



## "STIPULACIONES IUDICIALES" EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO DEL DERECHO ROMANO

**Albert Gómez Jordán**

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Albert Gómez Jordán

# ***STIPULATIONES IUDICIALES*** **EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO** **DEL DERECHO ROMANO**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por la Dra. Carmen Gómez Buendía

Departament  
de Dret privat, processal i financer



UNIVERSITAT ROVIRA i VIRGILI

2020





**UNIVERSITAT  
ROVIRA I VIRGILI**

DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT, PROCESSAL I FINANCER

Campus Centre-URV  
Av. Catalunya, 35  
43002 TARRAGONA  
Tif. 977558379  
Fax: 977558846  
E-mail: [sddppf@urv.cat](mailto:sddppf@urv.cat)  
[www.fcj.urv.cat/dretprivat](http://www.fcj.urv.cat/dretprivat)

Carmen Gómez Buendia, Profesora Agregada de Derecho Romano de la Universitat Rovira i Virgili

HAGO CONSTAR que este trabajo titulado "*Stipulationes iudiciales* en el procedimiento formulario del Derecho romano", que presenta el doctorando Albert Gómez Jordán para la obtención del título de doctor, se ha realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de esta Universidad.

Tarragona, 13 de junio de 2020.

La directora de la tesis doctoral

CPIISR-1 C  
Maria Del  
Carmen Gómez  
Buendia

Firmado digitalmente  
por CPIISR-1 C Maria  
Del Carmen Gómez  
Buendia  
Fecha: 2020.06.13  
11:52:34 +02'00'



## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>11</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>15</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>17</b>
<b>1. STATUS QUAESTIONIS</b> .....	<b>23</b>
1.1. Giomaro .....	24
1.2. Levy .....	27
1.3. Chiazzese .....	27
1.4. Luzzatto .....	28
1.5. Betancourt .....	29
1.6. Finkenauer .....	29
1.7. Pérez López.....	30
1.8. Zini.....	31
1.9. De Castro-Camero .....	31
1.10. Otras opiniones .....	33
1.11. Perspectiva crítica del <i>status quaestionis</i> .....	37
<b>2. ESTIPULACIONES PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO ROMANO. LA CLASIFICACIÓN DE POMPONIO CONTENIDA EN POMP. 26 AD SAB. D. 45,1,5PR</b> .....	<b>39</b>
2.1. Clasificación en <i>Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.</i> .....	39
2.2. Estipulaciones pretorias y judiciales: fundamento y características .....	45
<b>3. LAS ESTIPULACIONES JUDICIALES EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO ROMANO</b> .....	<b>57</b>
3.1. DETERMINACIÓN DE LA BASE TEXTUAL PARA EL ESTUDIO DE LAS ESTIPULACIONES JUDICIALES .....	57
3.2. LA <i>CAUTIO DE INDEMNITATE</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE INDEMNIDAD .....	65
3.3. LA <i>CAUTIO DE EVICTIONE</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL PARA EL SUPUESTO DE EVICCIÓN FUTURA.....	137
3.3.1. <i>Rei vindicatio</i> .....	138
3.3.2. <i>Actio noxalis</i> .....	145
3.3.3. <i>Actio communi dividundo</i> .....	150
3.3.4. <i>Actio familiae erciscundae</i> .....	153
3.3.5. <i>Actio ex testamento</i> .....	154
3.3.6. Sobre la doctrina relativa a reconocer en la <i>cautio de evictione</i> judicial una aplicación de la <i>stipulatio duplae</i> en el proceso.....	157

3.3.7. Esquema sintético de la <i>cautio de evictione</i> .....	161
3.4. LA <i>CAUTIO DEFENSUM IRI</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE DEFENSA FUTURA .....	164
3.4.1. <i>Rei vindicatio</i> .....	166
3.4.2. <i>Hereditatis petitio</i> .....	169
3.4.3. <i>Actio pro socio</i> .....	174
3.4.4. <i>Actio mandati</i> .....	176
3.4.5. <i>Actio ex testamento</i> .....	177
3.4.5.1. El caso del legatario con nombre igual al de dos de los amigos del testador y un supuesto de pluralidad de legatarios .....	177
3.4.5.2. Un supuesto de solidaridad activa .....	180
3.4.5.3. Supuestos relativos a un legado liberatorio de deuda.....	181
3.4.5.4. Casos de prelegado y legado de dote.....	183
3.4.6. <i>Actio noxalis</i> .....	191
3.4.7. Esquema sintético de la <i>cautio defensum iri</i> .....	192
3.5. LA <i>CAUTIO DE RESTITUENDO</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE RESTITUCIÓN .....	194
3.5.1. La <i>cautio de re restituenda</i> o estipulación judicial de restitución de cosa..	196
3.5.1.1. <i>Rei vindicatio</i> .....	196
3.5.1.2. <i>Vindicatio pignoris</i> .....	203
3.5.1.3. <i>Actio commodati</i> .....	207
3.5.1.4. <i>Actio empti</i> .....	209
3.5.1.5. <i>Actio rei uxoriae</i> .....	212
3.5.1.6. <i>Hereditatis petitio</i> . Dudas sobre la existencia en época clásica de una <i>cautio de debito restituendo</i> o estipulación judicial de restitución de deuda ....	216
3.5.2. La <i>cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo</i> o estipulación judicial de perseguir al esclavo -en caso de que esté en fuga- y de restituirlo.....	218
3.5.2.1. <i>Actio quod metus causa</i> .....	220
3.5.2.2. <i>Rei vindicatio</i> .....	230
3.5.2.3. <i>Actio redhibitoria</i> .....	237
3.5.2.4. <i>Actio mandati</i> .....	242
3.5.2.5. <i>Actio rei uxoriae</i> .....	245
3.5.2.6. <i>Actio ex testamento</i> .....	246
3.5.2.7. Dos supuestos dudosos en ocasión de un encargo para la manumisión de un esclavo: <i>Ulp. 2 disputationem D. 12,4,5,2-3</i> .....	252
3.5.3. Cauciones de restitución en las Instituciones de Justiniano.....	254
3.5.4. Esquema sintético de la <i>cautio de restituendo</i> .....	257
3.6. LA <i>CAUTIO DE EXHIBENDO</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE EXHIBICIÓN FUTURA .....	263
3.6.1. Aplicación de la <i>cautio de re exhibenda</i> en el procedimiento de la <i>actio ad exhibendum</i> .....	265
3.6.2. Aplicación de la <i>cautio de servo exhibendo</i> en el procedimiento de la <i>actio ad exhibendum</i> .....	267
3.6.3. Testimonio de la <i>cautio de exhibendo</i> en las Instituciones de Justiniano ...	268
3.6.4. Esquema sintético de la <i>cautio de exhibendo</i> .....	270

3.7. LA <i>CAUTIO DE AMPLIUS NON TURBANDO</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE GARANTÍA CONTRA FUTURAS PERTURBACIONES .....	271
3.7.1. <i>Vindicatio servitutis</i> .....	271
3.7.2. <i>Actio negatoria</i> .....	284
3.7.3. Esquema sintético de la <i>cautio de amplius non turbando</i> .....	287
3.8. LA <i>CAUTIO DE PECUNIA SOLVENDA UBI PROMISSA EST</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE QUE SE PAGARÁ ALLÍ DONDE SE PROMETIÓ .....	288
3.8.1. <i>Actio de eo quod certo loco</i> o <i>actio arbitraria</i> .....	289
3.8.2. Naturaleza jurídica de la <i>actio de eo quod certo loco</i> o <i>actio arbitraria</i> ....	290
3.8.3. Fundamento y contenido de la <i>cautio de pecunia solvenda ubi promissa est</i> .....	297
3.8.5. Esquema sintético de la <i>cautio de pecunia solvenda ubi promissa est</i> .....	300
3.9. LA <i>CAUTIO DE REMITTENDO</i> o <i>CAUTIO SE NON ACTURUM LEGE AQUILIA</i> : ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA <i>ACTIO LEGIS AQUILIAE</i> EN SUPUESTOS DE CONCURSO DE ACCIONES..	302
3.9.1. La <i>actio legis Aquiliae</i> y los supuestos de concurso con otras acciones: testimonio en las fuentes sobre la <i>remissio actionis</i> como solución a la concurrencia de acciones y aparición del instrumento judicial de la <i>cautio de remittendo</i> .....	303
3.9.2. <i>Rei vindicatio</i> .....	305
3.9.3. <i>Hereditatis petitio</i> .....	307
3.9.4. <i>Actio commodati</i> .....	308
3.9.5. Posible aplicación de la <i>cautio de remittendo</i> en supuestos de <i>locatio conductio</i> : concurrencia entre la <i>actio legis Aquiliae</i> y la <i>actio ex locato</i> .....	310
3.9.6. <i>Actio iniuriarium</i> .....	313
3.9.7. Posturas doctrinales relativas a la clasicidad de la <i>cautio de remittendo</i> ....	317
3.9.8. Esquema sintético de la <i>cautio de remittendo</i> o <i>se non acturum lege Aquilia</i> .....	321
3.10. LA <i>CAUTIO DE NON ALIENANDO</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE NO ENAJENAR.....	324
3.10.1. <i>Actio ex testamento</i> .....	324
3.10.2. Esquema sintético de la <i>cautio de non alienando</i> .....	330
3.11. LA <i>CAUTIO PER TEMPORA SE USUROS ET FRUITUROS</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE USUFRUCTUAR POR TEMPORADAS .....	332
3.11.1. <i>Actio communi dividundo</i> ( <i>¿utilis?</i> ) o acción de división de la cosa común ( <i>¿en vía útil?</i> ). Posibilidad de existencia de una acción distinta y concreta para el supuesto de “división” del usufructo.....	333
3.11.2. Esquema sintético de la <i>cautio per tempora se usuros et fruituros</i> .....	338
3.12. LA <i>CAUTIO DE DOLO</i> O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE DOLO .....	340
3.12.1. <i>Rei vindicatio</i> .....	341
3.12.2. <i>Actio quod metus causa</i> .....	347
3.12.3. <i>Actio rei uxoriae</i> .....	351
3.12.4. <i>Actio redhibitoria</i> .....	353
3.12.5. <i>¿Actio communi dividundo?</i> .....	355

3.12.6. Ubicación de la <i>cautio de dolo</i> en el sistema de las estipulaciones judiciales. Subsidiariedad respecto a la <i>actio de dolo</i> .....	357
3.12.7. Esquema sintético de la <i>cautio de dolo</i> .....	362
<b>4. LAS FÓRMULAS DE LAS ACCIONES COMO FUNDAMENTO DE LAS ESTIPULACIONES JUDICIALES: RECAPITULACIÓN Y SÍNTESIS .....</b>	<b>364</b>
<b>5. CONCLUSIONES .....</b>	<b>407</b>
<b>6. ÍNDICE DE FUENTES.....</b>	<b>411</b>
6.1. Fuentes jurídicas .....	411
6.1.1. Fuentes antejustinianas .....	411
6.1.2. <i>Corpus iuris civilis</i> .....	411
6.1.3. Fuentes bizantinas .....	416
6.2. Fuentes literarias .....	417
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>419</b>





## ABREVIATURAS

AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid).

Annali Palermo = *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*. Palermo: Palumbo, 1912-2000.

BESELER, *Beiträge I-V* = BESELER, G.v. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1910), *II* (1911), *III* (1913), *IV* (1920), *V* (Leipzig: Universitätsverlag von R. Noske, 1931).

BIDR = *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* (Milano).

C. = *Codex Iustinianus*; KRUEGER, P. *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed., 14ª Edición, Berlín, 1967.

CHIAZZESE, *Jusiurandum* = CHIAZZESE, L. *Jusiurandum in litem*. Milano: Giuffrè, 1958.

Coord. = Coordinador.

CRRS = FILIP-FRÖSCHL, J.; RAINER, J.M.; y SÖLLNER, A. (Editores). *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS). Teil X: Juristisch speziell definierte Sklavengruppen. 6: Servus fugitivus*. Stuttgart: Franz Steiner, 2005.

D. = *Digesta Iustiniani Augusti*; MOMMSEN, T; KRUEGER, P. *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed., 22ª Edición, Berlín, 1973.

D'ORS, *DPR* = D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*. 10ª Edición (2ª reimpresión). Pamplona: EUNSA, 2008.

ED = *Enciclopedia del diritto* (Milano).

Estudios Juan Iglesias = VV.AA. *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*. Madrid: 1988.

*FIRA I, II, III* = *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars prima. Leges*, ed. Riccobono, 2ª Edición. Florentiae 1942 (r. 1968); *Pars altera. Auctores*, ed. G. Baviera, 2ª Edición. Florentiae 1940 (r. 1968); *Pars tertia. Negotia*, ed. V. Arangio Ruiz, Florentiae, 1943 (r. 1968).

Gai. = *Gaius, Institutiones* (cuando no va seguido de cita del Digesto), consultada desde *FIRA*.

GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*" = GIOMARO, A.M. "*Cautiones iudiciales*" e "*officium iudicis*". Milano: Giuffrè, 1982.

INDEX = *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* (Napoli).

Inst. = *Institutiones Iustiniani*, MOMMSEN, T.; KRUEGER, P. *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed., 22ª Edición, Berlín, 1973.

IVRA = *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* (Napoli).

KASER, *RPR I-II* = KASER, M. *Das Römische Privatrecht. I. Das altrömisches, das vorklassische und klassisches Recht* (2ª Edición). München: Beck, 1971. *II. Das nachklassische Entwicklungen* (2ª Edición). München: Beck, 1975.

KASER, *ZPR* = KASER, M. *Das römische Zivilprozessrecht* (2ª Edición revisada por K. Hackl). München: Beck, 1996.

LABEO = *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Napoli).

LENEL, *EP* = LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum. Ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*. 3ª Edición. Leipzig: Tauchnitz, 1927.

LENEL, *Palingenesia I-II* = *Palingenesia iuris civilis*, 2 vol., Leipzig, 1889 (reimpresión Graz 1960).

MANTOVANI, *Le formule* = MANTOVANI, D. *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano* (2ª Edición). Padova: CEDAM, 1999.

Mélanges Girard = *Mélanges P.F. Girard: études de droit romain dédiées à M.P.F. Girard*. Paris: Rousseau, 1912.

MIQUEL, *DR* = MIQUEL, J. *Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

NNDI = *Novissimo Digesto Italiano* (Torino).

NRHDFE = *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* (Paris).

Nt. = Nota al pie.

P./pp. = Página/páginas.

PS. = *Pauli Sententiae*, consultado desde *FIRA*.

RDR = *Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna.*  
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>

REHJ = *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso).

RGDR = *Revista General de Derecho Romano* (Madrid).

RH = *Revue historique de droit français et étranger* (Paris).

RIDA = *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (Paris).

RIDROM = *Revista Internacional de Derecho Romano* (Ciudad Real).

RISG = *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Milano).

RUDORFF, *Edictum* = RUDORFF, A.F. *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt.* Lipsia: Heirzelium, 1869 (facsimil editado por Eunsa, Pamplona, 1997).

SDHI = *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma).

Studi Betti = *Studi in onore di Emilio Betti.* Milano: Giuffrè, 1962.

Studi Bonfante = *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento.* Milano: Fratelli Treves, 1930.

Studi Cagliari = *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari.* (Cagliari, Roma, Firenze, Padova).

Studi Grosso = *Studi in onore di Giuseppe Grosso.* Torino: Giappichelli, 1968-1974.

Studi Riccobono = *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento.* Palermo: Arti grafiche G. Castiglia, 1936.

Studi Volterra = *Studi in onore di Edoardo Volterra.* Milano: Giuffrè, 1971.

s.v. = *sub voce.*

TALAMANCA, *Istituzioni* = TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano.* Milano: Giuffrè, 1990.

TR = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'histoire du droit – The Legal History Review* (Dordrecht, Antwerpen, etc.).

Trad. = Traducción.

Vid. = Véase.

VV.AA. = Varios autores.

ZINI, “*Apud iudicem*” = ZINI, A. “*Apud iudicem*”. *Giuristi e giudici nell'epilogo del processo formulare*. GAROFALO, L. (Supervisor) y KOSTORIS, R. (Coordinador). Tesis doctoral inédita. Università degli Studi di Padova, 2018. (<http://paduaresearch.cab.unipd.it/10882>). Fecha de consulta: 14/06/2020.

ZSS = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar).

## RESUMEN

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral se centra en el análisis de las *stipulationes iudiciales* en el procedimiento formulario del derecho romano. La delimitación del objeto viene determinada por la concreta categoría jurídico-procesal que se pretende analizar, las estipulaciones judiciales, cuyo surgimiento se enmarca en la fase *apud iudicem* desarrollada ante el *iudex privatus* del procedimiento formulario, proceso propio del derecho romano clásico. Esta categoría específica viene recogida explícitamente por Pomponio en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*, donde el jurista lleva a cabo una clasificación de todos los tipos de *stipulationes*, entre las que también encontramos las convencionales y las pretorias. La finalidad del presente estudio es el de constatar la existencia de esta categoría específica en el derecho romano clásico, examinar los tipos de estipulaciones judiciales clásicas presentes en las fuentes, identificar el fundamento de su aplicación y analizar el concepto de *officium iudicis* en atención a las características de estos concretos mecanismos procesales.

El trabajo se divide en cinco partes diferenciadas. Una primera parte en la que se lleva a cabo un *status quaestionis* doctrinal sobre la materia objeto de estudio. Una segunda parte, de carácter introductorio, en la que se muestra una radiografía general de las estipulaciones procesales en el procedimiento formulario romano, centrándonos en el análisis de la clasificación de las *stipulationes* de Pomponio y en las características de las estipulaciones pretorias y judiciales. Una tercera parte, que ocupa la centralidad del trabajo, viene dedicada a determinar la base textual y a examinar cada una de las estipulaciones judiciales clásicas identificadas en las fuentes. El examen individualizado de cada caución se inicia mediante la identificación de las fuentes de cada concreta *stipulatio*, sigue con el análisis de cada una de las fuentes –divididas según la acción en cuyo procedimiento podían surgir– y finaliza con un esquema sintético de la caución que nos aporta una visión general de las finalidades de cada estipulación. Una vez analizadas todas las *stipulationes iudiciales* detectadas en las fuentes, la tesis desemboca en una cuarta parte, en la que se analiza el fundamento formulario de las estipulaciones judiciales, se detallan las previsiones formularias que las habilitan y se examina el concepto clásico del *officium iudicis*, tomando en consideración la praxis judicial clásica y el papel de la jurisprudencia romana en relación con el surgimiento de las *stipulationes iudiciales*.

Finalmente, en el apartado relativo a las conclusiones se exponen los resultados obtenidos de nuestro estudio. Estos resultados pasan por definir y concretar las características fundamentales de las *stipulationes iudiciales* como categoría jurídico-procesal específica con una sustantividad propia dentro del procedimiento formulario; resultados que suponen, bajo nuestro punto de vista, una aportación al *status quaestionis* actual. Las *stipulationes iudiciales* pueden ser definidas como aquellos mecanismos procesales en forma de promesa estipulatoria que el *iudex*, con fundamento en una previsión formularia, podía forzar o facilitar a prometer a alguna o a todas las partes en la fase *apud iudicem* del procedimiento. Estas *stipulationes* no constituyen un *numerus clausus* y en la mayoría de sus aplicaciones -en acciones de diversa índole, tanto civiles y honorarias como *in rem e in personam*- se convertían en un requisito necesario para la absolución o condena en sentencia. La imposición o facilitación de estos mecanismos procesales responde al *officium iudicis* clásico, que es el deber del *iudex privatus* de juzgar con absoluto respeto al contenido y a las previsiones de la *formula*.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral se centra en el análisis de las *stipulationes iudiciales* en el procedimiento formulario del derecho romano. La delimitación del objeto viene determinada por la concreta categoría jurídico-procesal que se pretende analizar, las estipulaciones judiciales, cuyo surgimiento se enmarca en la fase *apud iudicem* desarrollada ante el *iudex privatus* del procedimiento formulario, proceso propio del derecho romano clásico. Esta categoría específica viene recogida explícitamente por Pomponio en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*, donde el jurista lleva a cabo una clasificación de todos los tipos de *stipulationes*, entre las que también encontramos las convencionales y las pretorias. Desde el punto de vista terminológico, y de acuerdo con las fuentes, la categoría recibe el nombre de *stipulationes iudiciales*, puesto que tiene en cuenta la propia naturaleza del mecanismo procesal, que no es otra que un contrato verbal llevado a cabo mediante una promesa.<sup>1</sup> Sin embargo, cada tipo de estipulación recibe en la casuística de las fuentes el nombre de *cautio*, expresión que hace referencia a la finalidad de garantía de este instrumento procesal.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En la clasificación de las *stipulationes* de Pomponio recogida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* y en la clasificación de las Instituciones de Justiniano (Inst. 3,18) se utiliza la expresión *stipulatio* para designar las estipulaciones judiciales como categoría específica dentro de la categoría general de las *stipulationes*. En el *Oxford Latin Dictionary* la palabra *stipulatio* viene definida como la exigencia de una garantía a un posible deudor, etc., mediante una pregunta formal (como "*spondesne?*" "*dabisne?*"), o el contrato creado cuando éste da una respuesta afirmativa ("*spondeo*", "*dabo*"). Vid. GLARE, P.G.W. (Editor). s.v. *stipulatio* en *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1982. Por otro lado, en el *Oxford Classical Dictionary* se define la palabra *stipulatio* por parte de Zimmermann como aquel contrato formal celebrado oralmente en forma de pregunta. Según el autor, el ámbito del contrato estipulatorio era inmenso y respondía a una gran variedad de propósitos: reforzar un préstamo o prometer un interés; otorgar seguridad; sustituir una obligación ya existente por otra nueva (*novatio*); para prometer una dote, un regalo o el pago de una determinada pena; o para dar garantías específicas (estas garantías son las múltiples *cautiones* que encontramos tanto en el derecho privado como en el derecho procesal). Vid. HORNBLLOWER, S.; SPAWFORTH, A. (Editores). *The Oxford Classical Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 1444-1445. También Berger en su diccionario enciclopédico define la *stipulatio* como un contrato oral y solemne concluido en la forma de una pregunta y una respuesta afirmativa, sin que la *causa* por la que el deudor asumía una obligación viniera especificada. Según el autor, la *stipulatio* fue utilizada para cualquier tipo de obligación, entre las que se encuentran los diferentes tipos de promesas realizadas en el curso de un juicio civil (*cautiones, stipulationes praetoriae*). Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Clark, N.J.: The Lawbook Exchange, 2004, p. 716.

<sup>2</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el *Oxford Latin Dictionary*, la palabra *cautio* tiene tres acepciones. La primera se refiere a la toma de precauciones, el cuidado, la circunspección. La segunda se refiere a una estipulación, condición o excepción por escrito. Finalmente, la tercera hace referencia a un compromiso escrito, garantía, promesa. Vid. GLARE, P.G.W. (Editor). s.v. *cautio* en *Oxford Latin Dictionary*... Por su parte, Berger define la expresión *cautio* como aquella obligación asumida como garantía para la ejecución de una obligación ya existente o de un deber que no viene protegido por la ley. Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary*..., p. 384. Según Arangio-Ruiz, el nombre de *cautio* se aplica de forma indistinta a todas las estipulaciones, delante del nombre de cada una, de ahí que en el presente trabajo se haya añadido la palabra *cautio* ante cada una de las estipulaciones judiciales, dado que así lo indica la casuística, a pesar de no ser controvertido que estamos ante verdaderas *stipulationes*. Vid. ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di Diritto romano*. 14ª Edición. Napoli: Jovene, 1974, p. 144.

La concreción del tema de estudio ha venido determinada por un precedente trabajo de investigación sobre las estipulaciones pretorias “no edictales” en el procedimiento formulario.<sup>3</sup> Fruto de esa investigación, que se basó en un primer momento en la búsqueda de las fuentes que contuvieran las expresiones *stipulatio* y *cautio*, se detectó una categoría de estipulaciones -las *iudiciales*- que, a pesar de tener un carácter marcadamente procesal, no formaban parte de las estipulaciones pretorias, puesto que tenían una idiosincrasia propia debido a su desarrollo en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario. En efecto, mientras que las *stipulationes praetoriae* eran ordenadas por el pretor en la fase *in iure*, las *stipulationes iudiciales* eran prometidas por las partes (actor o demandado) ante el *iudex privatus* en la fase *apud iudicem*.

Únicamente hemos podido hallar un estudio monográfico sobre las *stipulationes iudiciales*. Dicho estudio fue elaborado por Giomaro y publicado en el año 1982, bajo el título “*Cautiones iudiciales*” e “*officium iudicis*”<sup>4</sup> y pone de relieve el silencio doctrinal respecto a estos mecanismos.<sup>5</sup> La autora define las *stipulationes iudiciales* como aquellas promesas-garantías que, por iniciativa del *iudex*, se imponían a alguno de los dos litigantes en un determinado procedimiento a los efectos de producir unos determinados efectos.<sup>6</sup> Asimismo, la autora elabora una teoría sobre el *officium iudicis* del *iudex privatus*, llegando a la conclusión de que es la *aequitas* judicial, entendida como justicia creativa del juez, la que permite al *iudex* imponer o facilitar estos mecanismos a las partes.

La obra de Giomaro, que tiene el gran valor de ser la primera aproximación monográfica a la materia, recibió dos recensiones por parte de Provera<sup>7</sup> y Santoro<sup>8</sup>. Mientras que la de Provera es una recensión que acoge por completo las tesis de la autora de Urbino, la de Santoro nos aporta una visión crítica, centrada en la indeterminación de la base textual utilizada para el análisis de las concretas *cautiones*, en la ausencia de referencias a ciertas fuentes y en el cuestionamiento del concepto de *officium iudicis* y del papel de la jurisprudencia romana en relación con la creación de las estipulaciones

---

<sup>3</sup> El citado estudio fue realizado en calidad de trabajo final del Máster Universitario en Derecho de la Empresa y la Contratación, impartido por la Universitat Rovira i Virgili.

<sup>4</sup> GIOMARO, A. M. “*Cautiones iudiciales*” e “*officium iudicis*”. Milano: Giuffrè, 1982.

<sup>5</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 24.

<sup>6</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 7.

<sup>7</sup> PROVERA, G. recensión a Giomaro, “*Cautiones iudiciales*” en SDHI 49 (1983), pp. 495-507.

<sup>8</sup> SANTORO, R. recensión a Giomaro, “*Cautiones iudiciales*” en LABEO 30 (1984) 3, pp. 340-350.

judiciales; críticas todas ellas que constituyen una base sólida que nos ha permitido elaborar un nuevo análisis de las estipulaciones judiciales, materializado a través de la presente tesis.

Entre otros estudios, que indicaremos posteriormente en nuestro *status quaestionis*, debemos destacar el artículo *La "stipulatio iudicialis de dolo" en el Derecho romano clásico*, trabajo elaborado por Betancourt<sup>9</sup> que incluye un pequeño elenco de estipulaciones judiciales específicas<sup>10</sup> y que analiza la estipulación judicial de dolo desde el punto de vista de las acciones en cuyos procedimientos tenía aplicación. Este planteamiento metodológico es el que seguimos en el presente trabajo, puesto que consideramos que es el adecuado para determinar cuál era el fundamento para la facilitación o imposición de estas estipulaciones por parte del *iudex*.

Teniendo en cuenta el descrito *status quaestionis*, bastante escaso, ya que sólo encontramos un estudio monográfico unitario y con vocación de exhaustividad al respecto<sup>11</sup>, consideramos interesante emprender el estudio de las *stipulationes iudiciales* desde una perspectiva crítica y sobre una base textual más amplia y determinada.

La selección de las fuentes examinadas está formada por fragmentos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano, en los que aparecen las expresiones *cautio*, *cavere* y *stipulatio*, así como sus derivadas. De este conjunto de textos descartamos aquellos relativos a *stipulationes* de carácter convencional o negocial y pretorio, seleccionando únicamente aquellos textos que hicieran referencia al *iudex*. Una vez determinados estos textos, discernimos cuáles de ellos hacían referencia a la actuación del *iudex privatus* del procedimiento formulario y cuáles al *iudex* del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*. Este análisis se encuentra bajo el título "Determinación de la base textual para el estudio de las estipulaciones judiciales", y como resultado se descartaron las fuentes que hacían referencia a estipulaciones convencionales, pretorias o con un carácter

---

<sup>9</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo" en el Derecho romano clásico* en AHDE 49 (1979), pp. 165-185.

<sup>10</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo" ...*, p. 185 nt. 47.

<sup>11</sup> Contrariamente, encontramos una bibliografía mucho más amplia sobre la categoría de las *stipulationes praetoriae*, entre la que destacan las obras de Mozzillo, Palermo, De Castro-Camero y Finkenauer, a las que también haremos alguna referencia -en mayor o menor medida- en nuestro *status quaestionis*.

postclásico, y se escogieron únicamente las estipulaciones que tenían un carácter judicial clásico.

El presente trabajo se divide en cinco partes diferenciadas. Una primera parte en la que se lleva a cabo un *status quaestionis* doctrinal sobre la materia objeto de estudio. Seguidamente, nos encontramos una segunda parte, de carácter introductorio, en la que se muestra una radiografía general de las estipulaciones procesales en el procedimiento formulario romano, centrándonos en el análisis de la clasificación de las *stipulationes* de Pomponio recogida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* y en las características de las estipulaciones pretorias y judiciales. Seguidamente, nos encontramos ante una tercera parte, que ocupa la centralidad del trabajo, que está dedicada a determinar la base textual y a examinar cada una de las estipulaciones judiciales clásicas identificadas en las fuentes. El examen individualizado de cada caución se inicia mediante la identificación de las fuentes de cada concreta *stipulatio*, sigue con el análisis de cada una de las fuentes –divididas según la acción en cuyo procedimiento podían surgir– y finaliza con un esquema sintético de la caución que nos aporta una visión general de las finalidades de cada estipulación. Una vez analizadas todas las *stipulationes iudiciales* detectadas en las fuentes, la tesis desemboca en una cuarta parte, en la que se analiza el fundamento formulario de las estipulaciones judiciales, se detallan las previsiones formularias que las habilitan y se examina el concepto clásico del *officium iudicis*, tomando en consideración la praxis judicial clásica y el papel de la jurisprudencia romana en relación con el surgimiento de las *stipulationes iudiciales*. Finalmente, una última parte conclusiva expone los resultados obtenidos de nuestro estudio.

Respecto a la metodología utilizada, la presente investigación se ha llevado a cabo a través del método histórico-crítico en el análisis de las fuentes, comúnmente aceptado por la comunidad científica de los investigadores europeos y sostenido por el profesor Joan Miquel. Según este método, en cada texto debemos tener en cuenta su contenido intrínseco, sin olvidar que el texto trabajado es fruto de un largo proceso en el que su contenido puede haber sido modificado por la tradición manuscrita o bien por posibles “censuras”. Asimismo, el texto debe contextualizarse tomando en consideración la obra en la que está contenido y los tipos de fuente de producción, entre otros aspectos. Ello nos ha permitido identificar qué fuentes tienen un contenido clásico y cuáles pueden haber sufrido una alteración postclásica y, en consecuencia, nos ha posibilitado determinar las

estipulaciones judiciales propias del procedimiento formulario. En definitiva, se ha evaluado si todos y cada uno de los *casus* tratados en las fuentes correspondían a supuestos relativos a la actuación del *iudex privatus* o del juez cognitorio, con las consiguientes diferencias en lo que respecta al grado de discrecionalidad que ostentan a la hora de recurrir a determinados mecanismos procesales.

En concreto, en el estudio de las fuentes se han tenido en cuenta las posturas doctrinales relativas a la constatación o negación de interpolaciones. Sin embargo, se ha intentado prescindir -en la medida de lo posible- de la excesiva crítica interpolacionista, sustentada -entre otros- por Gradenwitz, Beseler, Schulz, Albertario, Pringsheim y Solazzi.<sup>12</sup> Kaser sostiene que las alteraciones de los textos no son tan profundas como se pensó en un primer momento, si no que muchas interpolaciones afectaron sólo a la forma de los textos. En consecuencia, el autor afirma que no existe una interdependencia absoluta entre las alteraciones de un texto y el tenor de su contenido jurídico<sup>13</sup>, opinión que compartimos.

Resulta también necesario hacer notar en este punto que las rúbricas en las que aparecen los fragmentos examinados resultan diversas, y muestra de ello es la multiplicidad de instituciones jurídicas analizadas. Ello nos ha llevado, inevitablemente, a centrarnos únicamente en aquellas cuestiones que consideramos importantes para la comprensión del mecanismo y de la finalidad de las *stipulationes iudiciales* en cada uno de los supuestos tratados, remitiéndonos a la bibliografía de referencia sobre aquellas cuestiones que exceden de ese análisis concreto.

A partir de la base textual descrita hemos determinado los aspectos comunes a todas las estipulaciones judiciales clásicas recogidas en las fuentes. Ello nos ha permitido llegar a diversas conclusiones generales respecto a las *stipulationes iudiciales*, tales como la determinación de su fundamento y las características del *officium iudicis* clásico, tomando en consideración la praxis judicial clásica y el papel de la jurisprudencia en relación con las *stipulationes iudiciales*.

---

<sup>12</sup> PARRA MARTÍN, M.D. *Problemática en torno a las fuentes en el derecho romano clásico. Referencia especial a Publico Iuvencio Celso-hijo* en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* 23 (2005), pp. 225-238.

<sup>13</sup> KASER, M. *Storia del diritto romano*. Milano: Cisalpino, 1977, p. 294.



## 1. STATUS QUAESTIONIS

El presente apartado dedicado al *status quaestionis* lo estructuraremos desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio: las estipulaciones judiciales identificadas en las fuentes surgidas en el ámbito del procedimiento formulario. En consecuencia, abordaremos la cuestión a través de los diversos trabajos doctrinales que tratan las *stipulationes iudiciales*.

En primer lugar, destacaremos la magnífica aportación doctrinal llevada a cabo por Giomaro, en su obra monográfica denominada "*Cautiones iudiciales*" e "*Officium iudicis*"<sup>14</sup>, que es la primera obra completa y exhaustiva dedicada a las estipulaciones judiciales. Junto a esta obra también valoraremos las recensiones llevadas a cabo por Provera<sup>15</sup> y Santoro<sup>16</sup>, que constituyen sin duda parte de la génesis de la presente tesis doctoral.

En segundo lugar, examinaremos los estudios llevados a cabo por Levy<sup>17</sup>, Chiazzese<sup>18</sup> y Luzzatto<sup>19</sup>, que conformarían un primer grupo de autores que se adentraron en el estudio de las estipulaciones judiciales en el marco de obras generales de carácter procesal.

En tercer lugar, analizaremos la doctrina romanística más reciente que ha tratado algunas estipulaciones judiciales específicas. Este grupo estaría formado -dejando de lado a Giomaro, que tiene un lugar destacado en este *status quaestionis*- por Betancourt, Finkenauer, Pérez López y Zini.

---

<sup>14</sup> GIOMARO, A. M. "*Cautiones iudiciales*" e "*officium iudicis*". Milano: Giuffrè, 1982.

<sup>15</sup> PROVERA, G. recensión a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*" en SDHI 49 (1983), pp. 495-507.

<sup>16</sup> SANTORO, R. recensión a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*" en LABEO 30 (1984) 3, pp. 340-350.

<sup>17</sup> LEVY, E. *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae* en ZSS 36 (1915), pp. 57-82; *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*. Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1962; y *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I y II*. Aalen: Scientia, 1964 (reimpresión de las ediciones originales de 1918 y 1922).

<sup>18</sup> CHIAZZESE, L. *Jusiurandum in litem*. Milano: Giuffrè, 1958.

<sup>19</sup> LUZZATTO, G.I. *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*. Bologna: Patron, 2004.

En cuarto lugar, señalaremos los aspectos más importantes de un reciente estudio llevado a cabo por De Castro-Camero<sup>20</sup>, dedicado exclusivamente a las estipulaciones pretorias, que la autora analiza desde un punto de vista palingenésico y edictal.

Seguidamente, en un apartado separado y de forma conjunta, apuntaremos las opiniones de algunos autores que han tratado la temática de las estipulaciones judiciales en el marco del estudio general del procedimiento formulario romano o bien de forma específica mediante el análisis de alguna de ellas. Finalmente, en un último apartado, relacionaremos las diferentes aportaciones doctrinales descritas anteriormente desde un punto de vista crítico.

### 1.1. Giomaro

La monografía llevada a cabo por Anna Maria Giomaro en 1982, titulada “*Cautiones iudiciales*” e “*officium iudicis*”, es el estudio más completo y exhaustivo publicado hasta la fecha dedicado a las estipulaciones judiciales en el derecho romano clásico. En un primer apartado introductorio, la autora trata la posición de la doctrina sobre las estipulaciones judiciales y su relación con el *officium iudicis*, incidiendo sobre el silencio de los autores respecto a las mismas. Asimismo, considera que un estudio de las diversas *cautiones iudiciales* debe tener en cuenta dos aspectos; un aspecto objetivo, basado en la naturaleza y función de la caución, y un aspecto subjetivo, relativo a los litigantes (actor o demandado) que tienen el poder de exigirla.<sup>21</sup>

En el cuerpo del estudio la autora analiza las estipulaciones judiciales más relevantes: la *cautio de restituendo*, la *cautio de persequendo servo qui in fuga est*, la *cautio indemnitis*, la *cautio defensionis*, la *cautio evictionis*, la *cautio de remittendo* y la *cautio de dolo*<sup>22</sup>, así como otras cauciones específicas menores o dudosas que vienen recogidas bajo un mismo epígrafe. Todas ellas son analizadas desde el punto de vista de los poderes del juez para acordarlas; por tanto, desde el punto de vista del *officium iudicis* y su alcance en el procedimiento formulario del derecho romano. En la parte final de la monografía la autora reserva unas páginas a las consecuencias del incumplimiento de las estipulaciones

---

<sup>20</sup> DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales en el Derecho romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 2009.

<sup>21</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 34.

<sup>22</sup> Mantenemos la denominación de la autora respecto a cada tipo de estipulación judicial.

judiciales, apartado centrado esencialmente en el análisis de la *actio ex stipulatu*. En un apartado final conclusivo, Giomaro examina la relación entre las *cautiones iudiciales* y el *officium iudicis*, eje de su objeto de trabajo. La autora llega a la conclusión que, gracias a las estipulaciones judiciales, el juez puede resolver las cuestiones en un sentido más conforme con la equidad, donde la equidad debe ser entendida como la función de justicia creativa del juez.<sup>23</sup> Finalmente, la autora descarta explícitamente que cada una de las cauciones o estipulaciones judiciales debiera encontrar siempre una justificación en una cláusula de la fórmula.<sup>24</sup>

Debemos destacar también de esta autora el artículo doctrinal *Ulpiano e le "stipulationes praetoriae"*<sup>25</sup>, publicado un año después de la monografía anteriormente citada, donde realiza en primer lugar un análisis de la clasificación pomponiana de las estipulaciones en general (contenida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*) y la clasificación ulpiana sobre las estipulaciones pretorias (prevista en *Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1pr.-3*). El artículo se centra posteriormente en el estudio de los tipos de estipulaciones pretorias fijadas por Ulpiano en su clasificación.

Provera dedica en el año 1983 una reseña a la obra "*Cautiones iudiciales*" e "*officium iudicis*" en la revista SDHI, en la que el autor se limita a resumir las cauciones tratadas por la autora y a comentar brevemente algunos de los textos más relevantes. Sin embargo, en la parte final de la monografía, el autor resalta y comparte las conclusiones a las que llega Giomaro en su estudio. El autor entiende, al igual que Giomaro, que cada una de las cauciones no siempre debía encontrar una justificación en una cláusula formularia<sup>26</sup>, al considerar que en realidad el juez tenía una amplia discrecionalidad para poder imponer estas estipulaciones, que derivaban del poder conferido por el pretor para condenar o absolver con la exigencia de ciertas condiciones. En consecuencia, el autor también sostiene en esta materia una posición similar respecto del contenido del *officium iudicis*, puesto que concibe -como Giomaro en su monografía- que las estipulaciones judiciales tienen su origen en una *aequitas* judicial (al igual que se habla de una *aequitas*

---

<sup>23</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 275, donde a su vez cita a GUARINO, A. s.v. *equità (Diritto romano)* en NNDI, p. 619 y ss.

<sup>24</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 275.

<sup>25</sup> GIOMARO, A. M. *Ulpiano e le "stipulationes praetoriae"* en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi, IV*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1983, pp. 413-440.

<sup>26</sup> PROVERA, G. reseña a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*"..., p. 506.

pretoria) que desemboca en un *officium iudicis* amplísimo, tendente a asegurar que cada proceso judicial era tratado o decidido por el *iudex* en base a los principios de justicia y equidad.<sup>27</sup> Todo ello, según el autor, viene refrendado por la prácticamente ilimitada esfera de aplicación del *iussum cavendi* que las fuentes demuestran y atestiguan.

Un año después, en 1984, Santoro elabora una reseña a la obra de Giomaro en la revista LABEO, que va más allá de la reseña de Provera y que, en nuestra opinión, resulta un complemento imprescindible a la propia monografía. En ella, el autor elogia a Giomaro haber llevado a cabo por primera vez una obra monográfica relativa a las cauciones o estipulaciones judiciales; alabanza que no podemos más que compartir. Seguidamente, el autor realiza un pequeño comentario sobre cada una de las cauciones tratadas por la autora italiana, aportando algunas reflexiones interesantes sobre la claridad o no de algunas de ellas.

En la parte final de la reseña, Santoro lleva a cabo una crítica constructiva a la obra de Giomaro. En primer lugar, el autor confirma que, a pesar del número considerable de textos analizados, la autora no enuncia los criterios que ha utilizado para la búsqueda y selección de las fuentes tratadas en su estudio. En segundo lugar, el autor identifica ciertos textos del Digesto que no fueron tratados por Giomaro y que considera que son fragmentos que quizás habría sido interesante examinar. Estos textos son *Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6,1,58*; *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7*; *Paul. 21 ad ed. D. 6,1,27,4* y *D. Iul. 22 dig. 13,1,14,1* (textos que señala a modo ejemplificativo y que también serán objeto de nuestro estudio).<sup>28</sup> En tercer y último lugar, el autor defiende una opinión contraria a la expresada por Giomaro y Provera: hablar del *officium iudicis* como fuente de las estipulaciones judiciales y hacer de él un poder discrecional significa, por un lado, disminuir la función creativa de la jurisprudencia romana, y, por el otro, eliminar del todo las distinciones entre los diversos tipos de *iudicium*.

Compartimos por entero estas críticas y no podemos ni queremos negar que esta reseña ha sido una de las fuentes de inspiración para escoger el tema de la presente

---

<sup>27</sup> PROVERA, G. reseña a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*"..., p. 507.

<sup>28</sup> SANTORO, R. reseña a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*"..., p. 346. Respecto a los textos concretos señalados por Santoro, vid., en la presente tesis, p. 167 y ss. (*Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6,1,58*), p. 271 y ss. (*Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7*), p. 199 y ss. (*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,27,4*) y p. 62 y ss. (*Iul. 22 dig. D. 13,1,14,1*).

tesis, puesto que demuestra que el excelente trabajo de Giomaro puede ser revisado y ampliado.

## 1.2. Levy

Levy se refiere a las estipulaciones judiciales en diversos estudios. Trata inicialmente sobre este fenómeno en un artículo publicado en 1915, titulado *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*. En este artículo, relativo al estudio de la doctrina de las acciones arbitrarias, el autor dedica algunas páginas a indicar los mecanismos que el *iudex* podía hacer valer en este tipo de acciones, indicando que el juez podía recurrir a cauciones, remisiones, cesiones, etc., que podía imponer a veces al actor y en otras ocasiones al demandado. Si el demandado no cumplía con dicha orden, no había hecho todo lo necesario para la *restitutio* de la cosa objeto de litigio y, en consecuencia, se le condenaba por aplicación directa de la fórmula. En cambio, si el demandado cumplía con la orden, la consecuencia jurídica que cabía esperar era la absolución.<sup>29</sup>

Por otro lado, dos son las monografías publicadas por Levy que nos aportan más información sobre el funcionamiento las estipulaciones judiciales, sobre todo en supuestos de concurso de acciones. Estas monografías son *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I y II*<sup>30</sup> (publicadas en 1918 y 1922, respectivamente) y *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*<sup>31</sup> (publicada en 1962). En ellas, el autor hace referencia esencialmente a la *cautio defensum iri* y a la *cautio de remittendo*, que son estipulaciones que pueden surgir en casos de concurrencia de acciones, tal y como examinaremos en capítulos sucesivos.

## 1.3. Chiazzese

En su obra *Jusiurandum in litem*, publicada en 1958, Chiazzese estudia tres conceptos interesantes. En primer lugar, analiza el *arbitrium iudicis* y el *restituere* en las fórmulas con cláusula arbitraria o restitutoria. Seguidamente, en un segundo apartado, examina la

---

<sup>29</sup> LEVY, E. *Zur Lehre...*, p. 58.

<sup>30</sup> LEVY, E. *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen: im klassischen römischen Recht*. Aalen: Scientia, 1964 (reimpresión de las ediciones originales de 1918 y 1922).

<sup>31</sup> LEVY, E. *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*. Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1962.

noción clásica de la *contumacia*. Finalmente trata las relaciones entre *contumacia* y *iusiurandum in litem*.

Chiazzese examina diversas cauciones judiciales relacionadas con el poder del juez respecto a la *restitutio* en determinados procedimientos, aportando una visión crítica a lo ya dispuesto por Levy. En concreto, excluye rotundamente que el juez pudiera acordar una *cautio de remittendo* en casos de posible concurrencia de acciones, tal y como Levy sí reconoce.<sup>32</sup> El autor prácticamente sólo admite la clasicidad de la *cautio de restituendo* y únicamente en aquellos supuestos en los que venga directamente relacionada con la *restitutio*, admitiendo que esta estipulación sería fruto de un desarrollo jurisprudencial bastante tardío.<sup>33</sup>

#### 1.4. Luzzatto

Luzzatto dedica una parte importante de su obra publicada en 1965 “*Il problema d’origine del processo extra ordinem*” a las estipulaciones en el proceso. Su estudio trata, en primer lugar, la *causae cognitio* del pretor y la *cognitio* del *iudex* en el procedimiento formulario. En segundo lugar, trata de forma general los llamados “remedios pretorios”, haciendo hincapié en el problema de la *iurisdictio* del magistrado en relación con los mismos. En tercer lugar, analiza en profundidad los interdictos y el procedimiento interdictal. Finalmente, el autor trata de forma extensa las estipulaciones pretorias, relacionando todas las consideradas edictales. En este último apartado, también trata las clasificaciones de las estipulaciones de Pomponio y Ulpiano, y enumera y analiza brevemente un pequeño elenco de estipulaciones judiciales, entre las que el autor destaca la *cautio de futuro*, la *cautio de servo persequendo*, la *cautio de dolo* y la *cautio de non amplius turbando*.<sup>34</sup> Sin embargo, critica otros tipos de cauciones judiciales, como la *cautio indemnitis* (o *de indemnitate*) y la *cautio defensionis* (o *defensum iri*), puesto que afirma que se dieron en sede *extra ordinem*.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 227 y ss.

