punto de vista formal, sino sustancial, despreocupado de las exigencias formales de la *promissio* y estimando que, si bien la novación es nula *iure civili*, puede producir, en cambio, efectos pretorios. Y es muy curioso observar la actitud de Juliano en este punto, puesto que anteriormente Sabino parecía haber sostenido que la forma de las palabras era el punto decisivo para el valor de la estipulación (Gayo 3,179). Esta es una muestra de cómo el más fino jurista clásico —Juliano— supera elegantemente una vieja concepción formalista: estamos en la cumbre de la creación jurisprudencial y, al mismo tiempo, en el umbral de su decadencia.

Buckland¹⁰⁰ cita otros textos como ejemplos de responsabilidad *de peculio* por promesas de esclavos. Así, D. 45,1,118¹⁰¹, pero

100. BUCKLAND, *Slavery*, p. 214 ss.

101. *Liber homo, qui bona fide servit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est, ut omnimodo sit utile, quamvis ex re mea promittat: nam quid aliud dici potest, quo minus liber homo teneatur? nec tamen ideo si stipulanti eidem ex eadem causa spondeam, tenebor: quemadmodum etenim habebit eius actionem adversus me, quod ab alio stipulatus quaereret mihi? hoc itaque latere fructuario servo vel alieno qui bona fide servit, comparabitur. servus autem fructuario si promittat e re ipsius vel alienus qui bona fide servit emptori, nulla de peculio dabitur in dominum actio: nam in his causis domini esse intelleguntur. (1) 'Decem hodie dari spondes? dixi posse vel eo die pecuniam peti nec videri praematurius agi non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est (nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solvi potest); in proposito enim diem non differendae actionis insertum videri, sed quo praesens ostendatur, esse responsum. (2) 'Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?' ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo, quod illi solvendum, incerti: finge mea*

no es aplicable a nuestro caso, pues no se trata de un esclavo sino de un *homo liber bonae fidei serviens*. El mismo autor cita también D. 45,2,12,1, donde se plantea la cuestión de alguien que estipula de un esclavo y aparece la opinión de Juliano diciendo que, si el esclavo hubiera prometido por *sponsio*, se debe observar lo mismo que si fuera libre en lo que respecta a la concesión de la *actio de peculio*:

Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a servo, et quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam, si servus sponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset.

El pasaje nos parece interpolado en algunas partes. Así, en primer lugar, la posibilidad de que el esclavo hiciera una *sponsio*, forma propia de los ciudadanos romanos (Gayo 3,83), y la consiguiente mención final *ac si liber fuisset*, a pesar de que parece aludir a la ficción de la fórmula *de peculio*, deben de estar interpoladas. Las palabras *vel a servo* están demasiado alejadas de los otros promitentes y esto mismo explicaría la última alusión (*quamquam i.f.*) con esa extraña equiparación del esclavo al hombre libre. Luego, la mención *et quasi duos reos promittendi constitui* seguramente es también interpolada, pues cuando se estipula lo mismo (*eadem decem*) de varios promitentes (*correi promittendi*) existe, sin más, verdadera solidaridad pasiva, siendo la solidaridad como una indivisibilidad subjetiva que es producida por la unión de los sujetos. Lo que la engendra no es la intención de las partes, sino, por una parte, la forma misma de la estipulación: la unidad de la pregunta o respuesta, por lo que la obligación sólo debe ser cumplida una vez; por otra parte, el efecto consuntivo de la *litiscontestatio*, que impide una ulterior reclamación contra el codeudor. En cambio, en la época de Justiniano, la solidaridad no puede depender ya de la forma, sino de la expresa intención de las partes. Al existir *eadem res*, sobra la frase *et quasi-constitui* porque la solidaridad pasiva dependía de la identidad de la prestación. Además, *stipulatus*

interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiscram, si Titio solutum non fuisset.

fuero y constitui, teniendo el mismo sujeto, están en tiempo verbal diferente. A nuestro modo de ver, el fragmento clásico debía decir simplemente:

Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, obligatum Titium solum Iulianus scribit.

Encontramos otro fragmento referido a la *expromissio*, en D. 14,3,13,1:

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

El contenido del mismo es que el principal se obliga por la *actio institoria*, salvo que alguna persona hubiera novado aquella obligación estipulando del factor o de otro con ánimo de novar. Dejando a un lado la referencia al *animus novandi*, que se reconoce generalmente como interpolada¹⁰², el resto es clásico. El pasaje nos presenta a un *dominus* que responde por la *actio institoria*, pero admite la posibilidad de que la obligación sea novada, es decir, que se extinga y sea sustituida por una nueva de carácter estipulatorio. La novación puede ser de diferentes tipos. *Quis* es el estipulante, que puede ser el mismo acreedor o bien un tercero a quien le haya sido traspasado el derecho de crédito, pues el texto no precisa y sólo dice vagamente "alguno". Si el que estipula es el acreedor y el que promete el *servus institor*, el *aliquid novi* tiene que consistir en un cambio de causa o en una modificación de alguno de los elementos accidentales, como el lugar para el pago, un plazo o una condición. No existe ningún problema cuando el promitente es *alius*, pues su promesa extinguirá la obligación institoria. La dificultad aparece cuando el promitente es el mismo esclavo factor. La novación hecha por el *servus* tiene valor en la medida en que libera a su dueño de la *actio institoria*, pero, ¿cómo se reclamará ahora del dueño? Por supuesto, no con la *actio institoria*, pues esta obligación se ha extinguido y ha sido sustituida por una *obligatio naturalis*. El estipulante no reclamará de nuevo con la *actio institoria*, pues

102. V. *Ind. Interpol.*

el texto no dice que en la *praepositio* del esclavo estuviera comprendida la posibilidad de realizar promesas estipulatorias. Por lo tanto, como el dueño se ha visto liberado de responsabilidad por la promesa del esclavo, el acreedor sólo podrá utilizar eficazmente la *actio de peculio*, si es que existía peculio o la modalidad *de in rem verso*, en su defecto. En todo caso, el *quis* dispone, después de esta novación, de un medio jurídico menos eficaz, pues la responsabilidad por la *actio de peculio* lo es en la medida de éste y con el inconveniente que supone el principio de que la mejor condición es la del ocupante.

Un caso especial, que contiene una responsabilidad adyecticia por un mutuo con estipulación hecho por un esclavo, lo tenemos en D. 14,3,19,3:

Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut intitorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, qui pecuniam faenarevit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.

El texto dice que el esclavo cuya *praepositio* se limita a prestar no obliga por la *actio institoria* al amo cuando asume una deuda ajena, pero hay un caso especial: si esta intercesión la hace en favor de una persona que prestó dinero al esclavo, entonces la delegación del mutuante al esclavo para que prometa a un tercero (*iussum promittendi*) equivale a un mutuo hecho al delegante y, como este mutuo entra dentro de la *praepositio*, se admite que el tercero tenga la *actio institoria* contra el dueño para exigir la *fideiussio* de su esclavo. Normalmente, la delegación equivale a pago y la promesa del esclavo extinguiría su obligación respecto al mutuante, pero, en este caso, el mutuo hecho al esclavo excede de la *praepositio*. y sólo se podrá reclamar del dueño mediante la *actio de peculio*. Por este motivo, la delegación, que da al dueño la *actio certae creditae pecuniae* por el todo contra el delegante, no produce aquí el efecto extintivo del crédito del delegante contra el esclavo.

Estamos en la línea ya vista, esto es que la promesa del esclavo sólo es válida, *iure praetorio*, como acto de intercesión en propio

interés o del dueño, o bien por afectar al peculio o bien por estar vinculada estrechamente a otro negocio civil que da lugar a responsabilidad adyecticia.

También D. 15,1,11,1 menciona una *expromissio novatoria*, aunque no habla de responsabilidad adyecticia por la misma, pues el pasaje habla de las compensaciones de cuentas entre amo y esclavo, a efectos de la *deductio* (v. supra § 4, 1, b). Además, D. 15,1,56, donde se habla de una *expromissio* natural de un esclavo, sin valor, porque para extinguir una obligación civil se precisa otra del mismo tipo y no una natural (v. supra § 4, 1, b).

Bonifacio dice ¹⁰³ que algunos textos de la Compilación limitan la legitimación del hijo y del esclavo a novar la *obligatio ex peculio* al caso en el que se les haya concedido a ellos la (*libera*) *administratio peculii* y apoya su afirmación en el contenido de D. 12,2,20-21; D. 46,2,34 pr y D. 15,1,48,1. Dejando a un lado toda la cuestión de si la distinción entre (*libera*) *administratio peculii* y *concessio peculii* es un invento compilatorio, como nos parece, o no, dice Bonifacio que el *filius* y el *servus* a los que se ha concedido un peculio, tienen el poder de novar el crédito peculiar, sin ninguna necesidad de estar provistos de una autorización *ad hoc* o de un poder de administración más amplio.

Existen dos textos (Flor., D. 46,2,16 y Pomp., D.46,3,19) que parecen contradecir esta postura, pero que vistos de cerca ayudan igualmente a confirmarla. En el primero de estos pasajes se dice que el esclavo no puede novar sin la voluntad de su dueño ni siquiera una obligación peculiar, *sed adicit potius obligationem quam pristinam novat*. Las hipótesis críticas podían ser dos, en opinión de Bonifacio ¹⁰⁴: o bien el texto trataba originariamente del crédito peculiar y, en tal caso, habría que eliminar el *citra voluntatem domini* ¹⁰⁵, porque en otros pasajes se admite que el esclavo puede novar el crédito peculiar; o bien, trataba el fragmento de la obligación del *dominus* y, en ese caso, se requeriría probablemente el *iussum* dominical: los justinianos habrían preferido modificar el texto de modo que resultase que, incluso para la obligación pecu-

103. *La novazione nel Diritto romano* (Napoli, 1950), p. 130-132.

104. O. c., p. 132.

105. En tal sentido, BESELER, *Beiträge* 2, p. 47.

liar, precisase el esclavo una autorización del dueño. En el segundo se refiere a un esclavo fugitivo que actuaba como libre y que prestó a un tercero el dinero robado a su dueño; Labeón decía que el tercero se obligaba respecto al dueño y que si creyendo libre al esclavo le pagara, deberá entenderse que el tercero queda liberado, pero si paga a otro con la autorización del esclavo o éste hubiera ratificado tal pago, no se libera, porque en el supuesto anterior las monedas se habrían hecho del dueño y se entendía que se le pagaba precisamente a él. Y, por esa razón, dice Pomponio, lo que el esclavo hubiera prestado *peculiari nomine*, liberará al deudor cuando se le exija, y no se logrará lo mismo delegando o novando. La parte final del texto está mal enlazada al resto por *et ideo*, salvo que se interprete *peculiari nomine* no como sinónimo de *ex peculio*¹⁰⁶, sino como aquellas monedas robadas al dueño y que el esclavo hace creer al tercero que son del peculio. El pago liberaría al deudor en ambos casos porque se hace de buena fe: en uno cree que el esclavo es libre y, en otro, cree que el dinero que recibe en mutuo proviene del peculio¹⁰⁷.