<sup>33</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 34 y ss.

<sup>34</sup> LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, pp. 288-289. Hemos mantenido la denominación de las *stipulationes* llevada a cabo por el autor.

<sup>35</sup> LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, p. 295 nt. 282.

## 1.5. Betancourt

Betancourt ha publicado diversos artículos en relación con las estipulaciones en el ámbito del proceso, entrando en el ámbito de investigación de las cauciones pretorias y judiciales. Debemos destacar de entre su producción científica tres artículos interesantes sobre la materia. El primero de ellos, titulado *Recursos supletorios de la "Cautio damni infecti" en el Derecho romano clásico*<sup>36</sup>, es un estudio dedicado a examinar los instrumentos o mecanismos procesales a los que el pretor puede acudir para forzar la promesa de la *cautio damni infecti*, caución pretoria y edictal por excelencia. El segundo de ellos, titulado *La "stipulatio iudicialis de dolo" en el Derecho romano clásico*<sup>37</sup> se centra en analizar la estipulación judicial de dolo desde el punto de vista de las acciones en las que podía surgir su promesa. Sin duda, este trabajo de Betancourt nos ha servido para configurar la sistemática de análisis de las estipulaciones judiciales que trataremos en el presente estudio, basadas en la relación entre la *cautio* específica y la *actio* concreta en cuyo procedimiento podían originarse. Además, en este trabajo el autor incluye en una nota a pie de página un valiosísimo elenco de estipulaciones judiciales<sup>38</sup>, referenciadas también con las fuentes donde aparecen y que ha sido también de gran utilidad para elaborar la presente tesis. Finalmente, debemos señalar un interesantísimo tercer artículo, denominado *Edicto Perpetuo: "De stipulationibus (¿praetoriis?)*, en el que realiza una revisión crítica a la denominación de la rúbrica *De stipulationibus praetoriis*, indicada así por Rudorff y Lenel en las reconstrucciones del Edicto Perpetuo, llegando a la conclusión que la expresión *stipulationes praetoriae* es un neologismo, siendo más correcto identificarlas como *stipulationes* "edictales".<sup>39</sup>

## 1.6. Finkenauer

El trabajo de Thomas Finkenauer publicado en 2010, titulado *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht* está dedicado a la transmisión "mortis causa" y a los efectos a terceros de la estipulación en el derecho romano clásico. El objeto de su investigación no se centra únicamente en las

---

<sup>36</sup> BETANCOURT, F. *Recursos supletorios de la "Cautio damni infecti" en el Derecho romano clásico* en AHDE 45 (1975), pp. 7-122.

<sup>37</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, pp. 165-185.

<sup>38</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 185 nt. 47.

<sup>39</sup> BETANCOURT, F. *Edicto Perpetuo: "De stipulationibus (¿praetoriis?)* en Cuadernos informativos de derechos histórico público, procesal y de la navegación n°8 (1988), pp. 1497-1498.

estipulaciones procesales, si bien en uno de sus capítulos, el autor analiza prácticamente todas las estipulaciones pretorias edictales y algunas otras (la *cautio de amplius non turbando* -estipulación judicial clásica- y la *cautio non facendi operis in loco publico* -estipulación judicial, pero postclásica-)<sup>40</sup>; todas ellas desde el punto de vista de su posibilidad de transmisión hereditaria y sus efectos a terceros. En el referido capítulo también realiza una breve descripción de la naturaleza y características de las estipulaciones pretorias. La relevancia de esta obra reside en que es uno de los últimos estudios existentes sobre la materia y, además, trata sobre unos aspectos poco referidos por parte de la doctrina romanística respecto a las estipulaciones, que no son otros que el papel de la estipulación en la sucesión hereditaria y sus efectos respecto a terceros no intervinientes en la promesa estipulatoria.

### 1.7. Pérez López

Debemos destacar también en este *status quaestionis* la reciente monografía de Pérez López, publicada en 2014, titulada *Contrato verbal y proceso en el Derecho romano*. En esta obra se tratan las dos estipulaciones comunes recogidas en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*: la *stipulatio rem pupilli salvam fore* y la *stipulatio duplae*. Este fragmento, como analizaremos más adelante, recoge la cuatripartición en estipulaciones pretorias, convencionales, judiciales y comunes llevada a cabo presumiblemente por Pomponio.

El autor señala en las conclusiones generales de su obra que, si bien la tripartición en *stipulationes iudiciales, praetoriae y conventionales* podría haber estado en vigor en la época de plenitud del procedimiento formulario, la categoría de *stipulationes communes* responde “a los cambios que el *ius novum* fue trayendo consigo a medida que discurría el Principado, cambios que Pomponio no pudo dejar de tener en cuenta”.<sup>41</sup>

Concretamente, tal y como también analizaremos más adelante, el estudio de Pérez López viene a reabrir el debate sobre la discutida aplicación de la *stipulatio duplae* por parte del *iudex* clásico. El autor defiende que las fuentes atestiguan que el régimen de

---

<sup>40</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 286 y ss.

<sup>41</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal y proceso en el Derecho romano. Las “stipulationes communes” en D. 45,1,5 pr. Pomp. 26 ad Sab.* Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 198.

aplicación de la *stipulatio duplae* tuvo incidencia también en la fase *apud iudicem* de algunos procedimientos de determinadas acciones.<sup>42</sup>

## 1.8. Zini

Resulta necesario destacar también en esta sede la recentísima tesis doctoral elaborada por Alberto Zini bajo la supervisión de Luigi Garofalo y publicada en 2018, titulada "*Apud iudicem*". *Giuristi e giudici nell'epilogo del processo formulare*. En este trabajo el autor analiza en profundidad la segunda fase del procedimiento formulario romano, haciendo una breve referencia a las *cautiones iudiciales* y al fundamento formulario del juez de poder "imponer" una estipulación judicial. El autor llega a sus conclusiones analizando únicamente textos relativos a la *cautio de remittendo* y a la *cautio cedendarum actionum*, sin hacer un examen exhaustivo de fuentes y sin explicitar el criterio de selección de esas estipulaciones judiciales.<sup>43</sup>

Únicamente con el análisis de las referidas estipulaciones el autor llega a la conclusión que la posibilidad de acordar una *cautio* por parte del juez debe tener su fundamento en una previsión formularia. El autor opina que la jurisprudencia, mediante la *interpretatio prudentium*, habría profundizado en crear una bien precisa cláusula formularia en cada una de las fórmulas que hubieran sido tenidas en consideración por parte del *iudex* según su criterio; cláusulas que habrían permitido dotar de instrumentos (entre ellos, las *cautiones*) al juez llamado a aplicarlas.<sup>44</sup>

## 1.9. De Castro-Camero

De Castro-Camero analizó en su día las estipulaciones pretorias edictales en el derecho romano clásico, constituyendo uno de los trabajos más completos hasta la fecha respecto a este tipo concreto de estipulaciones. Se trata de una monografía que analiza únicamente las estipulaciones pretorias, que las denomina como "*edictales*" -igual que su maestro

---

<sup>42</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 178. Según el autor, las *cautiones de evictione* judiciales que aparecen en las fuentes y que se dan fuera del contexto de la compraventa (juicios divisorios, *noxae deditioes* y legados *per damnationem*) "están estrechamente relacionadas por su contenido con la *stipulatio duplae* empleada en la compraventa".

<sup>43</sup> ZINI, "*Apud iudicem*", p. 215 nt. 624. En el momento de su publicación, la presente tesis doctoral se encontraba en fase de redacción desde el año 2015.

<sup>44</sup> ZINI, "*Apud iudicem*", pp. 213 nt. 621 y 218.

Betancourt, tal y como hemos indicado anteriormente- debido a que de esta forma pueden ser tenidas en consideración no sólo aquellas de origen pretorio sino también las creadas por los jueces o acordadas por las partes, pero recogidas en el Edicto.<sup>45</sup> Esta definición parece mostrarnos que la autora centra la importancia de su estudio en el Edicto. Sin embargo, somos críticos ante la visión de que todas las estipulaciones judiciales y convencionales pudieran cristalizar en el Edicto del pretor.

La monografía se estructura en dos partes: una primera parte en la que trata las *stipulationes praetoriae* como categoría y una segunda parte centrada en el análisis individualizado de cada una de las estipulaciones pretorias contenidas en el Edicto, siguiendo la sistemática de Lenel en su reconstrucción del Edicto Perpetuo.<sup>46</sup> Esta segunda parte constituye el cuerpo del estudio. En ella, cada una de las estipulaciones pretorias edictales es tratada desde un punto de vista palingenésico (por juristas y obras, así como por masas) y edictal (de acuerdo con la sistemática del Edicto Perpetuo). Respecto a cada una de estas estipulaciones pretorias edictales la autora realiza, en primer lugar, un análisis palingenésico por juristas y obras (A), seguido de un análisis palingenésico por masas (B), un análisis edictal (C) y un último apartado relativo a un *status quaestionis* doctrinal sobre la *stipulatio* en cuestión y unas breves conclusiones (D). Nos encontramos, por lo tanto, ante un trabajo de sistematización de las estipulaciones pretorias edictales y de recopilación y organización de las fuentes donde se hallan. En la conclusión general de su estudio, la autora indica como característica principal de las estipulaciones pretorias el venir recogidas en el Edicto del pretor. Destaca

---

<sup>45</sup> DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales...*, p. 243.

<sup>46</sup> DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales...*, p. 17. La autora señala que sigue la reconstrucción edictal de Lenel, puesto que corresponde fielmente con el orden adoptado por Ulpiano en sus comentarios al Edicto en relación con esta materia (libros 77 y 81 *ad edictum*). En la página 44 de su monografía la autora hace referencia a algunas cauciones pretorias que Rudorff incluye en su reconstrucción edictal pero que son eliminadas por Lenel. Estas cauciones son la *cautio de vicesima hereditatum* (nosotros la denominamos *cautio de vicesima hereditatum*), la *cautio de substituto heredi sub condicione scriptus quemadmodum caveat* (también llamada *cautio de non minuenda hereditate*) y la *cautio de usufructu eorum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur* (caución relativa al usufructo de cosas consumibles). Respecto a estas cauciones pretorias, la autora reafirma que sigue el orden de Lenel puesto que las señaladas por Rudorff no tienen una base textual. No estamos de acuerdo con la autora en este punto, dado que la *cautio de vicesima hereditatum* tiene su fundamento en Gai. 3,125; la *cautio de non minuenda hereditate* tiene su fundamento en *Ulp. 77 ad ed.* D. 2,8,12; *Pap. 5 quaest.* D. 46,5,8 y PS. 5,9,1 y la caución relativa al usufructo de cosas consumibles tiene su fundamento en *Gai. 7 ad ed. prov.* D. 7,5,2; *Iul. 35 dig.* D. 7,5,6pr.; *Gai. 7 ad ed. prov.* D. 7,5,7; *Paul. 1 ad Nerat.* D. 7,5,9; *Ulp. 79 ad ed.* D. 7,5,10; *Ulp. 18 ad Sab.* D. 7,9,12 y *Ulp. 24 ad ed.* D. 10,4,9,4. En consecuencia, bajo nuestro punto de vista, existe una base textual para estas cauciones pretorias; cuestión distinta es si deben o no ser reconocidas como edictales, extremo que no trataremos aquí por exceder de nuestro ámbito de estudio.

también que el magistrado era quien establecía su forma y contenido, y era el competente para resolver cualquier controversia sobre ellas.<sup>47</sup>

### 1.10. Otras opiniones

Una vez reseñados los estudios monográficos referidos al tema concreto de las estipulaciones judiciales, analizaremos a continuación algunas obras de carácter general en las que se encuentran referencias a esa categoría y al *officium iudicis*, y también otras opiniones vertidas en trabajos monográficos sobre distinta temática.

Los autores que han analizado en profundidad las estipulaciones pretorias también han tratado tangencialmente las estipulaciones judiciales, sobre todo en ocasión de la clasificación de las estipulaciones llevada a cabo por el jurista Pomponio y contenida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* La referida clasificación divide las estipulaciones en convencionales, pretorias, judiciales y comunes. Palermo, en su estudio dedicado al procedimiento caucional en el derecho romano, únicamente reseña que las estipulaciones judiciales son aquellas impuestas por el juez (*iudex* en el sentido romano de juez privado en contraposición al magistrado).<sup>48</sup> Mozzillo, en su monografía dedicada a las estipulaciones pretorias<sup>49</sup>, trata las estipulaciones judiciales desde un punto de vista negativo, puesto que considera que estas últimas no dejan de ser una difusión de las estipulaciones pretorias que son usadas también por el juez en determinados casos concretos<sup>50</sup> (sin embargo, el autor considera que el *iudex* únicamente podía imponer la *cautio de evictione*<sup>51</sup>). Negro, finalmente, únicamente refiere que las estipulaciones *quae a mero iudicis officio proficiscuntur* no son más que aquellas que vienen impuestas por el juez.<sup>52</sup>

Leonhard, en su voz *cautio* contenida en la *Paulys Realencyclopädie*, identifica como *cautiones iudiciales* la *cautio de dolo malo*, la *cautio de evictione*, la *cautio defensionis*,

---

<sup>47</sup> DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales...*, p. 255.

<sup>48</sup> PALERMO, A. *Il Procedimento cauzionale nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 130.

<sup>49</sup> MOZZILLO, A. *Contributi allo studio delle "stipulationes preaetoriae"*. Napoli: Jovene, 1960, p. 22 y ss.

<sup>50</sup> MOZZILLO, A. *Contributi...*, p. 17 y nt. 28.

<sup>51</sup> MOZZILLO, A. *Contributi...*, p. 38 nt. 55.

<sup>52</sup> NEGRO, F. *La Cauzione per le spese: sviluppo storico*. Padova: CEDAM, 1954, p. 26.

la *cautio de servo persequendo qui in fuga est restituendove pretio*, la *cautio indemnitis* y la *cautio restitutionis*.<sup>53</sup>

Scialoja define el *officium iudicis* como la conducta que el juez debe observar o el conjunto de deberes que le han sido prescritos. Según el autor, este *officium* se refiere tanto al procedimiento -en cuanto contiene las prescripciones a las que el juez debe ajustarse en el proceso- como al derecho sustantivo -o lo que es lo mismo, a lo que debe considerar y hacer para emitir una sentencia justa-.<sup>54</sup>

Costa entiende que las estipulaciones judiciales, desde la óptica clásica, constituyen una rama de las estipulaciones pretorias, en la medida que el *iudex*, al imponerlas, actúa como un delegado del pretor, en virtud de los poderes que le han sido conferidos por este último.<sup>55</sup>

Vassalli considera que el *officium iudicis* viene reclamado en las fuentes justinianas cuando se hace referencia a las cauciones. Sin embargo, según el autor, este amplísimo poder del juez, que podía dar lugar a varias medidas en el proceso, no era del derecho clásico.<sup>56</sup>

Wenger afirma que el juez, antes de la sentencia, toma una decisión preliminar, con carácter interlocutorio, cuyo cumplimiento puede conducir a la absolución, mientras que su no cumplimiento lleva aparejadas unas determinadas desventajas para el demandado. Esto es el *arbitratus iudicis*, que no tiene fuerza o carácter ejecutivo.<sup>57</sup>

Kunkel constata que al *iudex* le fue concedida una mayor libertad en los juicios en los que se contenía la cláusula *oportere ex fide bona* o *quod melius aequius erit*. Según el autor, fue la praxis judicial la que concretó el alcance de esa cláusula.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> LEONHARD, R. s.v. *cautio* en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Volumen 6. Stuttgart: Druckenmüller, cop. 1958-1966 (facsimil 1899), pp. 1814-1820. Mantenemos la denominación de las estipulaciones efectuada por el autor.

<sup>54</sup> SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano*. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 241.

<sup>55</sup> COSTA, E. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 115 nt. 1.

<sup>56</sup> VASSALI, F. *La sentenza condizionale* en *Studi giuridici I*. Milano: Giuffrè, 1960 (nueva publicación del estudio de 1918), p. 377.

<sup>57</sup> WENGER, L. *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. ORESTANO, R.). Milano: Giuffrè, 1938, p. 191.

<sup>58</sup> JÖRS, P.; KUNKEL, W; WENGER, L. *Römisches Recht: Römisches Privatrecht Abriss des Römischen Zivilprozessrechts*. Berlin [etc.]: Springer-Verlag, 1978, p. 531.

Broggini, por su parte, considera dudoso que el *arbiter* pudiera imponer una *cautio* desde el origen del procedimiento formulario en base a su *officium*. Considera que el *officium iudicis* se fue formando gradualmente, con gran influencia por parte de la jurisprudencia preclásica o cautelar<sup>59</sup>, siendo los juristas los que lo conformaron. Para el autor, la fórmula habría sido el vehículo a través del cual se habría conformado ese *officium*.<sup>60</sup>

Berger define la *stipulatio iudicialis* como aquella estipulación obligatoria impuesta por el juez en un juicio civil a una o ambas partes durante la segunda parte (*apud iudicem*) del procedimiento, a los efectos de asegurar su normal continuación.<sup>61</sup>

Buckland hace referencia al mecanismo de las *stipulationes iudiciales* contenido en la clasificación de Pomponio, considerando que estas cauciones (entre las que destaca la *cautio de dolo*, que es la se incluye como paradigma en la clasificación) no parecen estar previstas en la fórmula, aunque podrían estar cubiertas por la cláusula arbitraria.<sup>62</sup>

Kaser, siguiendo la opinión de Levy, afirma que el juez del procedimiento formulario podía supeditar la condena o la absolución a la prestación de determinados mecanismos, como pueden ser las cauciones, remisiones o cesiones, que podía imponer al demandante o demandado. En concreto, el autor destaca la *cautio de restituendo* y la *cautio de dolo* como estipulaciones judiciales paradigmáticas.<sup>63</sup>

Murga Gener define el *officium iudicis* como la misión específica que tiene encomendada el *iudex privatus* en la fórmula.<sup>64</sup> Entre las facultades conferidas al juez privado se encontraba también la de pronunciar órdenes verbales dirigidas a las partes,

---

<sup>59</sup> Según DOMINGO, R. *La jurisprudencia romana, cuna del Derecho* en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº81/2 (2004), pp. 371-393, la jurisprudencia preclásica es llamada también “cautelar” por consistir principalmente su labor jurisprudencial en el auxilio a los ciudadanos en la redacción de fórmulas negociales.

<sup>60</sup> BROGGINI, G. *Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*. Köln: Böhlau, 1957, p. 203.

<sup>61</sup> BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 718.

<sup>62</sup> BUCKLAND, W.W. *A Text-book of Roman law from Augustus to Justinian*. Cambridge: University Press, 1963, p. 638.

<sup>63</sup> KASER, ZPR, p. 338 y nt. 27.

<sup>64</sup> MURGA GENER, J.L. *Derecho romano clásico II: El proceso*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1980, p. 312.

como las que tenían lugar en la tramitación de las acciones arbitrarias, cuando el *iudex* conminaba al reo a devolver o exhibir la cosa si quería liberarse de la condena pecuniaria.

D'Ors afirma que el *officium* o deber moral indica lo que debe hacer un juez.<sup>65</sup> Y ese *officium* viene sujeto a averiguar el *ius* y el *factum* en los términos de la fórmula.<sup>66</sup> A pesar de que el autor no hace referencia a las estipulaciones judiciales, sí que indica que tanto en las acciones con cláusula arbitraria como en los juicios de buena fe existe la posibilidad de restituir *apud iudicem* para evitar la condena, siendo los juristas de la escuela Sabiniana los que extendieron esta posibilidad a todos los otros juicios de derecho estricto en aplicación del principio *omnia iudicia sunt absolutoria*.<sup>67</sup>

Talamanca, si bien tampoco cita explícitamente el mecanismo de las estipulaciones judiciales, considera que el *officium iudicis* del juez clásico habría tenido en cuenta las imposibilidades y dificultades de las partes en el proceso.<sup>68</sup>

Pugliese indica que el *officium iudicis* es una expresión que se utiliza frecuentemente en las fuentes. Según el autor, en el *Vocabularium iurisprudentiae romanae* (VIR) se señalan 120 pasos jurisprudenciales que hacen referencia a esta facultad del juez. El *officium* derivaba particularmente de cada una de las fórmulas, las cuales, gracias también a la interpretación dada por los juristas en relación con la materia a la que cada una de ellas se refería, constituían pistas capaces de guiar el curso del juicio ante el juez.<sup>69</sup>

Joan Miquel, en relación con los poderes del *iudex*, considera que la *condemnatio* contenida en la acción de restitución de dote (*actio rei uxoriae*), al incluir las palabras *quod melius et aequius erit*, concede un margen elástico al juez para condenar en lo que estime mejor y más equitativo.<sup>70</sup>

Fernández de Buján indica que el juez del procedimiento formulario fue aumentando paulatinamente sus facultades durante la evolución de este procedimiento *per formulas*

---

<sup>65</sup> D'ORS, *DPR*, p. 49 (§12).

<sup>66</sup> D'ORS, *DPR*, p. 161 (§105).

<sup>67</sup> D'ORS, *DPR*, p. 166 (§109).

<sup>68</sup> TALAMANCA, *Istituzioni*, p. 352.

<sup>69</sup> PUGLIESE, G. *Istituzioni di diritto romano* (3ª Edición). Torino: Giappichelli, cop. 1991, p. 323 (§98).

<sup>70</sup> MIQUEL, *DR*, p. 127.

característico del derecho romano clásico, conformando dichas facultades el *officium iudicis*, que según el autor “constituye una constante en el transcurso del periodo de tiempo de vigencia del procedimiento formulario, especialmente en el marco de los juicios de buena fe, *iudicia bonae fidei*”.<sup>71</sup>

### 1.11. Perspectiva crítica del *status quaestionis*

No podemos más que mostrar nuestra perplejidad, al igual que ya indicó Giomaro en su monografía relativa este tipo de estipulaciones<sup>72</sup>, del silencio de la doctrina romanística respecto a las estipulaciones judiciales en todos los aspectos de investigación. En efecto, hemos podido comprobar que la mayoría de la doctrina que ha dedicado estudios a las estipulaciones desarrolladas en el ámbito procesal se ha decantado por el análisis de las estipulaciones pretorias (sobre todo las edictales) pero ha ignorado casi por completo de las judiciales. Bajo nuestro punto de vista, este olvido va relacionado con la dificultad que entraña analizar el papel que juega el *officium iudicis* del juez del procedimiento formulario respecto a estos mecanismos y determinar la claridad de las fuentes.

Sin duda, debemos volver a poner en valor la monografía publicada por Giomaro respecto a estas cauciones puesto que, por primera vez, la autora se atrevió a llevar a cabo un análisis de las estipulaciones judiciales con vocación de exhaustividad. Sin embargo, en nuestra opinión, consideramos que el trabajo de Giomaro no dedica suficiente atención a las acciones en las que tienen lugar estas *cautiones iudiciales* en cada uno de los textos analizados. Y, bajo nuestra óptica, ello es fundamental para explicar el fenómeno de estas estipulaciones en relación con el alcance de los poderes del *iudex* y en relación con la naturaleza de la fórmula de cada una de las acciones. Asimismo, la autora no determina la base textual de su investigación, tal y como señaló Santoro en su recensión<sup>73</sup>, y por ende desconocemos cuál fue el método de selección y tratamiento de las fuentes. Consideramos que la profundización en estos aspectos podría aportar una mayor luz al estudio de las estipulaciones procesales en el procedimiento formulario y, a su vez, sentar

---

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho romano*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 224-225.

<sup>72</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 24.

<sup>73</sup> SANTORO, R. recensión a Giomaro, “*Cautiones iudiciales*”..., p. 346. El autor incide en el hecho que la autora (Giomaro) no anuncia los criterios de los que se ha servido para la búsqueda y selección del material de investigación.

las bases para el análisis concreto de las estipulaciones judiciales en el procedimiento formulario, con incidencia en la definición del *officium iudicis* y el papel del juez en este procedimiento característico del derecho romano clásico.

Antes de entrar en el desarrollo dogmático y sistemático de las *cautiones iudiciales* concretas hemos considerado interesante dedicar un apartado específico a abordar desde un punto de vista general las estipulaciones procesales en el procedimiento formulario, con la intención de partir de un marco teórico general. Dicho apartado se inicia con el análisis de la clasificación de Pomponio ubicada en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* y posteriormente se centra en la diferenciación entre estipulaciones pretorias y judiciales, siendo finalmente analizadas las consecuencias de su incumplimiento.

En este apartado hemos querido señalar algunas lagunas que presentan los estudios previos relacionados con las estipulaciones judiciales proponiendo una línea de investigación específica desde la perspectiva de la base textual que abordaremos en el desarrollo de nuestro trabajo.

## 2. ESTIPULACIONES PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO ROMANO. LA CLASIFICACIÓN DE POMPONIO CONTENIDA EN *POMP. 26 AD SAB. D. 45,1,5PR.*

### 2.1. Clasificación en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*

La *stipulatio*, configurada en derecho romano como una forma de contrato verbal, formal y abstracto, tuvo su proyección en el proceso formulario romano, más allá del ámbito estrictamente negocial. En consecuencia, a las estipulaciones que se daban en el ámbito procesal -por lo tanto, fuera del ámbito puramente convencional- las denominamos estipulaciones procesales<sup>74</sup>; concepto que aúna tanto las estipulaciones pretorias como las judiciales.

La multiplicidad de estipulaciones (procesales y convencionales) existentes en la época romana hizo que los juristas romanos se sintieran en la necesidad de clasificarlas y diferenciarlas.<sup>75</sup> Prueba de ello son las dos divisiones más relevantes sobre las estipulaciones existentes en las fuentes y que han llegado hasta nuestros días. Estas clasificaciones provienen de dos juristas clásicos, Pomponio y Ulpiano, y vienen contenidas en el Digesto. Mientras que la clasificación de Pomponio consagra una división de las *stipulationes* en general (entre las que encontramos a las estipulaciones pretorias y judiciales, ambas procesales), la clasificación de Ulpiano trata exclusivamente las estipulaciones pretorias, que son aquellas que se dan exclusivamente en la fase *in iure* del procedimiento formulario<sup>76</sup> o fuera de él, pero que son ordenadas por el pretor.

En primer lugar, analizaremos la clasificación de Pomponio, contenida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*, cuyo contenido es el siguiente:

***Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti. Praetorias autem stipulationes sic audiri oportet,***

---

<sup>74</sup> Vid. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. X (índice) y 211. El autor las denomina *Prozeßkautionen* (cauciones procesales).

<sup>75</sup> VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 262.

<sup>76</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, pp. 10-11.

*ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. Conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto.*

En este fragmento, ubicado bajo la rúbrica D. 45,1 *De verborum obligationibus*, y extraído del libro 26 *ad Sabinum* de Pomponio<sup>77</sup>, el jurista describe que algunas estipulaciones son judiciales, otras pretorias y otras convencionales. También señala que existen otras estipulaciones que son pretorias y judiciales a la vez. Según el texto, son sólo judiciales las que dispone por sí mismo el ministerio del juez (*quae a mero iudicis officio proficiscuntur*), como la caución de dolo. Son pretorias aquellas que dispone por sí mismo el pretor (*quae a mero praetoris officio proficiscuntur*), como la caución de daño temido. El fragmento señala que las estipulaciones pretorias comprenden también las estipulaciones edilicias, pues también se fundan en la jurisdicción. El fragmento continúa indicando que son convencionales aquellas que hacen las partes por su propio acuerdo (*quae ex conventione reorum fiunt*), de las que hay tantas clases como obligaciones pueden contraerse, pues se hacen también por la misma obligación verbal y dependen del negocio contraído. Finalmente, en el texto se recoge que son comunes (pretorias y judiciales a la vez) la caución de que estará a salvo el patrimonio del pupilo y también la estipulación del doble del precio en caso de evicción.

Como podemos observar, la clasificación de Pomponio tiene un carácter general y nos ofrece una visión global de todas las estipulaciones existentes. Sin embargo, según Gaudemet, nos encontramos ante una clasificación pobre debido a que la diferencia entre las estipulaciones judiciales y las pretorias es tan nítida que resulta difícil ver otra categoría que reúna a ambas bajo el nombre de *communes*. De ahí que este autor entienda que el máximo mérito de este texto sea el de diferenciar las estipulaciones pretorias de los otros tipos de estipulaciones.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> LENEL, *Palingenesia II*, pp. 134-135. Según Lenel, el libro 26 *ad Sabinum* de Pomponio venía dedicado a las obligaciones verbales (*De verborum obligatione* 3).

<sup>78</sup> GAUDEMET, J. *In tema di "stipulationes praetoriae"* en LABEO 6 (1960), pp. 406-407.

Resulta necesario resaltar en este punto la monografía realizada por Pérez López<sup>79</sup>, dedicada al análisis de las *stipulationes communes* contenidas en la clasificación de Pomponio: la *stipulatio rem pupilli salvam fore* y la *stipulatio duplae*. En esta obra, el autor llega a la conclusión que el texto analizado es un ejemplo paradigmático de la profundidad histórica de las fuentes contenidas en el Digesto, ya que entiende que el fragmento es producto del depósito paulatino de una serie de estratos sucesivos. En este sentido, opina que la tripartición de las *stipulationes praetoriae, iudiciales* y *conventionales* podría haber estado en vigor en época de plenitud del procedimiento formulario. Sin embargo, entiende que la categoría de las *stipulationes communes* responde a los cambios que el *ius novum* fue introduciendo gradualmente<sup>80</sup> con el paso de los años. También añade que el ejemplo de la *stipulatio duplae* como paradigma de *stipulatio communis* fue introducida en el momento de plenitud del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*.<sup>81</sup>

Compartimos la opinión de Pérez López en este aspecto. Asimismo, otra de las razones que confirman que la clasificación resultó alterada y que la categoría de *communes* es postclásica nos la aporta las Instituciones de Justiniano. Resulta interesante destacar que la clasificación que consta en Inst. 3,18 es casi idéntica a la que se contiene en el texto de Pomponio:

***Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes, tam praetoriae quam iudiciales. 1.- Iudiciales sunt duntaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel de persquendo servo, qui in***

---

<sup>79</sup> Para un análisis en profundidad de las estipulaciones comunes a las que hace referencia *Pomp. ad Sab. D. 45,1,5pr.*, vid. PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 198. Tal y como afirmamos en nuestro *status quaestionis*, esta monografía analiza en profundidad la categoría de las *stipulationes communes* en la clasificación de Pomponio, categoría que consideramos postclásica y que por consiguiente no analizamos en el presente trabajo.

<sup>80</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 198. Sin embargo, no compartimos con Pérez López que, cuando las fuentes hacen referencia a una *cautio de evictione* en sede judicial, se esté haciendo referencia en todo caso a la *stipulatio duplae*, dado que el carácter penal de esta estipulación es incompatible con el sistema de las estipulaciones judiciales en el funcionamiento del procedimiento formulario. Haremos referencia a la *stipulatio duplae* en la presente tesis al diferenciarla explícitamente de la *cautio de evictione* judicial en el capítulo relativo a esta última caución. Vid. p. 157 y ss.

<sup>81</sup> La *cognitio extra ordinem* fue el procedimiento típico del Derecho imperial. Nació como un procedimiento extraordinario reservado para casos muy especiales (de ahí su nombre), y paulatinamente fue ganando terreno en la época clásica, para llegar a convertirse en el procedimiento ordinario de la época postclásica. El rasgo característico de este procedimiento es que se concentra todo en una única instancia. Vid. MIQUEL, DR, pp. 137-138.

*fuga est, restituendove pretio. 2.- Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. Praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aedilitiae; nam et hae a iurisdictione veniunt. 3.- Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis, neque iussu Praetoris, sed ex conventione contrahentium; quarum totidem genera sunt, quot, paene dixerim, rerum contrahendarum. 4.- Communes stipulationes sunt, veluti rem salvam fore pupilli (nam et praetor iubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest), vel de rato stipulatio.*

Según este fragmento, las estipulaciones pueden dividirse en las siguientes:

TIPOS DE ESTIPULACIONES	DEFINICIÓN	EJEMPLOS
ESTIPULACIONES <u>JUDICIALES</u>	Son la que el juez impone por sí mismo en la fase <i>apud iudicem</i> del procedimiento formulario.	- <i>Cautio de dolo</i> - <i>Cautio de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.</i>
ESTIPULACIONES <u>PRETORIAS</u>	Son las impuestas por el magistrado (pretor) en la fase <i>in iure</i> del procedimiento formulario o bien fuera del procedimiento de una determinada acción (fuera del <i>ordo iudiciorum privatorum</i> ).	- <i>Cautio damni infecti</i> - <i>Cautio legatorum [servandorum causa]</i> <sup>82</sup>
ESTIPULACIONES <u>CONVENCIONALES</u>	Son las estipulaciones contraídas libremente por la voluntad de una parte respecto a la otra.	
ESTIPULACIONES <u>COMUNES</u>	Son las que podían ser judiciales y pretorias a la vez.	- <i>Cautio rem pupilli vel adulescentis salvam fore</i> - <i>Cautio ratam rem haberi</i> - <i>Stipulatio duplae</i>

Las clasificaciones de las estipulaciones recogidas en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* y en *Inst. 3,18pr.-4* vienen siempre confrontadas o complementadas con la clasificación establecida por Ulpiano en *Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1pr.-3*. La clasificación de Ulpiano,

<sup>82</sup> La *cautio legatorum* recogida en el fragmento recibe el nombre de *cautio legatorum servandorum causa*, tal y como señalan LENEL, *EP*, p. 539 (§287) y MANTOVANI, *Le formule*, p. 106 (fórmula 193). Por otro lado, RUDORFF, *Edictum*, p. 249 (§297) la denomina *cautio ut legatorum seu fideicomissorum servandorum causa caveatur* y DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales...*, p. 143 y ss., la nombra como *cautio ut legatorum servandorum causa caveatur*.

aunque también tiene una vocación de generalidad<sup>83</sup>, nos muestra la clasificación de las estipulaciones pretorias por razón de su finalidad. No se trata, por lo tanto, de una clasificación de todas las estipulaciones, sino únicamente de las estipulaciones pretorias, que son uno de los cuatro tipos de estipulaciones que Pomponio recoge en su clasificación. El contenido de la clasificación de Ulpiano es el siguiente:

*Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1pr.-3*

*Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. pr. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. 1. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa.*

En base a lo establecido en el anterior fragmento, según Ulpiano, las estipulaciones pretorias pueden dividirse en las siguientes:

TIPOS DE ESTIPULACIONES PRETORIAS	DEFINICIÓN	EJEMPLOS
ESTIPULACIONES PRETORIAS <u>JUDICIALES</u>	Son las que se interponen para que un litigio tenga efecto.	- <i>Cautio iudicatum solvi</i> - <i>Cautio ex operis novi nuntiatione</i>
ESTIPULACIONES PRETORIAS <u>CAUCIONALES</u>	Son las que valen como acciones y se interponen para que exista una nueva acción.	- <i>Cautio legatorum [servandorum causa]</i> - <i>Cautio rem pupilli vel adolescentis salvam fore</i> - <i>Cautio ratam rem haberi</i> - <i>Cautio damni infecti</i>
ESTIPULACIONES PRETORIAS <u>COMUNES</u>	Son aquellas que se prometen para asegurar la comparecencia.	- <i>Cautio vadimonium sisti</i>

Sin embargo, según diversos autores, la división llevada a cabo por Ulpiano es fruto de una interpolación. Mozzillo considera que existe una interpolación respecto a la tercera

<sup>83</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *La satisdatio rem pupilli salvam fore como stipulatio communis en D. 45,1,5pr (Pomp. 26 ad Sab.) en RIDROM 6 (2011), p. 113.*

categoría, correspondiente a las estipulaciones pretorias *communes*.<sup>84</sup> El autor entiende que la interpolación fue llevada a cabo por parte de la comisión compilatoria justiniana o bien anteriormente en el período postclásico, momento en que se realizó la tripartición de la división. Y para llegar a esta conclusión se basa en la existencia de una contradicción en el pensamiento de Ulpiano: éste defiende la existencia de un rasgo común a todas las estipulaciones pretorias, que es que todas son caucionales (*Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1,4*<sup>85</sup>). Ello, evidentemente, no casa con la división operada en *Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1pr.*, que establece como un tipo diferenciado las caucionales. Asimismo, Mozzillo afirma que es inadmisibles entender dentro de las estipulaciones judiciales la *cautio ex operis novi nuntiatione*. Esta opinión es apoyada por Guarino, que entiende que el razonamiento de Mozzillo es agudo y meditado en esta cuestión.<sup>86</sup>

Giomaro afirma también que la división llevada a cabo por Ulpiano no engloba su pensamiento. Únicamente reconoce que existe una conciencia por parte de Ulpiano de un tipo bien individualizado de estipulaciones, las pretorias, cuya obligatoriedad se justifica a nivel procesal. Sin embargo, opina también que la división en tres categorías es fruto de una reelaboración compilatoria.<sup>87</sup>

Murga Gener, por su parte, indica que, sobre las clasificaciones llevadas a cabo por Pomponio y por Ulpiano, aunque existen diferencias en los criterios de clasificación, ambas distinguen totalmente las estipulaciones pretorias de las restantes estipulaciones voluntarias.<sup>88</sup>

Una vez analizadas las clasificaciones pomponiana y ulpiana, analizaremos a continuación el fundamento y las características de las estipulaciones procesales; esto es, de las pretorias y judiciales, dejando a un lado las estipulaciones convencionales o negociales.

---

<sup>84</sup> MOZZILLO, A. *Contributi...*, p. 25. La monografía de Mozzillo recibió una recensión crítica por parte de BRANCA, que viene contenida en IVRA 12 (1961), p. 304 y ss., en la que critica duramente la obra. Otra recensión a la obra de Mozzillo (mucho más amable) fue publicada por GAUDEMET, J. *In tema di "stipulationes praetoriae"*..., pp. 405-410.

<sup>85</sup> D. 46,5,1,4 (*Ulp. 77 ed.*): "*Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.*"

<sup>86</sup> GUARINO, A. *La classificazione delle "stipulationes praetoriae"* en LABEO 8 (1962), p. 216.

<sup>87</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", pp. 439-440.

<sup>88</sup> MURGA GENER, J. L. *Derecho romano clásico II: El proceso...*, p. 346.

## 2.2. Estipulaciones pretorias y judiciales: fundamento y características

Las estipulaciones pretorias son, en palabras de Joan Miquel, aquellas promesas que el pretor obliga a celebrar a las partes en forma de *stipulatio*, bien para garantizar la buena marcha del proceso o el cumplimiento de la sentencia (estipulaciones pretorias judiciales), o bien, sin relación con un proceso actual (estipulaciones pretorias caucionales).<sup>89</sup> En el mismo sentido, D'Ors afirma que la función de las estipulaciones pretorias es asegurar una acción futura por un perjuicio eventual, tuviera o no relación con un juicio actual.<sup>90</sup> Por su parte, Fernández de Buján define las estipulaciones o cauciones pretorias como aquellos compromisos que el pretor, con finalidad cautelar de garantía, obliga a asumir a una persona, por medio de la formalización de un contrato verbal de *stipulatio*.<sup>91</sup>

La *stipulatio praetoria* seguía, por lo tanto, el mismo método utilizado para la *stipulatio civilis*<sup>92</sup>, que se configuraba como un contrato formal, abstracto, unilateral, civil y verbal, en virtud del cual una persona llamada promitente (*promissor*) prometía oralmente la realización de una prestación a otra persona llamada estipulante (*sponsor*), que aceptaba, quedando así obligado por el *ius civile*.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> MIQUEL, DR, p. 137.

<sup>90</sup> D'ORS, DPR, p. 141 (§89).

<sup>91</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho romano...*, p. 165.

<sup>92</sup> Sobre la *stipulatio*, vid. WEISS, E. s.v. *stipulatio* en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Volumen 6. Stuttgart: Druckenmüller, cop. 1958-1966 (facsimil 1899), pp. 2540-2548; RICCOBONO, S. *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto Giustiniano* en ZSS 35 (1914), pp. 262-397; *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano* en ZSS 43 (1922), pp. 214-305 y s.v. *stipulatio* en NNDI, pp. 445-449; BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, pp. 716-717; COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en Droit romain*. Nancy: Société d'Impressions Typographiques, 1957; BIONDI, B. "Contratto e stipulatio" en LABEO 4 (1958), pp. 75-81 y "Sponsio" e "stipulatio". *Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali* en BIDR 4 (1962), pp. 105-129; PASTORI, F. *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*. Milano: Giuffrè, 1961 y *Il Negozio verbale in diritto romano*. Bologna: Cisalpino, Istituto editoriale universitario, cop. 1994; ARANGIO-RUIZ, V. "Sponsio" e "stipulatio" nella terminologia romana en BIDR 4 (1962), pp. 193-222; DOBBERTIN, M. *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht*. Zurich: Schulthess, 1987 y SACCONI, G. *Ricerche sulla stipulatio*. Napoli: Jovene, 1989. En relación con una doctrina más reciente sobre la *stipulatio*, vid., entre otros, PÉREZ BRAVO, C. *La Stipulatio. Características generales* en *Ars Boni et Aequi* 5 (2009), pp. 137-156; LÓPEZ GÁLVEZ, M.N. *La stipulatio: consideraciones sobre las estipulaciones pretorias, ambiguas y condicionales* en RGDR 19 (2012), pp. 1-28; FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, y *Forma, causa ed exceptio nella stipulatio* en INDEX 44 (2016), pp. 179-196; COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria: una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*. Madrid: Dykinson, 2017 y *Estudio especial de los elementos formales en la estipulación* en RGDR 29 (2017), pp. 1-54 y CASELLA, V. *La Transmissibilità ereditaria della stipulatio*. Milano: Edizioni Universitarie di lettere economia diritto, 2018.

<sup>93</sup> MIQUEL, DR, p. 256.

Cabe tener presente que las estipulaciones pretorias eran recursos procesales que derivaban esencialmente del *imperium*<sup>94</sup> del pretor en tanto que magistrado romano. No tan sólo por la discutida referencia al contenido de *Ulp. 1 ad ed. D. 2,1,4*<sup>95</sup>, donde se establece que este tipo de medios son actos más de imperio que de jurisdicción, sino porque si la parte obligada a prometer la estipulación se negaba a ello podía implicar que el pretor utilizara medios coercitivos, tal y como detallaremos más adelante. De ahí que consideremos que estos instrumentos responden más al *imperium* y no tanto a la *iurisdictio*.<sup>96</sup>

Respecto a su origen, la doctrina romanística se encuentra dividida respecto a si surgieron con anterioridad o con posterioridad a la promulgación de *lex Aebutia*, si bien la doctrina mayoritaria considera que las estipulaciones pretorias surgieron con

---

<sup>94</sup> El *imperium* es la potestad máxima de la República, que únicamente reside en los magistrados supremos, los *consules*, aunque también en los magistrados *minores* como los pretores, tanto el *urbanus* como el *peregrinus*, que a su vez tienen *iurisdictio*. Los demás magistrados, como los *censores*, no tenían *imperium* sino únicamente la simple *potestas*. Vid. D'ORS, *DPR*, p. 58 (§24).

<sup>95</sup> *Ulp. 1 ad ed. D. 2,1,4*: “*Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.*”

<sup>96</sup> El pretor ostentaba, además del *imperium*, la *iurisdictio* (*ius dicere*), que consistía en la función de la *potestas* relativa a la decisión de conflictos jurídicos concretos en relación con la buena marcha de los litigios. Vid. BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007, p. 144. Sobre las relaciones entre *imperium* y *iurisdictio* vid. GUIDA, G. *Ius dicere e giudicare. Iurisdictio del magistrato e potere del giudice* en GAROFALO, L. *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 3. Padova: CEDAM, 2015, pp. 34-39 y CORTESE, B. *Giurisdizione e Iurisdictio* en BENIGNI, R.-CORTESE, B. *La Giurisdizione. Una riflessione storico-giuridica*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, pp. 25-26. En relación con la discusión sobre si las estipulaciones pretorias derivan del *imperium* o de la *iurisdictio* del pretor vid., entre otros, VON WOEß, F. *Die praetorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz* en *ZSS* 53 (1933), pp. 377-379 (el autor opina que las estipulaciones pretorias estaban a medio camino entre actos de *iurisdictio* y de *imperium*, al entender que no pueden ser encuadrados dentro de la *iurisdictio*, aunque al mismo tiempo son demasiado jurisdiccionales para situarlos dentro de los actos de *imperium*); PALERMO, A. *Il Procedimento...*, pp. 66-67 (este autor entiende que la afirmación llevada a cabo por Von Woeß es infundada, ya que deja de lado lo establecido por las fuentes, que conciben las estipulaciones pretorias como un acto de *iurisdictio*); MURGA GENER, J.L. *Derecho romano clásico II: El proceso...*, pp. 344-346 (el autor indica que, en los actos procesales conocidos como complementos de la jurisdicción pretoria –entre los que se encuentran las estipulaciones pretorias, las *missiones in possessionem*, los interdictos y las *in integrum restitutiones*–, la actuación del pretor era muy diferente a la que realizaba en el procedimiento ordinario de las acciones y por ello recuerda que la propia jurisprudencia calificó a estos actos como *magis imperii quam iurisdictionis*; esto es, más de imperio que de jurisdicción. El acuerdo estipulatorio, según este autor, no se tomaba voluntariamente, sino que era el pretor con su *imperium* quien lo imponía coactivamente a los estipulantes); KASER, *ZPR*, p. 184 y ss. y 429 y ss. (Kaser considera que la tramitación de las estipulaciones pretorias era un acto de *iurisdictio* que únicamente podían llevar a cabo los magistrados *cum imperio*. Entiende que *iurisdictio* se concebía como la competencia para establecer un procedimiento dirigido a la obtención de una sentencia judicial y, en un sentido más amplio, como aquellas medidas dadas por el magistrado que, de un lado, aseguraban el desarrollo del proceso o su ejecución y, por otro lado, perseguían la realización de otros fines jurídicos privados. Según el autor, en estas últimas podemos incluir las estipulaciones pretorias, las *missio in possessionem*, los *interdicta* y las *in integrum restitutiones*. En base a ello, estos últimos actos se basaban en el *imperium*, que hace referencia estrictamente a ciertas órdenes impuestas por ciertos altos magistrados) y GIOMARO, A.M. *Ulpiano e le “stipulationes praetoriae”...*, p. 440 (la autora defiende que la obligatoriedad de las estipulaciones pretorias deriva de la *iurisdictio* del pretor).

anterioridad a la promulgación de la citada ley.<sup>97</sup> Bajo nuestro punto de vista, consideramos que el punto determinante no es tanto la promulgación de la *lex Aebutia* sino el momento de la creación de la pretura peregrina, en el año 242 a.C. Es en ese momento en el que se comienza a aplicar el procedimiento formulario y en el que el pretor peregrino -en el ámbito de su jurisdicción- comienza a introducir elementos en el procedimiento para suplir las carencias del *ius civile*. En consecuencia, es en ese punto en el que debemos circunscribir la aparición de las estipulaciones pretorias.

Otros autores, entre los que encontramos a Coudert, han defendido que el momento determinante respecto a la aparición de la *stipulationes praetoriae* no es el de creación de la pretura peregrina, sino el de la pretura urbana, en el año 367 a.C., a través de las leyes

---

<sup>97</sup> La *lex Aebutia* fue una ley promulgada aproximadamente en el año 130 a.C. Aunque no se conoce con certeza, parece ser que extendió la aplicación del procedimiento formulario, previsto inicialmente para conflictos privados entre ciudadanos romanos y peregrinos. Vid. ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani: estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana*. Hildesheim [etc.]: Olms, 1990, p. 304. Respecto a la posición de la doctrina romanística, entre los autores que consideran que las estipulaciones pretorias aparecieron con anterioridad a la *lex Aebutia*, destacamos a VON WOEß, F. *Die prätorischen...*, p. 381 (el autor considera que estos mecanismos surgieron en un momento en el que el pretor debía tener presentes los límites del *ius civile* y, a su vez, se veía en la necesidad de aportar innovaciones derivadas de la falta de respuesta del *ius civile* a ciertas situaciones, ante las que el magistrado no podía acudir a acciones de su creación -*actiones in factum* u honorarias-); MURGA GENER, J. L. *Derecho romano clásico II: El proceso...*, p. 347 (este autor defiende también esta postura partiendo de la base que el procedimiento de las *legis actiones* o acciones de ley se estructuraba de forma convencional, y el hecho que el litigio siempre tuviera como base el común acuerdo de los litigantes implicaba que el pretor ingeniara los recursos y medios necesarios para obligar al demandado a comparecer o que prestara su necesaria colaboración para el buen fin del proceso); MOZZILLO, A. s.v. *stipulatio praetoria* en NNDI, p. 452 (aunque este autor defiende la tesis de Von Woeß, relativa a considerar estos mecanismos anteriores a la *lex Aebutia*, cree que su tesis padece de un excesivo dogmatismo y trata a las estipulaciones de forma unitaria, sin tener en cuenta las particularidades de cada una de ellas) y LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, pp. 217-218 nt. 31 y 319 (este último opina que el hecho de que el pretor, en vez de llevar a cabo una intervención directa -basada en su *imperium*-, recurriera a una institución amparada en el *ius civile*, denota que las estipulaciones pretorias tuvieron un origen anterior a la *lex Aebutia*; e indica también que debe diferenciarse entre el momento en que las estipulaciones pretorias fueron introducidas inicialmente y el de su incorporación de su fórmula y recepción en el Edicto). Por el contrario, la doctrina que considera que las estipulaciones pretorias surgieron con posterioridad a la promulgación de la *lex Aebutia* son PALERMO, A. *Il Procedimento...*, p. 8 (que entiende que, al generalizar la *lex Aebutia* el procedimiento formulario, ésta creó un caldo de cultivo para el desarrollo de la actividad discrecional por parte del pretor; en consecuencia, fue a través del procedimiento formulario que se inició una obra de adaptación de la antigua *sponsio* a la infinita variedad de casos prácticos, que condujo a las cinco leyes sobre garantías personales [Gai. 3,121-124], tomadas a través de promesas verbales formales, que fueron algo posteriores a la promulgación de la *lex Aebutia*. Palermo afirma que estas leyes sobre garantías personales estaban directamente encaminadas a hacer más fácil la intervención a aquellos que lo necesitaban, por serles imposible ofrecer garantías reales a sus acreedores. Sin embargo, puntualiza que existen casos de aplicaciones procesales de la *sponsio* antes de la *lex Aebutia*, pero entiende que se trata siempre de aplicaciones sustancialmente diferentes de lo que se entiende por estipulaciones pretorias) y JOBBÉ-DUVAL, E. *Les décrets des magistrats pourvus de la iurisdictio contentiosa inter privatos* en Studi Bonfante 2. Milano: Fratelli Treves, 1930, pp. 181-182 (que afirma que fue a partir de la *lex Aebutia* cuando el pretor creó, junto a las nuevas fórmulas, ciertos procedimientos adicionales y complementarios destinados a mejorar la administración de justicia, entre los que se encontraban las *stipulationes praetoriae*).

*Licinia Sextiae*<sup>98</sup>. El autor considera que fue a partir de la creación de la pretura urbana y estando vigente el procedimiento de las *legis actiones* -de carácter eminentemente consensual- cuando surgieron las estipulaciones pretorias.<sup>99</sup> En este sentido, afirma que el pretor urbano jugó un rol importante en el procedimiento de las *legis actiones* y que la *lex Aebutia* simplemente desarrolló sus poderes.

En nuestra opinión, la naturaleza y características de las estipulaciones pretorias no casan con la rigidez, el formalismo y la ritualidad del procedimiento de las *legis actiones*, y por ello defendemos que las estipulaciones pretorias fueron introducidas gradualmente a partir de la creación de la pretura peregrina y del procedimiento formulario, influyendo posteriormente en la jurisdicción del pretor urbano.

La tramitación de la *stipulatio praetoria* ante el pretor se iniciaba con la solicitud efectuada por parte del estipulante o *sponsor* al magistrado. El magistrado, después de un examen sumario del caso, de la legitimación del solicitante y de la conveniencia de la estipulación (*causae cognitio*) debía decidir sobre si concedía o no la *stipulatio*.<sup>100</sup> Si finalmente decidía concederla, el pretor ordenaba a través de un decreto (*iussum cavendi*) que se procediera sin más trámite a la estipulación, debiendo el promitente o *promissor* acatar el decreto y prestar la caución correspondiente.<sup>101</sup>

Para el caso que la parte procesal se negara a prometer la *stipulatio*, el pretor tenía a su disposición diversos mecanismos de coerción; entre ellos, la denegación de acciones que pudieran corresponder al *promissor* desobediente, el decreto de una *missio in bona* o embargo universal de bienes del sujeto obligado a prestar caución, la concesión por parte

---

<sup>98</sup> Las leyes *Licinia Sextiae* (367 a.C.) establecieron que uno de los dos cónsules fuera plebeyo, e introdujo una nueva magistratura, la pretura (urbana), a la que asignó la función de impartir justicia privada. ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani...*, pp. 216-220.

<sup>99</sup> En este sentido, vid. COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations...*, pp. 159-160.

<sup>100</sup> Así consta recogido en *Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1,9*: “*Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re summatim cognoscere et cautum iubere aut denegare*; y también en la primera parte del texto ubicado en *Paul. 48 ad ed. D. 46,5,5*: *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat (...)*.”

<sup>101</sup> En este sentido, vid. MURGA GENER, J. L. *Derecho romano clásico II: El proceso...*, p. 347; VOLTERRA, E. *Instituciones...*, p. 261 y GUZMÁN BRITO, A. *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 210.

del magistrado de una acción ficticia al *sponsor* o el establecimiento de multas y toma de prendas (*multae et pignora*) al *promissor*.<sup>102</sup>

En base a lo expuesto, podemos fijar que las partes intervinientes en la tramitación de la *stipulatio* ante el pretor eran las siguientes:

<b>ESTIPULANTE o <i>SPONSOR</i></b>  Sujeto activo/interesado que peticiona o solicita la <i>stipulatio</i> ante el pretor	<b>PROMITENTE o <i>PROMISSOR</i></b>  Sujeto pasivo obligado a acatar la decisión del pretor y a prestar, en su caso, garantía
<b>PRETOR (MAGISTRADO)</b>  Concede o deniega la <i>stipulatio</i> solicitada y, en su caso, fuerza su promesa al <i>promissor</i>	

En resumen, tal y como afirma Palermo<sup>103</sup>, los actos procesales que se llevaban a cabo a los efectos de imponer una estipulación pretoria, eran los siguientes:

- *Eductio*: presentación del caso,
- *Postulatio*: solicitud efectuada por el estipulante y emplazamiento al promitente,
- *Iussum*: el pretor dicta el decreto donde se ordena se proceda a la estipulación, y
- *Stipulatio*: acatamiento de la promesa y prestación, en su caso, de garantía.

Una vez realizada la *stipulatio*, surgía entre estipulante y promitente una obligación *iuris civilis*<sup>104</sup>, que venía protegida por la *actio ex stipulatu* y por la *actio certae creditae pecuniae*, según si la promesa estaba basada en un *incertum* o *certum*, respectivamente.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> Entre muchos otros, vid. VON WOEB, F. *Die prätorischen...*, p. 375 y PALERMO, A. *Il Procedimento...*, pp. 90-112.

<sup>103</sup> PALERMO, A. *Il Procedimento...*, p. 55.

<sup>104</sup> D'ORS, DPR, pp. 141-142 (§89).

<sup>105</sup> El incumplimiento de las estipulaciones procesales tenía la misma respuesta que habría tenido el incumplimiento de una estipulación convencional, puesto que las estipulaciones que se daban en el procedimiento formulario, ya fuera en la fase *in iure* o en la fase *apud iudicem* del procedimiento o bien de forma extraprocesal ante el pretor, hacían surgir una obligación *iuris civilis*. Vid. MARRONE, M. *Manuale di Diritto Privato Romano*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 70. En consecuencia, realizada la promesa en el ámbito del proceso (ya fuera ante el pretor o ante el *iudex*, según el tipo de estipulación), el *promissor* -ya convertido en deudor- estaba compelido a cumplir la misma. Si el *promissor* incumplía, el *sponsor* -en

En consecuencia, el *sponsor* se convertía en acreedor y el *promissor* en deudor, naciendo un vínculo obligatorio entre ambos por el simple cumplimiento de la forma estipulatoria.<sup>106</sup> Cualquier adición, supresión o modificación que afectase a la estipulación pretoria correspondía al pretor, tal y como queda atestiguado en *Ulp. 7 disput. D. 45,1,52pr.*<sup>107</sup> y *Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1,10*<sup>108</sup>.

La mayoría de las estipulaciones pretorias venían reconocidas en el Edicto del pretor. En este sentido, Lenel, en su tercera edición de la reconstrucción del Edicto Perpetuo llevada a cabo en 1927 reconoce un título completo a las estipulaciones pretorias: *XLV De stipulationibus praetoriis*. Lenel recoge como edictales las siguientes estipulaciones<sup>109</sup>:

XLV: De stipulationibus praetoriis

280: *Vadimonium sisti*

281: Pro praedes litis et vindiciarum

282: Iudicatum solvi

283: *De conferendis bonis et dotibus*

284: Si cuius plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicitur

285: Evicta hereditate legata reddi

286: Usufructuarius quemadmodum caveat

287: Legatorum servandorum causa

288: Rem pupilli [vel adulescentis] salvam fore

289: Ratam rem haberi

290: *De auctoritate*

291: Ex operis novi nuntiatione

---

calidad de acreedor- podía ejercitar dos posibles acciones, según la naturaleza de la estipulación: la *actio certae creditae pecuniae* o bien la *actio incerti ex stipulatu*, ambas dirigidas contra el *promissor*. El hecho de ejercitar una u otra acción venía condicionado a si la estipulación se había concretado en un *incertum* o bien en una *certa pecunia*. Cuando la promesa efectuada era de *dare certum* o cosa determinada, la acción a ejercitar era la *actio certi*. En cambio, cuando la estipulación se había basado en una promesa de *facere* o *dare incertum*, la acción que correspondía era la *actio ex stipulatu*. Vid. D'ORS, *DPR*, p. 512 (§425).

<sup>106</sup> MURGA GENER, J. L. *Derecho romano clásico II: El proceso...*, p. 346.

<sup>107</sup> *Ulp. 7 disput. D. 45,1,52pr.*: “*In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. Enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrudere.*”

<sup>108</sup> *Ulp. 77 ad ed. D. 46,5,1,10*: “*Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis.*”

<sup>109</sup> LENEL, *EP*, p. XXIV. Hemos mantenido la redacción de Lenel, diferenciando las cursivas.

292: De damno infecto

\*296: Stipulatio ad aedilibus proposita

Por otro lado, consideramos que también existen una multiplicidad de estipulaciones pretorias sobre las cuales se duda si venían contenidas o no en el Edicto del pretor.<sup>110</sup> Entre ellas podemos destacar la *cautio de non minuenda hereditate* o *cautio de substituto heredi sub condicione scriptus quemadmodum caveat*, la *cautio non faciendi operis in loco publico*, la *cautio de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur*, la *cautio amplius non peti* o la *cautio de vicesima hereditatum*. Algunas de estas cauciones sí que fueron reconocidas como edictales por Rudorff<sup>111</sup> y por ello hemos creído conveniente mencionarlas. Sin embargo, por exceder nuestro objeto de estudio, no las trataremos en el presente trabajo.

Una vez relacionadas las estipulaciones pretorias, es momento ahora de realizar una primera aproximación a las estipulaciones judiciales, objeto de la presente tesis doctoral. Las *stipulationes* o *cautiones iudiciales* vienen definidas por Giomaro como aquellas promesas-garantías que, por iniciativa del *iudex*, podían ser solicitadas a alguno de los dos litigantes en un determinado procedimiento a los efectos de producir unos determinados efectos.<sup>112</sup> La autora señala que, considerando todas las situaciones en las que estas cauciones podían ser prometidas, claramente puede identificarse su importancia fundamental en el equilibrio del proceso. En este sentido, en la mayoría de los casos la promesa de algunas estipulaciones judiciales por parte del demandado conllevaba una absolución en el procedimiento, para casos en los que el *ius civile* había previsto una condena. Asimismo, en otros casos, menos frecuentes, la promesa de ciertas estipulaciones judiciales por parte del actor provocaba la condena del demandado; para casos en los que estrictamente debía existir una absolución del demandado.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> El análisis de las estipulaciones pretorias no edictales resultaría también interesante en sede de estipulaciones procesales, pero excede del ámbito de trabajo de la presente tesis, que está enfocada de forma íntegra al estudio de las estipulaciones judiciales.

<sup>111</sup> Al contrario que Rudorff, Lenel no realiza propiamente una clasificación de las estipulaciones pretorias, sino que las propone de forma sucesiva. Asimismo, Lenel no concibe como estipulaciones pretorias tres de las incluidas en la reconstrucción de Rudorff: la *cautio de vicesima hereditatum*, la *cautio substituto heredi sub condicione scriptus quemadmodum caveat* y la *cautio de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur*.

<sup>112</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 7.

<sup>113</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 9.

Chiazzese defiende que el juez clásico podía imponer o consentir que las partes prestaran cauciones de diverso contenido, con la finalidad de asegurar el exacto cumplimiento de la *restitutio* o de evitar las consecuencias inicuas que no podían ser eliminadas por otros medios en el futuro. Tal y como señalamos anteriormente en el apartado relativo al *status quaestionis*, el autor considera que estas cauciones tenían que ver siempre con la *restitutio* y eran portadoras de la interpretación jurisprudencial.<sup>114</sup>

Luzzatto considera que al juez le era conferida la facultad de imposición a las partes de unas *cautiones* que venían prestadas en forma de simples estipulaciones, no acompañadas de *satisdatio*.<sup>115</sup> Según el autor, estas estipulaciones vienen denominadas como *iudiciales* dado que su prestación era impuesta por el juez en el curso de la segunda fase del procedimiento (*apud iudicem*). Por otro lado, entiende que la posibilidad de imponer estas cauciones encuentra su fundamento en el Edicto y su prestación o no formará el conjunto de los elementos en los que el juez basará su juicio, encontrándonos ante una amplia discrecionalidad reservada al juez en la resolución de la controversia en lo que se refiere a la valoración del expediente procesal y de los hechos constitutivos del objeto del proceso. Una opinión similar sigue De Castro-Camero, que destaca que existen estipulaciones creadas por los jueces que vienen recogidas en el Edicto.<sup>116</sup>

La opinión de Luzzatto ha sido criticada duramente por Giomaro, que considera -acertadamente bajo nuestro punto de vista- que no puede afirmarse que las estipulaciones judiciales son impuestas por el juez y a su vez que tienen su fundamento en el Edicto. La autora afirma que, o bien las estipulaciones judiciales son impuestas por el juez -y no importa que estén previstas en el Edicto por cuanto son fruto de una larga praxis judicial- o bien, si se insiste a reconocer su fundamento en el Edicto, se debe concluir que deben calificarse como pretorias según el testimonio del propio Pomponio en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*, que reconoce que en las estipulaciones pretorias deben incluirse las edilicias, puesto que se basan en la *iurisdictio*.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, pp. 65-66.

<sup>115</sup> LUZZATTO, G.I. *Il Problema...*, pp. 365 y 398. Cuando el autor indica que no iban acompañadas de *satisdatio* significa que se constituían como simples promesas o *repromissiones*; esto es, promesas sin garantía.

<sup>116</sup> DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales...*, p. 243.

<sup>117</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 29.

Pérez-López es crítico con la opinión de Giomaro respecto a las estipulaciones judiciales, puesto que entiende que la disyuntiva planteada por la autora parte de un error de base, dado que en ningún momento *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* nos indica que las estipulaciones pretorias y edilicias fueran las únicas recogidas en el Edicto. Si ello hubiera sido así, el autor considera que el fragmento hubiera recogido exactamente las palabras “...*et hae ab edicto veniunt*”, y el texto no hace referencia alguna al Edicto. El autor acaba afirmando que, de seguir la línea argumentativa de Giomaro, que conceptualiza que los *iudices* podían “imponer a las partes la llevanza a cabo de *cautiones* autónomamente fuesen éstas las que fuesen, entonces el Edicto, en cuanto que declaración de los criterios a seguir por el pretor para la administración de justicia durante su ejercicio del cargo, poco tendría que decir al respecto”.<sup>118</sup> Sin embargo, el autor acaba afirmando que los Edictos son fuente de las estipulaciones pretorias y las estipulaciones judiciales.<sup>119</sup>

Por su parte, Costa considera que estas estipulaciones, desde el punto de vista clásico, constituyen una rama de las pretorias, sólo en la medida en que el *iudex* al imponerlas actúa como un delegado del pretor, en virtud de los poderes que le han sido conferidos por este último.<sup>120</sup>

Sin duda, este debate doctrinal abre un campo de investigación realmente interesante, donde las reflexiones en torno al papel del pretor, del Edicto, de los jueces y el propio funcionamiento del proceso vienen a jugar un rol determinante en la configuración de las características de las estipulaciones judiciales, eje central de la presente tesis doctoral.

En este sentido, no debemos perder de vista que el *iudex privatus* del procedimiento formulario no ostentaba ni la *iurisdictio* ni el *imperium* -que eran facultades que tenía reservadas el pretor, en su condición de magistrado romano<sup>121</sup>-, sino la *iudicatio*<sup>122</sup>. Por

---

<sup>118</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 12 nt. 17.

<sup>119</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 12.

<sup>120</sup> COSTA, E. *Profilo storico...*, p. 115 nt. 1.

<sup>121</sup> D'ORS, DPR, p. 58 (§24). En este sentido, vid. VERONESE, B. *I rapporti tra le parti e il giudice* en GAROFALO, L. *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 2012, p. 681 y ss., que afirma que los jueces no tenían ni *imperium* ni *iurisdictio*; y PUGLIESE, G. *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*. Milano-Venezia, 1945-1946, p. 147, que hace notar que los jueces eran “ciudadanos privados”, temporalmente investidos de una función pública.

<sup>122</sup> D'ORS, DPR, p. 123 (§70). La *iudicatio* (*ius dicare; iudicare*) puede ser definida como la sentencia del *iudex privatus* que declara el derecho de alguien contra alguien o también como la función de autoridad

ello, el pretor estaba en disposición de poder imponer las estipulaciones pretorias, puesto que, si la parte que debía prometer no lo hacía, tenía a su disposición diversos medios coercitivos para poder forzar la promesa, como anteriormente hemos señalado. Sin embargo, el *iudex* no podía imponer *a priori* a las partes ningún mecanismo procesal, puesto que carecía de *imperium* y, por lo tanto, no tenía ninguna potestad para utilizar medios coercitivos a los efectos de forzar la promesa a alguna de las partes. El *iudex privatus* del procedimiento formulario romano únicamente tenía el cometido de valorar las pruebas aportadas por las partes de acuerdo con el principio de libre apreciación de la prueba, formarse una opinión y en base a ella proceder a la absolución o condena del demandado conforme a lo dispuesto en la fórmula redactada por el pretor.

La fórmula delimita el objeto del *iudicium*. Para el juez del procedimiento formulario es el terreno de juego procesal en el que debía basarse para poder emitir la sentencia. Y, bajo nuestra opinión, ese es el significado intrínseco del *officium iudicis*: el juez debe valorar las pruebas y dirigir la fase *apud iudicem* de acuerdo con lo previsto en la fórmula, con el objetivo de llegar a una decisión de absolución o condena; esto es, con la finalidad última de emitir una sentencia justa.

Lo expuesto hasta el momento lleva a preguntarnos diversas cuestiones, relacionadas con las estipulaciones judiciales y el poder del *iudex* para poder facilitar su promesa en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario: ¿estaban las estipulaciones judiciales contenidas en el Edicto del pretor? ¿estaba el *iudex* del procedimiento formulario facultado para imponer directamente *stipulationes* independientemente del contenido de la fórmula? ¿Hasta dónde llegaba el poder de discrecionalidad del *iudex* en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario? ¿Qué debemos entender por *officium iudicis*? ¿Las estipulaciones judiciales formaban parte del contenido del *officium iudicis*? ¿En qué debía basarse el juez para facilitar la promesa por alguna o ambas partes de estas estipulaciones en esa fase del procedimiento? ¿A qué mecanismos podía recurrir para intentar forzar la promesa de las estipulaciones judiciales?

---

encomendada a los jueces o a los árbitros, que consiste en la decisión sobre conflictos jurídicos concretos, especialmente mediante sentencias. Vid. BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico...*, p. 144. En efecto, mientras que el pretor (magistrado) ostentaba el *imperium* y la *iurisdictio* (*ius dicere*), el juez privado ostentaba la *iudicatio* (*iudicare*), constituyendo actividades distintas que tienen su razón de ser en la rígida bipartición del procedimiento en dos fases: *in iure* y *apud iudicem*. Vid. CARRO, V. *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 63.

Todas estas preguntas conforman el núcleo central de la presente tesis, que intentará abordar las respuestas desde la perspectiva del examen de las concretas estipulaciones en relación con las acciones procesales en las que podían surgir.



### 3. LAS ESTIPULACIONES JUDICIALES EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO ROMANO

#### 3.1. DETERMINACIÓN DE LA BASE TEXTUAL PARA EL ESTUDIO DE LAS ESTIPULACIONES JUDICIALES

Un gran número de textos en las fuentes recogen aplicaciones de estipulaciones judiciales en el procedimiento formulario romano y, en consecuencia, prometidas o prestadas ante el *iudex privatus*.

El método utilizado para la detección y concreción de cada una de estas estipulaciones judiciales ha sido la búsqueda de determinadas palabras clave relacionadas con las *cautiones* procesales dentro de la base de datos BIA (*Bibliotheca Iuris Antiqui*).<sup>123</sup> En concreto, la determinación de la base textual para la realización del presente trabajo se ha llevado a cabo mediante una selección de todas las fuentes en las que aparecen las palabras *cautio*<sup>124</sup>, *cavere*<sup>125</sup> y *stipulatio*<sup>126</sup>, así como sus derivadas. Dichas fuentes han conformado una base textual sobre la que realizar la presente investigación.

Una vez identificada esta base textual, relativa a las cauciones y estipulaciones en general, hemos determinado uno a uno los fragmentos que trataban una casuística relativa a estipulaciones convencionales (o negociales), pretorias (impuestas por el pretor) o judiciales (facilitadas o impuestas por el *iudex*). Una vez detectadas las judiciales, hemos debido discernir, en base al supuesto de hecho tratado y también con recurso a la doctrina,

---

<sup>123</sup> BIA es el acrónimo de uso común utilizado por la doctrina romanística para designar *Bibliotheca Iuris Antiqui*, el sistema informático integrado sobre los derechos de la Antigüedad creado bajo la dirección científica de Nicola Palazzolo, que ofrece la posibilidad de realizar búsquedas por inscripción y contenido de las fuentes y pone en relación las fuentes con las obras doctrinales que han venido tratándolas, redireccionando información entre unas y otras. Vid. FASCIONE, L. *BIBLIOTHECA IURIS ANTIQUI - "BIA" Sistema informativo sui diritti dell'Antichità. Direzione scientifica di Nicola Palazzolo. - Libreria editrice Torre s.n.c., via Gallo n. 27 - 95100 Catania. Software della CD SYSTEM, via dei Carantani n. 1-21100 Varese- Disco Compatto (CD-ROM)* en SDHI 61 (1995), pp. 894-899. Para más información actualizada sobre este recurso electrónico, vid. <http://bia.lex.unict.it/>. Fecha de consulta: 14/06/2020.

<sup>124</sup> La búsqueda de la palabra *cautio* y sus derivadas en BIA ha arrojado 425 resultados en las fuentes, de entre los cuales hemos identificado 32 fragmentos relativos a estipulaciones judiciales.

<sup>125</sup> La búsqueda del verbo *cavere* y sus derivadas (desinencias de la raíz *\*cave-\**) han dado 709 resultados en las fuentes, de entre las cuales hemos identificado 58 fragmentos en los que aparecen aplicaciones de estipulaciones judiciales.

<sup>126</sup> La palabra *stipulatio* y sus derivadas aparecen en 1004 textos en las fuentes, una vez realizada la búsqueda en BIA, de entre los cuales hemos identificado 2 textos relativos a estipulaciones judiciales: *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr. e Inst. 3,18*, textos que ya analizamos anteriormente en el capítulo relativo a las estipulaciones procesales. Vid. p. 39 y ss.

si esas estipulaciones estaban haciendo en realidad referencia al *iudex* del procedimiento formulario o bien al *iudex* de la *cognitio extra ordinem*, constituyendo ello un requisito fundamental para un análisis adecuado del *casus* y de la *cautio* en él contenida.

Una vez identificada la concreta *cautio* como judicial y clásica hemos procedido a reconocer cual era la acción procesal concreta en la que surgía y, así mismo, a indicar la cláusula o parte concreta de la fórmula de la acción que habría permitido facilitar o imponer la caución concreta.

Sin embargo, dadas las características y naturaleza de las estipulaciones en general (y las judiciales en particular), también hemos tratado en el presente trabajo algunos textos que, aun no incluyendo las palabras clave (*cautio*, *cavere*, *stipulatio* y sus derivadas), también hacían referencia a las cauciones judiciales concretas, tal y como indicaremos oportunamente al inicio del examen de cada una de ellas. Por último, también hemos tenido en cuenta textos importantes o relevantes para la doctrina en el estudio de las estipulaciones judiciales.

En consecuencia, las estipulaciones tratadas en el presente trabajo derivadas del anteriormente referido método determinativo son cauciones que habrían tenido una virtualidad en el procedimiento formulario del derecho romano y, en concreto, en relación con la fase *apud iudicem* del procedimiento, y estas cauciones son las que trataremos en profundidad en la presente tesis doctoral, conformando nuestro objeto de estudio. Sin embargo, a raíz de la utilización de este método de investigación hemos dejado fuera de nuestro estudio determinadas cauciones que podrían considerarse como judiciales ante una simple lectura textual pero que, sin embargo, una vez analizado el supuesto de hecho concreto y las características textuales del fragmento, se ha podido comprobar que eran estipulaciones convencionales, o bien pretorias o incluso estipulaciones impuestas por el *iudex* en el seno del procedimiento postclásico de la *cognitio extra ordinem*.

En primer lugar, han quedado fuera de nuestro estudio las estipulaciones *communes* citadas en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*; esto es, la *stipulatio rem pupilli salvam fore* y la *stipulatio duplae*. Ello es así porque, tal y como señalamos anteriormente en el apartado relativo a las estipulaciones procesales, consideramos que únicamente son clásicas las categorías de estipulaciones pretorias, judiciales y convencionales. En este sentido,

consideramos interpolada la categoría relativa a las *stipulationes communes*, dado que corresponde a una creación llevada a cabo partir de los cambios graduales introducidos por el *ius novum*.

En segundo lugar, tampoco consideramos judiciales las aplicaciones relativas a una posible *cautio fructuaria* o caución usufructuaria (¿judicial?) recogida en *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13pr.*<sup>127</sup> y *Paul. 18 ad ed. D. 12,2,30,5*<sup>128</sup>. Giomaro considera que estos textos podrían tratar supuestos de cauciones judiciales<sup>129</sup>, puesto que se refieren abiertamente al *officium iudicis*, pero ante un examen algo más detallados de estos fragmentos podemos afirmar que no están haciendo referencia al juez del procedimiento formulario, sino que están tratando supuestos de intervención pretoria o bien del juez de la *cognitio extra ordinem*.

En tercer lugar, debemos descartar también como judicial y clásica la *cautio non faciendi operis in loco publico*<sup>130</sup> o caución de no hacer obras en lugar público; estipulación contenida en *Ulp. 68 ad ed. D. 43,8,2,18*<sup>131</sup> y que está claramente haciendo referencia al pretor y no al *iudex* del procedimiento formulario. Consideramos que ello es así puesto que este texto se encuentra en la rúbrica dedicada al interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat* y, por consiguiente, entendemos que la palabra *iudex* fue cambiada en época justiniana para adaptar el fragmento al procedimiento de la *cognitio*.

En cuarto lugar, dudamos sobre la existencia de una *cautio cedendarum actionum* o *cautio ad actiones praestandas* en época clásica; esto es, la caución de cesión o prestación de acciones. Sólo un texto nos habla explícitamente de esta *cautio* y lo hace precisamente para negar su concesión. El fragmento es *Paul. 13 ad Sab. D. 6,1,69: Is qui dolo fecit quo*

---

<sup>127</sup> *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13pr.*: “*Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat: nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Haec autem ad omnem usum fructum pertinere Iulianus libro trigensimo octavo digestorum probat. Si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit se boni viri arbitrato usum fructuum: sed et si plures sint, a quibus usus fructus relictus est, singulis satisdari oportet.*”

<sup>128</sup> *Paul. 18 ad ed. D. 12,2,30,5*: “*Si iuravero usum fructum mihi dari oportere, non aliter dari debet, quam si caveam boni viri arbitrato me usum et finito usu fructu restitutum.*”

<sup>129</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 216-219.

<sup>130</sup> Un análisis detallado de esta *cautio non faciendi operis in loco publico* viene llevado a cabo por FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. 291-293 (§19).

<sup>131</sup> *Ulp. 68 ad ed. D. 43,8,2,18*: “*Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.*”

*minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum.* En este fragmento se nos muestra que, en el procedimiento de la *rei vindicatio*, quien dejó dolosamente de poseer es castigado con que el demandante no debe darle caución para la cesión de las acciones que tenga por aquella cosa. En efecto, compartimos con parte de la doctrina<sup>132</sup> que nos encontramos ante un fragmento que poco nos puede aportar respecto a la virtualidad de esta caución, dado que el texto niega la posibilidad de poder prestarla, si bien es posible deducir que, en caso que se haya dejado de poseer sin dolo, podrá ser prestada. Giomaro afirma que la cesión de acciones en juicio, como no podía tener una eficacia inmediata, seguramente podría haber sido prometida mediante una *cautio iudicialis*<sup>133</sup>, como expresamente indica el fragmento anteriormente reproducido. Sin embargo, no debemos perder de vista que los textos del Digesto en los que aparecen cesiones de acciones se hace referencia a *dare* o a *praestare actionem* o *actiones*<sup>134</sup>, pero no se indica que se presten o cedan a través de una *cautio*. Por ello descartamos su análisis en profundidad, dado que no podría ir más allá de lo que ya hemos señalado.

En quinto lugar, no parece resultar clásica la *cautio se familiae domum restitutorum* o caución de restitución de la casa familiar contenida en *Pap. 19 quaest. D. 31,69,3*<sup>135</sup>. Esta es una caución que tiene lugar en ocasión de un fideicomiso familiar, en el ámbito de la *actio ex testamento*. En este fragmento el jurista Papiniano nos describe el supuesto por el cual el testador instituye heredero en testamento a su hermano y le solicita que no

---

<sup>132</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 211-216 y 254-258 y ZINI, “*Apud iudicem*”, pp. 200-201.

<sup>133</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 213 nt. 4 y 255 nt. 22.

<sup>134</sup> Los textos en los que se hace referencia a *actiones praestare* y que podrían suponer supuestos susceptibles en los que poder facilitar una *cautio* para la cesión de las acciones (si bien no hacen ninguna referencia a este mecanismo) son: *Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,20,7; Pomp. 6 ad Sab. D. 10,2,42; Ulp. 28 ad ed. D. 14,4,3,1; Ulp. 30 ad ed. D. 16,3,1,11; Afr. 7 quaest. D. 16,3,16; Gai. 9 ad ed. prov. D. 17,1,27,5; Ulp. 28 ad Sab. D. 18,2,4,4; Nerat. 3 memb. D. 19,1,31pr., Gai. 10 ad ed. prov. D. 19,2,25,8; Lab. 5 post. D. 19,2,60,2; Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,25,4; Pomp. 16 ad Sab. D. 24,3,18,1; Paul. 5 quaest. D. 24,3,44,1; Pap. 12 quaest. D. 26,7,38,2; Pomp. 20 epist. D. 26,7,61; Afr. 6 quaest. D. 30,108,13; Marcell. 28 dig. D. 31,50,2; Pap. 7 resp. D. 34,3,23; Ulp. 71 ad ed. D. 43,24,11,10; Pap. 28 quaest. D. 46,3,95,10; Paul. 39 ad ed. D. 47,2,54(53),3; Pap. 12 quaest. D. 47,2,81(80)pr.; y Pap. 12 quaest. D. 47,2,81(80),7. Sobre la expresión *actiones praestare*, vid. WACKE, J.U. *Actiones suas praestare debet*. Berlin: Duncker & Humblot, cop. 2010.*

<sup>135</sup> *Pap. 19 quaest. D. 31,69,3*: “*Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. Si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sint eiusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere se familiae domum restitutorum. Quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco missus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio, sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto iuste desiderari, quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit.*”

enajene una casa, sino que la deje a la familia. En el caso que el heredero no obedezca a lo mandado por el testador, o hubiese fallecido habiendo instituido heredero a un extraño, podrán solicitar el fideicomiso (mediante *actio ex testamento*) todos los que hubiere en la familia. Sin embargo, el jurista se pregunta qué sucedería si quienes ejercitaran la *actio ex testamento* no fueran del mismo grado. Considera que deben ser invitados en primer lugar los más próximos, siendo admitidos los primeros que prometan mediante *cautio* que restituirán la casa a la familia. Respecto este texto, Kaser considera que trata un supuesto surgido en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, puesto que entiende que en este fragmento la *exceptio doli* es inherente al procedimiento.<sup>136</sup> Bajo nuestro punto de vista, esta estipulación no es una aplicación particular de la *cautio de restituendo*, que analizaremos más adelante, y que normalmente vincula su promesa a la absolución o condena del demandado (incluso en las acciones *in personam* como es la *actio ex testamento*), sino que estamos ante una caución que se configura como un requisito para poder obtener la casa familiar. Este alcance, sin duda, hace que compartamos la visión de Kaser en este punto y nos lleve a considerar que estamos ante una caución postclásica o justiniana.

En sexto lugar, queda fuera de nuestro estudio la posible *cautio de usuris futuri temporis* o caución a la que hace referencia *Pap. 2 quaest. D. 22,1,1,2: Nec tamen iudex iudicii bonae fidei recte iubebit interponi cautiones, ut, si tardius sententiae condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur usurae, cum in potestate sit actoris iudicatum exigere. Paulus notat: quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractatus?* Este fragmento es relevante para la presente tesis, tal y como veremos en su momento, puesto que nos muestra que el *iudex* en los juicios de buena fe podía hacer interponer cauciones a las partes. Sin embargo, dejamos fuera de nuestro objeto de estudio la caución específica a la que se hace referencia -la estipulación por la que se promete pagar los intereses del tiempo que transcurra desde la sentencia (usura)- puesto que precisamente el fragmento niega la posibilidad de que pueda imponerse por parte del *iudex* en los *iudicia bonae fidei*. Parte de la doctrina, entre la que se encuentra Giomaro,

---

<sup>136</sup> KASER, *ZPR*, p. 72 nt. 17. Por su parte, Feenstra indica que el texto es clásico y considera que trata el supuesto de un fideicomiso familiar. Vid. FEENSTRA, R. *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht: Inleidende Hoofdstukken*. Leiden: Brill, 1984, p. 286; LUISI, N. *Brevi considerazioni sull'origine romanistica della struttura negoziale del trust* en *Studi Urbinati-Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 60 (2015), p. 107 y ss.

considera que las palabras “*nec...recte iubebit*” demuestran que quizás ciertas “*non recte*” cauciones análogas eran usadas y encontraban aplicación en la práctica.<sup>137</sup>

En séptimo lugar, hemos dejado también fuera del análisis el fragmento *Call. 2 ed. mon. D. 9,4,32: Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si praesens est dominus, tradere eum et de dolo malo promittere debet*. Algunos autores han identificado en este fragmento una aplicación de la *cautio de dolo* judicial.<sup>138</sup> Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, consideramos que el texto en realidad está haciendo referencia a la fase *in iure* del procedimiento. Así se ha considerado por otra parte de la doctrina, entre los que encontramos a Giomaro y Betancourt.<sup>139</sup> Estos autores consideran que lo más plausible es entender que el fragmento hace referencia a que la situación de hecho se desarrolla ante el pretor, postura que compartimos.

En octavo y último lugar, hemos descartado también el contenido de *Iul. 22 dig. D. 13,1,14,1*, por la negación que se hace a recurrir a la promesa de una posible caución por parte del actor (legatario) en el procedimiento de la *actio ex testamento*<sup>140</sup>: *Cavere autem ex hac actione petitor ei cum quo agitur non debebit*. En concreto, en *Iul. 22 dig. D. 13,1,14pr.*<sup>141</sup>, fragmento inmediatamente anterior, se recoge un supuesto por el cual un esclavo hurtado es legado bajo condición. Ejercitada la *actio ex testamento* por parte del legatario contra el heredero, y habiéndose cumplido la condición *post litem contestatam*, el heredero debe ser absuelto. Sin embargo, si recae sentencia estando pendiente la

---

<sup>137</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 234.

<sup>138</sup> COING, H. *Die clausula doli im Klassischen Recht* en Festschrift Fritz Schulz 1. Weimar: Hermann Böhlau, 1951, p. 100 y ss. (el autor entiende que en este pasaje existe una *cautio iudicialis de dolo*, pero a su vez acepta que podría haberse ordenado *in iure* por el pretor, sin explicar el tipo de dolo que estaría protegiendo o asegurando esta estipulación concreta, y relaciona el fragmento con *Ulp. 11 ad ed. D. 4,3,9,4*) y KASER, *ZPR*, p. 338 nt. 27 (Kaser no analiza el fragmento, aunque lo incluye junto con otros fragmentos bajo la indicación de que son textos dedicados a la *cautio de dolo* judicial).

<sup>139</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 197 nt. 3 se pregunta si al hablarse de *defensio (defendatur)* no se estará más bien ante un supuesto que se esté desarrollando en la fase *in iure* del procedimiento, y, BETANCOURT, F. *La “stipulatio iudicialis de dolo”...*, p. 171 nt. 20 considera que la situación que se presenta en el fragmento se desarrolla ante el pretor (*in iure*) y, en consecuencia, es el pretor el que impone al dueño, si está presente, la *noxae deditio* y la caución de dolo. En nuestra opinión, no debemos perder de vista que Calístrato es un jurista tardío, del siglo III d.C. y ello nos inclina a pensar que es muy probable que el texto quizás haga referencia ya al procedimiento de la *cognitio*, ante el *iudex unus* cognitorio.

<sup>140</sup> Este texto fue identificado también por Santoro en su recensión a Giomaro, indicando que la autora debía haber valorado su contenido. Vid. SANTORO, R. recensión a Giomaro, “*Cautiones iudiciales*”..., p. 346.

<sup>141</sup> *Iul. 22 dig. D. 13,1,14pr.*: “*Si servus furtivus sub condicione legatus fuerit, pendente ea heres conditionem habebit et, si lite contestata condicio exstiterit, absolutio sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condicione liber esse iussus fuisset et lite contestata condicio exstittisset: nam nec petitoris iam interest hominem recipere et res sine dolo malo furis eius esse desiit. Quod si pendente condicione iudicaretur, iudex aestimare debebit, quanti emptorem invenerit.*”

condición, el heredero debe ser condenado al importe del precio que podría dar un comprador por ese esclavo. En consecuencia, *Iul. 22 dig. D. 13,1,14,1* está excluyendo, a nuestro entender, que el heredero (demandado) pudiera exigir una *cautio* al legatario (actor) a los efectos de asegurar que, en caso de cumplirse la condición, le será devuelta la cantidad de condena por parte del legatario. Consideramos que esa exclusión responde al hecho de que el heredero, con posterioridad, en caso de verificarse la condición, podría haber reclamado sin problema ese importe al legatario, sin necesidad de que hubiera existido la promesa. Por lo expuesto, estando de nuevo ante una “no aplicación” de una estipulación y no existiendo más fuentes que la citada, debemos descartar el tratamiento de este texto como un tipo individual de *stipulatio* o *cautio iudicialis*.

Una vez descartadas las anteriores cauciones, pasamos a continuación a examinar una por una las estipulaciones judiciales clásicas detectadas en las fuentes. En primer lugar, trataremos la *cautio de indemnitate* (que es la estipulación de la que más textos existen en las fuentes). Seguidamente, analizaremos la *cautio de evictione* y la *cautio defensum iri*, cauciones relacionadas con la *cautio de indemnitate* dado que las tres tienden a evitar un doble perjuicio o *duplex damnum*.

A continuación, trataremos la *cautio de restituendo*, segunda caución en número de textos, en la que se incluyen dos subcategorías: la *cautio de re restituenda* y la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*. Si bien algunos autores han tratado estas subcategorías de forma separada, como Giomaro, consideramos que ante las similitudes entre una y otra resulta más coherente tratarlas bajo una misma denominación. Relacionada con la *cautio de restituendo* también se encuentra la *cautio de exhibendo*, que es examinada justo después.

A partir de ahí, se analizan de forma consecutiva otras estipulaciones judiciales particulares de menor impacto en las fuentes: la *cautio de amplius non turbando*, la *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est*, la *cautio de remittendo*, la *cautio de non alienando* y la *cautio per tempora se usuros et fruituros*.

Finalmente examinaremos la *cautio de dolo*, a la que le dedicamos una atención particular final por haber sido considerada por parte de algunos autores como una estipulación subsidiaria dentro del sistema caucional judicial.<sup>142</sup>

Todas las cauciones son analizadas desde el punto de vista de la acción en la que surgen y en cada apartado acompañaremos al final un esquema sintético de cada *cautio*, a los efectos de determinar sus finalidades y características esenciales.

---

<sup>142</sup> Vid. GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 210.

### **3.2. LA *CAUTIO DE INDEMNITATE* O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE INDEMNIDAD**

(...)

---















































































































































### 3.3. LA *CAUTIO DE EVICTIONE* O ESTIPULACIÓN JUDICIAL PARA EL SUPUESTO DE EVICCIÓN FUTURA

En las fuentes podemos encontrar diversos textos que nos muestran la posibilidad de aplicación de una *cautio de evictione* o estipulación judicial para el caso de evicción futura en el seno de la fase *apud iudicem* del procedimiento de diversas acciones. Según Giomaro, esta estipulación se ubica dentro de un mismo grupo de *cautiones*, entre las que también se encuentran la *cautio de indemnitate* ya analizada y la *cautio defensum iri*, que trataremos en el capítulo siguiente, puesto que son cauciones destinadas esencialmente a evitar un perjuicio patrimonial injustificado.<sup>356</sup> En concreto, la *cautio de evictione* tenía como finalidad evitar un doble daño o perjuicio (*duplex damnum*) para el caso de evicción futura.

En el presente capítulo examinaremos los textos contenidos en las fuentes que hacen explícita referencia a una *stipulatio iudicialis* para el caso de evicción futura. Debemos tener presente que en el Digesto se contienen numerosísimos textos que hacen referencia a *cautiones* o *stipulationes de evictione* o cauciones para la evicción. Sin embargo, muchos de ellos se refieren a estipulaciones que se dan en el ámbito de la compraventa y con carácter puramente convencional, fuera del ámbito del procedimiento formulario. En consecuencia, únicamente hemos seleccionado aquellas fuentes que contenían la mención a *cautio*, *cavere* y *satisdatio*, dejando fuera del análisis los textos donde se recogían otro tipo de cauciones. La gran mayoría de los fragmentos han sido identificados por incluir las siguientes expresiones: *de evictione*<sup>357</sup>, *ob evictionem*<sup>358</sup> y *si alter fundum evicisset*<sup>359</sup>.

---

<sup>356</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 166. La autora trata esta estipulación judicial bajo el nombre de *cautio evictionis*. Respecto a la denominación de esta caución, vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 717, que la denomina *cautio evictionis* o *de evictione*.

<sup>357</sup> En BIA aparecen 42 resultados en las fuentes que utilizan la expresión *de evictione*, entre los cuales 4 hacen referencia a una *stipulatio* judicial: *Paul. 21 ad ed. D. 6,1,35,2*; *Paul. 23 ad ed. D. 19,2,25,21*; *Paul. 23 ad ed. D. 10,3,10,2*; y *Ulp. 51 ad ed. D. 30,71,1*. Respecto a los textos descartados, la expresión *stipulationem de evictione* utilizada en *Paul. 21 ad ed. D. 6,1,16pr.* hace referencia a una estipulación convencional. Asimismo, consideramos que el contenido de *Ulp. 22 ad ed. D. 12,2,13,3*, al hablar de *id est res tradatur et evictione caveatur* está haciendo clara referencia a garantizar por evicción de forma conjunta con la entrega de la cosa, y, por consiguiente, consideramos que estamos también ante una estipulación negocial, formando parte de la promesa del propio objeto del litigio perseguido con la *actio empti* o acción de compra.

<sup>358</sup> Encontramos en BIA 13 resultados en las fuentes en los que aparezca la expresión *ob evictionem*, de entre los cuales tan solo uno hace referencia a la estipulación aquí analizada: *Ulp. 81 ad ed. D. 9,4,14,1*.

<sup>359</sup> Tan sólo un resultado arroja BIA para la expresión *evicisset*: *Alf. 6 dig. epit. D. 6,1,57*.

También dedicaremos una atención especial en el presente capítulo a la discusión doctrinal sobre si la *cautio de evictione* judicial es en realidad una aplicación de una *stipulatio duplae* en el ámbito del proceso. A los efectos de arrojar luz sobre este aspecto, absolutamente esencial para determinar el contenido de la *cautio de evictione* judicial, dedicaremos un epígrafe concreto al análisis de la contraposición de posturas respecto a la posible equivalencia entre ambas figuras, todo ello con la voluntad de aportar una visión esclarecedora sobre la materia. Este análisis se realizará inmediatamente después de analizar cada una de las acciones en las que podemos encontrar una aplicación de esta estipulación.