En conclusión, estos pasajes prueban, como los que siguen sobre la *fideiussio*, que los hijos tienen capacidad para hacer *promissiones*, que podrán exigirseles cuando sean *sui iuris*, pues de momento su eficacia es puramente natural. Hemos visto supra la capacidad limitada de los esclavos. Por último, los otros supuestos que examinamos no dan lugar a una responsabilidad adyecticia, pues se refieren a simples compensaciones de cuentas y sólo prueban la capacidad de hacer *promisiones*.

Aparece más frecuentemente la responsabilidad adyecticia por las *fideiussiones*, pero éstas, como es sabido, no son propiamente estipulaciones y por eso no producen efecto novatorio, puesto que la novación se hace siempre mediante estipulación¹⁰⁸.

Veamos los textos. En primer lugar, D. 15,1,3,5, que dice que el hijo que afianza hace responsable a su padre por la *actio de peculio*. Respecto al esclavo que interviene de idéntica forma, ha de

106. MICOLIER, *Pécule*, p. 524 s.

107. En este sentido también BONIFACIO, o. c., p. 133.

108. Sobre las *fideiussiones*, v. SCHULZ, *CRL*, p. 499 ss. y D'ORS, *Elementos*, p. 323 ss.

tenerse en cuenta, según dice Celso, la causa de la intervención. En cambio, si el esclavo intervino como fiador pero no administra cosas del peculio, su dueño no quedará obligado por la *actio de peculio*:

Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio.

En segundo lugar, D. 15,1,3,9, recoge la opinión de Sabino en el sentido de que el hijo obliga al padre por la *actio de peculio*, si aquél hubiera intervenido como fiador o garante de alguien. La última frase: *et distare in hoc a servo* es probablemente compilatoria ¹⁰⁹:

Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio patrem obligat, quaeritur. et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio et distare in hoc a servo.

En tercer lugar, D. 15,1,47,1, donde Sabino dice que existe responsabilidad pretoria del dueño, cuando la *fideiussio* del esclavo se refiere a una deuda dominical o peculiar; es decir, que, fuera del interés del dueño o del peculio, no se le reconoce eficacia jurídica alguna a la *fideiussio* de un esclavo:

Sabinus respondit non alias dandam de peculio actionem in dominum, cum servus fideiussisset, nisi in rem domini aut ob rem peculiarem fideiussisset.

En cuarto lugar, D. 15,3,10 pr., donde dice Ulpiano que, si el hijo hace una *fideiussio pro patre* y pagó al acreedor de éste, procede la *actio de in rem verso* contra el padre, puesto que, por la fianza del hijo, se evitó al padre un desembolso, produciéndose entonces una *versio in rem*:

109. En tal sentido, A. D'ORS, en *AHDE* 18 (1947) 671 s.

Si pro patre filius fideiusserit et creditori solverit, in rem patris videtur versum, quia patrem liberavit.

Por último, D. 46,1,10,2, texto de Ulpiano donde se dice que *filius familias pro patre poterit fideiubere, nec erit sine effectu haec fideiussio; primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et dum in potestate manet, condemnari potest*. Esta es, sin duda, la parte más clara del texto, aunque en realidad no se entiende por qué razón, si no estuviese interpolado, se le llama luego a la *fideiussio contractus*, en la parte final, y por qué no se habla de *actio de peculio* y si sólo de *in rem verso*. Lo más probable es que, desde *et puto* hasta *competere*, esté todo interpolado y tampoco se entiende por qué razón se plantea el problema de la acción adyecticia cuando el acreedor ya dispone de una acción contra el padre:

Filius familia pro patre poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et, dum in potestate manet, condemnari potest. sed an pater ex hac causa quod iussu teneatur, videamus: et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio: tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre. plane si emancipatus solverit, utilis ei actio debet competere: in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.

En conclusión, resulta de los textos que los hijos pueden hacer *fideiussiones* y no sólo *pro patre*. Los esclavos pueden hacerlas *in rem domini aut ob rem peculiarem*^{109 bis}. La *fideiussio* del hijo puede serle exigida cuando sea *sui iuris*. Y respecto al *servus*, Paulo nos dice de las *fideiussiones* hechas no *ex utilitate peculii: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem*.

b) *Actio subsidiaria* contra los magistrados que omitieron exigir la *cautio rem pupilli salvam fore*.

¿Se daba una *actio de peculio* contra los padres de los magistrados municipales *in potestate* que no se habían preocupado de que el autor diera la *cautio rem pupilli salvam fore*?

109 bis. MICOLIER, *Pécule*, p. 496, n. 28.—BUCKLAND, *Slavery*, p. 215.

Tenemos dos textos que dicen esto claramente:

D. 15,1,3,13:

Si filius familias duumvir pupillo rem salvam fore caveri non curavit, Papinianus libro nono quaestionum de peculio actionem competere ait. nec quicquam mutare arbitror, an voluntate patris decurio factus sit, quoniam rem publicam salvam fore pater obstructus est.

D. 27,8,1,17:

Si filius familias fuit magistratus et caveri pupillo non curaverit aut non idonee cautum sit culpa eius, an et quatenus in patrem eius actio danda sit, quaeritur. et ait Iulianus in patrem de peculio dandam, sive voluntate eius filius decurio factus sit sive non: nam et si voluntate patris magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri, quasi rem publicam salvam solam fore promittat, qui dat voluntatem, ut filius decurio creetur.

Ahora bien, ¿qué clase de acción se daba contra los magistrados municipales que habían elegido el tutor? El *duumvir* solía exigir, en efecto, que el tutor le prestara una garantía de que serían indemnizados los daños que eventualmente se ocasionaran en el patrimonio del pupilo (*cautio rem pupilli salvam fore*) y, en el caso de que no le hubiese exigido la garantía, era responsable con la *actio utilis*, que se llama, aun en época clásica, *actio subsidiaria*¹¹⁰. Lenel¹¹¹ no da la fórmula, porque, dice, los comentarios no ofrecen elementos suficientes para reconstruirla, pero se puede fijar algún elemento negativo, como es el de que no tenía una *intentio civilis* referida a la persona del magistrado. Considera que la mayor verosimilitud está en admitir que se trataría de una fórmula *in factum*, lo cual viene a constituir, por lo demás, la opinión doctrinal común. Sin embargo, no nos parece que pueda admitirse esta consideración de Lenel.

110. E. ALBERTARIO, *Dell'actio subsidiaria concessa al minore contra i magistrati* en *Studi* 1, p. 501, n. 1.

111. LENEL, *EP*, p. 321 s.

112. D. 27,8,1 pr: *In ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus, nec in 'fideiussores' eorum: hi enim rem publicam salvam fore promittunt, non pupilli. proinde nec nominatores magistratum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus. sed si ordo receperit in se periculum, dici*

En primer lugar, los textos hablan de la *actio utilis* (D. 27,8,1 pr. y D. 27,8,1,16¹¹²), lo que significa que la acción es pretoria, pero no necesariamente *in factum*, puesto que también las acciones con ficción son útiles, en el sentido de que extienden una sanción civil a supuestos análogos no previstos por la ley civil. D. 27,8,1 pr. habla de una *actio utilis* contra el magistrado y D. 27,8,1,16 menciona también una *actio utilis* que se da contra el esclavo público o magistrado que estipula: probablemente se tratará en ambos casos de la misma acción.

A continuación nos encontramos con D. 27,8,2, en cuya parte final se hace alusión a un SC, que ha venido en ayuda de los pupilos:

Proponebatur duos tutores a magistratibus municipalibus datos cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse, et quaerebatur, an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, cum sciret a contutore suo satis non esse exactum. dicebam, cum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse neque tutorem, cum numquam tutor adversus magistratus habeat actionem: *senatus enim consultum* pupillo subvenit: praesertim cum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit vel suspectum non fecit, si scit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse.

Este Senadoconsulto fue emanado bajo Trajano y es recordado, además, en una constitución de Diocleciano, C. 5,75,5:

In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitate nomine actionem utilem competere *ex senatusconsulto*, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constitit.

Resulta claro, entonces, que esta *actio utilis* deriva del citado

debet teneri eos, qui praesentes fuerunt: parvi enim refert, nominaverint vel fideiusserint an in se periculum receperint: utilis ergo in eos actio competit. sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per ordinem electus.

D. 27,8,1,16: *Plane ubi servus publicus vel ipse magistratus stipulatur, dicendum est utilem actionem pupillo dandam.*

Senadoconsulto ¹¹³. Ahora bien, ¿qué significa esta *actio utilis* que da el pretor? Simplemente la acción que ejecuta el SC., que no es más que una acción ficticia *ex senatu consulto*. Esta hipótesis no es nueva, pues, examinando el elenco de Senadoconsultos, vemos que en muchos de los que producen efectos personales se da la acción con ficción ¹¹⁴. Así, por ejemplo:

1. Gayo (3,73) trata de un Senadoconsulto instado por Adriano en el que se recurre a la ficción.

2. El Senadoconsulto Dasumiano (119 d. C.), sobre manumisión fideicomisaria, contiene también una ficción: D. 40,5,51,4 ¹¹⁵.

3. El Senadoconsulto Neroniano, al que se refiere Gayo (2,197) y el *Epitome Ulpiani* (24, 11.^a) suponen la convalidación del legado *per vindicationem* de cosa ajena, mediante la ficción de que había dispuesto en la forma *per damnationem*, habilitando así la *actio ex testamento* para la reclamación.

4. El SC. Veleiano del año 46 d. C., que prohíbe a las mujeres realizar actos de intercesión, se realizaba judicialmente, bien mediante una *denegatio actionis* o bien mediante la concesión de una *exceptio*; pero, si la acción se había extinguido, como es el caso de la novación, el Pretor rescindía esta extinción y admitía una acción ficticia (*actio restitutiva*), y si el verdadero deudor no había llegado a obligarse, como ocurre en el caso del préstamo destinado al intercedido, el Pretor daba una acción contra él, con la ficción de que la mujer intercesora había actuado como representante (*actio institutiva*) ¹¹⁶.

5. El SC. Trebeliano, de mediados de siglo I d. C. dispuso que, sin necesidad de apoderamiento como representante, el fideicomisario quedara legalmente colocado en posición de heredero,

113. En tal sentido, E. VOLTERRA, voz *Senatusconsulta* en *NDI* 12, 1 (1940) 40 y M. KASER, *RPR* 1, p. 311.

114. M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano* en *AHDE* 27-28 (1957-58) 331 s.

115. D. 40,5,51,4: *Senatusconsulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.*

116. D'ORS, *Elementos*, p. 328.

quizá también con ficción, en el caso del *fideicommissum hereditatis*.

6. El SC Pegasiano, de la época de Vespasiano, que complementa en cierto sentido el anterior, viene a conceder una acción contra el que no aceptó la herencia, fingiendo que la había aceptado.

Resulta claro, entonces, que la *actio utilis* que se da en el título de *magistratibus conveniendis* no es una *actio in factum*, sino una acción ficticia; es decir, se trata, en efecto, de una acción pretoria, pero no nueva, sino de la extensión de un supuesto civil al *ius honorarium*. La acción básica extendida por el pretor era la *actio ex stipulatu*, es decir, la acción de la *cautio*, y, como *utilis*, en el sentido de que se fingía que los magistrados habían hecho la *cautio rem pupilli salvam fore*. Los textos conceden la *actio in solidum* porque la ficción consiste precisamente en reputar a los magistrados *correi promittendi*. En efecto, la *cautio* es una *stipulatio* cuyo promitente es el autor; si hay más de un tutor, entonces la responsabilidad de los *correi promittendi* es solidaria, porque, cuando hay pluralidad de personas en la estipulación se produce el efecto de la solidaridad, como en el supuesto de la indivisibilidad objetiva.

Por la misma razón, está interpolado D. 27,8,7, donde Celso debía de decir que la acción se daba siempre *in solidum*, pues los justinianeos consideraban demasiado fuerte la responsabilidad solidaria y, por eso, introducían los criterios de culpa y dolo. Los clásicos, en cambio, se preocupan únicamente del hecho objetivo de si se había dado o no caución, prescindiendo de tales criterios de graduación de la responsabilidad.

3. *Actio iudicati*.

El tema ha sido tratado por F. La Rosa, inmediatamente después de hablar de la capacidad pasiva de los hijos para la *actio iudicati*¹¹⁷, que ella niega por suponer que la *actio iudicati* conducía directamente, ya por los términos de su misma fórmula,

117. Franca LA ROSA, *L'actio iudicati nel Diritto romano classico* (Milano, 1963), 194-207.—V. sobre la capacidad de los hijos para la *a. iudicati* nuestro trabajo *La capacidad de las personas "in potestate" en Derecho romano*, de *Revista de Derecho Notarial* 47-48 (1967), 171 ss.

a una *ductio*, que no podía realizarse en el caso de un demandado sometido a potestad.

En D. 15,1,3,11 se concede la *actio iudicati de peculio* en un pasaje en el que no se podía utilizar la acción adyecticia con base declarativa, es decir, cuando no se puede demandar al padre *de peculio* con la acción declarativa, que se da contra el hijo, el cual tampoco paga la condena que sobre él recae, pues *non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem*. En efecto, en este fragmento invoca Ulpiano las opiniones de Marcelo y de Papiniano para afirmar que el padre puede ser demandado por la *actio iudicati de peculio, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati*, pues, del mismo modo que se puede celebrar la estipulación con el hijo, igualmente ocurre con la obligación procesal que éste contrae por medio de la *litis contestatio*:

Idem (Papinianus) scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi: proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat.

Este texto tiene gran valor, pues esta desvinculación formal que supone la concesión de la *actio iudicati de peculio* incluso por relaciones básicas que no se podían reclamar adyecticiamente, podría ser el punto de partida de los compiladores para dar *de peculio* una serie de acciones que en Derecho clásico se daban directamente, por no existir un *oportere* en las correspondientes fórmulas procesales, como son algunas acciones *in factum* (v. § 7 y 8). El motivo por el cual se da la *actio iudicati de peculio* estriba en que es una acción civil y, por lo tanto, al tener un *oportere* puede darse contra el padre. La razón de la extensión no es entonces, como pretende La Rosa¹¹⁸, la imposibilidad de intentar la *actio iudicati* contra el hijo, sino la más sencilla, de la presencia del *oportere* en la fórmula —por lo demás discutida— de la *actio iudicati*.

118. O. c., p. 200.

En la última parte, *quare - i. f.*, se afirma que si el hijo interviene como *defensor*, la *actio iudicati* se da igualmente de *peculio* contra el padre, puesto que el *defensor*, lo mismo que el *procurator*, presta en el juicio la *cautio iudicatum solvi*, de la que, en nuestro caso, responde el padre en la medida del *peculio*.

También Ulp., D. 15,3,10,2 se refería al supuesto de que el hijo de familia *fidciussor* (D. 15,3,10 pr: de este texto tratamos supra, § 6,2,a) es condenado y la liberación del padre se producía en virtud de la *litis contestatio*:

Item tractat Papinianus et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus et ita convenerim filium, nam et hic de in rem verso fore actionem: nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.

Es éste un supuesto de *actio iudicati de in rem verso*. Efectivamente, la presencia del *ita convenerim* parece indicar que la estipulación novatoria impide reclamar del padre: contra éste sólo se podrá demandar con la *actio iudicati de in rem verso* mencionada, porque el hijo le liberó (y, consiguientemente, le produjo una *versio in rem*), al prometer, por la *litis contestatio* o por la novación ¹¹⁹.

Otros textos más dudosos en los que parece reconocerse una *actio iudicati de peculio* son: D. 5,1,57 y D. 9,4,35, ambos estrechamente vinculados, según la reconstrucción que presenta Lenel en su *Palingenesia*, pues estos dos fragmentos ulpianos forman parte del libro 41 *ad Sabinum* ¹²⁰.

La Rosa ¹²¹ estima que deberían estar precedidos por D. 13,1,4, donde se afirma que la posible *condictio* por el hurto cometido por un *alieni iuris*, puede intentarse contra su *pater* o *dominus*.

Los tres pasajes se presentarían, entonces, en la siguiente forma: D. 13,1,4:

Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest.

119. D. 15,3,15 habla también de la posibilidad de una *actio iudicati de in rem verso*, si admitimos, con E. Seckel, que, en la parte final, Ulpiano no hablaba de *solvere* sino de ser *condemnatus* (v. sobre el fr., § 8, 1, c).

120. LENEL, *Palingenesia*, Ulp. n. 2.873.

121. O. c., p. 194.

D. 5,1,57:

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio:

D. 9,4,35:

et si condemnatus fuerit, filius iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio. quim immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri.

D. 5,1,57:

sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo, in eum quem defenderit transactio vel iudicati datur.

Efectivamente, existe una indudable conexión entre D. 9,4,35 y D. 5,1,57, pero la frase inicial *tam ex contractibus quam ex delictis... actio* es compilatoria y refleja la desaparición de la noxalidad para los hijos por obra de Justiniano¹²².

La Rosa¹²³ se plantea la cuestión de cómo, pudiendo el hijo ser demandado por cualquier relación, la *condictio furtiva*, de la que se hace mención en D. 13,1,4, debiera ser intentada contra el *pater*. En efecto, D. 13,1,4, se refiere a que, si un *servus* ha cometido un *furtum* se puede demandar con la *condictio* al *dominus* por el *id*

122. V. sobre esta concepción del término *contractus* y sobre las fuentes de las obligaciones en Derecho romano clásico, A. D'ORS, *Creditum y Contractus* en *AHDE* 26 (1956) 202 ss.; *Elementos*, p. 369-374; recensión a G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* en *IVRA* 15 (1964) 390-397; recensión a WUNNER, o. c., en *SDHI* 32 (1966), 427-434.—No creemos admisible la opinión de La Rosa, cuando dice (o. c., p. 199) que probablemente el jurista afirmaba sólo la posibilidad de demandar contra el hijo *ex contractibus* y cuando reconstruye (p. 197) el eventual tenor clásico del fragmento: *cum ex contractibus in filium familias competit actio*. No nos parece, decididamente, que haya algo clásico en esta primera parte y creemos que el contenido originario comenzaría en *mortuo rell.*

123. L. c.

quod ad eum pervenit. ¿Por qué razón se da en el texto la *condictio*, únicamente en el *id quod ad eum pervenit*? Pues, porque al no existir el *iussum* del dueño al esclavo, para que cometa el *furtum*, la *datio* se reduce únicamente a lo que ha llegado a poder del amo. Es esta *datio* precisamente la que justifica que la *condictio* se dé contra el que tiene en potestad al que cometió el hurto. La Rosa estima que, en época clásica, no se admitiría la *condictio furtiva* contra el hijo, ya que esta hipótesis no sería encuadrable entre aquellas por las que el *filius* podía ser demandado en la época clásica, puesto que la capacidad del *filius* respecto a las relaciones no contractuales era excepcional. Esta exclusión tropieza con el testimonio de Paul., D. 13,1,5: *Ex furtiva causa filio familias condici potest*¹²⁴. La última frase de D. 13,1,4, (*in residuum-i.f.*), como dice La Rosa¹²⁵, debe de estar interpolada, ya que no se puede dar responsabilidad noxal por el residuo, y además obsérvese que sólo se aplica al *servus*, y no al *filius*, lo que es claro indicio del criterio justiniano.

Con estas precisiones, pasamos al examen de la parte de D. 5,1,57, que no estimamos interpolada, es decir, desde *mortuo* hasta el final. Ulpiano suscita la cuestión de un hijo que muere después de la *litis contestatio*, indicando el traslado de la acción, si bien en la *condemnatio* se establece que es *dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est*. La última frase *certe si quasi-in fine*, parece referirse a la *actio iudicati*, pues Ulpiano prevé allí que un *filius*, que ha intervenido en una acción como *procurator* y que muere después de haber realizado la *litis contestatio* (*iudicium acceperit*) obliga indirectamente a su representado con la misma acción cuya *litis contestatio* había realizado como representante, que se traslada, o bien con la *actio iudicati*.

En este fragmento último resulta extraña la mención de *transactio*, unánimemente criticada, si bien las hipótesis de reconstruc-

124. La explicación que sigue: *numquam enim* - fin, debe reputarse post-clásica, pues la *condictio* es reipersecutoria y debe dirigirse contra el que retiene el valor cuando no puede darse contra el mismo *fur*. Si sólo se diera contra el hijo, podría darse *de peculio* contra el padre; pero, en la medida en que el padre retiene el valor, se da contra él directamente la *condictio*.

125. O. c., p. 196, n. 150.

ción¹²⁶ no son totalmente acordes. Quizá la que nos parece más acertada es la sostenida por Seckel, que reconstruye así el pasaje final: *translatio vel actio iudicati datur*¹²⁷. En efecto, muerto el hijo después de la *litis contestatio*, se produce la *translatio iudicii* en cabeza del representado, siempre y cuando no haya recaído todavía la sentencia, o bien la *actio iudicati*, si ha sido pronunciada ya la *sententia*. Por último, la referencia al *procurator* es criticada y la doctrina estima que debe entenderse *filius cognitor* (así Seckel, Duquesne, Wirbel, Krüger, Bonifacio)¹²⁸, ya que la acción se transfiere al representado y no a los herederos del *cognitor*. Sin embargo, esto no es absolutamente seguro, pues un texto jurídico conservado en *P. Mich* 456 r parece admitir¹²⁹ la transferencia de la acción ejecutiva en cabeza del *dominus absens*, lograda por su *procurator praesentis*, cuando aquel *dominus* se presenta y ratifica la gestión del *procurator* después de la sentencia, y el texto podía referirse a uno de estos casos.

En conclusión, en D. 5,1,57 no se da una *actio iudicati de peculio*, sino que la acción que se da adyecticiamente es la que había entablado el hijo: la *condemnatio de peculio* es la de la acción base y no la *actio iudicati*. En cambio, si el hijo era *procurator* (o *cognitor*, si admitimos la tesis mayoritaria) se plantea la alternativa de trasladar la acción, que no había llegado a la *condemnatio*, al *dominus negotii*, o bien dar contra él la *actio iudicati* ordinaria.