### 3.3.1. *Rei vindicatio*

Uno de los textos donde más nítidamente puede observarse el funcionamiento y la aplicabilidad práctica de la *cautio de evictione* es el siguiente fragmento del jurista Alfenio Varo<sup>360</sup>, a propósito de la concurrencia de dos acciones reivindicatorias:

*Alf. 6 dig. epit. D. 6,1,57*

*Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori **caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.***

El jurista nos muestra en este fragmento el supuesto en el que Ticio, poseedor de un fundo, y al que Cayo le había reclamado el mismo, es demandado por Sempronio por razón del mismo fundo. Nos encontramos, por lo tanto, ante dos acciones reivindicatorias

---

<sup>360</sup> La mayoría de la doctrina sostiene que el texto es del jurista Alfenio Varo. En este sentido, vid. GREINER, R. *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1973, p. 85 y BIANCHI, E. *D. 6.1,57 (Alf. 6 dig.). Responso a un caso concreto o riflessione teorica? Per una proposta esegetica in tema di 'concorso di azioni'* en RDR 13 (2013) (<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Bianchi-Alfeno.pdf>), p. 1. Fecha de consulta: 14/06/2020. Sin embargo, otros autores como Schipani siembran la duda sobre si el texto podría ser en realidad del jurista Alfenio Servio (?). Vid. SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*. Torino: Giappichelli, 1971, p. 66.

ejercitadas por Cayo y Sempronio, respectivamente, y dirigidas contra Ticio por razón del mismo fundo. Ante esta situación, se cuestiona el jurista si no sufrirá Ticio un doble perjuicio (*duplex damnum*) si éste hubiera restituido el fundo a uno de los dos actores y después se decidiera la cuestión a favor del otro demandante. Alfeno considera que cualquiera de los dos jueces que primero fallase debía mandar que se restituyese el fundo al demandante, siempre y cuando diese al poseedor caución o fianza de entregarlo, si el otro hubiese vindicado el fundo.

Bianchi, en un reciente estudio completo sobre este texto<sup>361</sup>, realiza una aportación sobre la estructura de esta *cautio* que consideramos acertada y ajustada al planteamiento del *casus*. Según este autor, el contenido de esta *cautio de evictione* es el de evitar que el poseedor del fundo -que asume la posición procesal de demandado en ambas acciones reivindicatorias- tenga que sufrir un doble daño o perjuicio (*duplex damnum*) en el caso de que en la primera acción reivindicatoria venza el actor y, en la segunda, también venza el otro demandante.

Los estudios llevados a cabo por la doctrina romanística en relación con este texto son abundantes.<sup>362</sup> Lo interesante del fragmento radica precisamente en que trata una

---

<sup>361</sup> BIANCHI, E. *D. 6.1,57...*, pp. 1-7. En su estudio, Bianchi ejecuta un análisis en profundidad del fragmento, haciendo hincapié en cuestiones como el *duplex damnum*, el posible concurso de acciones, el posible conflicto entre los dos *petitores* y la estructura de la *cautio*. Respecto al concurso de acciones, el autor llega a la conclusión que nos encontramos ante procesos paralelos y no ante un concurso de acciones, opinión esta que compartimos puesto que el supuesto nos muestra que estamos ante dos acciones reivindicatorias paralelas sobre el mismo objeto (fundo), el mismo demandado (poseedor del fundo) y dos actores distintos con la misma pretensión de restitución.

<sup>362</sup> DE RUGGIERO, R. *Satisdatio e pignoratitia nelle stipulazioni pretorie* en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento 2. Napoli: Luigi Pierro, 1906, p. 104 y ss. nt. 2; ARANGIO-RUIZ, V. *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano* (1908) en Scritti di diritto romano I. Napoli: Jovene, 1974, p. 186 y ss.; CARRELLI, E. *L'acquisto della proprietà per 'litis aestimatio' nel processo civile romano*. Milano: Giuffrè, 1934, p. 96 nt. 151; KASER, M. *Quanti ea res est: Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*. München: Beck, 1935, pp. 32-38; PALERMO, A. *Il Procedimento...*, p. 76 nt. 2; CUGIA, S. *Un caso tipico di responsabilità oggettiva. Legato sinendi modo o per damnationem della stessa specie disiunctum a due o più persone* en Scritti in onore di Contardo Ferrini 2 (1947), pp. 86-88; NARDI, E. *Studi sulla ritenzione...*, pp. 85-94; CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 71 y ss.; MARRONE, M. *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*. Palermo: Manfredi, 1960, pp. 100-101; LEVY, E. *Nachträge...*, pp. 29-31; TALAMANCA, M. *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle 'actiones in rem'* en Studi Cagliari 43 (1964), pp. 133-187; DE MARINI AVONZO, F. *I limiti alla disponibilità della "res litigiosa" nel diritto romano* [Univ. Degli studi di Urbino Fac. Di Giurisprudenza, 15]. Milano: Giuffrè, 1967, p. 294 y ss.; WATSON, A. *The Law of Property in the Later Roman republic*. Oxford: Clarendon Press, 1968, pp. 100-104; SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 65 y ss. y *Zum iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen* en Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 175; GREINER, R. *Opera Neratii...*, pp. 85-86; SACCONI, G. *La "pluris petitio" nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del*

conurrencia temporal de dos acciones reivindicatorias ejercitadas contra un mismo demandado y, en definitiva, sobre la eficacia preclusiva de la *litis contestatio* y la pérdida de la posesión por parte del demandado de la *rei vindicatio post litis contestatam*.<sup>363</sup> Cabe tener presente que, en caso de que uno de los actores hubiera ejercitado una *rei vindicatio* en primer lugar y hubiese sido condenado el demandado, y con posterioridad a ese primer procedimiento se hubiera interpuesto una segunda *rei vindicatio* contra el mismo demandado, pero por parte de un actor diferente, el demandado habría podido oponer una *exceptio rei iudicatae* en el segundo pleito. En cambio, el supuesto de hecho que se plantea es el de una concurrencia de procedimientos seguidos de forma paralela en el tiempo. Y, por lo tanto, al ser el segundo procedimiento iniciado por un actor diferente, la necesidad de la *cautio* resulta palmaria: si el demandado se desprende de la cosa en el primer procedimiento porque la entrega, en el segundo procedimiento, si vence el segundo actor, se verá irremediamente obligado a pagar una condena dineraria, ante la imposibilidad de cumplir con el *iussum de restituendo*.

Precisamente por la eficacia preclusiva de la *litis contestatio* el fragmento ha sido comentado con asiduidad por los romanistas. Comentarios todos ellos que han llevado a una disparidad de criterios sobre la clasicidad de la última frase, que es la que contiene explícitamente la *cautio de evictione* que estamos ahora analizando: “*ut possessori caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare*”. Entre los autores que consideran interpolada la última parte del texto<sup>364</sup> encontramos principalmente a Levy, que afirma que toda la última oración -donde se contiene la *cautio*- es gramaticalmente errónea y jurídicamente opaca.<sup>365</sup> Por su parte, De Marini Avonzo, de una forma lapidaria, considera que el fundamento de esta *cautio* es impracticable y por ello afirma que debe excluirse que en casos de concurrencia de acciones fuera posible utilizar cauciones directas como la que supuestamente propone Alfeno en el fragmento.<sup>366</sup> Entendemos que

---

*processo*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 30-31; GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 167-171; APATHY, P. *Die actio publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer* en ZSS 99 (1982), p. 183 y ss.; GAMAUF, R. *Vindicatio nummorum. Eine Untersuchung zur Reichweite und prak—teischen Durchführung des Eigentumsschutzes an Geld im klassischen römischen Recht. [Habilitationsschrift]* ([https://roemr.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_roemisches\\_recht/Publikationen/Gamauf-Vindicatio\\_nummorum.pdf](https://roemr.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_roemisches_recht/Publikationen/Gamauf-Vindicatio_nummorum.pdf)), p. 86; BIANCHI, E. *D. 6.1.57...*, pp. 1-7; y GONZÁLEZ ROLDÁN, Y. *Problemi di diritto ereditario nei VII Libri Membranarum di Nerazio* en *Glossae: European Journal of Legal History* 14 (2017), p. 353 nt. 121.

<sup>363</sup> DE MARINI AVONZO, F. *I limiti alla disponibilità...*, pp. 294 y 295 nt. 84.

<sup>364</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, p. 30; WATSON, A. *The Law of Property...*, p. 100.

<sup>365</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, p. 30.

<sup>366</sup> DE MARINI AVONZO, F. *I limiti alla disponibilità...*, p. 298.

a lo que se refiere la autora es que el propio procedimiento formulario no permitía la caución como solución a la concurrencia de acciones.

Sin embargo, buena parte de la doctrina romanística considera clásica la *cautio*. En este sentido, Kaser entiende que este fragmento prueba que, en ocasiones, el demandado podía cumplir con el *iussum de restituendo* de otra forma que no sólo con la simple entrega.<sup>367</sup> Según Giomaro<sup>368</sup>, que también admite su clasicidad, la solución que describe el jurista Alfeno ante el problema jurídico planteado no es otra que la necesidad de que en el primer juicio reivindicatorio el actor prometa al demandado (poseedor del fundo) que, si el segundo demandante vence en la segunda *rei vindicatio* planteada contra el poseedor, devolverá el fundo controvertido al otro demandante o intervendrá en el asunto. Si el actor se negara a prometer la estipulación, el demandado no estaría obligado a la restitución del fundo. En consecuencia, el poseedor no entregaría el fundo hasta que la *cautio de evictione* no fuera prestada. Somos parcialmente críticos con la visión de Giomaro, puesto que la caución de evicción no tiene la finalidad de intervenir en otro procedimiento (que correspondería más a la finalidad de la *cautio defensum iri*), sino de devolver el fundo al otro demandante. Por su parte, Betancourt, que también considera clásica esta estipulación judicial, la bautiza con el nombre de *cautio si alter fundum evicisset*, en clara referencia a la literalidad de la parte final del texto del jurista Alfeno.<sup>369</sup>

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que la referencia a la *cautio* es clásica en su esencia, pero somos conscientes que existen ciertos problemas formales respecto a la misma e incluso de orden material. En este sentido, compartimos con parte de la doctrina que la referencia a “*vel satisdaret*” -y, por lo tanto, la referencia a que la *cautio* pudiera venir garantizada con fiadores- puede resultar extraña a la naturaleza jurídica de las *stipulationes iudiciales*, tanto desde un punto de vista formal como material. Desde el punto de vista formal, compartimos con De Ruggiero y Palermo que no parece probable que en derecho romano clásico pudiera haberse utilizado en un mismo texto la expresión *cautio* y *satisdatio*.<sup>370</sup> En efecto, mientras que la expresión *cautio* designa la estipulación

---

<sup>367</sup> KASER, *ZPR*, p. 338 nt. 23.

<sup>368</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 167.

<sup>369</sup> BETANCOURT, F. *La “stipulatio iudicialis de dolo”...*, p. 185 nt. 47.

<sup>370</sup> DE RUGGIERO, R. *Satisdatio e pignoratitia...*, p. 104; PALERMO, A. *Il procedimento...*, pp. 75-76 y 76 nt. 1; ARANGIO-RUIZ, V. *La struttura dei diritti...*, p. 56 nt. 1 (el autor consdiera que la terminología *caveret vel satisdaret* corresponde a una terminología exclusivamente justiniana).

procesal de forma genérica, esta a su vez puede constituirse como una simple *repromissio* o bien como *satisdatio*, sobre todo si pensamos en las estipulaciones pretorias. Por ello, resulta extraño al pensamiento clásico que se haga una yuxtaposición de un término genérico y otro específico en la misma oración, y por consiguiente consideramos que el texto clásico únicamente hablaría de *cautio*. Por otro lado, desde la óptica material, y como bien señala De Marini Avonzo, el hecho de que las *cautiones* en el ámbito del proceso vinieran garantizadas con fiadores es característico de las *stipulationes praetoriae* y no de las *stipulationes iudiciales*, puesto que es dudoso que el *iudex* pudiera requerir, además de la simple promesa o *repromissio*, un fiador o fiadores que aseguraran la *stipulatio*.<sup>371</sup> En nuestra opinión, ello excedería del *officium iudicis* del juez.

Ahora bien, a pesar de lo anteriormente expuesto, seguimos manteniendo la clasicidad de la estipulación de evicción contenida en el texto del jurista Alfeno, dado que la *cautio* responde a una solución absolutamente factible en época clásica ante un supuesto de concurrencia temporal de acciones en un momento anterior a la *litis contestatio*.

Precisamente otro texto del Digesto parece indicarnos que la *cautio de evictione* podría haber sido exigida frecuentemente siempre que el demandado de una *rei vindicatio* hubiera entregado la cosa objeto de litigio y, en consecuencia, hubiera decidido no pagar la *litis aestimatio*:

*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,35,2*

*Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine, cuius aestimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.*

En este fragmento de Paulo, el jurista nos indica que el demandante no ha de dar al poseedor caución de evicción por razón de la cosa cuya estimación recibió, sino que debe sufrir las consecuencias el poseedor que no restituyó la cosa. En nuestra opinión, este texto casa perfectamente con el contenido de *Alf. 6 dig. epit. D. 6,1,57*, puesto que se exige al demandante que prometa la *cautio de evictione* ante la entrega del fundo por parte

---

<sup>371</sup> DE MARINI AVONZO, F. *I limiti alla disponibilità...*, p. 294 y ss.

del poseedor demandado. Consecuentemente, si el demandado decide pagar la estimación del litigio, debe asumir las consecuencias de una futura evicción, puesto que no ha entregado el objeto de litigio, pudiéndolo haber hecho. Ello nos lleva sin duda a afirmar que la *cautio* analizada es clásica.

A mayor abundamiento, debemos indicar que la práctica totalidad de la doctrina romanística que ha tenido la ocasión de tratar el texto de Alfeno contenido en *Alf. 6 dig. epit. D. 6,1,57* lo ha puesto en relación con el contenido del siguiente fragmento de Neracio<sup>372</sup>:

*Nerat. 7 membr. D. 5,3,57*

*Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is cum quo actum est, quia neque possideat neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio revictus restituerit: an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat **quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit**. Sed melius est officio iudicis cautione vel satisfactione victo mederi, cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit adversus priorem victorem.*

Ante la lectura de este segundo texto son evidentes las semejanzas entre uno y otro fragmento, puesto que en el texto de Alfeno nos encontramos ante una doble *vindicatio rei* contra el poseedor de un fundo y en este texto de Neracio se nos muestra un caso de doble *hereditatis petitio* contra el poseedor de una misma herencia. El texto, según la doctrina, hace clara referencia a la *cautio defensum iri*. Este fragmento será examinado de forma detallada más adelante en el apartado correspondiente a la *cautio defensum iri*,

---

<sup>372</sup> Vid., entre otros, CUGIA, S. *Un caso típico...*, pp. 86-88; LEVY, E. *Nachträge...*, pp. 29-31; TALAMANCA, M. *Osservazioni sulla legittimazione passiva...*, pp. 133-187; DE MARINI AVONZO, F. *I limiti alla disponibilità...*, p. 294 y ss.; WATSON, A. *The Law of Property...*, pp. 100-104; SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 65 y ss. y *Zum iusiurandum in litem...*, p. 175; GIOMARO, "Cautiones iudiciales", pp. 167-171; GAMAUF, R. *Vindicatio nummorum...*, p. 86; BIANCHI, E. *D. 6.1,57...*, pp. 1-7; y GONÁLEZ ROLDÁN, Y. *Problemi di diritto ereditario...*, p. 353 nt. 121.

puesto que es esa la estipulación a la que hace referencia el mismo y a él nos remitimos para un análisis en profundidad.<sup>373</sup>

Sin embargo, apuntamos ya que la diferencia esencial entre uno y otro texto, relativa a utilizar la *cautio de evictione* o bien la *cautio defensum iri*, estriba en la facilidad restitutoria de los objetos de litigio. No es igual la restitución de un fundo que la restitución de un caudal hereditario y lo que ello conlleva: conjunto de bienes, créditos y deudas. Por ello, el jurista Alfeno recurre a una *cautio de evictione* en el caso de doble *rei vindicatio* de un fundo y el jurista Neracio recurre a una *cautio defensum iri* en el caso de doble *hereditatis petitio*. En términos generales, es más sencillo restituir un fundo que restituir una masa hereditaria, y por ello se prefiere, ante el caso de peticiones hereditarias paralelas, una caución para que se defienda la herencia en el otro procedimiento petitorio.

No podemos cerrar el análisis de esta estipulación judicial en el ámbito la *rei vindicatio* sin hacer referencia a la parte de la fórmula que permite su imposición. En efecto, debemos precisar en qué parte de la fórmula de la *rei vindicatio* o acción reivindicatoria<sup>374</sup> podía el *iudex* apoyarse para exigir la promesa de la *cautio de evictione* a la parte demandante. Para ello resulta necesario recurrir a la reconstrucción de la fórmula de esta acción, que es la siguiente<sup>375</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque is fundus arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur*<sup>376</sup>, *quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

En efecto, la fórmula de la *rei vindicatio* incluía una cláusula arbitraria o restitutoria<sup>377</sup> (*arbitrio...restituetur*) que facultaba al juez a absolver al demandado en caso de restitución de la cosa objeto de litigio.<sup>378</sup> Sin embargo, ¿qué alcance tenía este arbitrio del juez?

---

<sup>373</sup> Vid. p. 169 y ss.

<sup>374</sup> Sobre la *rei vindicatio* vid., entre otros, SIBER, H. *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*. Leipzig: A. Deichert, 1907; MARRONE, M. *Contributi in tema di legittimazione pasiva alla rei vindicatio* en *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* 1 (1972), pp. 341-376; VALIÑO ARCOS, A. *Exégesis de Pomp. 6 ad Sabinum D.47.2.9.1: en torno a la consumición procesal de la condictio y de la vindicatio rei* en LINARES PINEDA, J.L. (Coord.) *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2006, pp. 1009-1026; y WACKE, J.U. *La cessione della rei vindicatio in favore del responsabile per la perdita della cosa* en *IVRA* 56 (2006-2007), pp. 137-153. Sobre la fórmula de la *rei vindicatio* vid. LENEL, *EP*, pp. 185-186; RUDORFF, *Edictum*, p. 73; y MANTOVANI, *Le formule*, pp. 37-38.

<sup>375</sup> MANTOVANI, *Le formule*, pp. 37-38.

<sup>376</sup> Tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 73 como LENEL, *EP*, pp. 185-186 incluyen en las reconstrucciones de la fórmula de la *rei vindicatio* la cláusula arbitraria o restitutoria.

<sup>377</sup> Sobre la cláusula arbitraria o restitutoria en la *rei vindicatio* nos remitimos a la magnífica monografía de VIARO, S. *L' "arbitratus de restituendo" nelle formule del processo privato romano*. Napoli: Jovene, 2012, pp. 81 y ss. y 140 y ss.

<sup>378</sup> MIQUEL, *DR*, p. 128.

Viaro nos muestra que el *arbitrium* del *iudex* del procedimiento formulario, por el cual se le confería el poder de “arbitrar” la restitución precisando de forma clara el objeto, el tiempo y el lugar de la misma, también venía subordinado en ocasiones a la prestación, por parte del actor, de algunas *cautiones*.<sup>379</sup> Compartimos por entero la opinión de la autora, puesto que consideramos que el *iussum de restituendo*, en numerosas ocasiones, según la discrecionalidad del juez y de los hechos objeto de litigio, no podía ser cumplido por el demandado únicamente con la simple restitución de la cosa. En nuestra opinión, el *iudex* concededor de esta acción concreta podría haber exigido la promesa de una *cautio de evictione* por parte del actor, a petición del demandado poseedor de la cosa objeto de litigio, en los casos en que entregara voluntariamente la cosa, a los efectos de evitar un *duplex damnum* al demandado para el caso de evicción futura, impidiendo así que se pudiera producir en él un detrimento patrimonial futuro por causa de evicción de la cosa objeto de litigio.

### 3.3.2. *Actio noxalis*

En sede de acción noxal encontramos otro interesante texto que nos muestra una aplicación de la *cautio de evictione*, ubicado bajo la rúbrica D. 9,4: *De noxalibus actionibus*:

*Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14,1*

*Sed et si statuliber sit et ante deditionem exstiterit condicio vel fideicommissa libertas fuerit ante praestita vel existente condicione legati dominium fuerit translatum, arbitrio iudicis absolvi eum oportet: et officii iudicis hoc quoque erit, ut caveatur ei cui deditur ob evictionem ob suum factum contingentem.*

El supuesto de hecho del fragmento indica que, en una acción noxal *cum noxae deditione*, el demandado (propietario del esclavo por herencia) será absuelto por el juez en los siguientes supuestos:

---

<sup>379</sup> VIARO, S. L. “*arbitratus de restituendo*”..., p. 196.

- Si un esclavo fuera manumitido -mediante testamento- bajo condición y, antes de ser entregado en noxa, se hubiese cumplido la condición (manumisión testamentaria *sub condicione [statuliber]*<sup>380</sup>).
- Si el esclavo hubiese alcanzado la libertad por fideicomiso (manumisión fideicomisaria<sup>381</sup>), o
- Habiéndose cumplido la condición del legado, hubiera sido transferido su dominio (legado vindicatorio *sub condicione*<sup>382</sup>).

La interpretación de este fragmento hasta este punto es pacífica: ante todos los supuestos anteriormente señalados, resulta evidente que el demandado no podrá entregar al esclavo en noxa. El momento procesal en el que deberían darse estos supuestos sería después de la *litis contestatio* y antes de la entrega efectiva del esclavo culpable.<sup>383</sup>

Sin embargo, tal y como acertadamente señala Pérez López, mientras que el primer y segundo supuesto claramente implican la libertad del esclavo, el último supuesto únicamente hace referencia a la transferencia del dominio al legatario en caso de que se cumpla la condición, pero en ningún caso ello implicaría la libertad del esclavo.<sup>384</sup> Según el autor, este último supuesto podría tener relación con la última parte del fragmento, que es el que contiene nuestra *cautio*.

En efecto, en la parte *in fine* del texto analizado, que hace referencia a un momento distinto<sup>385</sup>, se señala que competirá al ministerio del juez que se preste al que ha sufrido el daño (por lo tanto, al actor de la *acción noxal*) la caución por la evicción (*ut caveatur ei cui deditur ob evictionem*) que pueda sobrevenir al hecho. Ello significa que, en el momento en que se produjera la *deditio* o entrega en noxa del esclavo dentro del procedimiento, el juez habría exigido para la absolución -seguramente, previa solicitud de parte- no tan sólo la simple entrega en noxa, sino también una estipulación por la cual

---

<sup>380</sup> GIMENEZ CANDELA, T. *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*. Navarra: Eunsa, 1981, p. 275.

<sup>381</sup> GIMENEZ CANDELA, T. *El régimen pretorio...*, p. 275.

<sup>382</sup> GIMENEZ CANDELA, T. *El régimen pretorio...*, p. 275.

<sup>383</sup> DONATUTI, G. *Lo statulibero*. Milano: Giuffrè, 1940, p. 169 y ss. Giomaro también hace suyas las palabras del autor en este aspecto. Vid. GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 169 nt. 6.

<sup>384</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 149.

<sup>385</sup> GIMENEZ CANDELA, T. *El régimen pretorio...*, p. 276.

se prometiera responder en caso de que se produjera la evicción del esclavo, a los efectos de salvaguardar una completa entrega en noxa.

Esta última parte del fragmento, que es donde se contiene nuestra *cautio*, reviste dudas para parte de la doctrina romanística. Autores como Beseler, Biondi y Donatuti<sup>386</sup> consideran que esta última frase es un añadido postclásico. En concreto, Donatuti entiende que la referencia al *officium iudicis* y a la *cautio de evictione* no es clásica puesto que la entrega en noxa del esclavo debía llevarse a cabo mediante una *mancipatio* (dado que obviamente estamos ante una *res Mancipi*) y, en consecuencia, no era necesario recurrir a dicho mecanismo estipulatorio. Sin embargo, Giomaro rebate -acertadamente, según nuestra opinión- el argumento de Donatuti, incidiendo en que el autor no ha tenido en cuenta que la evicción o el riesgo de ésta debe haberse verificado después de la aceptación del juicio *cum noxae deditio*, pero previamente a la efectiva entrega del esclavo o a la verificación de la condición.<sup>387</sup>

Por su parte, Giménez-Candela considera clásica la última parte del texto, aunque la autora rechaza que se trate de una caución especial (por lo tanto, de una caución para la evicción o *cautio de evictione*), sino que entiende que estamos ante la “ordinaria” *cautio de dolo*.<sup>388</sup> No compartimos su opinión, al igual que señala Pérez López<sup>389</sup>, puesto que las fuentes muestran claras aplicaciones de la *cautio de dolo*, nombrándola por su nombre concreto en otros fragmentos del Digesto<sup>390</sup> y actuando la estipulación de dolo como una auténtico seguro contra todas las vicisitudes que pudieran surgir respecto al objeto del pleito cuando hubiera mediado dolo por alguna de las partes y no sólo para los casos específicos de evicción, tal y como desarrollaremos en el capítulo oportuno dedicado a dicha estipulación judicial. Pero es que, además, cabe tener presente que la *cautio de*

---

<sup>386</sup> BESELER, G.v. *Romanistische Studien* en ZSS 46 (1926), p. 111; BIONDI, B. *Le actiones noxales nel diritto romano classico* en Annali Palermo 10 (1925), p. 240 nt. 4; y DONATUTI, G. *Lo statulibero...*, p. 169 y ss.

<sup>387</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 169 nt. 6.

<sup>388</sup> GIMENEZ CANDELA, T. *El régimen pretorio...*, p. 276.

<sup>389</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 150.

<sup>390</sup> Sobre los textos relativos a la *cautio de dolo* judicial, nos remitimos al apartado correspondiente al examen de dicha caución (vid. p. 341 y ss.). El propio título del Digesto dedicado a las acciones noxales (D.9,4), incluye un texto (*Call. 2 ed. mon. D. 9,4,32: “Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si praesens est dominus, tradere eum et de dolo malo promittere debet.”*) en el que claramente se hace referencia a una promesa por el dolo malo, si bien ya comentamos en el apartado relativo a la determinación de la base textual que no se trata de una caución judicial clásica (vid. p. 62).

*evictione* se exigía para el caso concreto de evicción futura, independientemente de que esa evicción hubiera sido o no fruto del dolo de alguna de las partes (en nuestro supuesto, del demandado que entrega el esclavo en noxa).

Bonifacio, a pesar de no entrar a valorar la *cautio* en sí, considera también que esta última parte es objeto de muchas dudas, siendo claro que el fragmento -originariamente- trataría también de la *deditio* y que los compiladores lo habrían mal acortado.<sup>391</sup> El mismo argumento sigue Pérez López, que entiende que el texto es fruto de “una alteración un tanto torpe (tal vez por apresurada)”.<sup>392</sup>

Giomo, por último, a pesar de incluir este texto como el primero relativo a la *cautio de evictione* en el inicio del capítulo dedicado a esta estipulación, y por tanto de entender el mismo como genuino, sorprendentemente analiza este texto de forma secundaria en su monografía. A pesar de que la autora no lo indica expresamente, parece evidente que este tratamiento secundario estaría en realidad escondiendo las dudas de la autora sobre su claridad; algo que resultaría por otra parte incongruente con el tratamiento preeminente anteriormente indicado.<sup>393</sup>

Una vez analizada la fuente y observadas las aportaciones doctrinales, consideramos que, si bien la última parte del fragmento podría no ser completamente clásica y haber sido alterada por los compiladores, nada hubiera obstado en época clásica a prestar dicha caución a los efectos de asegurar la evicción futura del esclavo en los casos en que se hubiera dado el esclavo en noxa como consecuencia de la aceptación de un litigio derivado de una acción noxal.

Ello viene corroborado precisamente por la propia fórmula de la *actio noxalis*, que en el presente caso podría haber tenido la forma de una *actio legis Aquiliae*, con carácter noxal, que

---

<sup>391</sup> BONIFACIO, F. *Studi sul processo formulare romano I. Translatio iudicii*. Napoli: Jovene, 1956, p. 122 nt. 7.

<sup>392</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 150.

<sup>393</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 165 y p. 170 nt. 6. Giomo trata este texto en una nota al pie. La autora también pone en relación el texto analizado (*Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14,1*) con otro texto del mismo jurista, *Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,11,8*, en el que se hace referencia a la garantía de la pacífica posesión al comprador como finalidad de la *actio empti*, junto a la de la entrega de la posesión. La autora indica que la *cautio* (entiende que es una *cautio habere licere* y no *de evictione*) aparece reconectada directamente con una *actio empti*, como consecuencia de dicha acción.

viene reconstruida por Mantovani con la siguiente redacción<sup>394</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret Stichum servum N. Negidii illum servum iniuria occidisse, quam ob rem quanti is servus in eo anno plurimi fuit tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio dare aut Stichum servum noxae dedere oportet*<sup>395</sup>, *tantam pecuniam duplam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio aut Stichum servum noxae dedere condemnato; si non paret absolvito.*

En efecto, la fórmula de esta acción contiene la posibilidad de dar el esclavo en noxa (*noxae dedere oportet*), a los efectos de obtener la absolución en sentencia. Esta alternativa formularia a entregar al esclavo o bien a pagar una suma igual al valor máximo alcanzado para el esclavo en el año anterior a su muerte jugaría un papel similar al que habría jugado la cláusula arbitraria en las acciones *in rem*.

De ahí que consideremos que, en base a esta posibilidad de ser absuelto mediante la entrega en noxa del esclavo, la parte actora (afectada por el daño) podría haber solicitado al *iudex* que hiciera prometer al demandado una *cautio de evictione*, a los efectos de asegurar la posible evicción del esclavo entregado en noxa.

A modo de ejemplo, dicha caución podría haber sido solicitada por el actor ante la entrega en noxa del esclavo propiedad del demandado por herencia, sujeto a un legado vindicatorio *sub condicione*. En este caso, si se cumpliera la condición, debería transmitirse su propiedad al legatario, perdiendo así el actor la propiedad del esclavo entregado en noxa. Precisamente para prevenir esta situación, el actor podría haber solicitado al *iudex* que obligara al demandado a prometer una *cautio de evictione* para cumplir así de forma completa con la entrega en noxa del esclavo y asegurar al actor (adquirente del esclavo dado en noxa) el futuro resarcimiento por la evicción.

Otro ejemplo sería el del esclavo que es dado en noxa pero que era objeto de hipoteca, puesto que garantizaba el pago de una obligación contraída por el propietario del esclavo

---

<sup>394</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 65. Sobre la fórmula de la *actio legis Aquiliae noxalis*, vid. también LENEL, *EP*, p. 202 y RUDORFF, *Edictum*, p. 82. Sobre la *actio legis Aquiliae* vid. MIGLIETTA, M. "*Servus dolo occisus*": *contributo allo studio del concorso tra "actio legis Aquiliae" e "iudicium ex lege cornelia de sicariis"*. Napoli: Jovene, 2001; DIAZ BAUTISTA, A. *La función reipersecutoria de la poena ex lege Aquilia* en MURILLO VILLAR, A. (Coord.). *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (2001), pp. 269-284; ROSSETTI, G. "*Poena*" e "*rei persecutio*" nell'*actio ex lege Aquilia*. Napoli: Jovene, 2013; GALEOTTI, S. *Ricerche sulla nozione di damnum I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*. Napoli: Jovene, 2015 y DESANTI, L. *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli, 2015.

<sup>395</sup> Tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 82 como LENEL, *EP*, p. 202 reconocen en las reconstrucciones de esta acción la alternativa entre la entrega en noxa del esclavo o el pago del valor máximo del mismo.

con anterioridad a la comisión del delito determinante de la noxa.<sup>396</sup> En este supuesto, el actor también podría haber reclamado que, para cumplir con la entrega en noxa del esclavo, también debiera prestarse la caución de evicción, a los efectos de poder reclamar la responsabilidad del demandado en un futuro.

Consideramos que el contenido de esta *cautio* sería el de responder por la evicción del esclavo dado en noxa, a los efectos de asegurar que, en caso de que por cualquier motivo el actor fuera desposeído del esclavo, el demandado hubiera de responder por la evicción.

### 3.3.3. *Actio communi dividundo*

En el Digesto encontramos otro texto que nos refiere la existencia de una *cautio de evictione* en el seno del procedimiento de la acción de división de la cosa común. En concreto se trata del siguiente fragmento del jurista Paulo:

*Paul. 23 ad ed. D. 10,3,10,2*

*In communi dividundo iudicio iusto pretio rem aestimare debebit iudex et de evictione quoque cavendum erit.*

El texto nos describe que en la *actio communi dividundo* el juez debe llevar a cabo la *aestimatio* de las cosas comunes y también deberá dar cauciones de evicción. Según Pérez López, el texto puede referirse al momento de la *condemnatio* del juicio divisorio, en el que el *arbiter*, una vez realizada la *aestimatio* de la cosa común, podía exigir el cruce de *cautiones de evictione* entre los participantes, de acuerdo con las funciones de la *condemnatio* en los juicios divisorios. Según el autor, estas estipulaciones judiciales de evicción se habrían exigido a los efectos de garantizar a los condóminos “contra cualquier evento que no hubiese podido ser tomado en cuenta en la división por falta de información correcta”.<sup>397</sup>

Este texto prueba sin duda que la *cautio de evictione* podía ser exigida y prometida en la fase *apud iudicem* de la *actio communi dividundo*, gracias a la *intentio incerta*

---

<sup>396</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 154.

<sup>397</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 113.

contenida en su fórmula. Como ya señalamos con anterioridad al tratar esta acción en el capítulo anterior -relativo a la *cautio de indemnitate*-, esta *intentio incerta* -que también contiene la fórmula de la *actio familiae erciscundae*- otorga una gran discrecionalidad al juez, discrecionalidad que habría llegado incluso a algunos juristas clásicos a equipararla a un juicio de buena fe.<sup>398</sup> En consecuencia, de lo anteriormente expuesto resulta evidente que habría sido posible recurrir a la *cautio de evictione* dentro del procedimiento de la acción de división de la cosa común, dado que la previsión formularia así lo permitía.

Por otro lado, otro texto del Digesto parece mostrarnos también una aplicación de la *cautio de evictione* en sede de *actio communi dividundo*. Este fragmento está relacionado con un supuesto de compraventa de una parte de un fundo y tiene el siguiente contenido:

*Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,13,17*

*Idem Celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. Si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. Quod si tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, **pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes.***

El supuesto de hecho que se plantea en el fragmento es aquél por el que se vende una parte de un fundo común (propiedad de Ticio y Cayo, en mitades indivisas) por parte de Cayo (vendedor) a Sempronio (comprador). Sin embargo, una vez efectuada la compraventa, pero antes de celebrar la *mancipatio*, el otro copropietario del fundo (Ticio)

---

<sup>398</sup> Vid. MANTOVANI, *Le formule*, p. 61 nt. 193. Para un análisis de la reconstrucción de la fórmula de la *actio communi dividundo* nos remitimos al apartado relativo a la *actio communi dividundo* dentro del capítulo correspondiente a la *cautio de indemnitate*. Vid. p. 113 y ss.

demanda al copropietario vendedor (Cayo) mediante la *actio communi dividundo*, a los efectos de dividir el fundo común.

Según el fragmento, en el que Ulpiano cita al jurista Celso, se pueden dar tres supuestos. En primer lugar, podría darse el supuesto en el que el árbitro de la *actio communi dividundo* adjudique el fundo a Ticio, que implicaría que Cayo estaría obligado a entregar a Sempronio la “compensación” que habría recibido de Ticio. En segundo lugar, el *arbiter* podría adjudicar la mitad física del fundo a cada uno (a Ticio y Cayo, respectivamente), en el caso que el fundo pudiera dividirse físicamente en dos y hacer dos fincas más pequeñas. En tercer y último lugar, el *arbiter* podría adjudicar únicamente el fundo a Cayo. Es en este último supuesto donde el jurista considera que Cayo debería entregar todo el fundo a Sempronio (puesto que le había vendido el fundo previamente) y, por el contrario, Sempronio debería abonar a Cayo lo que este último debiera a Ticio en concepto de compensación, puesto que el fundo se habría adjudicado por completo a Cayo. Además, el fragmento indica que, por la parte del fundo vendido a Sempronio, Cayo debería prestar una caución para la evicción y por la parte que era de Ticio sólo una caución de dolo (en forma de *repromissio* o simple promesa).

Una vez analizada la situación expuesta en el fragmento, podemos concluir que las estipulaciones a las que se refiere este texto (entre ellas, la *cautio de evictione*) no tienen el carácter de judicial en el sentido clásico del término, dado que bajo nuestro parecer resulta improbable que el *iudex privatus* del procedimiento formulario (en concreto, el *arbiter* de este juicio divisorio) pudiera, en base a la fórmula, llamar a un tercero al procedimiento (en este caso, Sempronio, el comprador) a los efectos de que le fueran prometidas cauciones en su beneficio. Pero es que, además, no debemos perder de vista que el fragmento se halla dentro de la rúbrica de la compraventa, estando los textos más orientados a la compraventa y a las obligaciones recíprocas de las partes, y no tanto a las vicisitudes del procedimiento de la *actio communi dividundo*.<sup>399</sup>

---

<sup>399</sup> Así lo atestiguan COING, H. *Die clausula doli...*, p. 103; BETANCOURT, F. *La “stipulatio iudicialis de dolo”...*, p. 177 y GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 195 nt. 1. Por su parte, ANKUM, H. *La vente d'une part d'un fonds de terre commun...*, pp. 67-107 (el autor considera que el texto trata de una *satisfactio secundum Mancipium*).

Por todo lo expuesto, opinamos que las cauciones incluidas en el fragmento (tanto la de dolo como la de evicción) no tienen el carácter de judiciales, sino que más bien operan o tienen virtualidad en la compraventa de la parte de la cosa común.<sup>400</sup>

### 3.3.4. *Actio familiae erciscundae*

Las fuentes atestiguan también que esta estipulación judicial de evicción podía surgir en la fase *apud iudicem* de otro de los juicios divisorios, la *actio familiae erciscundae*, a los efectos de resolver los conflictos entre coherederos. Así viene indicado en *Paul. 23 ad ed. D. 10,2,25,21*:

*Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adiudicat.*

En este texto de Paulo el jurista nos describe que el juez de la partición de la herencia también debe procurar que se dé caución de evicción a aquellos a quienes hace las adjudicaciones. Como acertadamente indica Pérez López, nos encontramos ante un texto seco y escueto, “fruto de un muy probable acortamiento de las palabras originales de Paulo por parte de los comisarios compiladores”.<sup>401</sup> Si embargo, compartimos con el autor que la caución del texto es clásica y habría permitido al *arbiter* del *arbitrium communi dividundo* imponer a las partes “el cruce de cauciones sobre la evicción en caso de partición o división judiciales por la ausencia de una garantía legal en estos casos”.<sup>402</sup>

Y ello era posible puesto que así lo habilitaba la propia fórmula de la acción de partición de herencia, cuya reconstrucción formularia ya desarrollamos en sede de *cautio de indemnitate*. Como bien señalamos en el capítulo anterior, la fórmula de esta acción divisoria incluía una *intentio incerta* (al igual que la *actio communi dividundo*), que sin duda habría garantizado al *iudex* una amplia discrecionalidad, equiparando esta discrecionalidad a la que se hubiera podido obtener si estuviéramos ante un juicio de buena fe, tal y como hemos venido indicando con anterioridad.

---

<sup>400</sup> BETANCOURT, F. *La “stipulatio iudicialis de dolo”...*, p. 177 (aunque el autor específicamente se refiere a la *cautio de dolo*, parece evidente que debemos extender la naturaleza de convencional también a la *cautio de evictione* recogida en el fragmento).

<sup>401</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 113.

<sup>402</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 114. El autor cita a su vez a GAUDEMET, J. *Études sur le régime juridique de l’indivision en Droit romain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 406.

En base a lo expuesto, resulta palmario que es a través de la fórmula fijada por el pretor (en concreto, por la *intentio incerta* contenida en la misma) que el *arbiter* podía facilitar en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la acción de partición de herencia que las partes se prometieran ante él diversas estipulaciones a los efectos de salvaguardar los derechos o intereses de las partes. Entre ellas se encontraba la *cautio de evictione*, que tenía como finalidad salvaguardar los derechos de cada uno de los coherederos ante la posible evicción futura de la herencia común.

### 3.3.5. *Actio ex testamento*

Finalmente, encontramos otro texto en el Digesto en el que se contiene una aplicación de la *cautio de evictione* en relación con el procedimiento derivado del ejercicio de la *actio ex testamento*. El fragmento es el siguiente:

*Ulp. 51 ad ed. D. 30,71,1*

*De evictione an cavere debeat is, qui servum praestat<sup>403</sup> ex causa legati, videamus. Et regulariter dicendum est, quotiens sine iudicio praestita res legata evincitur, posse eam ex testamento peti: ceterum si iudicio petita est, officio iudicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio.*

Nos encontramos ante un supuesto en el que el jurista Ulpiano se pregunta si aquél que entrega un esclavo en cumplimiento de un legado debe dar garantía para el caso de evicción. El jurista responde a la pregunta diferenciando si la entrega del esclavo legado se realiza de forma extrajudicial o bien por reclamación judicial. Si se entregó extrajudicialmente (esto es, una vez abierto el testamento, el legatario obtuvo la posesión efectiva del esclavo sin necesidad de recurrir a la vía judicial) y con posterioridad tuvo lugar la evicción, podrá el legatario reclamar contra el heredero mediante la *actio ex testamento*. Sin embargo, si el esclavo fue entregado por reclamación judicial (y, por lo tanto, mediante el ejercicio de la *actio ex testamento* contra el heredero, puesto que no

---

<sup>403</sup> Según Pastori, las palabras *praestare servum* son un sinónimo de *dare servum*, como se puede extraer si se realiza un examen comparativo con otros textos como *Iav. 2 post. Lab. D. 32,29,3; Iav. 1 ex Plaut. D. 21,2,58; y Pomp. 3 ex Plaut. D. 17,1,47,1*. El autor considera que el uso de *praestare* en este texto es utilizado en uno de sus significados atécnicos, aludiendo al acto traslativo, en cuanto determina su adquisición. Vid. PASTORI, F. *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1950, p. 125.

habría cumplido el legado extrajudicialmente), Ulpiano indica que es necesaria la caución judicial para el caso de evicción (*cautio de evictione*), a los efectos de poder ejercitar la acción derivada de la estipulación.

Una buena parte de la doctrina confirma que este texto recoge una *cautio de evictione* judicial específica.<sup>404</sup> En concreto, Giomaro considera que este fragmento “permite afrontar el problema de la función y del valor de la *cautio de evictione*”, siendo esta caución solicitada y proporcionada en los casos en que no se pueda utilizar ningún otro recurso procesal para proteger a la parte a favor de la cual se otorga en relación con una posible situación futura de perjuicio.<sup>405</sup> No podemos estar más de acuerdo con la autora en esta definición: tanto la *cautio de evictione* como las demás estipulaciones judiciales examinadas en este trabajo se otorgan ante la imposibilidad o dificultad de poder utilizar un remedio procesal ulterior o futuro para poder hacer frente a las diversas vicisitudes que surjan con posterioridad al procedimiento actual. Por su parte, Giomaro también considera que la *cautio de evictione* habría derivado claramente de la *cautio de indemnitate*, puesto que ambas perseguían evitar que en el futuro alguna de las partes pudiera sufrir un daño patrimonial. Sin embargo, parece claro que la *cautio de evictione* protegería ese daño patrimonial únicamente cuando fuera fruto de la evicción.

Pérez López también considera que en este fragmento nos encontramos ante una aplicación de una *cautio de evictione iudicialis*, y se pregunta si su contenido era el de la *stipulatio duplae*. El autor llega finalmente a la conclusión que en el fragmento de Ulpiano el jurista parece dejar claro que la condena de la *actio ex testamento* sería un *simpulum* y no un *duplum*, por lo que entiende que la caución protegería únicamente el *simpulum*.<sup>406</sup>

Por otro lado, cabe preguntarse cómo podría haberse exigido esta *cautio de evictione* en el procedimiento de la *actio ex testamento*. Según Ernst, habría formado parte del *officium iudicis* del juez el inducir al heredero demandado a prometer al legatario una

---

<sup>404</sup> Entre otros, vid. SOLAZZI, S. *Istituzioni tutelari*. Napoli: Jovene, 1929, p. 106 nt. 2; PROVERA, G. *La pluris petitio...*, 1958, p. 155, MOZZILLO, A. *Contributo...*, p. 37 nt. 55; GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 165 y 166; y PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, pp. 160-165. Por otro lado, autores como GUZMÁN BRITO, A. *Caución tutelar en derecho romano*. Pamplona: EUNSA, 1974, pp. 111 nt. 5 y 112, a pesar de considerarla clásica, identifican esta *cautio* con la *stipulatio duplae*. A favor de no considerar clásico el texto se postula BESELER, G.v. *Miscellanea* en ZSS 45 (1925), p. 254 nt. 1, que considera que el paso estaría gravemente interpolado.

<sup>405</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 166.

<sup>406</sup> PÉREZ LOPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 165.

caución para el caso de evicción futura del esclavo. Sin embargo, tal y como hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo, consideramos que este *officium iudicis* necesariamente debe circunscribirse en el respeto a la literalidad del contenido previsto en la fórmula. En consecuencia, debemos acudir a la fórmula de la *actio ex testamento*.

Como hemos indicado, el procedimiento judicial al que alude el texto es el procedimiento surgido de la *actio ex testamento*; acción civil *in personam*. Sin embargo, nos encontramos claramente ante una *actio certi ex testamento*<sup>407</sup> dado que estamos ante una reclamación de un legado de un esclavo *per damnationem* (el legatario sólo adquiere un derecho personal y recibe el legado del heredero) que no consiste en una *certa pecunia*<sup>408</sup>, sino en la entrega de un esclavo. En este sentido, Mantovani nos indica que esta acción era ejercitable por parte del legatario en caso de *legatum certi per damnationem* contra el heredero que se hubiera negado a cumplir con la entrega del legado.

La reconstrucción de la fórmula de la *actio certi ex testamento* ya fue reproducida en el capítulo anterior, en su modalidad de *actio certae pecuniae ex testamento*. En el presente caso, nos encontramos ante el legado de un esclavo *per damnationem*. En consecuencia, estaríamos ante un supuesto similar al de la acción de reclamación de un legado de dinero: el demandado habría tenido que oponer una *exceptio doli* para salvaguardar una posible evicción futura, haciendo hincapié en que el hecho de ejercitar la *actio certi ex testamento* le vetaría poder volver a ejercitarla con posterioridad, no habiéndosele dado una garantía por evicción extrajudicialmente. La *exceptio doli* se concedía por el pretor en la fase *in iure* del procedimiento. Esta *exceptio doli* no estaba tan orientada a neutralizar la *intentio*, sino más bien a obtener la promesa de esa *cautio* por parte del actor a los efectos preservar la finalidad y objetivo del legado. En este sentido, el demandado que quería hacer valer la *cautio* en la fase *apud iudicem*, debía

---

<sup>407</sup> Por el contrario, cabe indicar que la doctrina es pacífica al admitir la *actio incerti ex testamento*. En este sentido, Berger considera que la adición de *incerti* se habría llevado a cabo, en ocasiones, tanto en la *actio ex stipulatu* como en la *actio ex testamento*. Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 343. Respecto a esta acción véase también, entre otros, SELB, W. *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Fromelaufbau I*. Wien-Köln-Graz: Böhlau, 1974, p. 34 y ss.; KASER, M. *Formeln mit "intentio incerta", "actio ex stipulatu" und "condictio"* en LABEO 22 (1976), p. 17; BURDESE, A. *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati* en IVRA 36 (1985), p. 29; MAGDELAIN, A. *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1995, pp. 169-170; MANTOVANI, *Le formule*, p. 51 y nt. 112; y GRZIMEK, P. *Studien zur taxatio*. München: Beck, 2001, pp. 75 y 76.

<sup>408</sup> PÉREZ LOPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 164.

poner de relieve las circunstancias ya en la fase *in iure*. Somos conscientes que el texto no nos indica explícitamente que se debiera recurrir a una *exceptio doli*, pero seguramente ello se debe a que en la práctica judicial esta *exceptio* era la vía habitual para poder solicitar al *iudex*, en la fase *apud iudicem* de las acciones *in personam*, que la contraparte procesal prometiera una determinada estipulación; entre ellas, la *cautio de evictione*.

### 3.3.6. Sobre la doctrina relativa a reconocer en la *cautio de evictione* judicial una aplicación de la *stipulatio duplae* en el proceso

Según Pérez López, es probable que la *cautio de evictione* fuera construida sobre el modelo de la *stipulatio duplae* (salvo algunas excepciones, como pueda ser su aplicación en la *actio ex testamento*). Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, ello parece bastante improbable dado el carácter penal de esa *stipulatio*, que poco o nada tiene que ver con la naturaleza de las estipulaciones judiciales en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario.

Las dos posturas doctrinales que han examinado la posible relación o no entre la *cautio de evictione* y la *stipulatio duplae* vienen encabezadas por Giomaro y Pérez López, que han llegado a conclusiones distintas respecto a esta cuestión.

Antes de entrar en las diferencias sobre este extremo, cabe tener presente que la *stipulatio duplae*<sup>409</sup> aparece contenida en la clasificación de Pomponio de *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*, a la que ya hicimos referencia al inicio de este trabajo. Concretamente, Pomponio la sitúa como una *stipulatio communis*; por lo tanto, la sitúa como una estipulación tanto pretoria como judicial, si bien ya afirmamos anteriormente en el apartado relativo a las estipulaciones procesales que esta categoría era fruto de una interpolación.

Giomaro considera que la *stipulatio duplae* habría formado junto con la *auctoritas* de la antigua *mancipatio (actio auctoritatis)*, la *satisdatio secundum mancipium* y la *stipulatio habere licere* las cuatro formas distintas de garantizar la evicción en la compraventa. Respecto a la caución judicial de evicción aquí analizada, la autora

---

<sup>409</sup> Sobre la *stipulatio duplae* vid., entre otros, CASINOS MORA, F.J. *Observaciones acerca de la stipulatio duplae en el marco de la evolución de las garantías contra la evicción* en REHJ 21 (1999), pp. 15-24.

considera que la garantía con la que debía protegerse la *cautio de evictione* no necesariamente debió ser la *stipulatio duplae*, puesto que esta última tiene un aspecto esencialmente penal que no puede conciliarse fácilmente con el *officium iudicis* del juez.<sup>410</sup>

Esta teoría de Giomaro ha sido rebatida muy recientemente por parte de Pérez López, que en su estudio sobre contrato verbal y proceso identifica la *cautio de evictione* (el autor la denomina *cautio de evictione iudicialis*) con la *stipulatio duplae*, en la mayoría de los supuestos. En este sentido, el autor defiende su postura basándose esencialmente en diversos textos del Digesto que emplean expresamente expresiones como *stipulatio de evictione* en textos que se refieren de forma inequívoca a la *stipulatio duplae*.<sup>411</sup> Estos textos son, según el autor, *Gai. 10 ad ed. prov. D. 21,2,6*<sup>412</sup>; *Iul. 13 dig. D. 21,2,7*<sup>413</sup>; *Pomp. 1 ex Plaut. D. 21,2,22pr.*<sup>414</sup>; y *Paul. 2 ad ed. aed. curul. D. 21,2,41,2*<sup>415</sup>.

Ante ambas posturas, no podemos más que decantarnos por la postura de Giomaro, que concibe la *cautio de evictione* judicial de forma autónoma y con unas características propias de las *cautiones* o *stipulationes iudiciales*.

En efecto, los textos anteriormente señalados por Pérez López, por más que utilicen expresiones como *pro evictione caveri*, *ex stipulatu de evictione*, *stipulatio de evictione* y *satis de evictione*, se encuentran ubicados en la propia rúbrica 21,2 del Digesto, que viene titulada como *De evictionibus et duplae stipulatione*. En consecuencia, se trata de fragmentos que hacen clara referencia a una práctica de estipulaciones de evicción en la

---

<sup>410</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 173.

<sup>411</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 93.

<sup>412</sup> *Gai. 10 ad ed. prov. D. 21,2,6*: "Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet."

<sup>413</sup> *Iul. 13 dig. D. 21,2,7*: "Qui a pupillo substitutum ei servum emerit, agere cum substituto ex empto potest et ex stipulatu de evictione, cum neutram earum actionum adversus pupillum habere potuerit."

<sup>414</sup> *Pomp. 1 ex Plaut. D. 21,2,22pr.*: "Si pro re pupilli quam emit litis aestimationem tutor non ex pecunia pupilli, sed ex suo praestiterit, stipulatio de evictione pupillo adversus venditorem committitur."

<sup>415</sup> *Paul. 2 ad ed. aed. curul. D. 21,2,41,2*: "Si is, qui fundum emerit et satis de evictione acceperit et eundem fundum vendiderit, emptori suo heres exstiterit, vel ex contrario emptor venditori heres exstiterit: an evicto fundo cum fideiussoribus agere possit, quaeritur. Existimo autem utroque casu fideiussores teneri, quoniam et cum debitor creditori suo heres exstiterit, ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur et intellegitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse: et ex contrario cum creditori debitori suo exstiterit heres, minus in hereditate habere videtur, tamquam ipsa hereditas heredi solverit. Sive ergo is qui de evictione satis acceperat emptori cui ipse vendiderat, sive emptor venditori suo heres exstiterit, fideiussores tenebuntur. Et si ad eundem venditoris et emptoris hereditas recciderit, agi cum fideiussoribus poterit."

vía convencional y no están relacionados con la práctica procesal. En definitiva, no se encuentran relacionados con la exigencia o previsión de estipulaciones en el marco de la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario.

Sin duda, el análisis de los textos relativos a la *cautio de evictione* judicial llevado a cabo en el presente capítulo nos lleva a afirmar que, cuando se hace mención a esta estipulación judicial de evicción, en realidad se está haciendo referencia a un mecanismo exclusivamente procesal, relativo a la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario, que nada tiene que ver con las distintas estipulaciones de garantía por evicción que se hubieran podido dar en sede convencional (en el ámbito específico de la compraventa) o con las estipulaciones que pudieran haberse impuesto en el ámbito edilicio o pretorio.

En efecto, la *stipulatio duplae* y la *cautio de evictione* judicial son estipulaciones que tienen un origen distinto (la primera tiene lugar en la práctica convencional y la segunda se exige por vía procesal) y, además, tienen un contenido diverso. Mientras que la *stipulatio duplae* se erige esencialmente como una garantía por los vicios ocultos y para la evicción -como también lo habrían hecho otras estipulaciones convencionales- en el ámbito de la compraventa, compartimos con Mozzillo que la *cautio de evictione* judicial no habría surgido únicamente para supuestos en los que el litigio hubiera derivado de una compraventa.<sup>416</sup>

En efecto, la *cautio de evictione* judicial, objeto de análisis en el presente capítulo, habría surgido en la fase *apud iudicem* de determinados procedimientos como instrumento procesal de protección para una de las partes a los efectos de evitar un *duplex damnum* en caso de evicción futura de la cosa objeto de la *litis* (cualquiera que fuere el procedimiento, siempre que la fórmula lo hubiera permitido e independientemente que estuviera relacionado o no con una compraventa celebrada).

Asimismo, también consideramos que el hecho de que la *stipulatio duplae* se encuentre recogida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* como *stipulatio communis*, es un argumento más para no entenderla como una *cautio iudicialis* impuesta por el *iudex* clásico, dado que bajo nuestro punto de vista la categoría de *communes* es fruto de una interpolación y

---

<sup>416</sup> MOZZILLO, A. *Contributi...*, pp. 35-37 y 38 nt. 55.

se incardina en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*; donde el juez habría tenido la libertad de imponer de oficio una determinada caución con carácter penal dentro del propio procedimiento.

En conclusión, bajo nuestro punto de vista, habrían existido tres tipos de estipulaciones diferenciadas en Derecho romano clásico que habrían protegido una posible evicción futura. Estos tres tipos se habrían originado tanto desde el punto de vista convencional-contractual como desde la óptica del proceso, y son los que expondremos de forma sucinta a continuación.

En primer lugar, habrían existido estipulaciones convencionales como la *stipulatio duplae* que se habrían introducido en ocasión de la compraventa, a los efectos de proteger al comprador para el caso de evicción. Este mecanismo, como apuntamos anteriormente, habría convivido con la *actio auctoritatis* para el caso de las *res Mancipi*, la *satisdatio secundum Mancipium* y la *stipulatio habere licere*). Estas estipulaciones, según D'Ors, formarían parte de un régimen de garantía por evicción que se aplicaría al contrato de compraventa, puesto que la propia naturaleza del contrato de compraventa no habría tenido en cuenta esta responsabilidad por evicción.<sup>417</sup>

En segundo lugar, se habría concebido también una *stipulatio duplae* edilicia a los efectos de ser impuesta por parte de los ediles curules, para los casos donde el vendedor se negara a prestar una *stipulatio duplae* convencional. Esta estipulación ha recibido el nombre por parte de la doctrina romanística de *stipulatio ad aedilibus proposita*.<sup>418</sup> Por otro lado, nada parece objetar que el pretor también pudiera haber impuesto esta estipulación, independientemente de si se encontrara o no en su edicto.

En tercer lugar, habría surgido una *cautio de evictione* judicial que podría haber sido exigida por parte del *iudex* a alguna de las partes, seguramente a solicitud de una de ellas, pero que en ningún caso habría tenido un contenido similar al de la estipulación del duplo,

---

<sup>417</sup> Cabe tener presente también que la última jurisprudencia clásica ya reconoció -seguramente por la utilización habitual de estas estipulaciones convencionales aparejadas al contrato de compraventa- que la responsabilidad por evicción era un elemento esencial del contrato, y que precisamente la propia *actio empti* o acción de compra podía servir para exigir tal responsabilidad. Vid. D'ORS, *DPR*, pp. 584-587 (§494 y §495).

<sup>418</sup> Vid. RUDORFF, *Edictum*, p. 263; LENEL, *EP*, p. 567; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 116.

puesto que es prácticamente improbable pensar que el *iudex* clásico podría haber impuesto una estipulación del doble para el caso de evicción, dado el carácter eminentemente penal de ésta y puesto que, en caso de incumplimiento de la caución judicial, el promitente únicamente vendría obligado a pagar la condena; esto es, la *litis aestimatio*. A mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que esta estipulación de evicción judicial se habría impuesto en procedimientos en los que el origen de la disputa judicial no habría surgido necesariamente de un contrato de compraventa.

Es por lo expuesto que, precisamente por la imposibilidad del *iudex* o *arbiter* clásico de haber podido imponer una estipulación similar en contenido a la *stipulatio duplae* (que protegiera al comprador y obligara al vendedor), habría surgido la necesidad procesal de crear un mecanismo distinto a la *stipulatio duplae* que protegiera una similar situación fáctica futura -la evicción- que respetara el *officium iudicis*; esto es, que respetara la previsión formularia concreta en cada una de las acciones anteriormente analizadas. Esta es la *stipulatio iudicialis* que hemos tratado en el presente capítulo, que inequívocamente responde a una dinámica propia de las *stipulationes iudiciales* impuestas o facilitadas por el *iudex privatus* clásico, puesto que se trata de una estipulación marcadamente procesal (judicial, en concreto) cuyo contenido no recogía una pena del doble.

### 3.3.7. Esquema sintético de la *cautio de evictione*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de evictione* en base a las fuentes y a las acciones en las que surgían:

<b>CAUTIO DE EVICTIONE o ESTIPULACIÓN JUDICIAL PARA EL SUPUESTO DE EVICCIÓN FUTURA</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<i>Rei vindicatio</i>	<i>Alf. 6 dig. epit. D. 6,1,57 y Paul. 21 ad ed. D. 6,1,35,2</i>	En el procedimiento de la <i>rei vindicatio</i> las fuentes nos muestran el recurso a una <i>cautio de evictione</i> para el caso de entrega de la cosa objeto de litigio,

		<p>cumpliendo con el <i>iussum de restituendo</i>. También las fuentes nos muestran el caso de concurrencia de dos acciones reivindicatorias paralelas contra un mismo demandado, donde este último exigiría al actor la promesa judicial de evicción a los efectos de evitar un doble perjuicio (<i>duplex damnum</i>) si éste hubiera restituido el fundo a uno de los dos actores y después se decidiera la cuestión a favor de un tercero (actor en el otro procedimiento).</p>
<b><i>Actio noxalis</i></b>	<i>Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14,1</i>	<p>Las fuentes nos muestran una aplicación de esta estipulación en el ámbito de una acción noxal <i>cum noxae deditio</i>, a los efectos de asegurar la posible evicción del esclavo entregado en noxa, y evitar así un doble perjuicio.</p>
<b><i>Actio communi dividundo</i></b>	<i>Paul. 23 ad ed. D. 10,3,10,2</i>	<p>En el ámbito de la acción de división de la cosa común, las fuentes nos indican que el <i>arbiter</i> podía exigir el cruce de estipulaciones judiciales de evicción entre los condóminos, a los efectos de garantizarse recíprocamente que responderán contra cualquier evento relacionado con la evicción de la cosa común.</p>
<b><i>Actio familiae erciscundae</i></b>	<i>Paul. 23 ad ed. D. 10,2,25,21</i>	<p>En el marco de la partición de herencia, las fuentes nos muestran la necesidad de que por parte de los coherederos se realicen promesas de evicción a los efectos de responder por la posible evicción de la herencia común.</p>
<b><i>Actio certi ex testamento</i></b>	<i>Ulp. 51 ad ed. D. 30,71,1</i>	<p>En las fuentes, podemos encontrar supuestos, en el ámbito de la <i>actio ex testamento</i>, en los que el heredero (demandado) se ve forzado a prometer una caución de evicción al legatario (actor) en los casos en los que se entrega un esclavo en cumplimiento de un legado, siempre que dicha entrega se haya producido en el ámbito del procedimiento (y no extrajudicialmente), puesto que habiendo ejercitado ya la <i>actio ex testamento</i>, únicamente podrá reclamar por la evicción si se promete la <i>cautio de evictione</i>, a los efectos de poder</p>

		ejercitar la acción derivada de la estipulación ( <i>actio ex stipulatu</i> ).
--	--	--

### **3.4. LA *CAUTIO DEFENSUM IRI* O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE DEFENSA FUTURA**

La *cautio defensum iri*<sup>419</sup> o estipulación judicial de defensa futura se configura en derecho clásico como aquella caución judicial por la que el promitente se compromete a

---

<sup>419</sup> La terminología utilizada en el presente trabajo para denominar a la estipulación de defensa futura como *cautio defensum iri* ha sido extraída de la redacción de la mayoría de los fragmentos del Digesto que se refieren a esta caución bajo esa expresión. Hemos descartado la denominación de esta estipulación como *cautio defensionis* utilizada por GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 131, puesto que responde a una terminología propia de la época justinianea y por ello buena parte de la doctrina utiliza el concepto de *cautio defensum iri*. Vid. PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 95.

asumir en el futuro la defensa de la contraparte procesal en caso de que ésta última llegara a ser demandada por un tercero en base al mismo objeto de litigio.<sup>420</sup> Tal y como indicamos en capítulos anteriores, se trata de una estipulación judicial del mismo tipo que la *cautio de indemnitate* y la *cautio de evictione*, en el sentido de que persiguen evitar un perjuicio patrimonial injustificado.<sup>421</sup>

De entre todos los fragmentos identificados en las fuentes mediante el sistema BIA que contenían la mención a *cautio*, *cavere* y *satisdatio*, hemos realizado una búsqueda más específica de términos que podían hacer referencia a esta concreta estipulación judicial.<sup>422</sup> Así, la mayoría de los fragmentos han sido identificados por incluir palabras derivadas de *defendere*, tales como las siguientes expresiones latinas: *defensu/-m iri*<sup>423</sup>,

---

<sup>420</sup> La definición sigue lo establecido por GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 131. La autora denomina esta estipulación judicial bajo el nombre de *cautio defensionis*.

<sup>421</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 166.

<sup>422</sup> En concreto, para localizar e identificar los textos que incluyeran una aplicación de esta estipulación judicial hemos tenido que buscar en BIA, dentro de los textos que hicieran referencia a una *cautio*, todas las desinencias de la raíz *\*defen-\**.

<sup>423</sup> Según BIA, los textos de las fuentes que incluyen la expresión *defensum iri* o *defensu iri* son 10, aunque los que únicamente hacen referencia a esta estipulación judicial son los siguientes: *Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,31pr.*; *Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14pr.*; *Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,2*; *Paul. 60 ad ed. D. 17,2,28*; *Ulp. 2 fid. D. 32,11,21*; *Ulp. 19 ad Sab. D. 33,4,1,9-10*; *Marcian. 6 inst. D. 33,8,18*; y *Pomp. 7 ex Plaut. D. 34,3,4*. Distinto es el caso de *Ulp. 19 ad ed. D. 36,1,17,3* (“*Inde quaeritur, si quis hereditatem rogatus sit restituere deducto aere alieno vel deductis legatis, an suspectam dicens cogi possit adire et restituere hereditatem, quia vi ipsa magis id, quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus. Et sunt qui putent, ut Maecianus, inutilem esse hanc deductionem: nec enim posse ex iure deduci quantitatem, non magis quam si fundum quis deducto aere alieno vel deductis legatis restituere sit rogatus: neque enim recipit fundus aeris alieni vel legati minutionem. Sed Iulianum existimare refert Trebelliano senatus consulto locum esse et, ne dupliciter fideicommissarius oneretur, et cum heres aes alienum vel legatum deducit et cum convenitur a creditoribus et legatariis, restituta sibi ex Trebelliano hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede aut cavere illi heredem defensum iri eum adversus legatarios ceterosque.*”). Nos encontramos ante un fragmento de Ulpiano en el que se alude a Juliano a través de la referencia a Meciano, y que se ubica en la rúbrica D. 36,1 dedicada al senadoconsulto Trebeliano (56 d.C.). El senadoconsulto Trebeliano ordenó que, si se entregara una herencia a alguien por cuenta de un fideicomiso, las acciones previstas en el *ius civile* a favor o en contra del heredero, también deberían darse a favor o en contra de aquél a quien se le hubiera entregado la herencia. Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 699. Por su parte, Murillo Villar considera que en este fragmento se está haciendo referencia a un conflicto en orden a la obligatoriedad o no de adir la herencia conforme al senadoconsulto Trebeliano. Vid. MURILLO VILLAR, A. *El fideicomiso de residuo en derecho romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1989, p. 74 y *Aproximación al origen del fideicomiso "de eo quod supererit"* en BIDR 31-32 (1989-1990), p. 137. El fragmento nos presenta el caso en que se obliga a adir la herencia, a pesar de que la misma es sospechosa (*suspectam*). El texto prosigue indicando que, de esta herencia sospechosa, deberán deducirse deudas y legados, y posteriormente, restituir *quod superest es hereditate* (un fideicomiso de residuo). El jurista Meciano entiende que las deducciones son inútiles, pero cita a Juliano, que considera que ha lugar a la aplicación del senadoconsulto Trebeliano. El texto finalmente establece que para que no se grave dos veces al fideicomisario, el fiduciario debe darle caución de que le defenderá contra los demás legatarios. Bajo nuestro punto de vista, dicha caución tiene un carácter convencional.

*defensionis*<sup>424</sup>, *defendendum*<sup>425</sup>, *defensurum*<sup>426</sup>, *defendit*<sup>427</sup>, *defendere*<sup>428</sup> y *iudicium accepisset*<sup>429</sup>.

### 3.4.1. *Rei vindicatio*

Una aplicación clásica de la *cautio defensum iri* en el seno del procedimiento de la *rei vindicatio* aparece en las fuentes. Se trata de un texto del jurista Paulo incluido en el Digesto, que establece la posibilidad de recurrir a una *cautio defensum iri* en el seno del procedimiento de la acción reivindicatoria, en un caso de concurrencia de acciones:

*Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6,1,58*

*A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. Sed si prius de furto iudicium*

---

<sup>424</sup> La expresión *defensionis* aparece hasta en 32 ocasiones en las fuentes, según BIA. Sin embargo, únicamente un fragmento tiene un contenido clásico relativo a la estipulación analizada: *Pap. 18 quaest. D. 33,4,7,4*. Una constitución imperial de Justiniano, del año 530 d.C., en concreto *C. 5,13,1,10*, también hace referencia a una *cautio defensionis*, e indica lo siguiente: “*Imperator Iustinianus. Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris vel nurus in familiae herciscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis praestanda. \* IUST. A. AD POP. URB. CONSTANTINOPOLITANAE ET UNIVERSOS PROVINCIALES.\* <A 530 D.K.NOV.LAMPADIO ET ORESTE CONSS.>*”). Precisamente por encontrarse en una fuente plenamente justiniana (*Codex*) y, en concreto, una constitución del propio Justiniano, hemos descartado la denominación de *cautio defensionis*.

<sup>425</sup> La expresión *defendendum* aparece en BIA hasta en un total de 31 ocasiones en las fuentes, siendo solo uno de los fragmentos del Digesto el que hace referencia a esta caución judicial: *Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,31pr.* (texto que también incluye la referencia a *defensum iri*). Respecto a *Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,8*, que incluye la expresión *defendendum*, descartamos que acoja una estipulación judicial, si bien nos remitimos al análisis de este texto *ut infra* (vid. p. 185 y ss.).

<sup>426</sup> La expresión *defensurum* aparece en dos ocasiones en las fuentes según la búsqueda en BIA, siendo únicamente *Paul. 5 ad Plaut. D. 17,1,45,2* la que hace referencia a la *cautio* aquí analizada.

<sup>427</sup> Únicamente un texto del Digesto hace referencia a la expresión *defendit* en relación con esta estipulación concreta: *Ner. 7 memb. D. 5,3,57*.

<sup>428</sup> Con la expresión *defendere* aparecen dos textos consecutivos en el Digesto, que vienen relacionados con esta caución. Estos son *Paul. 9 ad Plaut. D. 31,8,3* y *Paul. 9 ad Plaut. D. 31,8,4*.

<sup>429</sup> Otro texto que hace referencia a la *cautio defensum iri* y así ha sido identificado mediante la búsqueda en BIA es *Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6,1,58*, que a pesar de no incluir ninguna referencia a ninguna de las derivaciones de *defendere*, también contiene una aplicación de esta estipulación.

*factum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petiorem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.*

Este texto, similar al texto de Alfeno ya analizado en el capítulo anterior relativo a la *cautio de evictione* -D. 6,1,57- y ubicado inmediatamente después del mismo, expone el caso en el que el poseedor de un esclavo que ha cometido un hurto es demandado como consecuencia de la interposición de dos acciones ejercitadas contra él: una *rei vindicatio* y una *actio furti noxalis*. El jurista Paulo, comentando a Alfeno, considera que, si el demandado fuese condenado en primer lugar en el procedimiento de la *rei vindicatio*, nada obstaría para que también sufriera una condena en el segundo juicio derivado del ejercicio de la *actio furti noxalis*. En este sentido, el texto indica que el demandado no estaría obligado a entregar el esclavo a no ser que el actor de la *rei vindicatio* prometiera aceptar el litigio de hurto y, por lo tanto, defender al esclavo en la *actio furti noxalis*.

Cabe tener en cuenta que, si bien en la *rei vindicatio* lo que se persigue es la recuperación de la posesión del esclavo o la condena al valor de la cosa en el momento de la sentencia, en la *actio furti noxalis* lo que se persigue es que el *dominus* responda por el delito cometido por el hurto de su esclavo, que implica una responsabilidad mayor, dado que si no entrega al esclavo en noxa será condenado al doble del valor del mismo en el momento en que hubiera sido cometido el hurto. De ahí que, ante la posibilidad de ser condenado al duplo, el demandado pudiera solicitar al juez que exigiera al actor de la *rei vindicatio* la prestación de una *cautio defensum iri* con la finalidad que aceptara el litigio de la *actio furti noxalis*, evitando así un *duplex damnum* o doble perjuicio.

Sin embargo, nos encontraríamos ante una solución distinta en el caso en que se hubiera fallado en primer lugar en contra del poseedor del esclavo en el procedimiento de la *actio furti noxalis* y se hubiera entregado en noxa al esclavo en ese primer procedimiento. En este concreto supuesto, el juez de la segunda acción, la *rei vindicatio*, habría debido absolver al demandado, puesto que el esclavo habría sido objeto de evicción sin dolo o culpa del poseedor. Ello es así dado que el esclavo ya fue entregado en noxa como consecuencia de la *actio furti noxalis*, y esa entrega en noxa habría implicado que al juez de la reivindicatoria le hubiera sido imposible llevar a cabo la estimación del objeto

de litigio<sup>430</sup> (esto es, la estimación del valor del esclavo en el momento de dictar sentencia) dada la ausencia del esclavo, que ya había sido entregado en noxa en el primer procedimiento. Compartimos con Bianchi que esta distinción de soluciones -según si la primera condena es en el seno del procedimiento de la *rei vindicatio* o de la *actio furti noxalis*- responde claramente a la lógica, y por ello no pueden justificarse las sospechas de interpolación que sufrió este fragmento por parte de De Sarlo, autor que considera que el recurso a la *cautio* debería haberse llevado a cabo independientemente de en cual de las dos acciones hubiera tenido lugar la primera condena.<sup>431</sup>

Este texto no ha sido objeto de análisis por parte de Giomaro en su monografía relativa a las *cautiones iudiciales*. Consideramos, sin embargo, que el texto responde claramente a la naturaleza de la *cautio defensum iri*, puesto que el promitente de la caución contenida en el fragmento se compromete a asumir la defensa de la contraparte en base a una acción -la de hurto, en vía noxal- ejercitada por un tercero en base a la misma relación jurídico-legal que las partes están discutiendo en el proceso actual. En concreto, en base al mismo objeto de litigio. En nuestra opinión, no estamos ante una *cautio de evictione* idéntica a la contenida en D. 6,1,57, a pesar de su similitud. Y ello es así dado que lo que persigue la caución del fragmento aquí analizado no es que el actor responda simplemente de la evicción (y, por lo tanto, asuma su responsabilidad para el caso que el esclavo sea objeto de evicción), sino que lo que se pretende de forma concreta es que el actor asuma la defensa en el segundo procedimiento (en la acción de hurto) a los efectos de evitar la propia evicción. En efecto, mientras que en D. 6,1,57 se nos presenta un caso donde existe una concurrencia de dos acciones reivindicatorias, en D. 6,1,58 estamos ante la interposición concurrente de una acción reivindicatoria y una acción de hurto en vía noxal. Entendemos que los casos presentados responden a una lógica clásica: es coherente que, ante la concurrencia de dos acciones idénticas, que pretenden únicamente obtener la posesión del esclavo, se pueda exigir sólo la *cautio de evictione*, a los efectos que se responda de la evicción del esclavo. Y también resulta lógico que, ante la concurrencia de una acción reivindicatoria y una acción de hurto en vía noxal, el juez de la reivindicatoria exija al demandante que pretende la posesión que preste caución de defender al demandado en un futuro en el procedimiento de la acción de hurto, puesto

---

<sup>430</sup> SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 67.

<sup>431</sup> BIANCHI, E. *D. 6,1,57...*, p. 6 y nt. 23. El autor hace referencia a su vez a DE SARLO, L. *Alfeno Varo e i suoi Digesta*. Milano: Giuffrè, 1940, p. 39.

que estamos una acción que exige la responsabilidad por el delito y va más allá de la simple restitución de la posesión.

Finalmente, al igual que hemos venido señalando en los sucesivos análisis de la fórmula de la *rei vindicatio*, cabe recordar que esta caución habría podido facilitarse en el seno de este procedimiento dado que la fórmula de esta *actio in rem* incluía una cláusula arbitraria.

### 3.4.2. *Hereditatis petitio*

Algunos textos del Digesto nos muestran una aplicación de la estipulación judicial de defensa futura en el procedimiento de petición de herencia.

El primer fragmento, del jurista Neracio, es el siguiente:

*Ner. 7 memb. D. 5,3,57*

*Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is cum quo actum est, quia neque possideat neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio revictus restituerit: an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat quam **si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit**. Sed melius est officio iudicis cautione vel satisfatione victo mederi, cum et res salva sit ei, qui in exsecutione tardior venit adversus priorem victorem.*

Ya tuvimos ocasión de apuntar en el capítulo anterior el contenido de este fragmento, como consecuencia del análisis de D. 6,1,57 (texto del jurista Alfeno), en el caso de concurrencia temporal de dos acciones reivindicatorias. Pues bien, en este texto del jurista Neracio nos encontramos ante un caso de doble *hereditatis petitio* contra el poseedor de una misma herencia.

El jurista Neracio se pregunta lo siguiente: si uno es demandado en dos procedimientos de petición de herencia y se dicta sentencia en uno de ellos favorable al *petitor hereditatis*, ¿qué sucedería si también se fallara a favor del otro presunto heredero en la otra acción? Para resolver esta cuestión, Neracio apunta que sólo será condenado el demandado poseedor de la herencia siempre que el heredero petionario de la primera acción le prometa mediante *cautio* que le defenderá contra el otro heredero petionario del otro procedimiento.

En nuestra opinión, el texto hace clara referencia a una *cautio defensum iri*. Y ello es así puesto que no es lo mismo proceder a la restitución de un fundo que proceder a la restitución de un caudal hereditario y lo que ello conlleva: la restitución de un conjunto de bienes, créditos y deudas. Por ello, el jurista Alfeno recurre a una *cautio de evictione* en el caso de doble *rei vindicatio* de un fundo y el jurista Neracio recurre a una *cautio defensum iri* en el caso de doble *hereditatis petitio*: en abstracto, resulta más sencillo restituir un fundo que restituir una masa hereditaria, y por ello se prefiere, ante el caso de dos peticiones hereditarias paralelas, que se prometa una caución para que se defienda la herencia en el otro procedimiento petitorio. Por otro lado, también parecería gravoso que el juez impusiera una *cautio de evictione* al vencedor del primer juicio petitorio, sin darle la posibilidad de defender la herencia en el segundo pleito. Por todo lo expuesto, si bien Nardi estima que ambas cauciones recogidas en ambos textos son de un tipo similar,<sup>432</sup> consideramos que son dos estipulaciones que protegen dos finalidades distintas y, en consecuencia, son dos cauciones diversas.

El segundo fragmento es del jurista Ulpiano, en el que a su vez cita a Juliano:

*Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,31pr.*

*Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petito rem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Iulianus libro sexto digestorum scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se petito rem defensum iri. Sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo*

---

<sup>432</sup> NARDI, E. *Studi sulla ritenzione...*, p. 94.

*quod solvit non videtur locupletior factus: nisi forte habeat conditionem et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore: conditionem tamen praestare debet. Sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debet.*

Este fragmento muestra el supuesto por el que si el poseedor de una herencia pagó el crédito a alguno de los acreedores de la herencia, podrá imputarlo al *verus heres* en el curso del procedimiento de la *hereditatis petitio*, aunque con el pago no se hubiera liberado al heredero, puesto que *nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat* (lo que uno paga en nombre propio, no en el del deudor, no libera al deudor). El poseedor de la herencia, sin embargo, podría ejercitar la *condictio indebiti*.

En efecto, lo que nos muestra el texto es que ese crédito no se habría extinguido respecto al heredero, que podría ser demandado por el acreedor. El heredero podría oponer una *exceptio* contra la acción de reclamación del acreedor (en concreto, contra la *condictio*), si bien dicha *exceptio* debería basarse en el pago ya realizado y en la promesa por parte del *possessor hereditatis* consistente en que no ejercerá la *condictio indebiti* contra el acreedor o bien le cederá la *condictio indebiti*.

Pues bien, para forzar al poseedor de la herencia a intervenir en el procedimiento de la *condictio* del acreedor contra el heredero, Juliano considera que el poseedor de la herencia solamente podrá imputar el pago ya realizado al acreedor en el procedimiento de la *hereditatis petitio*, siempre y cuando prometa la *cautio se petitorem defensum iri*, no estando obligado a restituir. Según Schipani, la restitución consistiría en la simple cesión de la *condictio*, que es cuanto posee.<sup>433</sup>

En la segunda parte del fragmento, Ulpiano se cuestiona el fundamento de esta estipulación judicial y se pregunta si esta caución más bien debería ser exigida para evitar el caso de un enriquecimiento injustificado al poseedor hereditario, dado que si se detrajera el importe del crédito de la masa hereditaria y posteriormente solicitara mediante

---

<sup>433</sup> SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 165.

la *condictio indebiti* ese importe, claramente se estaría enriqueciendo de forma injustificada.

Respecto a la genuinidad del paso, Beseler lo considera interpolado en su totalidad.<sup>434</sup> No tan estricto es Greiner, que en sus comentarios a la obra de Neracio apunta que únicamente la parte relativa a la caución resulta interpolada.<sup>435</sup>

Por su parte, Giomaro entiende que la *cautio* es clásica y que el texto demuestra que el enriquecimiento injustificado era un presupuesto de la *cautio defensum iri*, siendo el elemento que la diferencia de la *cautio de indemnitate*. Asimismo, el fragmento demuestra que esta *cautio defensum iri* existió ya en época del emperador Adriano. Precisamente la autora defiende que, mientras que el primer texto aquí analizado (D. 5,3,57, de Neracio) responde a una época donde la *cautio defensum iri* tenía las características propias de la *cautio de indemnitate*, en la época de Juliano (D. 5,3,31pr., de Ulpiano) puede observarse como la *cautio defensum iri* adquiere unas características individuales claras, que consisten en que, junto con la necesidad de evitar un daño injusto a una de las partes, debe poderse demostrar la existencia de una *locupletio* de la otra parte, que representaría el elemento diferenciador con la *cautio indemnitatis*.<sup>436</sup>

Finalmente, resulta obligado recurrir a la fórmula de la acción de petición de herencia a los efectos de dilucidar si esta estipulación judicial podría encontrar su fundamento en la segunda fase del procedimiento derivado de la misma. La *hereditatis petitio*<sup>437</sup> era una

---

<sup>434</sup> En la doctrina minoritaria destacan, entre otros, BESELER, *Beiträge III*, p. 179 y ss., y MARRONE, M. *L'effetto normativo della sentenza...*, p. 96 y ss. y 101 (este último autor considera que la parte final del texto, que contiene la respuesta jurídica, es muy sospechosa).

<sup>435</sup> GREINER, R. *Opera Neratii...*, p. 85. El autor considera que tanto D. 5,3,57 -de Neracio- como D. 6,1,57 -de Alfeno Varo- contienen expresiones claramente justinianeas, como pueden ser *officium iudicis*, *victo mederi* y *venire adversus*. Según el autor, seguramente el texto de Neracio habría expuesto una dicotomía entre sabinianos y proculeyanos; controversia que habría sido eliminada por los compiladores, que habrían resuelto con autoridad (*autoritativ entschieden haben*). La opinión contraria viene de parte de Sacconi, que excluye que el fragmento de Neracio viniera encuadrado dentro de una contraposición de opiniones entre sabinianos y proculeyanos. La autora considera que tanto el texto de Neracio como el de Alfeno son fragmentos que tratan el modo en que debe ser valorado el comportamiento del demandado, el cual cumple con la *restitutio* de la *hereditas* al actor de un procedimiento y el resarcimiento de los daños del actor del otro proceso. En este sentido, vid. SACCONI, G. *La "pluris petitio" nel processo formulare...*, p. 31.

<sup>436</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 153 y ss.

<sup>437</sup> Sobre la *hereditatis petitio*, vid., entre otros, LONGO, G. *L'Hereditatis petitio*. Padova: CEDAM, 1933; CARCATERRA, A. *La hereditatis petitio (primi appunti)* en AUBA 3 (1940), p. 90 y ss.; DÉNOYEZ, J. *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée en Droit Romain*. Paris: Sirey, 1953; DI PAOLA, S. *Saggi in*

acción civil *in rem* especial que se tramitaba como una *vindicatio* mediante la que se reclamaba la herencia como un conjunto (*universitas*) contra cualquier poseedor de los bienes hereditarios.<sup>438</sup>

La reconstrucción de la fórmula de la *hereditatis petitio* es la siguiente<sup>439</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret hereditatem P. Maevii ex iure Quiritium A. Agerii esse neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur* quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.

La fórmula de esta acción incluye una cláusula arbitraria o restitutoria<sup>440</sup>, a pesar de las reticencias de parte de la doctrina<sup>441</sup>; cláusula que habría habilitado al *iudex* a hacer prometer la *cautio defensum iri* a los efectos de hacer cumplir de forma completa el *iussum de restituendo*.<sup>442</sup> Es a través de dicha cláusula que el *iudex* podría haber exigido al actor que prometiera una estipulación *defensum iri*, a los efectos que este último interviniera y asumiera la defensa en el segundo procedimiento petitorio, cumpliendo así con una *restitutio* completa de la herencia como *universitas iuris*.

---

*materia di hereditatis petitio*. Milano: Giuffrè, 1954; TALAMANCA, M. *Studi sulla legittimazione passiva alla "Hereditatis petitio"*. Milano: Giuffrè, 1956; SCHWARZ, F. *Studien zur Hereditatis petitio* en TR 24 (1956), p. 279 y ss.; DERNBURG, H. *Ueber das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*. Frankfurt am Main: Keip, 1970 (Facsimil, Heidelberg: Akademische Verlagsbuchhandlung, 1852); QUADRATO, R. *Hereditatis petitio possessoria*. Napoli: Jovene, 1972; DE LA ROSA DIAZ, P. "Hereditatis petitio" en Estudios Juan Iglesias 3, pp. 1255-1292; MÜLLER-EHLEN, M. *Hereditatis petitio: Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*. Köln: Böhlau, 1998; CASINOS MORA, F.J. *Sobre la controvertida fórmula de la hereditatis petitio y su pretendida cláusula arbitraria* en RGDR 4 (2005), pp. 1-12 y *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2006. Sobre la reconstrucción de la fórmula de esta acción vid. LENEL, *EP*, p. 176 y ss., RUDORFF, *Edictum*, p. 70 y ss.; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 39.

<sup>438</sup> D'ORS, *DPR*, p. 335 (§248 y §249). Según D'Ors, el tema de la *hereditatis petitio*, en concreto el de la legitimación pasiva de la acción, es objeto de discusión en la doctrina.

<sup>439</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 39.

<sup>440</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 39 nt. 17.

<sup>441</sup> En contra de la existencia de una cláusula arbitraria en la fórmula de la *hereditatis petitio* en época clásica vid. CASINOS MORA, F.J. *Sobre la controvertida...*, pp. 1697-3046 *in fine*.

<sup>442</sup> También incluyen la cláusula arbitraria en la reconstrucción de la fórmula de la *hereditatis petitio* tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 71 como LENEL, *EP*, p. 177. Por su parte, MANTOVANI, *Le formule*, p. 39 nt. 17 incluye una serie de textos que fundamentarían la inclusión de esta cláusula en la fórmula de la *hereditatis petitio*. Estos textos son *Gai. 6 ad ed prov. D. 5,3,10,1*: "Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio iudicis restituitur quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est."; *Paul. 20 ad ed. D. 5,3,34,1*: "Si servus vel filius familias res hereditarias teneat, a patre dominove peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio servi habeat, et Iulianus existimat posse a domino quasi a iuris possessore hereditatem peti."; *Paul. 20 ad ed. D. 5,3,36,1*: "Sed et a filio familias peti hereditatem posse non est dubium, quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum. Multo magis dicimus posse peti hereditatem a filio familias, qui, cum pater familias esset et possideret hereditatem, adrogandum se praestavit."; *Iav. 1 ex Plaut. D. 5,3,44*: "Cum is, qui legatum ex testamento percepit, hereditatem peti, si legatum quocumque modo redditum non sit, iudicis officio continetur, ut victori deducto eo quod accepit restituatur hereditas." y *D. 5,3,57* (este texto ya ha sido reproducido *ut supra*).

### 3.4.3. *Actio pro socio*

Como ya señalamos con anterioridad en el capítulo relativo al análisis de la *cautio de indemnitate*, todo apunta a que las acciones que contenían una cláusula *ex fide bona* podían dar lugar a estipulaciones judiciales en la fase *apud iudicem*, con fundamento en la *bona fides*.

En este sentido, un fragmento del Digesto versa sobre la posibilidad de facilitar una *cautio defensum iri* en el supuesto de ejercicio de la acción de división y reclamación de obligaciones derivadas del contrato de sociedad<sup>443</sup>:

*Paul. 60 ad ed. D. 17,2,28*

*Si socii sumus et unus ex die pecuniam debeat et dividatur societas, non debet hoc deducere socius quemadmodum praesens pure debet, sed omnes dividere et cavere, cum dies venerit, defensu iri socium.*<sup>444</sup>

En este fragmento, el jurista Paulo nos muestra el caso de dos socios, siendo que uno de ellos ha contraído una deuda a plazo en interés de la sociedad. Si se divide la sociedad -aunque no se diga explícitamente, a través de la *actio pro socio*- el jurista considera que el socio no debe deducir esa deuda a plazo como si fuera una deuda presente sin término, sino que en efecto deben dividirse todas las otras cosas de la sociedad y prestar el socio no deudor caución de que cuando venza el plazo defenderá<sup>445</sup> al socio en la acción de reclamación de dicha deuda.

---

<sup>443</sup> Como ya indicamos anteriormente, el contrato de sociedad era esencialmente revocable por cualquier de los socios, ante el cese de la confianza mutua entre ellos. Ese cese de la confianza también se producía por el ejercicio de la *actio pro socio*. Vid. D'ORS, *DPR*, pp. 576 y 577 (§ 486).

<sup>444</sup> Respecto a este texto vid., entre otros, LENEL, O. *Quellenforschungen in den Edictcommentaren (Schluss)* en *ZSS* 4 (1883), pp. 117-120; VASALLI, F. *Dies vel condicio* en *BIDR* 27 (1914), p. 266; BIONDI, B. *La compensazione nel diritto romano* en *Annali Palermo* 12 (1929), p. 333; SOLAZZI, S. *La compensazione...*, pp. 68-71; ARANGIO-RUIZ, V. *La società...*, p. 87; HERNÁNDEZ LERA, J. *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*. Madrid: Dykinson, 1992, pp. 225-228; y POGGI, A. *Il contratto di società in diritto romano classico*. Napoli: Jovene, 2012, pp. 212-214.

<sup>445</sup> No estamos de acuerdo con la traducción llevada a cabo por D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Pamplona: Aranzadi, 1975, p. 643, donde claramente los traductores están haciendo referencia a una *cautio de indemnitate*, al traducir el fragmento de la siguiente manera: "garantizar que, al cumplirse el término, se

Otro texto del Digesto, también del jurista Paulo, reconoce esta posibilidad de interponer cauciones en los supuestos de división societaria:

*Paul. 6 Plaut. D. 10,3,16*

*Cum socii dividunt societatem, de eo, quod sub condicione deberetur, cautiones intervenire solent.*

Consideramos que estos fragmentos, a pesar de no hacer referencia al *iudex*, podrían ser perfectamente aplicaciones de cauciones en el ámbito judicial en el seno de la *actio pro socio*, y no tan sólo por vía convencional entre los socios ante la disolución de la sociedad. El hecho de que D. 17,2,28 incluya la partícula *defensu iri* al igual que muchos de los textos que hacen referencia a esta estipulación judicial y también que ambos textos se encuentren en rúbricas de la *actio pro socio* y la *actio communi dividundo* parece llevar a la conclusión que estamos ante una *stipulatio* que podía perfectamente prestarse en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio pro socio*, como consecuencia de la existencia de una deuda a plazo contraída por uno de los socios.

Como ya analizamos en el capítulo relativo a la *cautio de indemnitate*, el juez de la *actio pro socio* podía interponer cauciones para evitar tanto un daño emergente como un lucro cesante: D. 17,2,38pr. Si bien consideramos que este fragmento hace referencia a la *cautio de indemnitate*, sin duda demuestra en definitiva la posibilidad de interponer cauciones en el ámbito de la acción *pro socio*.

Compartimos plenamente con Hernández Lera el argumento de que la *actio pro socio*, como acción que contiene una cláusula *oportet ex fide bona*, permite al *iudex* un amplio margen para valorar la pretensión del demandante, precisamente por la flexibilidad de la fórmula. Por ello, no resulta necesario en este tipo de procedimientos que el demandado opusiera ninguna *exceptio* basada en la equidad o en el dolo, dado que el juez no sólo

---

*indemnizará al socio <que pague>*". No entendemos por qué motivo se traduce como indemnizar lo que en latín claramente quiere decir defender. Por su parte, ARANGIO-RUIZ, V. *La società...*, p. 87, considera que la caución a que se hace referencia en el texto podía ser de defender o de indemnizar, si bien considera que el texto está repleto de errores gramaticales.

tenía en cuenta las obligaciones recíprocas de las partes derivadas del contrato de sociedad, sino también el daño emergente y el lucro cesante en el momento de fijar la condena.<sup>446</sup>

#### 3.4.4. *Actio mandati*

Otra aplicación de la *cautio defensum iri*, relacionada con una acción de mandato, viene referenciada también en un texto de Paulo, contenido en el Digesto:

*Paul. 5 ad Plaut. D. 17,1,45,2*

*Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est te agere posse, ut obligationem suscipiam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo defensurum te.*

El texto relata el caso de un mandatario que, en cumplimiento del mandato de gestión de negocios, promete mediante estipulación algo a alguno de los acreedores del mandante. Imaginemos que, por ejemplo, el mandatario se obliga a pagar 1000 sestercios a un acreedor. Ante esta situación, Paulo considera que, antes que el mandatario pague al acreedor esta cantidad, puede interponer la *actio mandati* contra el mandante a los efectos de que este último acepte la obligación contraída mediante *stipulatio* (esto es, que prometa el pago de los 1000 sestercios). En caso de que el acreedor se niegue a novar la obligación con el mandante, el mandante podrá ser absuelto en sentencia siempre que prometa que defenderá al mandatario frente al acreedor que le reclame la cantidad estipulada de 1000 sestercios.

Gran parte de la doctrina, entre los que encontramos a Frezza, considera que este texto está haciendo referencia a una *actio mandati in ius ex fide bona*.<sup>447</sup> Seguramente esta es la opción más plausible, puesto que en efecto el texto se encuentra bajo la rúbrica D. 17,1

---

<sup>446</sup> HERNANDEZ LERA, J. *El contrato de sociedad...*, p. 228.

<sup>447</sup> FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. Vol I. Le garanzie personali*. Padova: CEDAM, 1962, p. 178 (el autor no considera que estemos ante la *cautio defensum iri*, sino ante una garantía de protección del derecho de regreso); y WATSON, A. *Contract of Mandate...*, pp. 165-166 (que pone en duda si el texto está haciendo referencia al mandatario o bien al *procurator*).