La *actio iudicati de peculio* parece desprenderse claramente de D. 9,4,35 (supra transcrito). La Rosa¹³⁰, como hemos visto, da una interpretación restrictiva, negando que del fragmento se derive una *actio iudicati* contra el hijo. A nuestro modo de ver, sin embargo,

126. V. en LA ROSA, o. c., p. 201 s.

127. E. SECKEL, *Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klass. röm. Recht* en *Aus römischem und Bürgerlichen Recht* (= *Festschrift Bekker*) (Weimar, 1907), p. 44, n. 2. V. la opinión contraria de LA ROSA en o. c., p. 202 ss., especialmente, contra Seckel, en p. 203, n. 162.

128. V. más ampliamente en LA ROSA, o. c., p. 204 ss.

129. Cfr. A. D'ORS, *P. Mich* 456 r (*Revisión y conjetura*) en *EMERITA. Boletín de Lingüística y Filología Clásica* 19 (1951) 1-14 y un resumen del artículo en *AHDE* 21-22 (1951-52) 1274-1276.

130. O. c., p. 193.

esta opinión no es acertada y nos parece más próxima al sentido dei texto la que sugiere Medicus¹³¹, es decir, que *filius iudicatum facere debet* enuncia abiertamente una posibilidad de ejecución confirmada por la presencia de *quoque* cuando el texto se refiere al padre.

El pasaje reconoce evidentemente una *actio iudicati, dumtaxat de peculio*, contra el padre, *post condemnationem filii*, incluso cuando la acción declarativa había sido utilizada contra el *filius*. La diferencia respecto a D. 5,1,57, estriba en que sólo aquí se da una *actio iudicati* contra el padre, porque el hijo *condemnatus fuerit*, en tanto que la intervención en el caso anterior era después de la *litis contestatio* y antes del *iudicatum*: por lo tanto, se excluía la *actio iudicati*, la acción que se daba *de peculio* era la misma cuya *litis contestatio* había realizado el hijo.

§ 7. JUICIOS EX DELICTO

1. Generalidades.

Entre las relaciones básicas que no producen responsabilidad adyecticia del padre o amo, es preciso citar, en primer lugar, las acciones penales, que, como es sabido, tenían la característica de la noxalidad. Ulp., D. 50,17,58 dice que: *ex poenalibus causis non [solet] <potest> in patrem de peculio actio dari*. Según Biondi¹³² Ulpiano debería expresarse todavía más categóricamente, diciendo *non potest*. Los postclásicos, que, como ya hemos visto en otras sedes (especialmente § 5,2), daban de *peculio* la *actio in factum adversus nautas*, habrían atenuado la fuerza de la afirmación de Ulpiano, sustituyendo la palabra *potest* por *solet*. En efecto, en esta época habían desaparecido los claros límites entre responsabilidad noxal y peculiar y las acciones penales podían darse ya *de peculio*¹³³. Esta crítica de Biondi parece acertada y el resultado a que

131. Recensión a la o. c. de LA ROSA, en SZ 81 (1964), especialmente p. 475.

132. *Actiones noxales* cit., p. 64.

133. V. en este sentido BIONDI, o. c., p. 61 ss. y 141 ss. También KASER, RPR II, p. 312 s.

la misma conduce ha sido aceptado también por otros autores¹³⁴; Micolier¹³⁵, en cambio, dice, que las acciones penales podían intentarse *de peculio* cuando nacían de hechos vinculados a un contrato, y se apoya en D. 38,5,1,22 y en D. 42,8,6,12 (con dudas), textos, en los que la mención *de peculio* está interpolada (v. § 7,3-4). También De Visscher¹³⁶ nos dice que el sistema de las acciones *moxales* se combina con el principio de la responsabilidad *de peculio*, propia de las acciones no-delictuales, por obra de los compiladores¹³⁷.

La alternativa entre la *actio noxalis* y la *actio de peculio*, según derivase la obligación *ex delicto* o *ex negotio*, aparece a propósito de *eiecta vel effusa*, en D. 9,3,1,8:

Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.

y, a propósito del edicto *de aleatoribus*, en D. 11,5,4,1:

Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio. item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare quam id quod ex ea re in peculio sit.

Pero, todavía dentro del ámbito de la no responsabilidad adyecticia, hay que aludir a una cuestión suscitada por G. Humbert¹³⁸⁻¹³⁹) y Ch. Lécrivain, que es la de si el principal puede obligarse por la acción adyecticia por los delitos y cuasi-delitos cometidos por un *institor*. Los citados autores entienden que los juriconsultos parecen haber admitido la responsabilidad del preponente, a condición de que los hechos delictivos estuviesen en relación estrecha con las funciones del *institor*.

134. P. F. GIRARD, *Manuel*², p. 702, n. 1.

135. *Pécule*, p. 682.

136. *Le Régime* cit., p. 485 ss.

137. KASER, *RPR* II, p. 313, n. 51, se manifiesta en el mismo sentido que De Visscher.

138.-139. Voz "*institor*" en DAREMBERG-SAGLIO.

Los textos invocados al respecto son, en primer lugar, D. 14,3,5,9 (que se reproduce y del que se trata en § 2,1). A nuestro modo de ver, la responsabilidad del dueño no tiene fundamento penal y se basa únicamente en el incumplimiento del contrato. El hecho ilícito del *servus* no puede estimarse como *furtum*, ya que las cantidades eran ya del amo cuando fueron malversadas. La acción que se da es pura y simplemente la *actio empti institoria* y no una acción adyecticia en base al delito¹⁴⁰, pues el dolo, aun el supuesto de que fuera causante, interviene a efectos de fijar la responsabilidad contractual, pero no es un delito aislado.

En segundo lugar, D. 14,3,11,4 (v. § 2,1). Tampoco este texto nos parece que constituya una prueba en favor de la hipótesis emitida por Humbert y Lécrivain, pues, como en el supuesto anterior, no se trata de una responsabilidad por dolo aislada, sino de la misma responsabilidad pretoria adyecticia que se superpone al contrato base. La última frase del texto es probablemente justiniana, pues, de lo contrario, no tiene ningún sentido el que participe en el dolo el tercer contratante, ya que es a él precisamente a quien el factor trata de perjudicar (*decipiendi mei causa*). Rabel¹⁴¹ coincide también en esta sospecha relativa a la frase final y concluye diciendo que en modo alguno es una prueba de lo sostenido por Humbert y Lécrivain.

En tercer lugar, D. 14,3,5,8 (§ 2,1 y § 2,5). El texto, después de decir 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* fuera un *institor*, habla también de unas acciones de hurto y de injurias. Pero entendemos que esto puede explicarse sin admitir que la *actio institoria* se dé por delitos, pues se distingue claramente el supuesto de que exista culpa contractual —en el que se daría la *actio institoria*— de las acciones penales, las que, en todo caso, se darían como noxales.

Por último, D. 14,3,5,10 (v. § 2), donde el eventual aspecto delictivo queda embebido por la responsabilidad contractual, por custodia, naturalmente aneja al contrato de arrendamiento, distinta

140. Vid. RABEL, *Ruhmesblatt* cit., p. 6, n. 1.

141. O. c., p. 6, n. 1 y p. 9, n. 3.

de la responsabilidad por hurto, ya que el daño ha sido meramente contractual.

Respecto a la *actio exercitoria* existe en algún caso la opinión de que pudiera darse por los delitos cometidos en las naves. El examen de los textos¹⁴², sin embargo, no permite afirmarlo así (v. § 5,2).

2. *Dolus*.

Cayo Aquilio Galo (pretor el año 66 a. C.) introdujo una *actio de dolo* con fórmula *in factum*, penal e infamante, con cláusula arbitraria que persigue el resarcimiento del perjuicio causado durante el año a partir del conocimiento del engaño, y la restitución del enriquecimiento después, así como contra los herederos. Como subsidiaria, esta acción se daba tan sólo a falta de cualquier otro recurso.

Existe un texto que parece admitir una *actio de peculio* por el dolo de un sometido:

D. 4,3,9,4.^a:

Et si servum pignoraturn noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus: de dolo teneris, si apparuerit esse eum pigneri datum. haec de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigensimo praetoris peregrini scribit de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari. nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam: sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.

Pernice¹⁴³ lo considera interpolado en su frase final, a partir de *nam si*. En opinión de Biondi¹⁴⁴, la intrusión se inicia por *ideo Labeo* y continúa hasta el final. Efectivamente, dice G. Longo¹⁴⁵, es contraria a la estructura clásica de la *actio doli* la afirmación, que se hace en el texto interpolado, de que la causa por la cual se de-

142. V. D. 47,2,42 pr; D. 9,4,19,2; D. 14,1,1,2; D. 44,7,5,6; D.4,9,7,6; de todos ellos tratamos en § 5, 2.

143. *Labeo* cit., II, 1, p. 202, n. 2.

144. O. c., p. 155.

145. G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* (Padova, 1937), p. 244 ss.

manda puede incluso no ser el dolo. Micolier¹⁴⁶ no cree que los juristas hayan permitido intentar *de peculio* la *actio doli* por el dolo cometido por el *alieni iuris* con ocasión de un negocio. Solamente los bizantinos han pensado en dar esta acción en razón del dolo cometido en los contratos. La *actio doli*, siendo en Derecho clásico una acción subsidiaria, no se daba en estos casos, puesto que la víctima tenía ya a su disposición la acción nacida del contrato. Cuando el autor del dolo era un *subiectus*, la víctima disponía únicamente de la acción contractual que podía intentar de *peculio* contra el padre.

Hemos observado en este texto, a efectos de la aplicación de la acción de dolo en el nuevo derecho, una tendencia inequívoca a su extensión, y, también, que, para realizar este intento, se lesiona el principio de la subsidiariedad de la *actio doli*: para los incumplimientos contractuales, al valer normalmente la acción del contrato, no podían los clásicos admitir el ejercicio de la *actio doli*. Con estas consideraciones, creemos que no hay base para pensar en la genuinidad del supuesto que han alterado los compiladores. La modificación compilatoria quizá sea debida a que la tendencia de las escuelas orientales se inclina a vincular la responsabilidad noxal más al dolo que a propios delitos¹⁴⁷. Por todas estas razones, quizá puede pensarse que Labeón decía que del dolo podía derivar, a veces una acción contractual *de peculio*, y otras una acción penal noxal, pero en ningún caso conceder *de peculio* la *actio de dolo*: esto estaría en la línea, ya vista, de los postclásicos.

3. *Fraus creditorum*.

Según Ulp., D. 42,8,6,12, Labeón habría afirmado que el esclavo que recibía algo de un insolvente con conocimiento de este hecho, obligaba a su dueño a la restitución de lo que había recibido en la medida del peculio o de lo que había revertido en su patrimonio. La misma norma, continúa Ulpiano, se aplicaba en el caso de un hijo

146. *Pécule*, p. 685.—F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, no menciona ninguna interpolación (p. 108 ss., p. 140, n. y p. 195).

147. En este sentido, KASER, *RPR* II, p. 312, que también estima interpolado nuestro texto.

de familia. Si, contrariamente a la primera hipótesis, el *dominus* está al corriente del acto realizado, es perseguido en su propio nombre:

Simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino ipse sciens rem acceperit, an dominus teneatur. et ait Labeo hactenus eum teneri, ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de peculio damnetur vel si quid in rem eius versum est. eadem in filio familias probanda sunt. sed si dominus scit, suo nomine convenietur.