*Mandati vel contra*. Por esta razón, consideramos que erra Giomaro<sup>448</sup> al señalar que nos encontramos ante un texto relativo al procedimiento de la *actio negotiorum gestorum*<sup>449</sup>. Si bien el texto habla de *negotia mea geris*, tanto de la rúbrica como de los fragmentos anteriores y posteriores al texto analizado<sup>450</sup> puede claramente desprenderse que nos encontramos ante una gestión de negocios ajenos con mandato, que implicaría el ejercicio de la *actio mandati* y en ningún caso la interposición de una *actio negotiorum gestorum*.

Hemos tenido ya ocasión de analizar la fórmula de la *actio mandati* en el capítulo correspondiente a la *cautio de indemnitate*. Como pudimos observar, en dicha fórmula habría sido incluida una cláusula *ex fide bona*, que habría permitido al juez un mayor arbitrio para tomar en consideración todo aquello que pudiera influir en la relación entre las partes, en base a la *bona fides*; incluyendo en este caso la prestación de una *cautio defensum iri*.

### 3.4.5. *Actio ex testamento*

#### 3.4.5.1. El caso del legatario con nombre igual al de dos de los amigos del testador y un supuesto de pluralidad de legatarios

En dos de las rúbricas del Digesto dedicadas a los legados y fideicomisos (D. 31 y D. 32, ambas bajo el nombre de *De legatis et fideicommissis*) y en la rúbrica dedicada al legado liberatorio de una deuda (D. 34,3: *De liberatione legata*) podemos identificar cinco fragmentos que parecen hacer referencia a aplicaciones de la *cautio defensum iri* en el seno de la *actio ex testamento*.

---

<sup>448</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 133-134.

<sup>449</sup> Respecto a la naturaleza jurídica y características de la *actio negotiorum gestorum* vid. CENDERELLI, A. *La negotiorum gestio...*, p. 139 y ss. y FINAZZI, G. *Ricerche in tema di negotiorum gestio I...*, p. 165 y ss.

<sup>450</sup> Reproducimos a continuación los fragmentos anterior y posterior. El anterior es *Paul. 5 ad Plaut. D. 17,1,45,1*: “*Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: nondum enim perfecisti mandatum.*” El posterior es *Paul. 5 ad Plaut. D. 17,1,45,3*: “*Si iudicio te sisti promisero nec exhibuero, et antequam praestem, mandati agere possum, ut me liberes: vel si pro te reus promittendi factus sim.*”

Los dos primeros fragmentos son del jurista Paulo, e indican lo siguiente:

*Paul. 2 ad Plaut. D. 31,8,3-4*

3. *Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet, ut puta si Titio relictum est et duo eiusdem nominis amici testatoris veniant et legatum petant et heres solvere paratus sit, **deinde ambo defendere heredem parati sint, eligere debere heredem, cui solvat, ut ab eo defendatur.***

4. *Certam pecuniam legatam si et legatarius et substituti legatarii peterent et heres solvere paratus sit, **si ambo defendere heredem parati sint, eligere debet heres cui solvat, ut ab eo defendatur:** et, si neutrius manifesta calumnia videatur, ei potius solvendum, cui primum legatum est.*

En el primer fragmento nos encontramos ante un caso en el que el testador deja un legado a nombre de Ticio en testamento, y dos amigos del testador que -casualmente- tienen el mismo nombre (Ticio) proceden a reclamar al heredero *ex testamento* a los efectos de cobrar el legado, dado que cada uno por su parte considera que es el legatario designado en testamento. Ante esta situación, estando el heredero dispuesto a pagar el legado, Paulo considera que el heredero podría elegir a qué legatario pagar el legado, siendo seguramente el criterio para su elección el del legatario que estuviera dispuesto a prometerle una caución a los efectos de defenderle en caso de que el otro legatario demandara al heredero con éxito.

El segundo fragmento nos indica que, si el legatario y los legatarios sustitutos piden una determinada cantidad legada en testamento a través de la *actio certae pecuniae ex testamento*, y el heredero demandado está dispuesto a pagar dicha cantidad y los actores (legatario y sustituto, por ejemplo) están dispuestos a prestar la *cautio defensum iri*, el heredero puede elegir a quién pagar (discrecionalmente) y el actor al que se elija pagar debe prestar la caución de defenderlo respecto a la reclamación efectuada por el otro actor.

Yaron, al comentar este texto (en concreto, el primer fragmento), considera que la clave para su interpretación se encuentra en la partícula *et heres solvere paratus sit*<sup>451</sup> y, por lo tanto, en la disposición del heredero a restituir el legado. El autor considera que el pago del legado no puede hacerse efectivo, puesto que ninguno de los posibles legatarios ha presentado su reclamación. Además, añade que si, a pesar de todo, el heredero está dispuesto a pagar, puede elegir al reclamante que prefiera, obteniendo del legatario de su elección una garantía para el caso de que la otra parte interponga una demanda contra él. Somos críticos con la visión de Yaron, puesto que con su explicación está dando a entender que nos encontramos ante una estipulación convencional entre legatario y heredero/fideicomisario, cuando en nuestra opinión el texto seguramente refiere una caución procesal.

Levy, por su parte, entiende que estamos ante un claro supuesto de concurrencia de legatarios y considera que ambos textos, paralelos e idénticos en redacción, hacen clara referencia a una *cautio defensu iri adversus alterum*, que debería ser prestada por uno de los legatarios actores al heredero. Según el autor, no estamos ante un caso de *actio ex testamento* donde el heredero demandado hubiera incluido una *exceptio doli* en la fórmula. Por último, en su opinión la referencia a la *calumniia manifesta* sí que es fruto de una interpolación y no habría formado parte de la discusión clásica.<sup>452</sup>

Somos contrarios a la opinión de Levy en relación con la no-inclusión de la *exceptio doli* en la fórmula. Si admitimos que ambos textos están haciendo referencia a una *actio certae pecuniae ex testamento* (el fragmento 3 hace referencia a *solvere* y el fragmento 4 hace clara referencia a *certam pecuniam legatam*), y, por lo tanto, encontrándonos ante una acción civil *in personam*, estamos en condiciones de afirmar que resultaría imprescindible que el heredero demandado hubiera hecho incluir la *exceptio doli* en la fase *in iure* del procedimiento de la acción, puesto que si no lo hubiera hecho no habría podido hacer valer la existencia de otra reclamación o posible reclamación por parte del otro amigo llamado también Ticio y no habría podido exigir del demandante la *cautio defensum iri*. Consideramos que, aunque el texto no hace explícita referencia a la *exceptio*

---

<sup>451</sup> YARON, R. *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1960, p. 189.

<sup>452</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, p. 34. También coincide en esta opinión TALAMANCA, M. *Revoca testamentaria...*, p. 288 y ss.

*doli*, sin duda el contenido del fragmento da a entender que el heredero demandado habría hecho constar la situación en la fase *in iure* del propio procedimiento de la *actio certae pecuniae ex testamento*, explicando la existencia de dos reclamaciones efectuadas por parte de dos amigos del testador llamados Ticio, creyéndose ambos legatarios, solicitando expresamente la inclusión de la *exceptio doli* en la fórmula a los efectos de asegurarse la promesa de la *cautio* por parte del legatario actor en sede *apud iudicem*.

### 3.4.5.2. Un supuesto de solidaridad activa

Pasemos ahora a examinar otro texto relativo también a la *cautio defensum iri* en el seno de la *actio ex testamento*:

*Ulp. 2 fid. D. 32,11,21*

*Sic evenit, ut interdum si pluribus testator honorem habere voluit et de pluribus sensit, quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem eius plures admittantur. Ut puta si decem fuerunt eiusdem rei stipulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est, ut eis solveret: hic enim si omnium interest et de omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt. Sed utrum in partem agent an in solidum, videamus: et credo, prout cuiusque interest, consequentur: unus igitur qui occupat agendo totum consequitur ita, ut caveat defensu iri adversus ceteros fideicommissarios eum qui solvit, sive socii sunt sive non.*

Nos encontramos aquí ante un texto de Ulpiano en el que se nos expone el siguiente *casus*: el testador ha querido dejar en fideicomiso un mismo bien a varias personas dado que quería gratificar a todas. El jurista apunta que fueron diez los que estipularon la misma cosa y, por lo tanto, todos podrían solicitar el fideicomiso. Sin embargo, se plantea la duda de si cada uno de ellos podrá reclamar por todo o bien sólo por su parte. Ulpiano considera que, si uno de ellos lo reclamara (entendemos que el primero de ellos que lo hiciera), obtendría el todo siempre que prestara la *cautio defensum iri* al fideicomitente, a los efectos de defenderle ante los demás fideicomisarios en el caso que éstos decidieran reclamar también el fideicomiso.

Según Giomaro, el texto está haciendo referencia a una hipótesis de solidaridad activa y el mismo no presenta dudas clásicas, si bien parece que la última frase *sive socii sunt, sive non* llevaría la discusión del caso al problema de la solidaridad.<sup>453</sup> Levy considera que el núcleo de la discusión del fragmento es clásico.<sup>454</sup> Asimismo, el autor indica que tanto el caso tratado en este fragmento como en *Cels. 16 dig. D. 31,16*<sup>455</sup> hacen referencia a supuestos que la *cognitio extra ordinem* no habría conocido.

Luzzatto, al citar este texto, indica que claramente nos encontramos ante una *cautio defensionis*, que según él es aquella caución que contiene la promesa de defender la cosa contra terceros. Sin embargo, el autor considera que la caución incluida en este texto no es clásica, puesto que se presta en relación con la *missio in possessionem* del fideicomisario, y por lo tanto el texto debe ubicarse en sede del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*.<sup>456</sup> Somo críticos con la visión de Luzzatto, puesto que el texto no hace referencia alguna a una *missio in possessionem* del fideicomisario, sino ante la obtención del todo (*totum consequitur ita*) en condena. En nuestra opinión, este texto demuestra la aplicación de la *cautio defensum iri* en el período clásico.

### 3.4.5.3. Supuestos relativos a un legado liberatorio de deuda

Pasemos ahora a analizar los textos relativos a la rúbrica D. 34,3, relativa al legado liberatorio de deuda. Los fragmentos, de Ulpiano y Pomponio, establecen lo siguiente:

*Ulp. 23 ad Sab. D. 34,3,3,5*

*Utrique autem legatarii habentur et in hoc casu. Nam et si quod ego debeo Titio sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negabit legatarium, ut et*

---

<sup>453</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 157-158.

<sup>454</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, pp. 36-37.

<sup>455</sup> *Cels. 16 dig. D. 31,16*: "Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri."

<sup>456</sup> LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, p. 295 nt. 282.

*Iulianus eodem libro scribit. Et Marcellus notat utriusque legatum esse tam meum quam creditoris mei, etsi solvendo fuero: interesse enim creditoris duos reos habere.*

*Pomp. 7 ex Plaut. D. 34,3,4*

*Quid ergo est, cum agere poterit creditor ex testamento? Non aliter heres condemnari debet, quam si caveatur ei adversus debitorem defensu iri. Item agente debitore nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat.*

En ambos textos se nos relata el supuesto de un legado de deuda: el testador legó a Ticio (acreedor), en favor de Cayo (deudor), la deuda que Cayo había contraído con Ticio, a fin de que Cayo quedara liberado. Ante este supuesto, Ulpiano considera que estamos frente a dos legatarios: Ticio y Cayo.

Pomponio, ante este mismo supuesto, se pregunta qué ocurriría si el acreedor quisiera demandar al heredero con la *actio ex testamento* o acción de cumplimiento del legado. Pues bien, el jurista considera que, en el seno del procedimiento de la *actio ex testamento* ejercitada por el acreedor, el demandado sólo debería ser condenado siempre que se le diera caución de defenderle contra el deudor si en el futuro demandara (al heredero) con la *actio ex testamento*. La finalidad de esta acción ejercitada por el acreedor sería la del pago del legado. A sensu contrario, Pomponio también indica que, si el primer demandante fuera el deudor, el heredero no le debería más que garantizarle la defensa contra el acreedor, puesto que la finalidad de la acción ejercitada por el deudor no es el pago del legado por parte del heredero, sino que el heredero le libere de la deuda frente al acreedor.

Levy considera que, dado que estamos ante una acción *stricti iuris in personam*, la *cautio defensum iri* sólo podría haber sido solicitada por el demandado (heredero) y facilitada por el *iudex* si el demandado hubiera hecho introducir en la fórmula una *exceptio doli*, puesto que en la formulación de la *actio certi ex testamento* no viene incluida inicialmente ninguna cláusula que faculte al *iudex* a imponer esa caución. La *exceptio doli* habría permitido al demandado (heredero) exponer el doble perjuicio del

que sería objeto si fuera condenado tanto en el procedimiento ejercitado por el acreedor como en el ejercitado por el deudor (doble condena). El autor considera que si Ulpiano no hace referencia a la *exceptio doli* en el texto es por la brevedad de su comentario, puesto que el jurista tiende más a una exposición del resultado material que no a explicar el *iter* procesal<sup>457</sup>, extremo que compartimos por entero. Finalmente, únicamente debemos reseñar que Giomaro no analiza ninguno de estos dos fragmentos en su monografía, a pesar de incluir una estipulación judicial clásica.<sup>458</sup>

#### 3.4.5.4. Casos de prelegado y legado de dote

Uno de los textos relevantes respecto a la aplicación de la *cautio defensum iri* en asuntos relativos al prelegado de dote es el siguiente:

*Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,2*

*Hoc amplius filius familias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet, nec immerito, quia ipse onera matrimonii sustinet. Integram igitur dotem praecipiet et cavebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conveniri. Idem et si alius dotem dedit et stipulatus est. Nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet, quia filii onera et nurus ipse adgnosceret necesse habet. Praecipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, verum etiam ipsi filio Marcellus scribit, sed filio datam tamdiu, quamdiu peculium patitur vel in rem patris versum sit.*

En este fragmento de Ulpiano, el jurista nos muestra el caso de Ticio (testador) que instituye heredero a sus tres hijos (entre ellos, Cayo) y dispone un *legatum dotis* para la mujer de Cayo (Sempronia). Cayo recibirá la dote como prelegado, puesto que tiene como finalidad sostener las cargas del matrimonio. Sin embargo, debemos tener presente que,

---

<sup>457</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, pp. 35-36. Como ya hemos indicado en otros apartados del presente trabajo, en algunos textos del Digesto no se hace referencia a la *exceptio doli* en supuestos que claramente sólo pueden ser concebidos si el demandado hubiera solicitado al pretor su introducción en la fórmula de determinadas acciones (acciones *in personam*).

<sup>458</sup> Únicamente Giomaro hace referencia a *Pomp. 7 ex Plaut. D. 34,3,4* en ocasión de su comentario a la obra de Levy, pero no analiza el fragmento. Vid. GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 138 nt. 19.

en caso de que se extinga el matrimonio entre Cayo y Sempronia, la dote deberá ser restituida a Sempronia.

Ante la eventualidad de una posible reclamación futura de la dote por parte de la mujer una vez extinguido el matrimonio contra los coherederos (en caso de que no se entregue la dote voluntariamente por parte de Cayo), Ulpiano considera que Cayo, como coheredero, debe prestar caución a los demás coherederos (esto es, a sus otros dos hermanos). Esta estipulación tiene por objetivo defenderles para el caso que Sempronia les reclame la restitución de la dote mediante la *actio ex testamento*. El fragmento apunta que ello también se aplica en el caso que hubiera sido un tercero el que hubiera entregado la dote y se hubiera estipulado su restitución. También en los supuestos que la dote fuera de la mujer del nieto del causante (hijo de Cayo), dado que a Cayo también le correspondería asumir las cargas del matrimonio de su hijo y su nuera, puesto que se encuentran bajo su potestad.

Giomaro considera -acertadamente bajo nuestro punto de vista- que este texto más bien hace referencia a una caución-promesa realizada en el ámbito convencional (por lo tanto, fuera del proceso).<sup>459</sup> Sin embargo, compartimos con la autora que, si comparamos este fragmento con el contenido de *Ulp. 36 ad Sab. D. 23,3,29* (que trata de la posibilidad de prestar una *cautio de indemnitate* en sede de *actio ex testamento*) podemos interpretar el texto en el sentido de poder apreciar una posible aplicación de una *cautio defensum iri* judicial. Por lo tanto, podríamos considerar que esta estipulación podría haber sido exigida por los coherederos al marido coheredero, en el caso que éste último les hubiera exigido el prelegado mediante una *actio ex testamento* y ellos hubieran hecho valer una *exceptio doli* en el procedimiento.

Giomaro también trae a colación otro texto contenido en la misma rúbrica que el fragmento anterior, que parece hacer referencia también a una *cautio defensum iri* en el ámbito procesal.<sup>460</sup> El texto es el siguiente, también del jurista Ulpiano y extraído del mismo libro *19 ad edictum*:

*Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,8*

---

<sup>459</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 135.

<sup>460</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 134.

*Item Papinianus scribit, si maritus alterum ex heredibus onus dotis solvendae, quae in stipulationem venit, suscipere iussit et mulier adversus utrumque dirigat dotis petitionem, coheredem esse defendendum ab eo, qui suscipere onus iussus est. Sed legata, quae ab utroque pro dote data electa dote retinentur, in compendio coheredis esse, qui debito levatur, non oportet, videlicet ut coheres, qui onus aeris alieni suscepit, officio iudicis legatum consequatur. Et verum est hoc, nisi aliud testator edixit.*

El supuesto de hecho del fragmento analiza el *casus* relativo al marido testador que impone mediante testamento a uno de sus dos herederos la obligación de restituir la dote a la mujer (en previsión de la disolución del matrimonio por su propia muerte). El jurista considera que si la mujer se dirige (extrajudicialmente) contra los dos coherederos, el coheredero obligado por la carga debe defender al otro coheredero.

Somos críticos con la visión de Giomaro respecto a este fragmento. El elemento central de nuestra crítica no es tanto que el texto contenga más bien una estipulación convencional que no judicial, puesto que en el fragmento anterior ello no obstaba para deducir que hubiera sido posible prestar una caución en el ámbito judicial. El elemento decisivo para opinar en contra de Giomaro es que en *Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,8* no se está haciendo referencia a la expresión *cautio*, si no tan solo a un “*coheredem esse defendendum*”.

Asimismo, otro elemento que nos lleva a descartar esta *cautio* como judicial es que en realidad no estamos ante un “prelegado” de dote, sino ante un legado de dote. En este fragmento, el marido es el testador (y no el heredero), y por ello el heredero gravado con la obligación de entrega del legado debe cumplir el legado mediante la entrega de la dote a la mujer del testador (ya sea voluntariamente o ya sea después de su reclamación por parte de la mujer). La diferencia sustancial respecto al otro texto es que, en *D. 10,2,20,2*, el riesgo respecto a los demás coherederos está en que la mujer reclame en un futuro un legado que había sido anteriormente prelegado al marido, pero en este caso la beneficiaria del legado es la mujer. Es por ello que entendemos que, en este concreto supuesto, no sería necesaria la *cautio*, puesto que el coheredero no gravado con la obligación de entrega del legado siempre podría oponer una *exceptio* en la fórmula de la *actio ex testamento*

-acción ejercitada por la mujer del testador- alegando que no es él el coheredero gravado con la obligación de entrega del legado.

Estos dos textos anteriormente analizados deben ponerse también en relación con dos fragmentos más, también de Ulpiano, pero en este caso relativos a su libro 19 *ad Sabinum*. El primero de ellos dice lo siguiente:

*Ulp. 19 ad Sab. D. 33,4,1,9*

*Celsus libro vicesimo digestorum scribit, si socer nurui dotem relegavit, si quidem ius actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum, quippe nupta est: sed si voluit eam recipere dotalem pecuniam, inquit, utile erit legatum. Si tamen haec dotem receperit, nihilo minus maritus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae herciscundae iudicio, sive non, utili actione. Ego puto, quoniam non hoc voluit socer, ut bis dotem heres praestet, mulierem agentem ex testamento **cavere debere defensu iri heredem adversus maritum. Ergo et maritus idem debebit cavere adversus mulierem defensu iri, si prior agat.***

En este fragmento, Ulpiano cita a Celso (libro 20 *digestorum*) y trae a colación un supuesto por el cual, si un suegro lega la dote a su nuera con la intención de cumplir su obligación de restituir la dote, el legado será ineficaz mientras ella siga casada, puesto que la dote se constituye con la finalidad de soportar las cargas del matrimonio. En consecuencia, la función de la dote se mantiene en tanto exista ésta. Sin embargo, si el testador hubiera querido legarle la cantidad en que consistía la dote (no la dote en sí misma), el legado sería válido y eficaz. Por otro lado, si la mujer hubiera cobrado la dote, el marido podrá no obstante ejercitar la *actio familiae herciscundae*, en cuanto titular de los bienes dotales, a los efectos de poder reclamar la dote a los herederos (siempre que fuera instituido heredero por su padre), o podrá ejercitar una acción útil (*utili actione*) para el caso que haya sido desheredado.<sup>461</sup>

---

<sup>461</sup> Este texto es comentado por VALIÑO DEL RÍO, E. *Actiones utiles*. Pamplona: EUNSA, 1974, p. 268 y ss. El autor considera que la *actio utilis* a que se refiere el texto “o bien se trataría en este caso de una acción cognitoria, como se desprende del uso del término *persecutionem*, que Ulpiano utiliza para referirse a las reclamaciones tramitables *extra ordinem* o bien de la *actio familiae herciscundae* con la ficción de que el hijo era heredero o que no había sido desheredado”.

Finalmente, Ulpiano aporta su propia visión del *casus* -que es la que incide en nuestro estudio- y afirma que, realmente, como era voluntad del suegro que el heredero pagase dos veces la dote, cuando la mujer demande al heredero mediante la *actio ex testamento*, deberá dar caución al mismo de defenderle contra una eventual reclamación del marido. Asimismo, en el supuesto que el marido reclamase antes que la mujer, también deberá dar caución al heredero de defenderlo contra la eventual *actio ex testamento* ejercitada por la mujer.

Levy critica este texto, puesto que opina que durante el matrimonio la dote pertenece al marido, y él tiene el derecho de prelación. En consecuencia, afirma que el heredero no necesita ninguna protección de precaución contra la mujer, porque su pretensión se consumiría directamente mediante la inclusión de una *exceptio doli*. Según el autor, la conclusión de este fragmento, introducida ilógicamente con la expresión "*ergo*", debe su origen a un autor que no conocía ya la estructura del derecho clásico de la competencia y que, irreflexivamente, tomó prestado el sentido y el vocabulario de la frase precedente.<sup>462</sup> En definitiva, Levy considera que la caución que debía prestar la mujer frente al marido sí es clásica, pero la del marido frente a la mujer no, dado que el heredero siempre podía defenderse ante la mujer con una *exceptio doli*.

Astolfi, al comentar este texto, entiende que, durante el matrimonio, el que primero (marido o mujer) reclame el legado, debe garantizar al heredero que le mantendrá ileso por la acción del otro cónyuge. El autor considera que, en caso de que sea al marido el primero que reclame mediante la *actio ex testamento*, deberá prestar una "*cautio defensu iri*" tanto respecto a la acción de la mujer que nazca del legado (*actio ex testamento*) como respecto a la acción a la que estará legitimada a ejercitar una vez finalice el matrimonio (*actio rei uxoriae*), a pesar de que el texto no lo dice, puesto que el autor opina que ello es una consecuencia lógica del sistema. Asimismo, el autor considera que, en caso de que sea la mujer la que ejercite la *actio ex testamento*, también deberá prestar dicha caución, pero entiende que, aunque el texto no lo diga expresamente, la caución se deberá prometer no tan solo por la *actio ex testamento* que pueda ejercitar el marido en

---

<sup>462</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, p. 43.

un futuro, sino también ante la *actio rei uxoriae* o ante la *actio ex stipulatu* que pudiera ejercitar la propia mujer en un futuro.<sup>463</sup>

Palazzolo considera que en este supuesto nos encontramos ante una doble competencia de acciones y personas. El autor considera que, partiendo de la premisa que da Ulpiano (esto es, que la voluntad del suegro era que el heredero pagara dos veces la dote) no existiría una doble ejecución de la dote desde un punto de vista jurídico, puesto que el objeto del legado es la *pecunia* y el objeto de la *praeceptio* es la dote. En este sentido, opina que la solución que aporta Ulpiano no es estrictamente jurídica, sino más bien económica, que es desde el punto de vista que debe interpretarse la voluntad del testador.<sup>464</sup>

El segundo texto, ubicado seguidamente en el Digesto, establece lo siguiente:

*Ulp. 19 ad Sab. D. 33,4,1,10*

*Per contrarium apud Iulianum libro trigesimo septimo quaeritur, si socer filio suo exheredato dotem nurus legasset: et ait agi quidem cum marito exheredato de dote non posse, verumtamen ipsum dotem persecuturum ex causa legati: sed non alias eum legatum consecuturum, quam si **caverit heredes adversus mulierem defensu iri**. Et differentiam facit inter eum, cui dos relegata est, et orcinum libertum, cui peculium legatum est: namque eum de peculio posse conveniri ait, heredem non posse, quia peculium desiit penes se habere: at dotis actio nihilo minus competit, etsi dotem desierit habere.*

En este segundo fragmento, Ulpiano cita a Juliano (libro 37 *digestorum*) y nos dice que este último jurista presenta el caso contrario: el suegro ha legado la dote de su nuera a su hijo desheredado en el testamento. Según Juliano, no se puede demandar al marido desheredado a causa de la dote, sino que es él quien puede reclamarla a causa del legado, aunque no podrá conseguirla a no ser que dé caución de defender a los herederos contra la acción de la mujer (*si caverit heredes adversus mulierem defensu iri*).

---

<sup>463</sup> ASTOLFI, R. *Studi sull'oggetto...*, p. 216.

<sup>464</sup> PALAZZOLO, N. *Dos praelegata...*, pp. 90 y 91 nt. 56.

En este texto aparece con claridad la promesa de una *cautio defensum iri*, que protege la doble condena sobre el mismo objeto (en este caso, la dote) respecto al heredero o herederos obligados a pagar el legado tanto en la *actio ex testamento* como en la futura *actio rei uxoriae* que pudiera ejercitar la mujer del hijo legatario.

Ya tuvimos ocasión de tratar este texto en el apartado relativo a la *cautio de indemnitate* y, más concretamente, en relación con *Pap. 18 quaest. D. 33,4,7pr.*, donde la *cautio* se erige como una promesa de indemnización<sup>465</sup> futura donde lo que se protege es la indemnidad del heredero y, en consecuencia, que no sufra un detrimento patrimonial más grande de lo que únicamente estaba obligado a abonar (la dote). Sin embargo, en *Ulp. 19 ad Sab. D. 33,4,1,10* lo que se persigue es que el hijo legatario defienda en un futuro procedimiento -por ejemplo, la *actio rei uxoriae*- al heredero para que este último no se vea condenado a pagar nuevamente el importe de la dote. De esta forma, la *cautio* se haría valer por parte del heredero demandado dentro del futuro procedimiento de la *actio rei uxoriae* oponiendo una *exceptio doli*, donde se alegaría la existencia de la *stipulatio* prometida por el hijo legatario y se informaría que debería ser este último a quien debiera dirigirse la acción y quien debiera pagar la dote, y en ningún caso el heredero, puesto que ya lo habría hecho con anterioridad por haber sido condenado por la *actio ex testamento* y obligado por lo tanto al pago del legado. Astolfi considera que, en base al contenido de la *cautio*, el marido se vería obligado a intervenir en el procedimiento como *procurator in rem suam*, si ha sido desheredado, y en parte como *procurator in rem suam* y en parte *nomine proprio* si ha sido nombrado como heredero *pro parte*.<sup>466</sup>

Finalmente, cabe tener en cuenta un texto más respecto a la *cautio defensum iri* en el ámbito de la *actio ex testamento*, en este caso del jurista Papiniano:

*Pap. 18 quaest. D. 33,4,7,2*

*Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exheredatum habuerit et mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit, utilis actio dotis ei dabitur. quod si ratum non habeat, defendi*

---

<sup>465</sup> LEVY, E. *Nachträge...*, p. 44.

<sup>466</sup> ASTOLFI, R. *La praeceptio...*, p. 338.

*quidem debet heres a viro, qui se defensurum promisit: sed si totam litem vir solus subierit, actio iudicati, si cautum non erit, pro ea quantitate, quae iure Falcidiae petenda est, adversus heredem dabitur.*

En este fragmento, que no viene tratado por Giomaro, se nos muestra el supuesto siguiente: si, en el legado de dote, hubiese tenido lugar contra el hijo desheredado la reducción de la *lex Falcidia*, y la mujer hubiera dado por bien hecho el pago realizado por su marido, se le dará una acción útil de dote por la cantidad que hubiera retenido el heredero.<sup>467</sup> En cambio, si ella no hubiera ratificado el pago, el marido deberá dar caución al heredero -dentro del procedimiento de la *actio ex testamento*<sup>468</sup>- de que saldrá en su defensa si reclama contra él la mujer mediante la *actio rei uxoriae*. Pero si el marido hubiera sufrido él solo el litigio, en caso de no haberse dado caución<sup>469</sup>, se dará la *actio iudicati* contra el heredero por la cantidad que se deduce de la *lex Falcidia*. Según Valiño, la *cautio* contenida en el texto se limita “a aquella porción dotal que no se ha visto afectada por la reserva de la *quarta Falcidia*.”

Todos los textos anteriormente referidos, relativos a la aplicación de la *cautio defensum iri* dentro del procedimiento de la *actio ex testamento*, tienen algo en común: para obtener una caución de defensa futura por la contraparte procesal resultaba necesario oponer una *exceptio doli* -cuya base habría sido la posibilidad de que el demandado sufriera un doble perjuicio por razón del objeto de litigio- en la fórmula del procedimiento de la *actio ex testamento* (dado que se trata de una *actio in personam stricti iuris*).

---

<sup>467</sup> En efecto, VALIÑO DEL RÍO, E. *Actiones utiles...*, pp. 267-268 confirma que el texto nos muestra un supuesto de *actio utilis rei uxoriae* por aquella cantidad que se habría retenido por razón de la *quarta Falcidia*. En concreto, considera que se trata de “la *actio rei uxoriae* (que probablemente se había extinguido por la aceptación del pago) a la que se hace revivir, contra el heredero, por la parte que éste retuvo a causa de la *lex Falcidia*.”

<sup>468</sup> Que estamos ante una caución procesal se desprende de la expresión “*totam litem vir solus subierit*”, que da a entender que el marido habría prestado o prometido la estipulación judicial de defensa futura dentro del litigio de reclamación del legado al heredero.

<sup>469</sup> También debemos tener presente el contenido de *Pap. 18 quaest. D. 33,4,7,4*: “*Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fideicommissum non repeteretur: cautiones enim praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum: sed non erit iniquum heredi subveniri.*” En este fragmento Papiniano dice que, si por error se dejó de dar la “*cautio defensionis*” y el hijo hubiera adquirido la dote a causa de un fideicomiso, no puede reclamarse este pago como indebido, pues el deber de dar caución difiere el pago pero no convierte en indebido lo que sí se debía. Papiniano considera que, en cualquier caso, no será injusto acudir en ayuda del heredero.

### 3.4.6. *Actio noxalis*

En el Digesto encontramos también otra aplicación de la *cautio defensum iri* en el procedimiento de una *actio noxalis*:

*Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14pr.*

*Si quis a multis conveniatur ex noxa eiusdem servi, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. Quid ergo est, si a pluribus conveniatur? Si quidem unus occupavit, an melior sit condicio, ut ipsi soli dedatur? An vero vel omnibus dedi debeat vel **cavere debeat defensu iri** adversus ceteros? Et verius est occupantis meliorem esse condicionem. Ei itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari iudicati.*

Giomaro no esconde en su análisis a este texto que el mismo es muy sospechoso. Según la autora, el caso expuesto en este fragmento sería aquél en que el *dominus*, demandado por varias personas distintas “*ex noxa eiusdem servi*”, entregará el esclavo al actor del juicio en el que se haya dictado sentencia en primer lugar, pero dicho actor deberá prestarle o prometerle la *cautio defensum iri* a los efectos de defenderle, y todo ello en base al principio *occupantis melior est condicio*.<sup>470</sup>

Bürge, por su parte, entiende que nos encontramos efectivamente ante una *cautio defensum iri* (el autor la denomina *cautio defensu iri*, a tenor de la literalidad del fragmento).<sup>471</sup> Sin embargo, al contrario que Giomaro, considera que esta caución iría en contra del principio *occupantis melior est condicio*.

Según Berger, el principio *occupantis melior est condicio* responde al significado de que aquél que ostenta la posesión de la cosa está en una mejor posición.<sup>472</sup> El autor considera que esta regla hace referencia a una mejor situación procesal del poseedor de

---

<sup>470</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 160 nt. 64.

<sup>471</sup> BÜRGE, A. *Occupantis melior est condicio* en ZSS 106 (1989), p. 270.

<sup>472</sup> Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary*..., p. 606.

una cosa cuando otras personas reclaman la misma. Cuando varias personas demandan contra el mismo demandado mediante acciones noxales o acciones de peculio, el actor que primero obtiene una sentencia favorable está en una mejor situación que los demás reclamantes, puesto que su reclamación es satisfecha mediante la *noxae deditio* o entrega del esclavo o con el *peculium*.

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que la *cautio* analizada no estaría directamente relacionada con el principio. Esta caución habría sido facilitada por el *iudex* precisamente para evitar que los otros reclamantes demandaran al primer vencedor a los efectos de conseguir la cosa, puesto que ya había sido dada en noxa. Es por ello por lo que el vencedor del primer litigio puede exigir una *cautio defensum iri* al demandado junto con la entrega en noxa del esclavo, para asegurarse así la intervención de este último en los futuros procedimientos que intentaran contra él.

Como ya tratamos en su momento, en cualquier acción noxal *cum noxae deditio* (sea cual fuera su forma), la alternativa entre el pago del valor máximo del esclavo y la entrega en noxa del esclavo habría permitido facilitar o exigir una *cautio defensum iri* en el seno de la fase *apud iudicem* del procedimiento.

### 3.4.7. Esquema sintético de la *cautio defensum iri*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio defensum iri* en base a las fuentes y a las acciones en las que surgían:

<b>CAUTIO DEFENSUM IRI o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE DEFENSA FUTURA</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<i>Rei vindicatio</i>	<i>Paul. 3 epit. Alf. dig. D.</i> 6,1,58	En el procedimiento de la <i>rei vindicatio</i> las fuentes nos muestran la aplicación de una estipulación judicial de defensa futura para el caso en que el poseedor de un esclavo que haya cometido un hurto sea demandado como

		consecuencia de una <i>rei vindicatio</i> y una <i>actio furti noxalis</i> . Ante la posibilidad de ser condenado en los dos procedimientos, el demandado puede solicitar al juez que exigiera al actor de la <i>rei vindicatio</i> la prestación de una <i>cautio defensum iri</i> con la finalidad que aceptara el litigio de la <i>actio furti noxalis</i> , evitando así un <i>duplex damnum</i> .
<b><i>Hereditatis petitio</i></b>	<i>Ner. 7 memb. D. 5,3,57 y Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,31pr.</i>	Las fuentes nos muestran una aplicación de esta estipulación ante un caso de doble <i>hereditatis petitio</i> contra el poseedor de una misma herencia. En concreto, el demandado poseedor de la herencia sólo será condenado siempre que el heredero peticionario de la primera acción le prometa mediante <i>cautio</i> que le defenderá contra el otro heredero peticionario del otro procedimiento.
<b><i>Actio pro socio</i></b>	<i>Paul. 60 ad ed. D. 17,2,28</i>	En el ámbito de la acción de sociedad, si uno de los socios ha contraído una deuda a plazo en interés de la sociedad, ante el supuesto de división de la sociedad, deben también dividirse sus deudas, y el socio no deudor debe prometer que, cuando venza el plazo, defenderá al socio en la acción de reclamación de dicha deuda.
<b><i>Actio mandati</i></b>	<i>Paul. 5 ad Plaut. D. 17,1,45,2</i>	En el marco de la acción de mandato, si el mandatario, en cumplimiento del mandato de gestión de negocios, promete mediante estipulación alguna cosa a alguno de los acreedores del mandante, antes que el mandatario pague al acreedor, puede interponer la <i>actio mandati</i> contra el mandante a los efectos de que este último acepte la obligación contraída mediante <i>stipulatio</i> . En caso de que el acreedor se niegue a novar la obligación con el mandante, el mandante podrá ser absuelto en sentencia siempre que prometa que defenderá al mandatario frente al acreedor.

<p><b><i>Actio certae pecuniae ex testamento</i></b></p>	<p><i>Paul. 2 ad Plaut. D. 31,8,3-4; Ulp. 2 fid. D. 32,11,21; Ulp. 23 ad Sab. D. 34,3,3,5; Pomp. 7 ex Plaut. D. 34,3,4 y Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,2; Ulp. 19 ad Sab. D. 33,4,1,10 y Pap. 18 quaest. D. 33,4,7,2</i></p>	<p>En las fuentes podemos encontrar supuestos, en el ámbito de la <i>actio ex testamento</i>, en los que el legatario (actor) se ve forzado a prometer una caución de defensa futura al heredero (demandado), ante una casuística diversa: supuestos de pluralidad de legatarios, el <i>casus</i> del legatario designado con un nombre ambivalente que puede dar lugar a confusión (por ejemplo, por ser idéntico al de dos de los amigos del testador), supuestos de solidaridad activa, supuestos relativos a un legado liberatorio de deuda y supuestos de legado y prelegado de dote. La finalidad de esta estipulación es que el heredero tenga la seguridad que, si le vuelven a reclamar el legado con posterioridad, el primer legatario asuma la defensa del segundo procedimiento.</p>
<p><b><i>Actio noxalis</i></b></p>	<p><i>Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14pr.</i></p>	<p>Si un <i>dominus</i> es demandado por varias personas -mediante acciones noxales- por el delito cometido por un esclavo, el <i>dominus</i> deberá entregar el esclavo al actor del juicio en el que se haya dictado sentencia en primer lugar, pero dicho actor deberá prometerle la <i>cautio defensum iri</i> a los efectos de defenderle en los demás procedimientos noxales.</p>

### 3.5. LA CAUTIO DE RESTITUENDO O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE RESTITUCIÓN

La *cautio de restituendo* viene definida como aquella estipulación judicial que permite al demandado en la fase *apud iudicem* de determinadas acciones la posibilidad de ser absuelto mediante una promesa de restitución, siempre que no le sea posible restituir la cosa en el curso del litigio y dicha imposibilidad no pueda ser imputable a su culpa o dolo; esto es, sin responsabilidad por su parte.<sup>473</sup> En ocasiones, también puede ser exigida al actor para poder proceder a la condena del demandado, vinculando el instrumento de la *cautio* a la decisión judicial, tal y como examinaremos más adelante.

Nos encontramos ante una estipulación judicial que ha sido reconocida pacíficamente por la doctrina. En este capítulo trataremos los dos tipos de estipulaciones judiciales de restitución: la *cautio de re restituenda* y la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est et restituendo*.<sup>474</sup>

La totalidad de los textos que examinaremos a continuación han sido identificados en las fuentes a partir de una búsqueda de las palabras *cautio*, *cavere* y *stipulatio* en BIA, seleccionando los fragmentos que podían hacer referencia a esta estipulación judicial.<sup>475</sup> Así, la mayoría de los fragmentos han sido identificados por incluir las siguientes expresiones: *restitutione*<sup>476</sup>, *restituenda*<sup>477</sup>, *restituendo*<sup>478</sup>, *restituturum-restituturum*<sup>479</sup>,

---

<sup>473</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 39.

<sup>474</sup> La denominación es nuestra. La mayoría de la doctrina romanística la nombra *cautio de servo persequendo et restituendo* (vid. MOZZILLO, A. *Contributi...*, p. 38 nt. 55). Por su parte, Giomaro la nombra bajo la denominación de *cautio de persequendo servo qui in fuga est*, aunque en las páginas relativas a su análisis también la bautiza como *cautio de fuga servi* (GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 71 y ss; también SANTORO, R. recensión a Giomaro, “*Cautiones iudiciales*”..., p. 341). Esta última también es la denominación utilizada por ZINI, “*Apud iudicem*”, p. 215 nt. 624. Finalmente, cabe indicar también que otros autores la denominan *cautio de persequendo et reddendo* [vid. *CRRS*, p. 90].

<sup>475</sup> En concreto, para localizar e identificar los textos que incluyeran una aplicación de esta estipulación judicial hemos tenido que buscar en BIA, dentro de los textos que hicieran referencia a una *cautio*, todas las desinencias de la raíz *\*restitu-*, entre otras expresiones.

<sup>476</sup> Los textos de las fuentes que incluyen la expresión *restitutione* son 47, aunque los que únicamente hacen referencia a esta estipulación judicial son los siguientes: D. 6,1,10; D. 6,1,11 y D. 30,47,2.

<sup>477</sup> La expresión *restituenda* aparece hasta en 70 ocasiones en las fuentes. Sin embargo, únicamente un fragmento tiene un contenido relativo a la estipulación analizada: D. 6,1,27,4.

<sup>478</sup> La expresión *restituendo* aparece en 31 ocasiones a las fuentes, siendo solo un fragmento del Digesto el que parece estar haciendo referencia a esta caución judicial: D. 5,3,16pr.

<sup>479</sup> La expresión *restituturum* aparece en 32 ocasiones en las fuentes y hemos identificado de entre estos textos los siguientes: D. 4,2,14,5; D. 17,1,8,10; D. 20,1,16,3; D. 21,1,26; D. 24,3,24,4; D. 24,3,25,3; D. 30,69,5 (*¿restituturum?*) e Inst. 4,17,3.

*restituisset*<sup>480</sup>, *restitutum*<sup>481</sup>, *restituatur*<sup>482</sup>, *restitutu/-m iri*<sup>483</sup>, *in fuga*<sup>484</sup>, *fugisset*<sup>485</sup>, *persequenda*<sup>486</sup>, *persequendo*<sup>487</sup>, *persecuturum*<sup>488</sup> y *praestet*<sup>489</sup>.

A continuación, analizaremos esta estipulación desde el punto de vista de las acciones que permiten su promesa en la fase *apud iudicem* de su procedimiento. En una primera parte trataremos los posibles supuestos de aplicación de la *cautio de re restituenda* y en una segunda parte nos centraremos en el análisis de la casuística de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*.

### 3.5.1. La *cautio de re restituenda* o estipulación judicial de restitución de cosa

#### 3.5.1.1. *Rei vindicatio*

Un conjunto de textos, recogidos principalmente bajo la rúbrica D. 6,1 *De rei vindicatione*, muestran una aplicación de la estipulación judicial de restitución de cosa o *cautio de re restituenda* en el procedimiento de la *rei vindicatio*. Dos de los textos más destacados son los siguientes:

*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,10*

*Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si bonae fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi*

<sup>480</sup> Con la expresión *restituisset* aparecen 11 resultados en las fuentes, de entre los cuales hemos podido identificar dos textos: uno en el Digesto (D. 21,2,21,3) y otro en las Instituciones de Justiniano (Inst. 4,17,2).

<sup>481</sup> Otro texto que podría hacer referencia a esta caución concreta es D. 12,4,5,2 (*restitutum*).

<sup>482</sup> La palabra *restituatur* aparece en 164 ocasiones en las fuentes, siendo tres los resultados que se ajustan a la presente estipulación judicial: D. 12,4,5,3; D. 4,2,14,11 y D. 6,1,21.

<sup>483</sup> Existen 7 resultados para esta expresión (en sus dos modalidades), de entre las que hemos podido extraer D. 12,4,5,2 y D. 19,1,23.

<sup>484</sup> Las fuentes contienen la expresión *in fuga* en 42 ocasiones, de entre las cuales hemos podido identificar como depositarias de esta *cautio* D. 4,2,14,5; D. 4,2,14,11; D. 6,1,21; D. 21,1,21,3; D. 24,3,25,3; D. 30,47,2-3; Inst. 3,18,1. Sin embargo, curiosamente, ningún resultado aporta BIA respecto a la palabra *fugitivus*.

<sup>485</sup> De los 8 resultados de las fuentes, dos de ellos hacen referencia a esta *cautio*: D. 21,2,21,3 y D. 31,8pr.

<sup>486</sup> En las fuentes encontramos 5 resultados, de entre los cuales dos hacen referencia a esta *cautio*: D. 6,1,21 y también D. 6,1,22.

<sup>487</sup> Sólo existe una fuente que contenga esta estipulación y haga referencia a la vez la palabra *persequendo*: Inst. 3,18,1.

<sup>488</sup> Dos fuentes que contienen *persecuturum* hacen referencia a esta *cautio*: D. 24,3,25,3 y D. 30,69,5.

<sup>489</sup> Se ha identificado un texto relativo a esta *cautio* con la palabra *praestet*: D. 13,6,13pr.

*res sit: aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt.*

*Ulp. 16 ad ed. D. 6,1,11*

*Nisi si malit petitor suis impensis et periculo ibi, ubi iudicatur, rem restitui:  
tunc enim de restitutione cum satisfactione cavebitur.*

En el primer fragmento, Paulo se pregunta en qué lugar debería ser restituida una cosa<sup>490</sup>, si se hubiera pedido o reclamado una cosa mueble y ésta no estuviera presente. La respuesta a su pregunta es que, si el demandado estuviera poseyendo la cosa mueble de buena fe, debería restituirla o bien donde estuviera la cosa o bien en el lugar en el que se hubiera demandado. En todo caso, el jurista indica que serán a cargo del actor aquellos gastos que, salvo los de manutención, debieran hacerse durante el camino o la navegación.

En el segundo fragmento, Ulpiano matiza la respuesta de Paulo, indicando que ello será así salvo que el demandante prefiera que la cosa fuera restituida por su cuenta y riesgo (por lo tanto, asumiendo él el riesgo) allí donde se hubiera celebrado el juicio. En este supuesto, el jurista indica que se daría -entendemos que por parte del demandado- caución con fianza o garantía por la restitución.

Chiazzese considera que ambos textos, que tratan aquél supuesto en el que la *res petita* está lejos del lugar donde se celebra el juicio, son sustancialmente genuinos. El autor considera que el fragmento 10 es un evidente extracto compilatorio, pero según él no debe sospecharse del contenido.<sup>491</sup>

Asimismo, Giomaro considera estos dos textos como complementarios y bautiza la estipulación que se recoge en el segundo como una *cautio de restitutione*, de acuerdo con la propia literalidad del texto, sin hacer ningún otro comentario adicional a los fragmentos, más allá de que le parecen inaceptables las críticas de Beseler y Lenel

---

<sup>490</sup> KASER, *ZPR*, p. 246 nt. 41. El autor considera que este fragmento (y los siguientes, que también analizaremos) hacen referencia explícita al lugar en el que debe llevarse a cabo o cumplirse el *iussum de restituendo (ubi restitui debeat)* y no están haciendo referencia al lugar de celebración del juicio.

<sup>491</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, pp. 67 y 68.

vertidas sobre los mismos. Según la autora, estos últimos autores sólo se fijan en algunas expresiones postclásicas, pero no hacen referencia en ningún momento al aspecto sustancial de los textos.<sup>492</sup>

Cabe señalar que el fragmento 11 no señala concretamente el mecanismo y las consecuencias que tendría la promesa de esta caución. Sin embargo, todo apunta a que, en el caso que el actor exigiera la restitución en el mismo lugar donde se celebrara el juicio, el demandado habría hecho notar al juez que ello impedía la restitución inmediata de la cosa y, en consecuencia, habría solicitado ser absuelto con posterioridad a la promesa de restituir la cosa. Esta estipulación -que, según el texto, sería con garantía- tendría como contenido la promesa de restituir la cosa en el lugar del juicio, dentro de un cierto plazo. La referencia a la garantía (*satisdatio*) es posible que sea postclásica, puesto que consideramos que lo más seguro es que las estipulaciones judiciales en época clásica fueran una simple promesa, ya que difícilmente el juez podría exigir fiadores a los promitentes.

Debemos tener también presente que el fragmento 12 de la misma rúbrica extiende la aplicación del principio consagrado en los anteriores fragmentos para los casos en que el demandado fuera un poseedor de mala fe (poseedor que era consciente que quien le estaba transmitiendo la cosa no era el verdadero propietario civil):

*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,12*

*Si vero malae fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet: si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam substractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis.*

Como bien señala Giomaro, el texto no detalla nada más y, por lo tanto, no sabemos si esta extensión sólo se está refiriendo a la posibilidad de restituir en dos lugares (donde está la cosa y donde se demanda) y la posible exigencia del actor de que sea restituido en el lugar donde se celebra el juicio o bien también se está refiriendo a que el demandado

---

<sup>492</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 40 y nt. 1. Como hemos indicado, la autora se opone a las críticas vertidas sobre estos fragmentos por parte de BESELER, *Beiträge I*, p. 41 y LENEL, *O. Textkritische Miscellen* en ZSS 39 (1918), p. 152.

podría ser absuelto mediante la promesa de la *cautio* incluso aunque fuera poseedor de mala fe.<sup>493</sup>

Debemos partir del hecho que este fragmento viene extraído del mismo libro 21 *ad edictum* de Paulo y todo parece indicar que, en realidad, sólo se estaría haciendo referencia al contenido de D. 6,1,10. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, nada obstaría que el demandado de mala fe pudiera quedar absuelto mediante la promesa de la *cautio*, dado que la entrega en el lugar del juicio beneficia al actor.

Un tercer texto del Digesto hace referencia también a una estipulación judicial de restitución de la posesión de una cosa en poder del *filiusfamilias* o del *servus*. El fragmento, del jurista Paulo, dice lo siguiente:

*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,27,4*

*Si per filium aut per servum pater vel dominus possideat et is sine culpa patris dominive rei iudicandae tempore absit: vel tempus dandum **vel cavendum est de possessione restituenda.***

En este texto<sup>494</sup> el jurista Paulo nos muestra el caso en el que Ticio, *paterfamilias* o *dominus* poseedor de una cosa por medio de su hijo o su esclavo, es demandado por Cayo (un tercero) mediante la *rei vindicatio*. Si en la fase *apud iudicem* de esta acción reivindicatoria, finalizada la fase probatoria, el *iudex* considera que Cayo (tercero demandante) es el verdadero propietario civil de la cosa, y el hijo o el esclavo -que tiene en posesión la cosa- se encuentra ausente, ¿qué podrá hacer el juez?

Pues bien, la respuesta de Paulo es la siguiente: si el *filiusfamilias* o el *servus* están ausentes sin que haya mediado culpa del *paterfamilias* o *dominus*, el juez podrá posponer la restitución mediante la concesión de un plazo o bien dar caución de restitución de la posesión. Chiazzese considera que la expresión "*sine culpa*" utilizada en el texto es

---

<sup>493</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 40 nt. 2 y 60.

<sup>494</sup> Este es uno de los fragmentos que Giomaro no analiza en su monografía dedicada a las estipulaciones judiciales y que Santoro, en su recensión al magnífico trabajo de la autora, reconoce como un fragmento interesante a tratar en sede de *cautiones iudiciales*. Vid. SANTORO, R. recensión a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*"..., p. 346.

genuina y fundamenta la "*iusta causa*" de la prórroga.<sup>495</sup> Compartimos que la expresión es genuina y que, por tanto, en el caso que el demandado (*paterfamilias* o *dominus*) no pudiera restituir en base a su culpa, habría sido sin duda condenado al valor de la cosa.

Este texto fue tratado en su día por Pellat, que en su examen del fragmento discrepó de la opinión de Cuyacio e interpretó que el *casus* hacía referencia en realidad a dos mecanismos distintos:

- El *iudex* podría haber facilitado un plazo determinado para restituir la cosa y, en caso de que no la restituyera, habría sido condenado, o bien
- El *iudex* podría haber facilitado la absolucióndirecta del demandado mediante la promesa de una *cautio* de restitucióndel posesión de la cosa.

Cuyacio, en cambio, considera que lo que el jurista Paulo quiere mostrarnos en este texto es que, tanto si se daba o no una posibilidad de posponer la restitucióndel demandado a los efectos que restituyera la cosa en el plazo fijado o tan pronto como hubiera tomado posesión de la cosa. Pellat, acertadamente bajo nuestro punto de vista, considera que Cuyacio confunde la restitucióndel demandado, que permitiría su absolucióndel demandado en sentencia, con la ejecucióndel demandado que habría tenido lugar a falta de restitucióndel demandado,<sup>496</sup> supuesto este último que en ningún caso está tratando el fragmento.

Una vez analizado el contenido de este texto y las aportaciones doctrinales vertidas sobre éste, no podemos negar que el fragmento sufrió en su momento una intervencióndel demandado de la comisióndel demandado compilatoria. Ello puede observarse en la propia dicotomía *vel tempus dandum vel cavendum*, que es una expresióndel demandado que hace dudar sobre si la referencia es postclásica o justiniana. Sin embargo, ello no es obstáculo para poder considerar que la referencia a la estipulacióndel demandado judicial de restitucióndel demandado es clásica. En efecto, compartimos con Chiazzese que el contenido clásico del texto habría hecho únicamente referencia a la

---

<sup>495</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 68.

<sup>496</sup> PELLAT, C.A. *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété, et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit, suivi d'une traduction et d'un commentaire du livre VI des Pandectes*. Paris: Thypographie Plon Frères, 1853, p. 236 nt. 4.

*cautio* y que lo más probable es que la referencia al plazo habría sido un añadido de la propia comisión compilatoria, adecuando el texto al principio justiniano de concesión de plazos judiciales para el cumplimiento voluntario.<sup>497</sup>

Por su parte, Betancourt denomina esta estipulación como *cautio de possessione restituenda*<sup>498</sup>, en base a la propia literalidad del fragmento, si bien nosotros consideramos que estamos ante una aplicación más de la *cautio de re restituendo*, dado que la propia restitución ya lleva implícito el traslado de la posesión.

Dos textos más -contenidos en la misma rúbrica- nos ofrecen una aplicación de la estipulación judicial de restitución en el ámbito de la *rei vindicatio*, en relación con la transmisión de la propiedad de una *res absens*:

*Paul. 10 ad Sab. D. 6,1,46*

*Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.*

*Paul. 17 ad Plaut. D. 6,1,47*

*Haec si res praesens sit: si absens, tunc cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris: et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri.*

---

<sup>497</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 68 y nt. 4 y 5. En sentido contrario, vid. KASER, *ZPR*, p. 338 y nt. 25, que considera que el juez del procedimiento formulario podía discrecionalmente determinar las circunstancias de la restitución con más detalle y de qué manera, incluso fijando un plazo para su cumplimiento. Para sostener esta afirmación el autor se basa en *Ulp. 5 de omn. trib. D. 42,2,6,2*: “*Sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis, perinde habebis, atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset. Et si alia quacumque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi Marci debere et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur, lis aestimabitur*” y también *Paul. 21 ad ed. D. 6,1,27,4*, texto ya reproducido *ut supra*.

<sup>498</sup> BETANCOURT, F. *La “stipulatio iudicialis de dolo”*..., p. 185 nt. 47.

En el fragmento 46 nos encontramos ante el supuesto en que el propietario no poseedor ejercita una *rei vindicatio* contra el poseedor no propietario, siendo la cosa objeto de litigio una *res praesens*. Este último prefiere no cumplir con el *iussum de restituendo* (por lo tanto, quiere quedarse con la cosa) y, en consecuencia, paga la *litis aestimatio* (según el fragmento, en este caso existe una transacción sobre el precio de la cosa entre demandante y demandado). Una vez pagada la *litis aestimatio*, el jurista Paulo nos indica que la transmisión de la propiedad de la cosa en posesión del demandado (y objeto de litigio) es automática, pasando el demandado poseedor a convertirse en propietario civil de la cosa. Sin embargo, el supuesto tratado en el fragmento 47 expone el caso en que la cosa sea una *res absens*. En este supuesto, el mismo jurista considera que la transmisión de la propiedad únicamente se dará cuando el poseedor haya recuperado la posesión de la cosa, con la voluntad (consentimiento) del actor. Precisamente para asegurar que cuando el demandado obtenga la cosa en el futuro, el actor dará su consentimiento, el juez puede exigir al actor (a solicitud del demandado) que prometa una *cautio* por la cual se comprometa a no perturbar la pacífica posesión de la cosa al demandado y considerarle propietario civil de la cosa. Entendemos que, en caso de que el actor no quiera o no acepte prometer esta *cautio*, el demandado no sería condenado por el juez a pagar la *litis aestimatio*, puesto que no podría asegurarse que, en el futuro, cuando recuperara el esclavo, pudiera tener una pacífica posesión sobre la cosa (y obtener la titularidad jurídica de la misma) si el actor (*dominus*) no presta su consentimiento. En realidad, bajo nuestro punto de vista, esta *cautio* se configura como una renuncia del propietario a la titularidad del objeto litigioso de una *res absens* para poder obtener el precio de la *litis aestimatio* y constituye asimismo un seguro para el demandado, que paga la *litis aestimatio* sabiendo que el actor se compromete a no obstaculizar en el futuro la posesión de la cosa *absens* objeto de litigio, realizándose en el momento de la obtención futura de la cosa una pacífica transmisión de la propiedad.

Por otro lado, compartimos con Kaser que, en los casos en que el demandado hubiera perdido la cosa objeto de litigio por negligencia, el *iudex* seguramente no hubiera facilitado su absolución mediante *cautio*, precisamente porque mediante su negligencia lo que pretendía era librarse de pagar la *litis aestimatio*.<sup>499</sup>

---

<sup>499</sup> KASER, *ZPR*, p. 378 nt. 23.

Consideramos que la caución aquí contenida es clásica, puesto que la posibilidad de facilitar esta *cautio* entra dentro de los poderes discrecionales del juez derivados de la cláusula arbitraria o restitutoria de la *rei vindicatio*, pero también de la propia *condemnatio*, que faculta al juez a estimar cuánto vale la cosa y a asegurar que esa *litis aestimatio* produzca en el futuro sus plenos efectos, cuando el poseedor recupere la *res absens*, obteniendo la propiedad de la cosa objeto de litigio.

Bajo nuestro punto de vista, estamos ante una clara aplicación de la *cautio de restituendo*, a pesar de que el texto no lo indique expresamente. Según Kaser, nos encontramos ante una caución que tiene como objetivo garantizar que no se impedirá en el futuro la adquisición de los bienes por parte del demandado.<sup>500</sup> La *cautio de restituendo* es una promesa de restitución futura, y lo que se pretende con esta aplicación concreta es permitir que esta restitución futura se realice sin obstáculos.

Finalmente, tal y como ya consideramos en el capítulo relativo a la *cautio de indemnitate*, resulta claro que la fórmula de la *rei vindicatio* habría posibilitado (previa solicitud de parte) la facilitación por parte del *iudex* de una estipulación judicial en la fase *apud iudicem* del procedimiento. En efecto, la aplicación de esta *cautio* servía para cumplir con el *iussum de restituendo* en base a la interpretación de la cláusula restitutoria o arbitraria contenida en todas las acciones *in rem* y, en este caso, en la cláusula incluida en la *rei vindicatio*.

### 3.5.1.2. *Vindicatio pignoris*

Encontramos en el Digesto un texto de Marciano que muestra una aplicación de la estipulación judicial de restitución en el procedimiento de la *vindicatio pignoris*<sup>501</sup>. El fragmento es el siguiente:

---

<sup>500</sup> KASER, *ZPR*, p. 339 nt. 33.

<sup>501</sup> La *vindicatio pignoris*, también conocida como *actio pignoratitia in rem*, *formula hypothecaria* o *actio quasi Serviana* o *Serviana*, es aquella acción real por la que el acreedor pignoraticio o hipotecario puede reclamar contra cualquier poseedor de la cosa pignorada o hipotecada, incluso contra el mismo pignorante o hipotecante. Esta acción también servía al acreedor pignoraticio en el supuesto de que hubiese perdido su posesión. Esta acción real prevalece contra cualquier posterior causahabiente del propietario, incluso contra el que ha usucapido el objeto hipotecado. Vid. D'ORS, *DPR*, p. 504 (§419). Sobre esta acción vid. también KASER, M. *Der Interesseberechnung bei der "vindicatio pignoris"* en *IVRA* 18 (1967), pp. 1-19; PLATSCHEK, J. *Gai. 4,35/36. Kein Beleg für eine actio Serviana des Vermögenskäufers* en *ZSS* 128 (2011), pp. 366-369; FUENTESECA DEGENEFFE, M. *Pignus e Hypotheca en su evolución histórica*.

*Marcian. 15 ad form. hypoth. D. 20,1,16,3*

*In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si **caveret se restitutum**, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?*

Según Arnese, este texto nos habla sobre las consecuencias de la pérdida de la posesión de la cosa pignorada por parte del deudor demandado en pendencia de la acción real pignoraticia (*vindicatio pignoris*).<sup>502</sup> El fragmento, del jurista Marciano, nos indica que en el procedimiento de la *vindicatio pignoris* debe observarse si la cosa sobre la que se demanda está en posesión del demandado (a los efectos de determinar si se le absuelve o no). En consecuencia, el jurista enumera diversos supuestos:

- Si la cosa **NO ESTÁ** en posesión del demandado y no ha mediado dolo para dejar de poseer, debe ser **absuelto**. A sensu contrario, debemos considerar que, si no está en posesión del demandado y ha mediado dolo por su parte, debe ser **condenado**.
- Si, en cambio, la cosa **ESTÁ** en posesión del demandado y paga la *litis aestimatio* o bien entrega la cosa, debe ser **absuelto**. En consecuencia, si el demandado no paga la *litis aestimatio* ni entrega la cosa, debe ser **condenado**.

---

Santiago de Compostela: Andavira, 2013, 123 y ss. y SIRKS, B. *Die Bedeutung von in bonis in der actio Serviana* en ZSS 136 (2019), pp. 84-110. Sobre la reconstrucción de la fórmula de la *vindicatio pignoris* vid. LENEL, *EP*, p. 255; RUDORFF, *Edictum*, p. 110; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 45.

<sup>502</sup> ARNESE, A. *Considerazioni sull'accordo tra creditore e debitore in Marc. 29 lib. sing. ad form. hyp. D. 20.1.16.9, L. 29.* en Teoria e Storia del Diritto Privato – Rivista Internazionale Online 11 (2018) [http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018\\_Contributi\\_Arnese.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Arnese.pdf), p. 13 nt. 26. Fecha de consulta: 14/06/2020.

Sin embargo, Marciano se pregunta qué sucederá si el demandado quisiera restituir y no pudiera hacerlo (por estar la cosa en otro lugar, estuviera lejos o en provincias). En estos supuestos el jurista considera que el demandado podría ser absuelto siempre que prometiera una caución de restituir la cosa.

Finalmente, el fragmento nos muestra que, en caso de que dejara de poseerla con dolo y que no pudiera restituirla, aunque lo hubiera intentado con el mayor esfuerzo, igualmente deberá ser condenado<sup>503</sup> al valor de la cosa fruto de la *litis aestimatio*, tal y como sucede en las demás acciones reales. El jurista considera que ello es así puesto que, si únicamente se le condenara al valor de su deuda pignoratícia, no existiría diferencia entre ejercitar una acción personal y una acción real.

No desconocemos que este paso ha sido objeto de muchísimas críticas, sobre todo porque el texto hace referencia a que se puede ejercitar la *vindicatio pignoris* contra aquél que ha dejado dolosamente de poseer.<sup>504</sup> Ahora bien, a pesar de las críticas respecto a este aspecto en concreto, no debemos perder de vista que la *cautio* se habría facilitado por parte del *iudex* (a solicitud de parte) siempre que el demandado hubiera dejado de poseer sin dolo y ello hubiere sido probado ante el *iudex*. Y, por ello, gran parte de la doctrina considera que la referencia a la estipulación judicial es absolutamente clásica. Entre los autores más relevantes destacan Chiazzese, que considera que, aunque el texto contiene elementos interpolados, la referencia a la *cautio* es fruto de la jurisprudencia clásica más avanzada.<sup>505</sup> También Kaser, que considera que el texto es sustancialmente clásico y que la referencia a la *cautio de restituendo* está de acuerdo con el derecho clásico.<sup>506</sup>

Giomaro, al comentar este texto, se centra -muy acertadamente en nuestra opinión- en el análisis de la propia naturaleza jurídica de la *cautio* en cuestión, y para ello nos muestra

---

<sup>503</sup> Entendemos, bajo nuestro punto de vista, que deberá ser condenado sin opción a prometer la caución.

<sup>504</sup> Entre la doctrina romanística crítica respecto a este aspecto, encontramos a CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 263 y ss.; PROVERA, G. *Contributi allo studio del "iusiurandum in litem"*. Torino: Giappichelli, 1953, pp. 25-26; KASER, M. *Die Interesseberechnung...*, p. 10. Reconociendo la clasicidad de todo el paso encontramos a SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, pp. 134-135. En la doctrina reciente, vid. GONZALEZ ROLDAN, Y. *Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso, consulibus factum nella lettura di Ulpiano*. Bari: Caccuci, 2008, pp. 223-226.

<sup>505</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 269. El autor se apoya para demostrarlo en dos textos que hacen referencia a la *cautio ad exhibendum* (D. 10,4,12,5 e Inst. 4,17,3) y que trataremos en el capítulo siguiente, relativo a dicha estipulación judicial. Vid. p. 263 y ss.

<sup>506</sup> KASER, M. *Der Interesseberechnung...*, p. 9 y ss. y *ZPR*, p. 338 nt. 29.

la relación que existe entre la *cautio* y la cláusula arbitraria o restitutoria.<sup>507</sup> La autora considera que la estipulación judicial de restitución no se trata en este supuesto de una simple obligación impuesta al demandado en vista de su absolución, sino que se trata de una verdadera y propia condición de la misma absolución, en todo comparable a la cláusula restitutoria de la cual deriva. En consecuencia, la autora considera que la *cautio* condiciona la absolución.<sup>508</sup>

Compartimos por entero la visión de Giomaro. En efecto, la *cautio de restituendo* analizada, tanto en los textos relativos a la *rei vindicatio* como a la *vindicatio pignoris*, ambas acciones reales, tiene su fundamento en la cláusula arbitraria. Es precisamente dicha cláusula la que permite cumplir con el *iussum de restituendo* y obtener consecuentemente la absolución en los casos en que el demandado quiera restituir y no pueda, sin que haya mediado culpa o dolo.

La reconstrucción de la fórmula de la *vindicatio pignoris* es la siguiente<sup>509</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret inter A. Agerium et L. Titium convenisse ut ea res qua de agitur A. Agerio pignori esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis L. Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A. Agerium stare quo minus solvantur neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

En efecto, la fórmula de la *vindicatio pignoris* incluye una cláusula arbitraria<sup>510</sup>, al igual que todas las acciones *in rem*, que habría permitido (previa solicitud de parte) exigir

---

<sup>507</sup> Precisamente una de las críticas que venimos argumentando sobre el trabajo de Giomaro relativo a las *cautiones iudiciales* es la falta recurrente de indicación de las acciones a las que hacen referencia los textos y a las partes de las fórmulas de dichas acciones. En este caso, sin embargo, muy acertadamente entra a valorar la clara relación entre la *cautio* y la cláusula arbitraria o restitutoria.

<sup>508</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 48.

<sup>509</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 45.

<sup>510</sup> Vid. RUDORFF, *Edictum*, p. 234; LENEL, *EP*, p. 494-495; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 45 nt. 76. Mantovani indica los siguientes textos para respaldar la inclusión de una cláusula arbitraria en esta fórmula: *Marcian. 15 ad form. hypoth. D. 20,1,16,3* (ya reproducido *ut supra*); *Marcian. 15 ad form. hypoth. D. 20,1,16,4* (“*Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.*”); *Marcian., ad form. hypoth. D. 20,4,12,1* (“*Si quoniam non restituebat rem pigneratam possessor condemnatus ex praefatis modis litis aestimationem exsolverit, an perinde secundo creditori teneatur, ac si soluta sit pecunia priori creditori, quaeritur. Et recte puto hoc admittendum esse.*”) e *Inst. 4,6,31* (“*Praeterea quasdam actiones arbitrarías id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituatur vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque*

al juez de la *vindicatio pignoris* la promesa de una *cautio de restituendo* a los efectos de cumplir con el *iussum de restituendo* y posibilitar así la absolución del demandado, siempre que este último no haya actuado con culpa o dolo.

### 3.5.1.3. *Actio commodati*

Un texto de Pomponio, contenido en el Digesto bajo la rúbrica D. 13,6: *Commodati vel contra*, parece indicarnos la posibilidad de “prestar” una estipulación de restitución en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio commodati*:

*Pomp. 11 ad Sab. D. 13,6,13pr.*

*Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnetur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.*

El fragmento trata el supuesto en que el comodatario pierde la cosa comodada y es condenado a pagar la estimación en el procedimiento de la *actio commodati*<sup>511</sup>. Sin embargo, el comodante (*dominus*) deberá dar caución prometiendo que, si la cosa aparece más tarde, la entregará al comodatario. Alguna opinión doctrinal afirma que en este texto nos encontramos ante una caución ordenada por el *iudex* que debe ser prometida por el actor antes de condenar al demandado.<sup>512</sup>

Por su parte, Litewski considera -erróneamente bajo nuestro punto de vista- que en este supuesto nos encontramos ante una estipulación pretoria.<sup>513</sup> No podemos compartir

---

*actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.”).*

<sup>511</sup> La *actio commodati* es aquella acción *in personam* por la que el comodante puede exigir al comodatario la devolución de la cosa prestada. Vid. D’ORS, *DPR*, p. 494 (§406). Sobre esta acción vid. también. PARICIO SERRANO, V.L. *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial* en Estudios Juan Iglesias 1, pp. 459-504; PASTORI, F. *Il Comodato in diritto romano*. Bologna: Cisalpino, cop. 1995; CASTRO SAENZ, A. *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica* en La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (2001), pp. 187-208 y ZABLOCKI, J. “*Ex fide bona*” *nella formula del comodato...*, pp. 453-464. Sobre la reconstrucción de la fórmula de la *actio commodati* vid. LENEL, *EP*, p. 252; RUDORFF, *Edictum*, p. 109; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 52.

<sup>512</sup> PARICIO SERRANO, F.J. *Una nota complementaria...*, p. 360.

<sup>513</sup> LITEWSKI, W. *Das Vorhandensein...*, p. 307.

esta opinión porque no hay lugar a dudas de que el texto está haciendo referencia a un mecanismo judicial y en ningún caso pretorio.

Giomaro advierte acertadamente que en el fragmento no se hace referencia a *restituere* sino a *praestare*. Para la autora, ello no es un obstáculo a la hora identificar esta estipulación como una *cautio de restituendo*, puesto que ambos verbos vienen a asumir el mismo significado. La autora también pone en relación este texto con *Paul. 17 ad Plaut. D. 6,1,47*, ya analizado con anterioridad en este mismo capítulo en sede de *rei vindicatio*, puesto que considera que ambos textos demuestran la latitud de apreciación permitida al juez al imponer al actor victorioso la *cautio de restituendo*.<sup>514</sup>

Una vez analizado este fragmento, únicamente queda por concretar qué parte de la fórmula habría permitido al *iudex* facilitar esta *cautio* en el procedimiento de la *actio commodati*. Ya apuntamos en el apartado dedicado a la *cautio de indemnitate* que la doctrina romanística se encuentra dividida respecto a la consideración de la acción de comodato como una acción de buena fe. Un primer sector doctrinal rechaza de lleno el carácter de *bonae fidei* al *iudicium* del comodato.<sup>515</sup> Sin embargo, un segundo sector doctrinal, en el que se encuentra Mantovani, defiende que la *actio commodati* incluía en su fórmula un *oportere ex fide bona*, en base a las siguientes razones:

- En primer lugar, debido al contenido de las siguientes fuentes: *Inst. 4,6,28*<sup>516</sup>; *Ulp. 28 ad ed. D. 13,6,3,2*<sup>517</sup> y *Paul. 6 ad Sab. D. 17,2,38pr.* (este último texto ha sido tratado por nosotros en sede de *cautio de indemnitate*), y,

---

<sup>514</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 65.

<sup>515</sup> Vid. PARICIO SERRANO, F.J. *La pretendida fórmula "in ius" del comodato...*, p. 235 y ss. y *Una nota complementaria...*, p. 355 y ss. El autor considera que sólo existía una *actio commodati in factum* en época clásica.

<sup>516</sup> *Inst. 4,6,28*: "Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit."

<sup>517</sup> *Ulp. 28 ad ed. D. 13,6,3,2*: "In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur."

- En segundo lugar, por la analogía que realiza el jurista Gayo entre la *actio depositi* y la *actio commodati*, que puede evidenciarse en Gai. 4,47<sup>518</sup> y Gai. 4,59<sup>519</sup>.

En este sentido, Mantovani reconstruye la fórmula de la *actio commodati* directa de la siguiente manera<sup>520</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius N. Negidium rem qua de agitur commodavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*<sup>521</sup>, *eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

El autor incluye en la fórmula de la *actio commodati* una cláusula de buena fe.<sup>522</sup> Inclusión que nos parece acertada y que compartimos, dado que habría posibilitado la exigencia de esta caución al actor (comodante), de acuerdo con lo ya argumentado en su momento respecto a esta cláusula *oportet ex fide bona* incluida en las fórmulas de todas las acciones de buena fe.

#### 3.5.1.4. *Actio empti*

---

<sup>518</sup> Gai. 4,47: “*Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITYR, QVID QVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est, at illa formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. SI PARET AVLVM AGERIVM APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVISSE EAMQUE DOLO MALO NVMERII NEGIDII AVLO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET ABSOLVITO. in factum concepta est, similes etiam commodati formulae sunt.*”

<sup>519</sup> Gai. 4,59: “*Sed sunt, qui putant minus recte comprehendi, ut qui forte Stichum et Erotem emerit, recte uideatur ita demonstrare: quod ego de te hominem Erotem emi, et si uelit, de Sticho alia formula iterum agat, qui uerum est eum, qui duos emerit, singulos quoque emisse; idque ita maxime Labeoni uisum est, sed si is, qui unum emerit, de duobus egerit, falsum demonstrat. idem et in aliis actionibus est, uelut commodati et depositi*”

<sup>520</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 52. La fórmula contraria de la *actio commodati* se obtiene de la directa, cambiando en la *demonstratio* el nombre de las partes. Vid. MANTOVANI, *Le formule*, p. 53, nt. 119.

<sup>521</sup> Como ya indicamos en su momento, RUDORFF, *Edictum*, p. 109 incluye en la reconstrucción de la fórmula de la *actio commodati* la cláusula *oportet ex fide bona*. Sin embargo, LENEL, *EP*, p. 253 rechaza su inclusión, puesto que los testimonios en las fuentes son claramente justinianos. Entre ellos, el autor cita Inst. 4,6,28 y *Paul. 6 ad Sab. D. 17,2,38pr.*

<sup>522</sup> Como ya indicamos con anterioridad en la presente tesis, han surgido dudas en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de la *actio commodati* en relación con su inclusión o no dentro de la clasificación clásica de los *iudicia bonae fidei*. En defensa de su inclusión encontramos, entre otros autores, a MANTOVANI, *Le formule*, p. 52 nt. 118 (el autor, como podemos observar *ut supra*, incluye la cláusula *oportet ex fide bona* en la reconstrucción de la fórmula de la *actio commodati*) y BIONDI, B. *Iudicia bonae fidei...*, pp. 266-267. En contra de la inclusión de la cláusula de buena fe, vid., esencialmente, SEGRÈ, G. *Sull'età dei giudizii di buona fede...*, pp. 3-5, que considera que la no-inclusión de esta acción en Gai. 4,62 es una prueba sólida para su exclusión.

Un fragmento del Digesto, en concreto de Juliano, extraído de su libro 13 *digestorum* y contenido bajo la rúbrica D. 19,1: *De actionibus empti et venditi*, nos muestra la aplicación de una *cautio de restituendo* en el procedimiento de la *actio empti*:

*Jul. 13 Dig. D. 19,1,23*

*Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine, quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et eorum, quae postea acquirat, **tenetur et praeterea cavere debet**, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, **restitutu iri**. Marcellus notat: illa praestare venditor ex empto debet, quae haberet emptor, si homo manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae, si manumissus non fuit, adquisiturus non esset.*<sup>523</sup>

Nos encontramos ante el caso en el que Ticio vende a Cayo el esclavo Estico y su peculio. Sin embargo, Ticio manumite al esclavo (y, por consiguiente, incumple la obligación de garantizar la pacífica posesión de la cosa). Ante esta situación, el jurista Pomponio nos indica que Ticio, demandado por Cayo mediante la *actio empti*, deberá responder no sólo por el peculio del esclavo en el momento de ser manumitido sino también por lo que llegue de él con posterioridad. En concreto, el jurista Juliano considera que el demandado deberá dar caución de que habrá de restituir cualquier cosa que llegue a su poder de la herencia del liberto. Finalmente, el fragmento incluye una nota de Marcelo, que indica lo siguiente: el vendedor debe entregar por la *actio empti* lo que tendría el comprador, si el esclavo no hubiese sido manumitido; no se comprenderá, pues, lo que habría de haber adquirido, si no hubiera sido manumitido.

Wolf, al analizar este fragmento, aporta diferentes visiones de la doctrina romanística respecto al mismo.<sup>524</sup> Por una parte, autores como Medicus y Honsell defienden que la *cautio* presente en el fragmento únicamente está haciendo referencia a las nuevas adquisiciones hereditarias que provengan del esclavo manumitido con posterioridad a la

---

<sup>523</sup> Este fragmento no ha sido tratado por Giomaro en su estudio sobre las *cautiones iudiciales*, a pesar de que, a nuestro entender, claramente está tratando un supuesto de caución judicial.

<sup>524</sup> WOLF, J.G. *Barkauf und haftung D. 19,1,23, Jul. 13 dig.* en TR 45 (1977), pp. 1-25. Sobre este texto, vid. también RASTÄTTER, J. *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*. Freiburg, 1981.

sentencia; esto es, tras la condena del vendedor.<sup>525</sup> Wolf es crítico con esta opinión, dado que considera que cuando el texto habla de “*quidquid*” está haciendo referencia a la herencia del *libertus*; y cuando se indica “*hereditas liberti*” se entiende la totalidad del patrimonio del esclavo manumitido; esto es, la totalidad de todos sus bienes, y no sólo los legados por él. Por otro lado, el autor cita también a Liebs y Arangio-Ruiz, que comparten la opinión de que el vendedor se obligaba mediante esta *cautio* a entregar cualquier herencia al comprador.<sup>526</sup>

A pesar de estas interpretaciones, Wolf afirma que ninguna de ellas hace justicia al texto. El autor considera que todas las investigaciones llevadas a cabo por la doctrina romanística se han centrado en examinar este fragmento desde el punto de vista del incumplimiento del contrato de compraventa y el alcance de los daños y perjuicios que el comprador puede reclamar mediante la *actio empti* en caso de incumplimiento. Sin embargo, el autor entiende que el texto no sólo puede analizarse desde ese punto de vista – el de los daños materiales – sino que existen muchos indicios para entender que el punto de partida del jurista Juliano no era el incumplimiento contractual, sino su rescisión. En este sentido, el autor considera que los autores anteriormente reseñados juzgan mal el significado real de la estipulación contenida en el fragmento. Por ello, más que responder a un criterio de daños y perjuicios, la *cautio* responde a un criterio de compensación derivado de la rescisión contractual.<sup>527</sup>

Pues bien, ya entendamos la *cautio* bajo un criterio de daños y perjuicios derivado del incumplimiento contractual o bien bajo una concepción compensatoria derivada de la rescisión contractual, lo cierto es que este texto demuestra la aplicación de la *cautio de re restituendo* en el procedimiento de la *actio empti*<sup>528</sup>. Ello habría sido posible dado que

---

<sup>525</sup> MEDICUS, D. *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*. Köln: Böhlau, 1962, p. 42 y ss. y HONSELL, H. *Quod interest...*, p. 17.

<sup>526</sup> LIEBS, D. *Römisches Recht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1975, p. 243 y ARANGIO-RUIZ, V. *La compraventa in diritto romano II*. Napoli: Jovene, 1954, p. 230 y ss.

<sup>527</sup> WOLF, J.G. *Barkauf...*, pp. 7 y 8.

<sup>528</sup> Sobre la *actio empti* o acción de compra vid., entre otros, ANKUM, H. *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti* en RIDA 39 (1992), pp. 57-84; PARLAMENTO, E. *Labeone e l'estensione della "redhibitio" all'"actio empti"* en RDR (2003), p. 10 y ss. (<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03parlamento.pdf>). Fecha de consulta: 14/06/2020; DONADIO, N. *La Tutela del compratore...*, p. 1 y ss. y CORTESE, B. *Actio empti, evictionis nomine teneri e quantificazione della condanna* en Teoria e storia del diritto privato 12 (2019), p. 1 y ss.

nos encontramos ante una acción que da lugar a un juicio de buena fe, puesto que en la fórmula de dicha acción se contiene una cláusula *oportet ex fide bona*.

La fórmula de esta acción ha sido reconstruida de la siguiente manera<sup>529</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de N. Negidium hominem quo de agitur emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*<sup>530</sup> eius *C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*.

En efecto, la cláusula *ex fide bona* incluida en la *actio empti* habría permitido al *iudex* (en base a la buena fe derivada de la propia naturaleza del contrato de compraventa) considerar que, ante la manumisión del esclavo objeto de compraventa, y, por consiguiente, ante la imposibilidad de cumplir con la entrega del esclavo (por ser ya liberto), la condena no sólo puede consistir en la entrega del peculio, sino también en todo aquello que reciba el vendedor del esclavo con posterioridad a la sentencia. En concreto, el texto indica que, para salvaguardar ese aspecto, el demandado (vendedor) deberá prometer mediante *cautio* que restituirá al actor (comprador) cualquier cosa que llegue a su poder de la herencia del liberto.

### 3.5.1.5. *Actio rei uxoriae*

Tres textos del Digesto, ubicados todos ellos bajo un mismo fragmento de la rúbrica D. 24,3: *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, reflejan aplicaciones de una *cautio de dote restituenda* en el procedimiento de la *actio rei uxoriae*.

El primero de ellos es el siguiente:

*Ulp. 33 ad ed. D. 24,3,24,2*

*Quotiens mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio*

---

([http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019\\_Contributi\\_Cortese.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019_Contributi_Cortese.pdf)). Fecha de consulta: 14/06/2020. Sobre la reconstrucción de la fórmula de la *actio empti*, vid. LENEL, *EP*, p. 299; RUDORFF, *Edictum*, p. 124; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 53.

<sup>529</sup> La fórmula ha sido extraída de MANTOVANI, *Le formule*, p. 53.

<sup>530</sup> También incluyen la cláusula *ex fide bona* en la reconstrucción de la fórmula de la *actio empti* tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 124 como LENEL, *EP*, p. 299.

*residui repraesentatur: sed si, cum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum mela ait non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum aut habita ratione compensationis eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur: nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati quam in repraesentatione deductionem.*

En este fragmento de Ulpiano, el jurista nos muestra que, cuando ha de darse garantía a la mujer respecto al pago de la dote en un determinado plazo, pero el marido no puede darla, se le condena a restituir inmediatamente descontándole la ventaja del plazo. Por otro lado, si el marido puede dar la garantía, pero no quiere, se le condena por todo, sin descontar la ventaja del plazo (opinión esta del jurista Mela). Por lo tanto, el marido demandado por la *actio rei uxoriae* sólo será absuelto si presta o interpone la garantía. Sin embargo, la opción preferente que se utiliza en tiempos de Ulpiano es la de condenar al marido teniendo en cuenta la compensación, y no debe tenerse en cuenta que la mujer prefiera una restitución mayor y aplazada a una restitución inmediata con deducción.

Giomaro considera que, en este fragmento, además de hacerse referencia al *officium iudicis*, viene indicado el medio indirecto de coacción que es típico del juez: subordinar su pronunciamiento de absolución a que el demandado haya prestado la *cautio*. Mientras que si, por el contrario, no se da la *cautio*, se dictará una sentencia condenatoria.<sup>531</sup> En consecuencia, bajo nuestro punto de vista, la estipulación judicial referenciada en el fragmento es requisito para la absolución.

El segundo fragmento que debemos traer a colación es el siguiente:

*Ulp. 33 ad ed. D. 24,3,24,4*

*Si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit, si quidem donare ei mulier voluit, nec de libertatis causa impositis ei praestandis tenebitur: quod si*

---

<sup>531</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 56.

*negotium inter eos gestum est, utique tenebitur, ut officio iudicis caveat restitutum se mulieri, quidquid ad eum ex bonis liberti vel ex obligatione pervenisset.*

Este segundo caso nos muestra el supuesto en el que, entregada la dote por parte de la mujer al marido, el marido manumite a varios esclavos dotales. Una vez la mujer reclame la restitución de la dote al marido mediante el ejercicio de la *actio rei uxoriae*, cabe ver si estos esclavos fueron manumitidos con o sin el consentimiento de la mujer:

- Si fueron manumitidos con el consentimiento de la mujer, el marido debe ser absuelto, incluso de las cargas impuestas a los libertos.
- Sin embargo, si fueron manumitidos sin el consentimiento de la mujer, el marido únicamente será absuelto siempre que prometa caución de restituírle todo lo que llegase a él de los bienes del liberto o por la obligación de las cargas.

Este fragmento ha sido objeto de diversas interpolaciones respecto a la estipulación en él contenida.<sup>532</sup> Mientras que Vassalli niega por entero la referencia a la *cautio*, puesto que la considera postclásica, Biondi no niega la estipulación, pero sí su contenido, puesto que considera que esta *cautio* -que lleva a la absolución- tiene por objeto el “*quid-quid pervenisset*” (por lo tanto, aquello que ya ha llegado al marido) y no el “*quod pervenerit*” (todo lo que llegare a él con posterioridad). El autor, para afirmar su posición, se basa en el contenido de *Jul. 13 Dig. D. 19,1,23* (fragmento ya tratado anteriormente, relativo a la *actio empti*), *Ulp. 7 ad leg. Iul. et Pap. D. 24,3,64pr.*<sup>533</sup> (que hace referencia a un *quid-quid...pervenit*) y *Ulp. 33 ad ed. D. 24,3,24,6* (fragmento que trataremos a continuación).

El tercer texto que debemos analizar es *Ulp. 33 ad ed. D. 24,3,24,6*:

---

<sup>532</sup> VASSALLI, F. *La sentenza condizionale...*, p. 377 nt. 1 (el autor impugna todo lo contenido entre “*quod si...pervenisset*”, que es donde se encuentra nuestra estipulación) y BIONDI, B. *Iudicia bonae fidei...*, p. 203 y nt. 1. Sobre este fragmento, vid. también PRINGSHEIM, F. *Animus donandi* en *Gesammelte Abhandlungen I*. Heidelberg: Winter, 1961, p. 259; ARCHI, G. “*Donare*” e “*negotium gerere*” en *Studi Volterra 1*, pp. 685-686 y GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 56 y nt. 34 y p. 57. Pringsheim y Archi se centran en la naturaleza jurídica del negocio jurídico desarrollado en el fragmento “*negotium inter eos gestum est*”, que no analizamos en el presente trabajo por exceder de nuestro objeto de estudio.

<sup>533</sup> *Ulp. 7 ad leg. Iul. et Pap. D. 24,3,64pr.*: “*Si vero negotium gerens mulieris non invitae maritus dotalem servum voluntate eius manumiserit, debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit.*”

*Si uxor viri rem commodaverit eaque perierit, videndum, an compensationem hoc nomine pati possit. Et puto, si quidem prohibuit eam maritus commodare, statim deductionem fieri: si vero non prohibuit eam commodare arbitrio iudicis modicum tempus ei indulgeri cautionem praebenti.*

Este último supuesto nos muestra el caso en el que una mujer prestó un objeto de su marido y la cosa se ha perdido. En este fragmento Ulpiano se pregunta si debe compensarse esta pérdida en la reclamación de la dote; por lo tanto, en el procedimiento de la *actio rei uxoriae* ejercitada por la mujer contra el marido. El jurista expone dos supuestos:

- Si el marido había prohibido dar aquel objeto en préstamo, la deducción debe hacerse sin más respecto a los bienes dotales.
- Sin embargo, si no se le prohibió por parte de la mujer dar el objeto en préstamo, debe condenarse al marido siempre que la mujer preste caución de restituir aquel objeto dentro de un plazo razonable.

En este caso estamos ante una caución prometida por parte de la mujer demandante, al contrario que sucedía en los dos supuestos anteriores. Este último fragmento no viene tratado (ni tan siquiera referenciado) por Giomaro en su estudio. Sin embargo, consideramos que responde plenamente a una sistemática clásica, puesto que vincula la estipulación judicial con la condena o absolución del demandado.

La parte final del texto (*arbitrio iudicis modicum tempus ei indulgeri cautionem praebenti*) viene interpretada de forma distinta por parte de la doctrina. Biondi afirma que en esta frase se contiene que el juez está dando en realidad un plazo o dilación previo a la prestación de la *cautio*.<sup>534</sup>

Según Söllner, los tres textos anteriormente analizados y contenidos en D. 24,3,24 proporcionan una orientación sobre las cauciones que el *iudex* debía imponer al

---

<sup>534</sup> BIONDI, B. *Iudicia bonae fidei...*, p. 202 *in fine*.

demandado en virtud de su *officium*.<sup>535</sup> El autor considera -muy acertadamente- que el *bonae fidei iudicium* de la *actio rei uxoriae* habría ofrecido al *iudex* la posibilidad de determinar de forma discrecional la naturaleza y el alcance del deber de restitución de la dote.<sup>536</sup> En este sentido, los textos anteriormente analizados nos muestran que el juez de la *actio rei uxoriae* podía modular esta *cautio* a los efectos de adaptarla al cumplimiento de la buena fe entre las partes.

Por todo lo expuesto, y tal y como defendimos en el apartado relativo a la *cautio de indemnitate*, afirmamos que la naturaleza de juicio de buena fe de la *actio rei uxoriae* o bien el hecho de que la fórmula incluyera una cláusula *quod eius melius aequius erit* habría permitido al juez facilitar la absolució del demandado mediante la promesa de las cauciones anteriormente referidas.

### **3.5.1.6. *Hereditatis petitio*. Dudas sobre la existencia en época clásica de una *cautio de debito restituendo* o estipulación judicial de restitución de deuda**

El Digesto también nos muestra una aplicación particular de la *cautio de restituendo* en relación con una deuda del heredero surgida en el procedimiento de la *hereditatis petitio*:

*Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,16pr.*

*Quod si in diem sit debitor vel sub condicione, a quo petita est hereditas, non debere eum damnari. Rei plane iudicatae tempus spectandum esse secundum octaveni sententiam, ut apud Pomponium scriptum est, an dies venerit: quod et in stipulatione condicionali erit dicendum. Si autem non venerit, cavere officio iudicis debeat de restituendo hoc debito, cum dies venerit vel condicio extiterit.*

Ulpiano nos muestra el siguiente *casus*<sup>537</sup>: si el demandado por la *hereditatis petitio* fuera deudor (hereditario) a término o bajo condición, no debe ser condenado (a restituir

---

<sup>535</sup> SÖLLNER, A. *Zur Vorgeschichte...*, p. 88.

<sup>536</sup> SÖLLNER, A. *Zur Vorgeschichte...*, p. 154.

<sup>537</sup> Este texto tampoco es tratado por Giomaro en su estudio relativo a las *cautiones iudiciales*.

esa deuda). Sin embargo, según los juristas Octaviano<sup>538</sup> y Pomponio, en el momento de dirimir la controversia por parte del *iudex (rei plane iudicatae tempus spectandum)* debe observarse si hubiera vencido el plazo de esta deuda o se hubiera cumplido la condición. Si no hubiera vencido el plazo o no se hubiera cumplido la condición, el demandado debe prometer que restituirá la deuda una vez venza el plazo o se cumpla la condición.

La doctrina romanística ha tratado este texto en diversas ocasiones<sup>539</sup> y muchos de los autores han considerado interpolada la referencia a la *cautio*. Así, Kaser considera que la referencia a la *condicio* y a la *cautio* están interpoladas.<sup>540</sup> Stolfi, por su parte, opina que tiene sospechas sobre la última previsión caucional prevista en el texto, puesto que considera que la expresión *cum dies venerit vel condicio extiterit* no es clásica.<sup>541</sup>

Sin embargo, Talamanca, a pesar de no poner en duda que el texto ha sufrido alteraciones justinianas, opina que la clasicidad de la *cautio de restituendo* (así viene denominada por el propio autor) puede acogerse siempre que se admita que la *hereditatis petitio* puede ser ejercitada contra el deudor hereditario exclusivamente en determinadas circunstancias, que no son otras que aquellas en las que el actor pretenda mediante esta acción iniciar una controversia sobre la titularidad de la herencia.<sup>542</sup> No podemos estar más de acuerdo con Talamanca. En efecto, únicamente puede admitirse esta *cautio* si, dentro del procedimiento de petición de herencia, el demandado vencido puede cumplir con el *iussum de restituendo* si devuelve los bienes hereditarios y también la deuda hereditaria (siempre que se hubiera cumplido el plazo o se hubiera cumplido la condición en el momento de la *pronuntiatio*). Por el contrario, en el caso que en el momento de la *pronuntiatio* judicial aún no haya vencido el plazo o no se haya cumplido la condición, el

---

<sup>538</sup> Muy poco sabemos del jurista Octaviano, aunque sí que podemos decir que es anterior al *sentasuconsultum Iuventianum* del 129 d.C. En el Digesto, este autor viene citado, entre otros, por Aburnio Valente, Ulpiano, y Paulo (vid. *Val. 3 fideic.* D. 36,1,69pr.; *Ulp. 15 ad ed.* D. 5,3,16pr., *Ulp. 15 ad ed.* 5,3,18pr. y *Paul. 1 ad leg. Iul. et Pap.* D. 23,2,44,3). Vid. LENEL, *Palingenesia I*, pp. 793-796.