El texto ha sido objeto de las más diversas interpretaciones¹⁴⁸. Lo que parece claro es que constituye un supuesto de *fraus creditorum* y, en tal caso, los instrumentos procesales de la época clásica son una *restitutio* y un *interdictum* y tienen como fin el revocar estos actos hechos en fraude de acredores.

Al no prometerse una acción especial, es difícil pensar que pudieran darse estos recursos *de peculio*, y, por esto, consideramos alterada la parte del texto que se refiere a la responsabilidad extendida *de peculio vel de in rem verso*; Ulpiano, siguiendo a Labeón, habría dicho simplemente que la acción rescisoria (en virtud de la *restitutio in integrum*) servía para que el dueño restituyera lo que hubiera recibido¹⁴⁹.

148. V. *Ind. Interp.* y más recientemente GAY, *In rem versum*, p. 265, que dice que el texto contempla dos hipótesis: la actividad del esclavo ha producido un aumento del patrimonio del dueño o ha incrementado su propio peculio. En el primer caso no es posible perseguir al dueño en la medida del peculio; en el segundo, no se puede perseguir la recuperación de un bien que no ha salido del peculio del *alieni iuris*. Solamente respecto a la primera hipótesis, dice Gay, podía contemplarse la operabilidad de la *in rem versio*, sin embargo, es incompatible con la noción de *restituere*. La construcción de la frase implica que la solución judicial varía según que haya *pervenire ad dominum* o entrada en el peculio. Pero, termina Gay, respecto a la tercera eventualidad: *vel si quid in rem versum est*, redactada en forma interrogativa y no afirmativa, como las anteriores, no se le da ninguna solución. En tales condiciones, no se podría admitir la autenticidad de este último fragmento.—V. también otras hipótesis de interpolación en GAY, 1. c.: particularmente curiosa nos parece la hipótesis, que cita Gay, de Solazzi, quien sugiere que, además de una *reivindicatio*, se daría una *actio in factum de peculio* (!).

149. El *quod ad se pervenit* se combina mal con el *si quid in rem eius versum est* de la interpolación.

4. *Fraus patroni*.

La *actio Fabiana* es una *actio in factum*, de carácter arbitrario, quizá penal, transmisible activa y pasivamente a los herederos, que se daba en el caso de disposiciones *mortis causa* hechas por el liberto en un testamento con el fin de defraudar a su patrono en sus expectativas hereditarias. El pretor ponía remedio a esa situación, que dolosamente perjudicaba al patrono, concediendo a éste la *dimidia pars* de los *bona hereditaria* mediante la *actio Fabiana*, que se daba en todo caso contra el adquirente, aun cuando ignorase el *fraus patroni*.

D. 38,5,1,22 afirma que esta acción se puede dar *de peculio*:

Si servo meo vel filio familias libertus in fraudem patroni quid dederit, an adversus me iudicium Fabianum competat, videamus. et mihi videtur sufficere adversus me patremque arbitrioque iudicis contineri tam id, quod in rem. versum est, condemnandi, quam id quod in peculio.

El texto ha sido abundantemente criticado como compilatorio. Albertario dice que no parece pacífico, aun en época de Ulpiano, que se pueda dar esta acción *de peculio*. Por ello, el fragmento tiene que haber sido alterado por los compiladores¹⁵⁰. En idéntico sentido se pronuncia Buckland¹⁵¹. Por último, Kaser^{151 bis} dice que la visión singular que nos ofrece este texto se basa en la equivocación de un compilador postclásico; desde *an* hasta el final es compilatorio. *Adversus me patremque* ya fue suprimido por Mommsen; el mismo autor elimina *condemnandi*, con lo que resulta imposible, en boca de un clásico, la expresión de que lo que *in rem versum est*, está contenido en el *arbitrium iudicis*; igualmente es imposible la clasicidad de *id quod in peculio*, lo que se podría haber completado en base a la frase hecha *versum est*.

Realmente, el fragmento es por sí mismo muy complicado. Las críticas que se le han hecho en parte son fundadas, aunque quizá sea exagerado poner el comienzo de la interpolación en *an adversus*.

150. ALBERTARIO, *Studi* 5, p. 610, nota.

151. BUCKLAND, *Slavery*, p. 209.

151 bis KASER, recensión a MICOLIER, *Pécule*, en *SZ* 53 (1933) 544, n. 3.

A nuestro modo de ver, el pasaje está interpolado sólo a partir de *sufficere*. Efectivamente, los razonamientos que hace Kaser nos parecen válidos en su mayor parte y estimamos que Ulpiano debería hablar en el texto original de que, en el supuesto de darse la acción contra una persona distinta de la que había cometido el acto ilícito, la responsabilidad se daba directamente contra el padre, pero no por medio de una acción adyecticia, sino por aquello que había revertido en su patrimonio. Ocurría en este supuesto lo mismo que respecto a las acciones que se daban contra el heredero por aquello en que se había incrementado su patrimonio. Por todo ello se explica muy bien el sentido de la interpolación: los compiladores se encontraron con un *versum est* y añadieron, invirtiéndola, la mención de *peculio* y, por eso, la opinión de Kaser en este sentido. El texto originario de Ulpiano debería decir aproximadamente: ... *et mihi videtur adversus me patremque iudicium dari arbitrioque iudicis contineri me in id quod ad me pervenerit condemnare*.

5. *Iudex qui litem suam fecit*.

El juez que actúa dolosamente en un determinado litigio es sancionado con una *actio in factum*, de carácter delictual: la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*. Las XII Tablas habían establecido la pena de muerte contra el juez que se dejase comprar. El pretor estableció en el Edicto una acción de indemnización *in quantum aequum videbitur* contra el juez que había dado sentencia injusta por malicia o negligencia. Tal hecho terminó por configurarse en época tardía como un *quasi delictum*.

Existe un texto en el que parece admitirse la posibilidad de que esta acción se dé *de peculio*: D. 5,1,15 pr.:

Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.

Pero el pasaje es considerado unánimemente interpolado, desde *in tantam* hasta el final, por Biondi¹⁵², Beseler¹⁵³ y Lenel¹⁵⁴. “Ya

152. O. c., p. 63, n. 8.

153. BESELER, *Romanistische Studien* en SZ 50 (1930) 33.

154. LENEL, *EP*, p. 216, n. 3 y 4.

que en el nuevo Derecho justiniano se da la acción contra el propio hijo en los casos en que los clásicos admitían la acción noxal, es claro que para los compiladores se puede ejercitar *adversus ipsum*, pero dentro de los límites del peculio”¹⁵⁵.

A nuestro modo de ver, debe conservarse el texto íntegro, porque en él no se habla de *actio de peculio*, sino de una acción contra el mismo hijo, pero en cuya condena hay una *taxatio* limitada al peculio. El padre no aparece como responsable y no hay acción contra él. Este tipo de acción, limitada en su condena al peculio, no se sabe si es o no justiniana; en todo caso, no tiene nada que ver con la *actio de peculio* adyecticia¹⁵⁶.

§ 8. ACTIONES IN FACTUM

Decía Paul Huvelin¹⁵⁷: “¿Podía hacerse la transposición de personas en la fórmula de una *actio in factum*? No hay necesidad de darle con transposición de personas, ya que se da directamente...” Esta intuición, por lo demás, no desarrollada, constituye el punto más importante de este párrafo. En efecto, ya hemos hecho alusión en otras sedes¹⁵⁸ a que, en principio, las acciones *in factum* no se podían dar adyecticiamente, porque no tenían un *oportere* en su fórmula procesal y, por lo tanto, no podía tener lugar la transposición de personas; en ese caso, quien dispusiera de protección pretoria *in factum*, podría demandar directamente, como suponía Huvelin, contra el titular de la potestad: esto se manifiesta claramente en el caso de la *actio pigneraticia* (D. 13,7,28,1: v. supra § 5,6). Ahora bien, en la medida en que algunas acciones *in factum* tienen un *oportere* en la fórmula procesal, pueden darse adyecticiamente y, por esta razón, no deben sorprender los textos que se manifiestan en tal sentido. Con esto se explica el fundamento de la división que

155. BIONDI, l. c.

156. KASER, *ZPR*, p. 149, n. 21, dice que esta acción, al no tener carácter penal, no puede darse tampoco como noxal.

157. O. c., p. 169, n. 1.

158. *Actio ex recepto* y *actio in factum adversus nautas* en § 5, 2; *actio pigneraticia*, *actio depositi in factum* y *actio commodati* en § 5, 6; *actio rerum amotarum* en § 6, 1, b; acciones penales en § 7.

contiene este apartado: por un lado (núm. 1), se estudian esas acciones *in factum* con fórmula en la que se hace referencia a un *oportere* y, por otro lado (núm.2), se estudian las extensiones justinianeas de la *actio de peculio*, a relaciones que en Derecho clásico se daban directamente contra el padre o dueño.

1. Acciones *in factum* con referencia a un *oportere* civil, que se pueden dar adyecticiamente.

a) *Actio redhibitoria*.—Hay diversos textos que admiten la existencia de una *actio redhibitoria de peculio*. En primer lugar, D. 15,2,2 pr.:

Cum post mortem filii familias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio, ideo si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensum erit post mortem filii: idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.

Cabe hacer algunas objeciones formales al pasaje. A primera vista destaca la presencia de *cum* con indicativo. Luego, la aparición de los términos *in peculium*, no frecuentes en los textos clásicos. Por último, se habla de *ex causa redhibitionis* en lugar de *actio redhibitoria*. Estas consideraciones, meramente estilísticas, no nos impiden reconocer el fondo clásico evidente.

En segundo lugar, D. 21,1,23,4:

Si servus sit qui vendidit vel filius familias, in dominum vel patrem de peculio aedilicia actio competit: quamvis enim poenales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt competere. proinde et si filia familias vel ancilla distraxit, aequè dicendum est actiones aedilicias locum habere.

En torno a éste existe una abundante y contradictoria literatura. Por una parte, Biondi¹⁵⁹ y Monier¹⁶⁰ lo consideran interpolado desde *quamvis* hasta el final. Por otra, Lenel¹⁶¹, seguido por Levy¹⁶²

159. O. c., p. 62.

160. R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine* (Paris, 1930), p. 84 ss.

161. O. LENEL, *Interpolationenjagd* en SZ 45 (1925) 23 s.

162. E. LEVY, *Konkurrenz* cit., p. 135 del tomo I.

y Pringsheim¹⁶³, dice que si se elimina esta frase resulta que *de peculio aedilicia actio competit* no tiene fundamento y éste sólo podría ser el que las acciones edilicias *ex contractu veniunt*; por ello, estas palabras, según Lenel, no pueden estar interpoladas.

En realidad nos parece que el pasaje resulta todavía más complicado, pues no se habla de *actio redhibitoria*, sino simplemente de *edilicia actio*, la cual se otorga *de peculio*. Pero es más extraña la afirmación *quamvis enim poenales videantur* ("aunque se tengan por acciones penales"), que ha sido el punto de apoyo de las críticas de Biondi y Monier. Para Glück¹⁶⁴, el motivo por el que las acciones edilicias son tenidas como penales estriba en que persiguen el *duplum*¹⁶⁵. Es claro que no pueden ser penales en cuanto que en el texto que sigue se dice que tales acciones son transmisibles a los herederos, lo que no ocurriría si lo fuesen.

Por último, D. 21,1,57,1:

Quod si servus vel filius vendiderit, redhibitoria in peculium competit. in peculio autem et causa redhibitionis continebitur: nec nos moveat, quod antequam reddatur servus non est in peculio (non enim potest esse in peculio servus, qui adhuc emptoris est): sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur: igitur si servus decem milibus emptus quinque milibus sit, haec quoque in peculio esse dicemus. hoc ita, si nihil domino debeat aut ademptum peculium non est: quod si plus domino debeat, eveniet, ut hominem praestet et nihil consequatur.

También este fragmento tiene imperfecciones formales. *Redhibitoria in peculium* no es frecuente, como observábamos respecto a D. 15,2,2 pr. Luego se vuelve a hablar de *causa redhibitionis*. La frase *in peculio... causa redhibitionis continebitur* significa, según Cuyacio, *pretium, quod emptor persequitur actione redhibitoria, in peculio venditoris computabitur*.

163. F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris* en *SZ* 69 (1952) 247.

164. *Pandette* (trad. ital) tomo 21, p. 81, n. 46.

165. La cuestión de si la *condemnatio* de la *actio redhibitoria* era *in duplum* o *in simplum* es complicada, si bien la última es la más probable. Sobre el tema v. V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, vol. 2.º (Napoli, 1956), p. 371-379.

A pesar de las conjeturas sobre supuestas interpolaciones y las hipotéticas irregularidades de forma, lo cierto es que son tres los pasajes en los que se da una acción edilicia *de peculio*. ¿Cómo es posible que unas acciones *in factum*, y por lo tanto pretorias, puedan darse *de peculio*? Dejando a un lado toda la cuestión de si la *actio empti* sirvió, ya desde el siglo I d. C., para reclamar la redhibición¹⁶⁶, lo que permitiría una explicación fácil de nuestra

166. D. 19,1,11,3, texto que constituye una verdadera *crux interpretum*. Este pasaje dice: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*. F. GLÜCK (*Commentario alle Pandette*, libro 21, trad. de Perozzi y Bonfante—Milano, 1898—) admite la posibilidad de reclamar con la *actio empti* para obtener la resolución de la venta (p. 102-103): hay que tener en cuenta, para valorar esta opinión, que la obra alemana se escribió entre 1790-1830. PERNICE, *Labeo* II, 1, p. 180, lo interpreta diciendo que puede significar quizá que el juez estaba facultado, si correspondía a la bona fides, para gestionar también la devolución de las mercancías defectuosas y que haría esto si el demandante hubiera sido indemnizado por la devolución de la cosa. Y aquí sobrevino por obra de Juliano un repentino cambio, pues fue el gran jurista clásico quien dio, antes que nadie, la acción contractual para la resolución del contrato. Pernice cita como apoyo de esta última afirmación D. 19,1,11,5-6 y recoge, en una sustanciosa nota (l. c.) la versión de Vangerow sobre D. 19,1,11,3. S. PEROZZI, *Commentario alle Pandette*, citado supra, p. 12 y ss., n. b., en base a D. 19,1,13 pr., dice que este fragmento contiene una opinión de Juliano en el sentido de admitir que con la *actio ex empto* se podía demandar incluso al vendedor ignorante para reclamar el *quanti minoris esse empturus*. Concluye que este único fragmento prueba que, incluso con la *actio ex empto* se puede hacer valer el contenido del edicto edilicio, citando en su apoyo a Windscheid.—A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* IV (1903), p. 178 entiende que *redhibitio* se emplea en nuestro texto aisladamente y que en ese caso no es sinónimo de *actio redhibitoria*, sino de *resolutio emptionis*. De un *redhibere* civil, sigue diciendo Bechmann, y no en el sentido técnico de que se habla en el edicto edilicio, nos habla también Cicerón (*de off.* 3,91).—ARANGIO, o. c., p. 398 s., dice que “dejando a un lado las tres palabras finales cuyo carácter legislativo fue considerado hace ya tiempo, la posición del párrafo lo revela como alterado, pues se encuentra entre el 2 (relativo a las obligaciones del vendedor de consignar la cosa) y el 4 (donde se extiende a la venta de animales la obligación de dar caución contra los vicios): ...pero, para los justinianos, la *actio empti* asumió también la función específica de esta *redhibitoria*”. Los argumentos de Arangio no nos parecen decisivos, pues no creemos que se pueda hablar de interpolación cuando aparecen dos juristas citados y es excesivo pensar que

dificultad, entendemos que se pueden comprender perfectamente los textos. Los tres hablan de *actio de peculio* y probablemente se referían a un hijo o esclavo que vendía algo defectuoso perteneciente al peculio y, en base a esta venta, se podría reclamar al padre o dueño con la *actio redhibitoria de peculio*. Pero, ¿en qué consiste la *actio redhibitoria*?

En la historia de la responsabilidad por vicios materiales en Derecho romano es preciso separar las innovaciones realizadas por los ediles curules de la etapa de vigencia única del *ius civile*. Para el Derecho civil, los "vicios de una cosa vendida eran contemplados ocasionalmente en la medida en que su ausencia constituyera el objeto de una *stipulatio* o bien que hubieran sido proclamados como cualidades de la cosa puesta a la venta, por un vendedor de mala fe. La misma responsabilidad se daba en el supuesto de dolo en la ocultación de los vicios. En el primer caso correspondía al comprador que hubiese descubierto el vicio la *actio ex stipulatu*; en los otros, la *actio empti*; pero frente a un vendedor de buena fe, sólo la *actio ex stipulatu* podía ser utilizada, en la medida en que únicamente de la *verborum obligatio* nacía una responsabilidad objetiva. Tanto la *actio ex stipulatu* como la *actio ex empto* conducían sólo a un resarcimiento del daño sufrido por el comprador, pero éste no podía, mediante ninguna de ellas, pretender la resolución del contrato. Precisamente para alcanzar esta finalidad proveyeron los ediles curules un medio apto para la resolución de todos los efectos de la compraventa realizada y a crear un sistema, en las ventas de esclavos y cuadrúpedos, en el que surgiera, siempre a cargo del vendedor, una responsabilidad objetiva con independencia de que se hubiesen hecho o no estipulaciones previas y de que tuviera o no conocimiento de las mismas"¹⁶⁷.

los compiladores les hayan atribuido sus propias conjeturas. Otros autores que también reputan el texto interpolado son P. STEIN, *Medieval discussions of the buyer's actions for physical defects* en *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. de Zulueta* (Oxford, 1959), p. 103, sin añadir ningún argumento nuevo, y A. M. HONORÉ, *The history of the aedilician actions from Roman to Roman-Dutch Law*, en el mismo lugar, p. 139 s., y en la misma línea.

167. ARANGIO, o. c., p. 360 s.—Para la diferencia entre las sanciones civiles y las edilicias, puede verse también HONORÉ, o. c., p. 151.

Probablemente los ediles intervinieron en un principio obligando al vendedor a prestar una *stipulatio* y establecieron luego en el Edicto el régimen conocido. Cuando el vendedor se negaba a hacer estas declaraciones se le imponía como sanción la obligación de *cavere* otra acción, *redhibitoria*, de dos meses de duración, que correspondía al comprador cuando el vendedor no la hubiese cumplido. Se entiende que si el comprador no hubiese recurrido a este remedio específico y hubiera permanecido sin garantía, quedaba a su disposición la *actio redhibitoria* normal siempre que el vicio hubiese sido descubierto dentro de seis meses; si, en cambio, espontáneamente o para evitar las consecuencias de la *redhibitoria* bimestral, el vendedor hubiera respondido a la *stipulatio*, tenía concurrencia electiva entre la *actio redhibitoria* semestral y la *actio ex stipulatu*, y después de seis meses permanecía esta última perpetuamente, sin poder conducir, por lo demás, a otra cosa más que a una recuperación del *id quod interest*¹⁶⁸.

En una de las partes del edicto de la *actio redhibitoria* se habla de un *oportere*:

Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

Esto significa que los ediles han revestido de una nueva y más eficaz protección situaciones que ya estaban protegidas, de otra forma, según la interpretación que da Lenel¹⁶⁹ y admite Arangio¹⁷⁰, pensando el primero que tales palabras constituyen una

168. ARANGIO, o. c., p. 368.

169. EP, p. 269, n. 1, a propósito de la crítica a Baron de su concepción de las acciones adyecticias. Lenel (p. 560) presenta dos fórmulas redhibitorias, la segunda de las cuales se daría en el caso en el que los ediles daban la acción por una no correspondencia de la realidad efectiva con los *dicta et promissa* del vendedor. Lenel proponía para este supuesto la siguiente fórmula: *Si quem hominem AsAs de NoNo emit, cum parcat adversus quod eius praestari oportet...*—ARANGIO, o. c., p. 370, n. 2, trata con cierta amplitud de la primera fórmula redhibitoria y dice que análogas consideraciones pueden servir para la segunda.

170. O. c., p. 366.

concreción de la responsabilidad en virtud de los *dicta et promissa*, como se derivaría del comentario de Ulp., D. 21,1,19 pr.-1. Naturalmente, Lenel se apoya en la frase *quod eius praestari oportere dicetur*, que, en el lenguaje de la jurisprudencia, puede referirse únicamente a una obligación reconocida por el *ius civile*¹⁷¹. “Se nos presenta, pues, el fenómeno de la recepción de una norma civil en el Edicto edilicio: el comprador conserva la facultad de intentar la acción adaptada al caso entre las dos alternativamente ofrecidas por el *ius civile*, pero los ediles, a causa de su reconocimiento de la ocultación de los vicios como un error, inventaron un remedio más rápido y decisivo, como era la *actio redhibitoria*, que extendieron incluso a las declaraciones positivas cuando la falsedad de éstas fuera hecha valer dentro del brevísimo plazo fijado por ellos”¹⁷².

El origen del término *oportere*, que significa “deber por Derecho civil”, quizá derive de la sanción penal que se daba por la falsedad del *dictum* y que daría lugar a una acción civil; es decir, a una acción que tuviera un *oportere* en su fórmula procesal. De esta forma, el *dictum* vendría a tener una exigibilidad civil idéntica a la del *promissum*. Respecto a los *dicta* existen diversas opiniones. La más autorizada, que representa últimamente Arangio¹⁷³, es la de que el término *dicta* debe considerarse como refe-

171. SCHULZ, *CRL*, p. 537 dice también que, la posibilidad de que la *actio redhibitoria* se diera por los *dicta et promissa*, implicaba una responsabilidad conforme al *ius civile* en virtud de la mención citada del término *oportere*. B. NICHOLAS, *Dicta promissave* en *Studies in the Roman Law* cit ., p. 95 ss., critica el sentido técnico de *oportere* en el edicto de los ediles curules, combatiendo la hipótesis generalmente admitida de que la responsabilidad por *dicta promissave* era una norma del arcaico *ius civile* y que fue meramente incorporada al edicto edilicio. Pero, como nos dice convincentemente WATSON, *Obligations*, p. 87, n. 5, los textos que cita NICHOLAS no muestran un *oportere* que figure en obligaciones pretorias. Sobre el sentido de *oportere* puede verse ahora M. KASER, *Oportere und ius civile* en *SZ* 83 (1966) 1-46.

172. ARANGIO, o. c., p. 358 ss.

173. El autor considera exagerado pretender que los *dicta* debieron asumir siempre el aspecto de pública proclama y dice que la opinión de Ulpiano en D. 21,1,19,2, peca de imprecisión y que probable-

rído únicamente a los *dicta in mancipio*. La otra opinión estima que se trata de declaraciones no solemnes pronunciadas en ocasión del contrato consensual de la compraventa y es representada principalmente por Schulz¹⁷⁴.

A nuestro modo de ver, se comprende con esta explicación el sentido de nuestros textos. Efectivamente, al existir un *oportere* en la fórmula de la *actio redhibitoria* para las ventas de esclavos, cuando existen *dicta et promissa*, no hay ninguna dificultad para que puedan darse estas acciones *de peculio*, pues la presencia del *oportere* es lo que permite que las relaciones básicas puedan darse *de peculio* contra el padre o amo. Efectivamente, lo que preocupa a los juristas clásicos es la estructuración del sistema de acciones y esta conformación es correcta en las acciones adyecticias cuando la relación básica contiene un *oportere*. En cambio, cuando la relación básica es pretoria, al no existir un *oportere*, no pueden darse estas acciones adyecticias, sino que se da directamente la acción pretoria. Los bizantinos, por su parte, al haberse diluido el sistema de acciones procesales, no podían comprender esta aplicación y sólo tuvieron la obsesión de la responsabilidad. Esto es lo que explica la interpolación de otros textos.

b) *Actio ex iureiurando*.—Paul., D. 12,2,22, dice que algunos juristas (*quidam*) creían que se podía dar la *actio ex iureiurando* (el nombre no está atestiguado) contra el dueño (o padre: *eadem...*), *de peculio*, cuando el esclavo (o hijo) había ofrecido a un demandante el resolver un litigio por juramento, y el demandante había jurado:

Quidam et de pecullo actionem dandam in dominum, si actori detulerit servus iusiurandum. eadem de filio familias dicenda sunt.

Se trata de una *actio in factum* en la que no se examina ya la existencia de la obligación, sino el hecho del juramento (D. 12,2,11 pr.), pero que es especial, pues encierra una refe-

mente ha sido alterada. En el mismo sentido de la alteración se manifiesta también HONORÉ, o. c., p. 141 ss.

174. SCHULZ, *CRL*, p. 535.

rencia a un *dare oportere*. Así, aunque por ser una *actio in factum* muchos se resistieron a darla *de peculio*, no sorprende que *quidam* creyeran podía darse *de peculio*, y es lo más probable que esta opinión prevaleciera, pues el mismo Paulo (*h. t.* 22) parece aceptarla. Cuando la obligación básica no consiste en un *dare oportere*, la acción que produce el *iusiurandum* no es una nueva acción distinta, como la *actio in factum ex iureiurando*, sino la misma acción principal, sólo que provista de una ficción, o quizá mejor de una *praescriptio*, en virtud de la cual se dice al juez que se dé por probado lo jurado. En estos supuestos, con mucha mayor razón se podía dar esa acción *de peculio*¹⁷⁵.

c) *Actio de pecunia constituta*.—La doctrina cita Ulp., D. 15,3,15, como un posible supuesto de responsabilidad adyecticia del padre por el *constitutum* realizado por el hijo:

Si filius familias constituerit quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberavit patrem: nam qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvise. 'hoc est ob id quod constituit', in rem tamen vertisse patris merito dicitur¹⁷⁶.

El texto consta de dos partes: en la primera, se pregunta si se debe dar contra el padre la *actio de in rem verso* en base al *constitutum* de una deuda paterna (*quod pater debuit*) hecho por su hijo. A esto se contesta diciendo que el *constitutum* no libera al padre, pero convierte al hijo en deudor del mismo acreedor, porque, aunque el *constitutum* equivale a una promesa de pagar en el plazo fijado lo ya debido, al no ser estipulatoria, no produce efecto novatorio; ésta sería, pues la solución clásica, que permitiría al acreedor demandar, o bien contra el padre directamente (con la *condictio*), por la obliga-

175. Cfr. A. D'ORS-E. VALIÑO, *Problemas de la "actio ex iureiurando"* en *Estudios en honor del profesor Sánchez del Río* (Zaragoza, 1967) p. 186 s.

176. 'E. SECKEL (*Ind. Interp.*) considera interpolado desde *solvat* hasta *constitutum* y desde *solvise* hasta *constituit* y lo sustituye respectivamente por *condemnatus sit* y por *iudicium accepisse*. GAY, *In rem versum*, p. 231, cree que está interpolado el pasaje (desde *hoc est* hasta *constituit*), adhiriéndose así a las opiniones de Eisele y Krüger (citados en *Ind. Interp.*).

ción que éste había contraído, o bien contra el hijo con la *actio de pecunia constituta*; ahora bien, la segunda parte del texto es muy sospechosa, pues afirma que el pago hecho por el hijo es en provecho del padre y puede apreciarse por ello una *versio in rem*; a nuestro modo de ver no se puede admitir que Ulpiano tratara aquí de una posible *actio de pecunia constituta de in rem verso*, pues es claro que si el hijo paga la deuda paterna, que es precisamente cuando se reconoce la *in rem verso*, el acreedor que había ya cobrado no tenía nada que reclamar.

¿Sobre qué pretendía informarnos Ulpiano? En la primera parte del pasaje parece especular con la posibilidad de transposición de personas en la *actio de pecunia constituta*, aunque el jurista dé una respuesta negativa en este caso. Pero lo verdaderamente interesante para nosotros es que este planteamiento de Ulpiano probablemente dependía de que la fórmula *de pecunia constituta*, aunque no se refería a un *oportere*, sí lo hacía, en cambio¹⁷⁷, a una *pecunia debita*. En la medida en que este *debitum*, que el juez debía comprobar, era civil (*oportere*) y propio, la posibilidad de transposición de personas sería la misma que en caso de una referencia a un *oportere*. De ahí deriva que Ulpiano se plantee el problema: su respuesta es negativa, no porque falte un *oportere* en la relación básica, sino por las otras razones que hemos visto ya. En este caso la duda se podía presentar quizá por ser deuda ajena, pero propia precisamente del padre. La pregunta era así: la de si el padre podía reducir su deuda al *versum*: una duda un tanto escolástica, pues el *versum* tenía que ser exactamente igual a su propia deuda; pero la respuesta es negativa, porque no hay *versum*, ya que el *constitutum* no tiene efecto novatorio y la deuda del padre subsiste. La parte final del fragmento (*plane...i.f.*) sólo se puede salvar suponiendo con Seckel¹⁷⁸ que Ulpiano no hablaba de *solvere*, sino de ser *condemnatus* el hijo, es decir, de la *actio indicati de in rem verso*¹⁷⁹.

177. Nos parece indiscutible, a pesar de LENEL, *EP*, p. 251, que lo omite en su reconstrucción de la *intentio*.

178. Citado en *Ind. Interpol.*

179. Ulp., D. 13,5,1,8 y Paul., D. 13,5,19,2 y D. 13,5,20, presentan supuestos de *constitutum* realizado por el padre de una deuda adyecticia, lo que evidentemente es distinto del supuesto del que hablamos en el fragmento,

Por lo demás, es sumamente reveladora la presencia de otro texto, también de Ulpiano, aunque en sentido positivo, en el que dice el jurista que se discute si queda obligado el hijo de familia que hubiera constituido un plazo para su deuda, y opina él inmediatamente diciendo que cree que no sólo se obliga personalmente el hijo, sino también, y esto es lo más importante, su padre por la *actio de peculio*. Ulp., D. 13,5,1,3:

Sed si filius familias constituerit, an teneatur, quaeritur: sed puto verum et ipsum constituentem teneri et patrem de peculio.

Valen aquí, para la explicación del pasaje, las mismas consideraciones que hemos hecho para el anterior respecto a la legitimidad de esta *actio de pecunia constituta* que se da *de peculio* contra el padre por la cualidad de la presencia de *pecunia debita*.

d) *Actio civilis in factum*.—Pap., D. 19,5,1,1, nos dice que Labeón había escrito que podía darse en favor del dueño de las mercancías, una *actio civilis in factum* contra el *magister navis*, en el caso de que fuera incierto si el contrato era *locatio conductio rei* o una *locatio conductio operis* y, por lo tanto, si procedía dar al cargador la *actio conducti* o la *actio locati*:

Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.

Naturalmente, ha sorprendido a la crítica esta mención de *actio in factum civilis* y de ahí las diversas interpretaciones que de ella se han dado. Nos parece, sin embargo, de acuerdo con la opinión de Kaser¹⁸⁰, que el texto no está interpolado¹⁸¹, que es clásico y que esta acción fue dada por Labeón para resolver este caso dudoso, por su contenido, muy próximo al contrato de *locatio-con-*

en el que Ulpiano admite que pudiera darse una *actio de pecunia constituta* (por el *constitutum* realizado por el hijo) *de peculio*, contra el padre.

180. *Oportere und ius civile* cit., p. 37 ss.

181. V. en KASER, o. c., n. 180, las diversas hipótesis, de interpolación—Appleton, Pokrowsky, De Francisci, Meylan, Perozzi, Osuchowski, Collinet, Voci, Grosso—o de autenticidad del texto—Pernice y Kretschmar.

ductio, que estaba protegido, como se sabe, por una *actio ex fide bona*. Esta acción, cuyo encuadramiento (lo mismo que el de la *actio incerti civilis*), dice Kaser, en una de las típicas categorías edictales es dudosa o imposible¹⁸², debió de tener, además de una *demonstratio* que aludiría a sus circunstancias especiales, la *intentio incerta* de las acciones de buena fe (*quidquid ob eam rem NnNm AoAo dare facere oportet ex fide bona*) y, por tanto, podría darse adyecticiamente, aunque fuera *in factum* y el texto no diga que se dé en ese caso concreto. Se trataba en último término, de una zona límite entre las acciones civiles y pretorias que conservaba la *intentio* como la de aquel contrato al que completaba. A pesar de todo, no debió de estar en el Edicto de Juliano y quizá fuera una acción "decretal". Quizá puede sorprender que en el texto no se hable de dar la acción como *exercitoria* y también que se dé contra el *magister navis* la acción directa. En este caso, el patrón debía ser libre (*sui iuris* o *alieni iuris*) para que pudiera entablarse la acción contra él por el cargador. Pero lo más probable es que Labeón no se haya preocupado por la cuestión de si la acción se daba o no como *exercitoria*, sino que estimaría que, en tal supuesto dudoso, la acción debía de ser esta especial *civilis in factum*, abstracción hecha de que se pudiera dar como adyecticia (lo que permitiría el *oportere ex fide bona* de su *intentio*) o no.

2. Extensiones justinianas de la *actio de peculio*.

a) Precario.—D. 15,1,5,1 dice que, si se dio alguna cosa en precario a un hijo o a un esclavo, la obligación del padre o dueño se limita al peculio:

Sed et si precario res filio familias vel servo data sit, dumtaxat de peculio pater dominusve obligantur.

Realmente este texto es sorprendente y más todavía que, precisamente Beseler¹⁸³ lo considere puro. Perozzi, en cambio, afirma que está interpolado¹⁸⁴. La interpolación nos parece evidente, en cuanto que el precario es una mera relación posesoria que protegen

182. L. c.

183. *Beiträge* 3, 46.

184. *Istituzioni*, I, p. 154, n. 2.

los interdictos. ¿Cómo puede pensar un jurista clásico en que puede generar una obligación (*obligantur*)? Es imposible: tiene que haber sido obra de un compilador que pensase en términos de *actio in factum praescriptis verbis*.

El mismo criterio sostenemos respecto al caso de un esclavo que, por mandato del dueño o por ratificación de éste, ha pedido en precario alguna cosa; en este caso, es el dueño quien se obliga, como si él fuera el poseedor interdictal. Pero si, ignorándolo el dueño, el esclavo o el hijo hubiese pedido algo en precario a su propio nombre, no parece que el dueño sea precarista, pero se da contra él la *actio de peculio vel in rem verso*:

D. 43,26, 13:

Si servus tuus tuo mandato precario rogaverit vel ratum habueris quod ille rogavit tuo nomine, teneberis, quasi precario habeas. sed si te ignorante suo nomine vel servus vel filius rogaverit, non videris tu precario habere, sed illi erit actio de peculio vel de in rem verso.

El texto está claramente interpolado, como sostiene la mayor parte de la doctrina, especialmente Nicosia¹⁸⁵, cuyas consideraciones admitimos. En todo caso, aparece claro cómo, en el caso del precario, existía una tendencia a construir una *actio de peculio* donde no podía haberla, inclinación que se manifiesta a lo largo de los textos que han interpolado los compiladores.

Dice Nicosia que sorprende en el texto el cambio de sujeto: *si servus tuus tuo mandatu precario rogaverit...vel ratum habueris*; por lo menos, sería necesario después de *vel* el pronombre *tu*. La frase *ratum habueris quod ille rogavit* es muy extraña, pues lo que se ratifica es la *rogatio* y no la cosa exigida (*quod ille rogavit*). De otro lado, *teneberis* aislado no puede ser clásico; un jurista habría precisado probablemente *interdicto teneberis*. *Quasi precario habeas* carece de sentido; ¿por qué se menciona el *quasi*, como si en nuestro caso pudieran existir dudas de que *tu precario habeas*? Incluso, según los principios justinianeos, si un esclavo ha actuado conforme a la autorización de su dueño, es indudable que éste adquiere la po-

185. G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i "potestati subiecti"* (Milano, 1960), p. 369 ss.

sesión, y por ello *precario habeas*. Todavía hay que observar que, si bien en un primer momento se dice que ha sido el *servus tuus* el que ha hecho la *rogatio precario*, en otro momento, al lado del esclavo, surge también un *filius (vel servus vel filius)*. Y no vamos a referirnos a la última parte, *sed illi - i.f.*, donde lo más sorprendente es la mención de una *actio*, cuya presencia rechaza unánimemente la doctrina¹⁸⁶

Aparte de estas consideraciones formales, es el sentido general del texto el que resulta inadmisibles. En efecto, se dice que, si el sometido ha obtenido la cosa en precario, *ignorante te*, contra ti sólo podrá ejercitarse la *actio de peculio vel de in rem verso*: y ésta es, en verdad, la norma que responde a los principios justinianos. La doctrina pretende conservar el pensamiento clásico, simplemente eliminando la frase *sed illi-in rem verso*. Pero, una vez suprimida, si se considera auténtico el resto, llegaríamos a la conclusión de que, si el esclavo había obtenido la cosa, *ignorante domino*, el *precario dans* no habría tenido a su disposición ningún medio directo para recuperar la cosa. Conclusión evidentemente absurda para el derecho de cualquier época. Pomponio debería decir, dice Nicosia¹⁸⁷, que, si un esclavo ha pedido en precario alguna cosa, es el dueño el que *videtur precario habere*, y por ello se daría el interdicto contra él. Los compiladores pretenderían limitar esta afirmación al caso de que existiera un *iussum* o una *ratihabitio* por su parte, pero observando que, en tal caso, si el esclavo hubiese actuado *ignorante te*, llegaban al absurdo de negar al *precario dans* toda posibilidad de hacer valer su pretensión a la restitución de la cosa concedida en precario y lo remediaron añadiendo *sed illi erit actio de peculio vel de in rem verso*.

Se prueba, por otra parte, que el texto original debería expresarse en el sentido indicado, por el hecho de que en su tenor actual contrasta en particular con D. 43,26,4,2¹⁸⁸, donde la legitimación

186. BIONDI, o. c., p. 83; PEROZZI, *Istituzioni* I, p. 217, n. 1.

187. O. c., p. 370.

188. *Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogavit, sed qui precario habet: etenim fieri potest, ut quis non rogaverit, sed habeat precario. ut puta servus meus rogavit: mihi adquisiit precarium: vel quis alius, qui iuri meo subiectus est.*

pasiva para el interdicto del titular de la potestad se afirma sin distinción entre el supuesto de que sea *sciens* o *ignorans*.

Pero la interpolación se confirma todavía por otra consideración: en D. 43,26,6,1, se lee:

Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor.

Ahora bien, si se reconoce que *me mandante vel ratum habente* ha sido interpolado por los compiladores¹⁸⁹, resulta que los clásicos afirmaban que, en base a una *rogatio precario* hecha por un *procurator*, aún *me ignorante*, "*ego precario habere proprie dicor*" y, a mayor abundamiento deberían considerar esto en el caso del propio esclavo. Por eso, la interpolación de *tuo mandatu...vel ratum habueris...* en nuestro texto, debe ser correlativa a la de *me mandante ve. ratum habente* en el otro¹⁹⁰.

Para los juristas clásicos, el padre o dueño estaba pasivamente legitimado para el interdicto siempre, porque, por el sólo hecho de que el sometido tuviera la cosa en precario, se consideraba que él *habere precario*.

b) *Receptum argentarii* y la *editio rationum* del *argentarius*. El *receptum argentarii* es muy similar al *constitutum* y supone la obligación que asume un banquero de pagar la deuda de otro deudor. Gay¹⁹¹ deduce de D. 2,13,4,3 que el tercer beneficiario de un *receptum argentarii* podía, en la práctica de los negocios, exigir la responsabilidad del *pater familias* del *argentarius*, en la medida de lo que hubiese revertido en su patrimonio.

El texto, de Ulpiano, dice así:

Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.

189. P. BONFANTE, *Corso* 3, p. 306.

190. NICOSIA, o. c., p. 372.

191. GAY, *In rem versum*, p. 232-234.

En realidad, no nos parece que se refiera para nada a una obligación adyecticia por un *receptum argentarii* como pretende Gay. El pasaje habla, sí, de *argentarius* y, si no estuviera interpolado¹⁹², aludiría a una responsabilidad adyecticia, pero el *argentarius*, en cuanto banquero, puede desempeñar muchas funciones, sin que sea la más importante la del *receptum*, que ni siquiera menciona el texto.

Nos ayuda a comprender este fragmento, el inmediatamente anterior: D. 2,13,4,2:

Sed et filius familias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur edere: an et pater, quaeritur. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur: sed recte Sabinus respondit tunc id admittendum, cum patri quaestum refert.

El contraste de ambos es muy interesante. En efecto, existe un edicto del pretor que obliga a los *argentarii* a presentar sus libros de cuentas (D. 2,13,4 pr.)¹⁹³; los que eluden este deber son castigados, mediante una *actio in factum* (D. 2,13,8,1)¹⁹⁴, con una pena pecuniaria. En el parágrafo 2 no se habla para nada de *actio de peculio* y sí, en cambio, en el parágrafo 3. Por otra parte, frente a la idea de Labeón, que restringía la acción al caso de que el padre conociera la gestión bancaria del hijo, Sabino hace responder al padre siempre que obtenga ganancias de aquel negocio. La acción no se indica, pero no parece que tenga que ser la *actio de peculio vel de in rem verso*, a pesar de la justificación *cum patri quaestum refert*. En el caso del esclavo banquero, *sciente domino*, la acción contra el dueño es *in solidum*; pero, si ejerce la actividad sin saberlo el dueño, éste se libera de la obligación de presentar las cuentas, si jura que no las tiene.

192. V. en tal sentido, compilatorio: BIONDI, o. c., p. 63, n. 9.

193. Praetor ait: 'Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule'.

194. Is autem, qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a pretore, non quod hodie interest; et ideo licet interesse desiit vel minoris vel piuris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.

La frase relativa al supuesto del *argentarius peculiaris* puede referirse a las obligaciones contraídas por el esclavo, pero inmediatamente se dice que se da una acción *in solidum* contra el dueño que tiene las *rationes* y no las presenta. Por eso, creemos que no debe existir diferencia entre el caso del esclavo y el del hijo. Por último, el verbo *tenetur* no tiene que referirse necesariamente a la obligación de *edendo*, sino que se concretará a todas las obligaciones que derivan del ejercicio de la Banca; por ejemplo, los mutuos. En conclusión, parece lo más probable que en el fragm. 3 la frase *si servus-tenetur* sea una interpolación, que se debe a la tendencia de los justinianos a extender la *actio de peculio* más allá de sus límites clásicos ¹⁹⁵.

EMILIO VALIÑO

195. El padre o amo están activamente legitimados de un modo directo, como se acredita en D. 2,13,9,1: *Nihil interset, si successores aut pater aut dominus argentarii eiusdem fuerunt professionis: quia cum in locum et in ius succedant argentarii, partibus eius fungi debent. is autem, cui argentarius rationes suas legavit non videbitur contineri, quia iuris successor his verbis significatur: non magis, quam si ei vivus eas donasset, sed nec heres tenebitur, cum nec possideat nec dolo malo fecerit: sed si ei, antequam eas legatario traderet, renuntiatum fuerit, ne ante eas tradat, tenebitur quasi dolo fecerit: item antequam eas tradat, tenebitur. quod si nihil dolo fecerit, causa cognita legatarius cogendus est edere.* El texto tiene una interpolación correlativa: *si successores aut pater aut dominus*. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano* en *BIDR* 14 (1902) 165 se fija en las incorrecciones formales del pasaje, y dice que Paulo contrapone *pater* y *dominus* en la categoría de los sucesores. Luego afirma que todos *succedunt in locum et in ius argentarii*. Desde un punto de vista sustancial, las palabras *aut pater aut dominus* se consideran mal colocadas junto a los sucesores universales, ya que, si la decisión que sigue, *quia in locum et in ius succedunt* se debe tomar en el sentido de sucesión jurídica, se va contra todos los principios más importantes del Derecho clásico. Una sucesión del padre o dueño respecto al hijo o esclavo banquero no puede subsistir en ningún caso, pues todo lo que es del hijo y del esclavo, incluso tratándose de una banca peculiar, es también del padre o dueño.