<sup>539</sup> Sobre este texto, vid., entre otros, VASSALLI, F. *Dies vel condicio...*, p. 265; CARCATERRA, A. *La hereditatis petitio...*, p. 100 y ss.; DÉNOYEZ, J. *Le défendeur...*, p. 49; SCHWARZ, F. *Studien zur Hereditatis petitio...*, p. 284; LONGO, G. *Sulla legittimazione passiva nella "hereditatis petitio"* en LABEO 2 (1956), p. 378 y ss.; TALAMANCA, M. *Studi sulla legittimazione passiva...*, pp. 146-148; CHIAZZESE, *Jusiurandum*, pp. 70 y 71; BRETONE, M. *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*. Napoli: Jovene, 1962, p. 223 y nt. 73; KASER, M. *Restituere als Prozessgegenstand*. München: Beck, 1932, pp. 141 y 142; y ZPR, p. 338; y STOLFI, E. *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*. Napoli: Jovene, 2002, pp. 498-500 y 500 nt. 141.

<sup>540</sup> KASER, M. *Restituere als Prozessgegenstand...*, p. 141.

<sup>541</sup> STOLFI, E. *Studi sui Libri...*, pp. 498-500 y 500 nt. 141.

<sup>542</sup> TALAMANCA, M. *Studi sulla legittimazione passiva...*, pp. 147-148.

demandado vencido deberá restituir los bienes hereditarios pero no estará obligado a restituir la deuda (puesto que aún no es exigible). Sin embargo, el actor, tal y como señala Talamanca, dado que la *hereditatis petitio* habría estado ya consumada, habría podido solicitar al juez que el demandado prometiera una *cautio* a los efectos de asegurarle que, en el futuro, una vez venza el plazo o se cumpla la condición, le restituirá la deuda hereditaria. En efecto, el actor, como prevé que en el momento futuro de vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición no tendrá un medio judicial con el cual pretender la ejecución, solicita la estipulación al *iudex* para poder con posterioridad ejercitar la *actio ex stipulatu*.

Opinamos que esta caución habría podido ser exigida por el *iudex* (seguramente a solicitud de la parte actora) en el procedimiento de la *hereditatis petitio*, puesto que a través de la cláusula arbitraria o restitutoria incluida en su fórmula el juez habría tenido un amplio poder para poder determinar de qué forma el demandado estaría cumpliendo debidamente con el *iussum de restituendo*, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (en este caso, teniendo en cuenta que existe una deuda hereditaria a término o bajo condición).

### **3.5.2. La *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* o estipulación judicial de perseguir al esclavo -en caso de que esté en fuga- y de restituirlo**

La *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*, es, sin lugar a duda, una de las aplicaciones de la *cautio de restituendo* más extendida en las fuentes y también una de las estipulaciones judiciales que han sido menos cuestionadas por la doctrina respecto a su claridad. La denominación de esta concreta estipulación engloba los dos tipos de cauciones que las fuentes parecen mostrar: la *cautio de servo restituendo* (caución simple de restitución del esclavo) y la *cautio de servo persequendo et restituendo* (caución de perseguir al esclavo y restituirlo, que se da sobre todo en casos de fuga del esclavo). De ahí que hayamos aunado estos dos tipos de cauciones en una denominación global.

Compartimos con Giomaro que esta *cautio* representa una forma concreta y particularmente frecuente de la *cautio de restituendo*, llegando incluso la autora a afirmar

que se trata de la misma *cautio*.<sup>543</sup> Dado que compartimos esa opinión, hemos considerado que esta caución debía ser tratada dentro del análisis de la *cautio de restituendo* y no en un apartado separado, tal y como hizo la autora en su estudio sobre las *cautiones iudiciales*. Por otro lado, la autora considera que el caso concreto del *servus in fuga* o *servus fugitivus*<sup>544</sup> debía ser la hipótesis más clara y frecuente de indisponibilidad fortuita de la cosa<sup>545</sup>, dada la propia característica del esclavo, que es un ser humano y está en disposición de huir o darse a la fuga siendo consciente de lo que ello implica, a diferencia del resto de cosas, que como es lógico no pueden desplazarse por sí solas.

Luzzatto, por su parte, denomina esta caución como la *cautio de servo persequendo* y la define como aquella estipulación mediante la cual el actor promete al demandado de continuar la búsqueda y de restituir al esclavo fugitivo, si es capturado.<sup>546</sup>

Esta estipulación podía darse, al menos, en las siguientes acciones, según las fuentes analizadas: *actio quod metus causa*, *rei vindicatio*, *actio redhibitoria*, *actio rei uxoriae* y *actio ex testamento*. Pasamos a continuación al análisis detallado de los textos relativos a esta particular *cautio*, en los que iremos distinguiendo si se trata de una estipulación

---

<sup>543</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", pp. 60 y 73.

<sup>544</sup> El *servus in fuga* o *servus fugitivus* viene definido por Berger como aquel esclavo que huye de su *dominus* con la intención de no volver con él. Sin embargo, también podía darse, por ejemplo, en casos en los que el esclavo huyera del acreedor pignoraticio de su *dominus* en el supuesto que el primero hubiera sido dado como prenda. Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 705. Sobre el *servus fugitivus* y sobre la discusión doctrinal relativa a la conservación de la posesión, vid., entre otros, ALBERTARIO, E. *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*. Milano: Società editrice "Vita e pensiero", 1929; PRINGSHEIM, F. *Acquisition of ownership through servus fugitivus* en Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantésimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948). Napoli: Jovene, 1948, p. 603 y ss. y *Servus fugitivus sui furtum facit* en Festschrift Fritz Schulz I. Weimar: Hermann Böhlau, 1951, pp. 279-301; LONGO, G. *Il possesso sul "servus fugitivus"* en Annali della Università di Macerata, a cura della Facoltà Giuridica 25 (1961), p. 1 y ss.; MANTHE, U. *Zur Wandlung des "servus fugitivus"* en TR 44 (1976), p. 133 y ss.; SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 55 y ss.; ZAMORANI, P. "Possessio" e "animus". Milano: Giuffrè, 1977, p. 93 y ss.; LEDERLE, R. *Mortuus redhibetur: die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, cop. 1983, p. 64 y ss.; GAROFALO, L. *Studi sull'azione redibitoria...*, pp. 64-68; BUCKLAND, W.W. *The Roman law of slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*. Union, N.J.: Lawbook Exchange, 2000, pp. 267-274; GARCÍA SANCHEZ, J. *La venta del esclavo fugitivo: recepción del derecho romano en una escritura notarial mirobrigense de 1621* en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 7 (2003), pp. 407-438; REDUZZI MEROLA, F. *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, «servi corrupti»* en Studia Historica – Historia Antigua 25 (2007), pp. 325-329; y CARRASCO GARCIA, C. *Fugitivus ver erro: del que huye aun estando presente y del que permanece pese a la ausencia. O de la dialéctica voluntad-acción* en Seminarios complutenses 28 (2015), pp. 165-183. Vid. también CRRS.

<sup>545</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 73.

<sup>546</sup> LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, p. 288.

simple de restitución del esclavo o bien de una estipulación de perseguir el esclavo y restituirlo.

### 3.5.2.1. *Actio quod metus causa*

Dos textos del Digesto nos muestran dos aplicaciones de la estipulación judicial de perseguir y restituir al esclavo en el ámbito de la *actio quod metus causa*. El primer texto que examinaremos es el siguiente fragmento<sup>547</sup> de Ulpiano, que trata sobre una *cautio de servo restituendo...si in meam potestatem pervenerit*:

*Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,5*

*Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvar? Aut si servus in fuga est, aequae, **si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo.** Unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. Sed rectissime viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.*

---

<sup>547</sup> Según GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 84 nt. 18, este fragmento no resulta sospechoso y por lo tanto debemos entender que tiene un contenido clásico. A favor de la clasicidad también identificamos a MAIER, G.H. *Prätorische Bereicherungsklagen*. Berlin-Leipzig: Gruyter, 1932, p. 131 y ss.; HARTKAMP, A.S. *Der Zwang im römischen Privatrecht*. Amsterdam: Hakkert, 1971, p. 211 y ss.; KUPISCH, B. *In integrum restitutio und vindication utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*. Berlin-New York: De Gruyter, 1974, p. 208 y ss.; KASER, M. *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus* en ZSS 94 (1977), p. 129; D'ORS, A. *El Comentario de Ulpiano a los edictos del "metus"* en AHDE 51 (1981), p. 265 y ss.; MELILLO, G. *Il negozio bilaterale romano: Contrahere e pacisci tra il primo e il terzo secolo. Lezioni*. Napoli: Liguori, 1986, p. 89; RUSSO RUGGERI, C. *Viviano giurista minore?* Milano: Giuffrè, 1997, p. 70 y ss.; CALORE, E. *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 337 y ss.; VIARO, S. *L' "arbitratu de restituendo"...*, p. 182 y ss. Por otro lado, consideran interpolada la primera parte del texto, incluida la *cautio* objeto de examen, BESELER, *Beiträge I*, p. 75 y ss.; SCHULZ, F. *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht* en ZSS 43 (1922), p. 252 y ss. y LÜBTOW, U.v. *Der Ediktstitel "Quod metus causa gestum erit"*. Greifswald: Universitätsverlag Ratsbuchhandlung L. Bamberg, 1932, p. 198 y ss.

El supuesto contenido en el fragmento nos muestra que, en la *actio quod metus causa*, el juez, en base a su *arbitrium iudicis*<sup>548</sup>, puede llegar a absolver al demandado a pesar de no haberse realizado la restitución. Ulpiano plantea dos casos en los que debe absolverse al demandado. El primero de ellos es aquél del adquirente de buena fe (por lo tanto, de aquél que ignora el acto intimidatorio que sufrió el demandante) que pierde sin dolo la cosa recibida. El segundo caso es aquél en que la cosa objeto de litigio es un esclavo que se ha dado a la fuga. En este último supuesto, el jurista considera que el demandado debe ser absuelto siempre que preste caución ante el juez de que lo restituirá si vuelve bajo su potestad.

El texto prosigue exponiendo diversas visiones sobre los juristas Viviano<sup>549</sup> y Pedio relativas a la problemática de la legitimación pasiva en la *actio quod metus causa*<sup>550</sup>. El jurista Viviano considera que la acción puede darse contra el subadquirente de buena fe, siempre que pueda restituir la cosa en perjuicio del que sufrió la coacción. Por su parte, el jurista Pedio entiende que la acción puede dirigirse tanto contra el coaccionante que posteriormente traspasó la cosa obtenida como contra el subadquirente que desconocía la coacción.

Según Lenel, este fragmento se encuentra extraído del comentario ulpiano al edicto "*quod metus causa gestum erit*", que muy posiblemente se referiría a las palabras "*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*" de la fórmula de la "*actio quod metus causa*".<sup>551</sup>

Sin embargo, D'Ors considera que el comentario iba referido al problema de la legitimación pasiva de la *actio quod metus causa*. A pesar de que el régimen de legitimación de esta acción es una cuestión que no afecta directamente a la *cautio* objeto de examen, únicamente expondremos el régimen de legitimación que D'Ors formula en base a las palabras de Ulpiano: según este autor, la acción penal se da contra el que

---

<sup>548</sup> CALORE, E. *Actio quod metus causa...*, p. 337.

<sup>549</sup> El jurista Viviano desarrolló su labor en la época del Principado y escribió sobre los edictos edilicio y pretorio, pero no se conoce el título de su obra (vid. *Ulp. 69 ad ed. D. 43,16,1,41-45-46* y *Ulp. 70 ad ed. D. 43,19,1,6*). Vid. LENEL, *Palingenesia II*, pp. 1225-1228. Para más información sobre este jurista, vid. RUSSO RUGGERI, C. *Viviano giurista minore?* Milano: Giuffrè, 1997.

<sup>550</sup> Muchos autores han considerado interpolada la última parte de este fragmento, relativa a la discusión sobre la legitimación pasiva en la *actio quod metus causa*. Vid. *CRRS*, p. 39 nt. 132 (texto 7).

<sup>551</sup> LENEL, *Palingenesia II*, p. 463 nt. 3.

dolosamente adquirió algo *metus causa*, ya sea el mismo coaccionante, otra persona o un subadquirente. Sin embargo, contra los adquirentes o subadquirentes de buena fe el pretor sólo dará la acción cuando retengan la posesión de la cosa y puedan, por lo tanto, restituirla.<sup>552</sup> Por su parte, La Pira entiende que este fragmento tiene relación con el problema de determinar los límites de la *in integrum restitutio*.<sup>553</sup>

Como acertadamente indica Viaro, esta diversidad de opiniones sobre el fragmento ha sido ampliamente superada recientemente por Calore.<sup>554</sup> En efecto, esta última autora, en su reciente, extensa y precisa monografía dedicada al estudio de la *actio quod metus causa*, indica claramente que tanto en los fragmentos *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,4-6*<sup>555</sup> como en el fragmento *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,8*<sup>556</sup> se habrían comentado los verbos "*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*".<sup>557</sup>

Giomaro, por su parte, considera que esta *cautio* y, por lo tanto, la propia promesa, constituye una verdadera condición para la absolució.<sup>558</sup> La autora basa su afirmación en tres evidencias:

- En primer lugar, por la propia expresión "*si cavero...absolvi debebo*" utilizada en D. 4,2,14,5.

---

<sup>552</sup> D'ORS, A. *El comentario de Ulpiano...*, pp. 268-269.

<sup>553</sup> LA PIRA, G. *La personalità scientifica di Sesto Pedio* en BIDR 45 (1938), p. 306.

<sup>554</sup> VIARO, S. *L' "arbitratus de restituendo"*..., p. 183 nt. 203.

<sup>555</sup> *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,4-6*: "4. *Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur. 5. Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvere? Aut si servus in fuga est, aequae, si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo. Unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. Sed rectissime viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet. 6. Labeo ait, si quis per metum reus sit constitutus et fideiussorem volentem dederit, et ipse et fideiussor liberatur: si solus fideiussor metu accessit, non etiam reus, solus fideiussor liberabitur."*

<sup>556</sup> *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,8*: "*Si quis per vim sisti promittendo postea fideiussorem adhibeat, is quoque liberatur.*"

<sup>557</sup> CALORE, E. *Actio quod metus causa...*, p. 65.

<sup>558</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 76 y 77. En el mismo sentido, vid. VIARO, S. *L' "arbitratus de restituendo"*..., p. 183, que considera que, a la luz de las circunstancias, la absolució es debida.

- En segundo lugar, por la afinidad entre esta particular *cautio de servo restituendo* y la propia *cautio de re restituenda*, ya analizada al principio de este apartado.
- Y, en tercer y último lugar, la autora entiende que la *cautio* se configura como una condición de la absolució por razones de lógica procesal en su evolución histórica. Sin embargo, la autora no nos detalla cuales serían estas razones.

Asimismo, se pregunta si esta promesa solemne en forma de estipulación puede ser solicitada por iniciativa exclusiva del juez o si bien el demandado puede solicitarla por propia iniciativa. La autora responde a su propia pregunta y asegura que no le parece que el demandado pueda modificar la situación sin la autorización del juez.<sup>559</sup> Bajo nuestro punto de vista, no es absolutamente descartable que la iniciativa hubiera sido judicial en este caso. Sin embargo, nos parece que ello iría en contra del principio dispositivo del proceso.<sup>560</sup> En efecto, parece mucho más razonable pensar que habría sido más bien el demandado quien habría hecho valer su situación y, ante esta solicitud, el juez habría tomado la decisión de aceptar el condicionamiento de la absolució a la prestación de la caució, si ello era posible en base a la fórmula procesal. En este sentido, compartimos plenamente con Giomaro que, una vez solicitada por parte del demandado la posibilidad de ser absuelto mediante la promesa de restitució, el juez habría procedido a valorar las circunstancias de hecho y de derecho alegadas por el demandado, sin las cuales no estaría justificada la concesió de la caució.<sup>561</sup>

Respecto a la estipulación judicial en sí, ante la literalidad del texto parece ser que nos encontraríamos ante una aplicació de la *cautio de servo restituendo* o caució de restitució simple del esclavo. Esta caució viene definida por Calore como aquella estipulació de garantía de restitució del esclavo en la eventualidad que este retorne a su *potestas*<sup>562</sup>, y, por lo tanto, debemos diferenciarla de la *cautio de servo perseguendo -qui*

---

<sup>559</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 74.

<sup>560</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho romano...*, p. 225. Los principios que deben regir en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario son los de oralidad, audiencia y contradicció de las partes, principio dispositivo, intermediació y publicidad.

<sup>561</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 74 y 75.

<sup>562</sup> CALORE, E. *Actio quod metus causa...*, p. 344. Vid. también *CRRS*, p. 39 (Texto 7). Respecto a la referencia a la *potestas* en el texto analizado, resulta necesario indicar que la *potestas* sobre los esclavos queda subsumida dentro del *dominium*, mientras que la *potestas* que recae sobre los hijos de familia nunca se intenta equiparar al dominio. Vid. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. *El trinomio “potestas manus mancipiumque”* en *REHJ* 35 (2013), p. 82.

*in fuga est- et restituendo*, dado que mediante esta promesa no se está garantizando que se buscará al esclavo, sino que únicamente se está prometiendo que se restituirá en caso de que vuelva a su potestad. Calore considera que es gracias al *arbitrium iudicis* y, en consecuencia, gracias a la amplia discrecionalidad del juez (derivada, sin duda, de la cláusula arbitraria o restitutoria contenida en la fórmula de la acción, tal y como detallaremos más adelante) que se habría permitido atenuar la responsabilidad del demandado cuando éste hubiera perdido el bien por causas no imputables a él.<sup>563</sup> Por el contrario, Chiazzese afirma que el inciso "*si in meam potestatem pervenerit*" es fruto de una interpolación de la comisión compilatoria, puesto que en otro texto de la misma rúbrica -*Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,11*- el contenido de la estipulación es de perseguir (buscar) y restituir al esclavo, y no simplemente de entregarlo si vuelve a la potestad.<sup>564</sup> No parece descabellada la opinión de Chiazzese: condicionar la absolució n a la prestación de la estipulación judicial habría implicado, seguramente, que el contenido de la promesa no sólo fuera en su modalidad simple (restituir al esclavo si volviera bajo la potestad del demandado), sino en su modalidad reforzada (deber de perseguirlo o buscarlo activamente). Sin embargo, no estamos en posición de afirmar uno u otro aspecto, dado que las fuentes que estamos analizando y analizaremos hacen referencia a una u otra modalidad según el caso ante el que nos encontramos.

Y es que, precisamente en la misma rúbrica, aparece también una aplicación de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* en el contexto de la *actio quod metus causa*, en un supuesto análogo descrito también por el jurista Ulpiano:

*Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,11*

*Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, periit? In hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur. Pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilominus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui*

---

<sup>563</sup> CALORE, E. *Actio quod metus causa*..., p. 342.

<sup>564</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 70.

*ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. Haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti "neque ea res arbitrio iudicis restituetur". Ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. Sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdicto unde vi vel quod vi aut clam observatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*

Este fragmento de Ulpiano analiza cuatro hipótesis o situaciones de hecho. En la primera de ellas, se nos muestra el caso de la muerte fortuita del esclavo que tiene lugar con posterioridad a una sentencia de condena *in quadruplum* acaecida en el procedimiento de la *actio quod metus causa*, pero dentro del plazo de la *actio iudicati*.<sup>565</sup> ¿Qué sucederá en este caso, donde el demandado vencido está obligado a pagar el *quadruplum* pero ya no tiene al esclavo objeto del procedimiento? Ulpiano considera que en este supuesto debe reducirse la pena, estando únicamente obligado a satisfacer la pena del triplo.

El segundo supuesto es aquél en el que la fuga del esclavo tiene lugar *post condemnationem* y en ausencia de dolo o culpa del demandado vencido. El fragmento considera que, ante esta situación, debe exigirse caución de que se perseguirá y se restituirá al esclavo (...*Pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat*...). El fragmento prosigue indicando que, a pesar de lo anterior, se reservará íntegra al coaccionado la acción real o la acción exhibitoria o cualquier otra acción que le competa para recobrar al esclavo, de suerte que, si el dueño hubiese recobrado al esclavo del modo que sea, el que es demandado en virtud de la estipulación quede protegido mediante excepción.

---

<sup>565</sup> La *actio iudicati* es aquella acción ejecutiva que podía ejercitarse en caso de que el condenado en un procedimiento no pagara la estimación del litigio. La condena de esta acción crece al doble contra el que se resiste (litiscrecencia por *infittatio*). Vid. D'ORS, *DPR*, p. 171 (§113). Sobre esta acción, entre otros autores, vid. LIEBMAN, E.T. *L'actio iudicati nel processo giustiniano* en *Studi Bonfante* 3 (1930), p. 399 y ss.; LA ROSA, F. *L'Actio iudicati nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1963; BUZZACCHI, C. *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*. Milano: Giuffrè, 1996; WENGER, L. *Zur Lehre von der Actio iudicati*. Edición en castellano al cuidado de Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, [2018]. Por otro lado, respecto a la fórmula de la *actio iudicati*, Lenel en su día rechazó realizar ninguna reconstrucción, tal y como sí habían realizado autores anteriores. Vid. LENEL, *EP*, p. 443 y ss. Más recientemente, Mantovani también evita hacer una posible reconstrucción de la fórmula de esta acción puesto que considera que su naturaleza es discutible. Vid. MANTOVANI, *Le formule*, p. 24.

La tercera hipótesis es aquella de la muerte fortuita del esclavo *ante sententiam* (después de la *litis contestatio* y antes de dictar sentencia). En este punto, si el esclavo muere sin dolo o culpa del que ejerció la coacción, éste quedará obligado, tal y como resulta de las siguientes palabras del edicto: “*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*”.

La cuarta y última hipótesis es aquella en la que la fuga del esclavo tiene lugar *ante sententiam*. En ese caso, si el esclavo se hubiese fugado sin dolo malo ni culpa del demandado, deberá el demandado dar caución por medio del juez de que devolverá al esclavo después de buscarlo: “*...Ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem, ut eum servum persecutus reddat...*”.

Finalmente, el fragmento expone un caso por el que el juez condenará al demandado también en el supuesto en que no sea responsable de la pérdida del esclavo, tal y como se observa en el interdicto *Unde vi*<sup>566</sup> o en el interdicto *Quod vi aut clam*<sup>567</sup>.

A continuación, nos centraremos exclusivamente en la segunda y cuarta hipótesis del fragmento, puesto que son las partes del texto que incluyen las dos posibles cauciones judiciales.

En efecto, las hipótesis segunda y cuarta, que hacen referencia a la fuga del esclavo, parecen aparentemente mostrarnos una misma aplicación de la estipulación judicial de perseguir y entregar al esclavo. Sin embargo, opinamos que una y otra caución no pueden ser valoradas e interpretadas de la misma forma, puesto que a pesar de que a primera vista pueden parecer idénticas, en realidad cubren situaciones jurídicas distintas y tienen por tanto una naturaleza jurídica diversa. La opinión que seguimos respecto a las cauciones contenidas en este fragmento es la que expuso en su día Chiazzese y aceptó como propia

---

<sup>566</sup> El interdicto *unde vi* se configura en derecho romano clásico como aquel complemento extraprocésal de la jurisdicción pretoria que podía interponerse para recuperar la posesión del fundo invadido con violencia eliminando todas las modificaciones (si es que ha habido). Se trata de un interdicto de carácter simple (Gai. 4,157) y restitutorio. Vid. D’ORS, *DPR*, p. 210 (§145).

<sup>567</sup> El interdicto *quod vi aut clam* se configura en derecho romano clásico como aquel complemento extraprocésal de la jurisdicción pretoria que podía interponerse para conseguir, a petición del propietario de un terreno, la demolición de una obra (*opus factum*) realizada en él sin su permiso. También se trata de un interdicto simple restitutorio. Vid. D’ORS, *DPR*, p. 221 (§154).

Calore; opinión que se basa en distinguir -muy acertadamente bajo nuestro punto de vista- las dos cauciones contenidas en el texto.

Respecto a la primera caución, que se recoge bajo la expresión “*Pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat*”, los autores anteriormente referidos la consideran simplemente falsa<sup>568</sup>; en consecuencia, interpolada. Chiazzeze lo justifica argumentando que esta caución únicamente podría considerarse clásica si hiciera referencia a la *restitutio* ordenada por el *iudex*; por lo tanto, si viene relacionada con el *iussum de restituendo*. Sin embargo, en este caso no es así.

Y es que, tal y como bien indica Giomaro, en realidad esta segunda hipótesis estaría tratando una aplicación de esta caución en la *actio iudicati* y no una aplicación en la *actio quod metus causa*, tal y como -por el contrario- sí se desprende nítidamente de la estipulación contenida en la cuarta hipótesis. La autora defiende que estamos en realidad ante la siguiente situación: interpuesta la *actio iudicati* contra el demandado, puesto que no ha cumplido con la condena *in quadruplum* que ha tenido lugar en el procedimiento de la *actio quod metus causa*, el demandado podría oponer una *exceptio* por la que hiciera valer que el esclavo habría huido sin dolo malo ni culpa suya.<sup>569</sup> En consecuencia, si se reconociera como fundada esa *exceptio*, el juez habría exigido la *cautio* y a la vez le habría condenado a pagar la pena del triple. Sin embargo, lo que no podemos compartir con la autora es que la aplicación de esta caución en esta hipótesis sea clásica, dado que se condena a la pena del triple y a la vez se exige la *cautio*. Esta forma de proceder, bajo nuestro punto de vista, no puede responder a una sistemática clásica.

---

<sup>568</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 70 y CALORE, E. *Actio quod metus causa...*, p. 284 nt. 53.

<sup>569</sup> GIOMARO, A.M. *D. 4,2,14,11: Sul valore della clausola restitutoria nell'actio quod metus causa e sull'officium iudicis* en *Atti del II Seminario Romanistico Gardesano*. Promosso dall'istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi 12-14 giugno 1978. Mailand, 1980, p. 203.

La autora, al analizar este texto, a pesar de las críticas que este pasaje ha recibido<sup>570</sup>, considera que tanto la primera como la segunda estipulación son clásicas.<sup>571</sup> Además, no distingue el contenido de ambas cauciones y defiende que habrían tenido el mismo tenor literal y, por lo tanto, habrían comportado una promesa de doble actividad: de perseguir y de restituir el esclavo.<sup>572</sup> Asimismo, nos indica que es el *iudex* quien exige esta caución en base a razones de equidad.<sup>573</sup>

Respecto a la segunda caución, Chiazzese y Calore consideran que la segunda estipulación a la que hace referencia el texto, que se identifica con las palabras "*cavendum est per iudicem, ut eum servum persecutus reddat*", sí que debe ser considerada clásica.<sup>574</sup> Chiazzese considera que este supuesto es análogo al de la caución recogida en D. 4,2,14,5 -texto examinado anteriormente-, teniendo por tanto la misma naturaleza jurídica, puesto que están vinculadas al *iussum de restituendo* y al *arbitratus de restituendo* del juez. Sin embargo, el autor entiende que -tal y como indicamos anteriormente- la limitación llevada a cabo en D. 4,2,14,5, por la que únicamente el demandado tenía obligación de entregar al esclavo en caso de que viniera bajo su potestad, no puede ser clásica<sup>575</sup>, y que el contenido de la caución debía ser de perseguir activamente y entregar al esclavo. Estamos de acuerdo con esta opinión, dado que la caución sirve para conseguir la absolució, y no parece sensato pensar que la absolució podría alcanzarse sin la promesa de una búsqueda

---

<sup>570</sup> Entre otros, consideran interpolado el texto los siguientes autores: BIONDI, B. *Studi sulle actiones arbitrariae...*, p. 57 y ss.; HERDLITCZKA, A.R. *Zur Lehre vom Zwischenurteil (pronuntiatio) bei den sogenannten actiones arbitrariae*. Wien: Oskar Höfels, 1930, pp. 72 nt. 175 y 77; MAIER, G.H. *Prätorische...*, pp. 142 y 145; LÜBTOW, U.v. *Der Ediktstitel ...*, p. 145 y ss.; MARRONE, M. *Actio ad exhibendum* en *Annali Palermo* 26 (1957), p. 550 y ss.; HARTKAMP, A.S. *Der Zwang...*, p. 220 y ss.; D'ORS, A. *El comentario de Ulpiano...*, p. 270 y ss. (D'Ors considera que los Compiladores introdujeron en el comentario de Ulpiano su propio *tractatus* sobre el *quadruplum* de la acción del *metus* y sobre el *periculum rei* respecto a la obligación de restituir, y señala que tanto el fragmento 10 como el 11 están interpolados enteros). Por su parte, Joan Miquel define a este fragmento como plausible, pero no convincente. Vid. MIQUEL, J. *Mechanische Fehler in der Digestenüberlieferung* en *ZSS* 80 (1963), p. 240.

<sup>571</sup> La autora lleva a cabo un análisis de este texto tanto en su monografía dedicada a las *cautiones iudiciales* como en su artículo específico relativo a la exégesis del fragmento en concreto. En ambos estudios dota de clasicidad a ambas estipulaciones. En este sentido, vid. GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", pp. 91 y 107-109 y *D. 4,2,14,11...*, pp. 191-212. A favor de considerar clásicas ambas estipulaciones vid. VIARO, S. *L' "arbitratus de restituendo" ...*, p. 40 nt. 24 (donde la autora da por buenas las conclusiones a las que llega Giomaro) y *CRRS*, pp. 40-41 y 41 nt. 138 (Texto 8) (donde los autores consideran que la teoría de Giomaro es convincente, a pesar de las críticas interpolacionistas).

<sup>572</sup> GIOMARO, A.M. *D. 4,2,14,11...*, p. 210.

<sup>573</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 79.

<sup>574</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 70 y CALORE, E. *Actio quod metus causa...*, p. 286 nt. 56.

<sup>575</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 70. No desconecemos que el propio autor, en la misma página, considera que el fragmento 11 analizado es falso. Sin embargo, consideramos que de los comentarios anteriormente referidos sí que reconoce que, a pesar de ello, la segunda estipulación sí que tiene un contenido y una naturaleza clásica.

activa del esclavo, y no simplemente ante la espera que volviera con él sin necesidad de perseguirlo.

Una vez analizados los dos textos de esta *cautio* relativos a la *actio quod metus causa*, es momento ahora de examinar esta acción concreta y determinar qué cláusula de la fórmula habría permitido a las partes solicitar y posteriormente al *iudex* recurrir a la prestación de la *cautio* reseñada en los dos textos anteriormente examinados.

La *actio quod metus causa*<sup>576</sup> viene definida por D'Ors como aquella acción concedida por el pretor por el delito de retener una adquisición derivada de un acto causado mediante una amenaza violenta (*vis*), que habría intimidado (*metus*) al que sufrió el detrimento patrimonial.<sup>577</sup> Por su parte, Betancourt concreta que estamos ante una acción de tipo penal anunciada en el Edicto Perpetuo. En concreto, se trata de una acción penal al cuádruplo<sup>578</sup>, siempre que se ejercite dentro del año en el que se produjo el acto intimidatorio. Una vez transcurrido este plazo, se convertiría en una acción *in simplum* a los efectos de conseguir el importe del daño resultante.<sup>579</sup>

La fórmula de la *actio quod metus causa* habría habilitado al juez de esta acción a aplicar una *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*.

La reconstrucción de la fórmula de esta acción es la que sigue<sup>580</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret metus causa A. Agerium fundum quo de agitur N. Negidio mancipio dedisse neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis restituetur*<sup>581</sup>, *quanti ea res erit tantae pecuniae quadruplum C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*.

---

<sup>576</sup> Para un estudio en profundidad de la *actio quod metus causa*, vid. CALORE, E. *Actio quod metus causa...*, p. 1 y ss. Sobre esta acción, vid. también, KRELL, G. *Die actio quod metus causa des römischen civilrechtes*. (Tesis doctoral). München, 1873; LÜBTOW, U.v. *Der Ediktstitel...*, p. 1 y ss.; GIOMARO, A.M. *D. 4,2,14,11...*; KUPISCH, B. *Überlegungen zum Metusrecht: die actio quod metus causa des klassischen römischen Rechts* en HUWILER, B. (y otros). *Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*. Bern: Stämpfli, 2007, pp. 415-438; FLORIANA CURSI, M. *Actio quod metus causa e le azioni "miste"* en INDEX 43 (2015), pp. 393-401; KNÜTEL, R. *Zur Hafttung bei der "actio quod metus causa"* en INDEX 45 (2017), pp. 594-613; LLANOS PITARCH, J.M. *Reflexiones sobre la vis lícita frente a la vis ilícita* en RGDR 29 (2017), pp. 1-25. Sobre la fórmula de la *actio quod metus causa*, LENEL, *EP*, p. 112; RUDORFF, *Edictum*, p. 55 y ss. y MANTOVANI, *Le formule*, p. 70.

<sup>577</sup> D'ORS, *DPR*, p. 466 (§380).

<sup>578</sup> Entre muchos otros, BRASIELLO, U. *Corso di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 216 y D'ORS, A. *El comentario de Ulpiano...*, p. 274.

<sup>579</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 172.

<sup>580</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 70.

<sup>581</sup> Tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 55 y ss. como LENEL, *EP*, p. 112 incluyen la cláusula arbitraria o restitutoria en la reconstrucción de la fórmula de la *actio quod metus causa*.

En efecto, la *condemnatio* de la fórmula contiene una cláusula arbitraria o restitutoria mediante la que el *iudex* habría podido exigir esta estipulación de persecución y restitución del esclavo. La promesa de esta *cautio*, al igual que sucede en las acciones *in rem*, habría comportado el cumplimiento del *iussum de restituendo* siempre que en la fuga del esclavo no hubiera mediado culpa o dolo por parte del demandado. En consecuencia, en los casos en que el demandado hubiera accedido a prometer la estipulación, la promesa habría implicado la absolución de éste. En caso contrario, con total seguridad el *iudex* habría condenado *in quadruplum* al demandado.<sup>582</sup>

Ello significa que el juez de la *actio quod metus causa*, recurriendo siempre al contenido de la fórmula, habría interpretado de forma extensiva la concepción de la *restitutio* en base al *arbitrium iudicis*, a los efectos de considerar que la total restitución de la cosa también hubiera sido posible mediante la promesa de persecución y restitución del esclavo siempre que no hubiera mediado dolo o culpa del demandado.

### 3.5.2.2. *Rei vindicatio*

Un texto del Digesto ubicado bajo la rúbrica D. 6,1: *De rei vindicatione* contiene una aplicación de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*. Se trata de un fragmento del jurista Paulo extraído de su libro 21 *ad edictum*:

*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,21*

*Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. Nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori et fructus eius temporis quo possedit praestet. Quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? Nec iniquum id esse*

---

<sup>582</sup> D'ORS, A. *El comentario de Ulpiano...*, p. 274 afirma que la “solución de condenar al *quadruplum* en caso de ser imposible la restitución era congruente con el régimen clásico, en el que, después de la *litis contestatio*, si no se realizaba la restitución prevista en la cláusula arbitraria de la fórmula «*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*», no cabía más que una condena al *quadruplum*”.

*Pomponius libro trigensimo nono ad edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debet, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Iulianus autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de perseguenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat, idque Pomponius libro trigensimo quarto variarum lectionum probat: quod verius est.*

El supuesto que recoge el texto es el siguiente: si el esclavo de un poseedor de buena fe se hubiera dado a la fuga en el curso de un procedimiento iniciado por el *dominus* para reivindicar al esclavo, debe observarse si debiera haber sido custodiado (*custodiri solent*<sup>583</sup>). Puesto que, si el esclavo tenía fama de íntegro, de modo que no fuera precisa su custodia (*custodiri non solent*), debe absolverse al poseedor. Sin embargo, si entre el momento procesal de la *litis contestatio* y la sentencia consigue usucapirlo, debe ceder sus acciones al demandante y entregar los frutos del tiempo de la posesión, puesto que el juez debe atenerse a la litiscontestación. Si no lo usucapió todavía, ha de ser absuelto sin necesidad de que preste cauciones, de modo que no dé ninguna promesa de perseguir al esclavo, dado que ¿por qué no va a poder perseguirlo el demandante, aunque lo llegue a usucapir el poseedor mientras el esclavo permanece fugado?

En este punto, el jurista cita una opinión de Pomponio extraída de su libro 39 *ad edictum*, por la que el último jurista considera que esta situación es justa. Sin embargo, apunta que, si debía custodiarse el esclavo, debe ser condenado por ello, de manera que si no lo usucapió, ceda al actor sus acciones.

Finalmente, Paulo cita a Juliano, que considera que en estos casos en los que por fuga del esclavo se absuelve al poseedor, aunque no se le obligue a dar caución de perseguir al esclavo, el poseedor debe dar caución con el fin de que, si lo recupera, lo restituya. Opinión que, según el fragmento, viene aprobada por Pomponio en su libro 34 *variarum lectionum*.

---

<sup>583</sup> Sobre la distinción entre esclavos *custodiri solent* y *custodiri non solent* vid. METRO, A. *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 153 y ss. y CRRS, p. 44 (texto 11).

La doctrina romanística ha examinado este texto esencialmente desde el punto de vista de la posesión del esclavo fugado.<sup>584</sup> Sin embargo, la presente investigación nos lleva a centrarnos en la estipulación judicial contenida en el texto y en su relación con la *rei vindicatio*. Entre los autores que consideran clásica la *cautio* referida en el fragmento, destaca Schipani, que considera que la solución a las cauciones a que recurre el fragmento integra estos mecanismos en la condena o absolución.<sup>585</sup> También Kaser, que inicialmente no estaba convencido de la clasicidad de la *cautio* contenida en el fragmento<sup>586</sup> y finalmente acaba afirmando que nos encontramos ante una estipulación judicial clásica.<sup>587</sup> Asimismo, Betancourt reconoce que en este fragmento se encuentra una aplicación de la *cautio de servo persequendo* (D. 6,1,21) y de la *cautio de servo restituendo* (D. 6,1,21 *in fine*).<sup>588</sup>

Giomaro, que se adhiere a la clasicidad de la *cautio*, entiende que este texto demuestra que la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* podía ser impuesta en su modalidad de simple *restitutio* o en su modalidad reforzada de *persecutio* y *restitutio*, y que era el *iudex* el que tenía que tener en cuenta la situación y resolverla según su criterio, ya fuera en el marco de los límites de los medios que tenía concedidos o bien teniendo presente la jurisprudencia.<sup>589</sup> Por otro lado, tampoco parecería extraño ver en

---

<sup>584</sup> Consideran que se sigue poseyendo al esclavo ALBERTARIO, E. *I problemi possessori...*, p. 279 (el autor entiende que el jurista Paulo en este fragmento niega la posesión del *fugitivus* y admite solamente en vía de excepción *utilitatis causa* la posibilidad de completar la usucapión a pesar de la falta de posesión) y LONGO, G. *Il possesso...*, p. 470 y ss. El otro sector doctrinal que niega la posesión del esclavo viene encabezado por NICOSIA, G. *L'acquisto del possesso mediante i "potestati subiecti"*. Milano: Giuffrè, 1960, pp. 459-461 (que afirma que en este texto el jurista Paulo consideraba fuera de discusión la continuación de la usucapión del *servus fugitivus*, apoyándose en PS. 2,31,37, *Paul. 15 ad Plaut. D. 41,3,15,1* y *Paul. 54 ad ed. D. 41,2,1,14*; y por ello es muy vehemente en su crítica a Albertario), autor cuya opinión fue también seguida por ZAMORANI, P. "*Possessio*" e "*animus*"..., p. 101. Otros autores que han tratado este fragmento son CANNATA, C.A. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto Romano. I*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 48 y ss.; KLINGENBERG, G. *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses* en *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, Graz, 1992, p. 249 y ss.; WIMMER, M. *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten (=Forschungen zum Römischen Recht 41)*. Köln-Wiemar-Wien, Böhlau, 1995, p. 54 y ss.; STOLFI, E. *Studi sui Libri...*, p. 332 y ss. y CRRS, pp. 43 y 44 (texto 11).

<sup>585</sup> SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 60.

<sup>586</sup> KASER, M. *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen* en ZSS 51 (1931), p. 115 nt. 4 y *Restituere als Prozessgegenstand...*, p. 11 nt. 1.

<sup>587</sup> KASER, M. *Restituere als Prozessgegenstand...*, p. 197.

<sup>588</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 185 nt. 47.

<sup>589</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", pp. 105-107.

este fragmento -tal y como defiende Giomaro- una disputa entre sabinianos y proculeyanos respecto al tipo de *cautio* que debía exigirse en estos supuestos.<sup>590</sup>

Stolfi afirma que es posible el texto de Pomponio hiciera únicamente referencia a la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est-* y que fuera Juliano el que considerara mejor la promesa de una simple *cautio de servo restituendo*, referenciada con las palabras “*si rem nanctus fuerit, ut eam restituat*”.<sup>591</sup>

La crítica más ferviente a la *cautio* referenciada en este fragmento viene defendida por Chiazzese, dado que entra a valorar la propia naturaleza de la estipulación en relación con el supuesto de hecho planteado en el texto. El autor considera que la estipulación contenida en el fragmento no puede ser considerada clásica, puesto que la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* únicamente puede ser impuesta en la fase procesal de la *restitutio*, constituyendo un requisito procesal de la propia absolución.<sup>592</sup> Somos críticos con esta visión de Chiazzese, puesto que, bajo nuestro punto de vista, a pesar de que el texto hable de una simple caución de restitución del esclavo para el caso de que lo recupere, la naturaleza de esta estipulación en el contexto del fragmento se configura como un claro presupuesto para la absolución. Si bien el texto descarta la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est-*, sí que reconoce que el poseedor deberá prometer una *cautio de servo restituendo* para conseguir la absolución, dado que el tenor literal del fragmento es el siguiente: “*etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nanctus fuerit, ut eam restituat*”. A pesar de la disyuntiva entre los dos tipos de cauciones que el texto indica, la vinculación entre la *cautio* y la absolución es clarísima<sup>593</sup> y bajo nuestro punto de vista no deja lugar a la interpretación. Cualquier otra perspectiva sería obviar el contenido del fragmento.

---

<sup>590</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 104 nt. 39 y p. 43. La autora, en la página 43 de su monografía, indica que la *cautio de restituendo* (extensiva a la *cautio de servo restituendo*) podría ser uno de los momentos de contradicción entre la teoría sabiniana, que reconoce una responsabilidad del demandado respecto a la pérdida de la cosa solo en los casos de dolo o culpa, y la teoría de los proculeyanos, que está más vinculada al principio de los efectos conservadores de la *litis contestatio* y que declaraba al demandado responsable en todos los casos, aunque la pérdida derivara de un caso fortuito o fuerza mayor.

<sup>591</sup> STOLFI, E. *Studi sui Libri...*, pp. 334-335 y nt. 97.

<sup>592</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 61 y ss.

<sup>593</sup> Entre otros, vid. SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 60 y STOLFI, E. *Studi sui Libri...*, p. 334 nt. 91.

Por otro lado, cabe indicar que Chiazzese no se limita a criticar este fragmento, sino que considera también *spuria* la estipulación judicial contenida en el siguiente fragmento de Ulpiano, ubicado en la rúbrica D. 21,2: *De evictionibus et duplae stipulatione* y extraído del libro 29 *ad Sabinum*, que a nuestro entender refuerza la aplicación de la *cautio* analizada en el procedimiento de la *rei vindicatio*:

*Ulp. 29 ad Sab. D. 21,2,21,3*

*Idem Iulianus eodem libro scribit, si lite contestata fugerit homo culpa possessoris, damnatus quidem erit possessor, sed non statim eum ad venditorem regressurum et ex duplae stipulatione acturum, quia interim non propter evictionem, sed propter fugam ei hominem habere non licet: plane, inquit, cum adprehenderit possessionem fugitivi, tunc committi stipulationem Iulianus ait. **Nam et si sine culpa possessoris fugisset, deinde cautionibus interpositis absolutus esset, non alias committeretur stipulatio, quam si adprehensum hominem restituisset. Ubi igitur litis aestimationem optulit, sufficit adprehendere: ubi cavet, non prius, nisi restituerit.***

En este fragmento de Ulpiano el jurista trae a colación la opinión de Juliano, e indica que, si un esclavo hubiese huido después del momento procesal de la *litis contestatio* en la *rei vindicatio* por culpa del poseedor, éste habrá de ser condenado en favor del reivindicante, pero no podrá dirigirse contra el vendedor en virtud de la *stipulatio duplae*, porque se ve en la imposibilidad de retener al esclavo, no por causa de evicción, sino por la fuga del mismo. Como puede observarse, aquí Ulpiano se preocupa de si es posible aplicar al supuesto de la fuga del esclavo y, por lo tanto, objeto de evicción, el régimen de la *stipulatio duplae*.

El fragmento sigue con la opinión de Juliano, indicando que, cuando recupere la posesión del esclavo huido, entonces sí que operará la *stipulatio duplae*. Pues si el esclavo hubiese huido sin culpa del poseedor y, con posterioridad, interpuestas las garantías, hubiese sido absuelto, no de otro modo actuará la estipulación del doble que si se hubiese restituido al esclavo recuperado. En consecuencia, cuando el comprador haya pagado la estimación del litigio al reivindicante, bastará que recupere el esclavo para que sea de

aplicación la estipulación. Sin embargo, cuando se da garantía, debe antes restituirlo al vendedor.

El supuesto que interesa a la presente investigación es aquél en el que el esclavo huye sin culpa del poseedor ("*si sine culpa possessoris fugisset*"), puesto que en este caso es donde se hace referencia a que, interpuestas las cauciones, el poseedor demandado habría sido absuelto.

Como anteriormente hemos señalado, Chiazzese cuestiona las *cautiones* aquí referidas. El autor considera que, en los casos en que se reivindica a un esclavo y éste haya huido sin culpa del poseedor, el demandado poseedor debe ser directamente absuelto, sin que el juez pueda ejercitar ninguna presión, ni directa ni indirecta, sobre el demandado para que preste o prometa la *cautio*.<sup>594</sup> Sin embargo, Schipani considera, acertadamente bajo nuestro punto de vista, que la visión de Chiazzese es demasiado formalística y no tiene en cuenta que la interpretación del *restituere* deja al juez la posibilidad de valorar la falta de prestación de las *cautiones*.<sup>595</sup>

El fragmento, examinado también por Giomaro, no deja lugar a dudas para la autora: la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*, sería la *cautio* a la que el texto estaría haciendo referencia y habría sido requerida por el juez al poseedor demandado como condición para la absolución.<sup>596</sup>

Finalmente, otro texto del Digesto parece indicarnos una aplicación de esta estipulación judicial en el ámbito de la *rei vindicatio*:

*Ulp. 76 ad ed. D. 44,4,4,7*

*Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam*

---

<sup>594</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 61.

<sup>595</sup> SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 58 nt. 5 (continuación de la página anterior).

<sup>596</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", pp. 80-83.

*petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*

En este fragmento de Ulpiano, el jurista cita a Labeón, indicando que este último considera que, si se hubiera juzgado a favor del demandante una vindicación sobre un esclavo y se hubiera dado garantía por parte del demandado, por disposición del juez, para que se entregara el esclavo en un cierto plazo, y luego se estipula una pena para el caso de que no se entregue, el demandante debe ser rechazado con la excepción de dolo malo si pide la pena después de haber vindicado el esclavo, pues es injusto poseer al esclavo y exigir además la pena.

Lo que se desprende de este fragmento es un posible contenido de la *cautio de restituendo* en el supuesto del procedimiento de una *rei vindicatio* sobre un esclavo. El texto parece hacer referencia a un contenido estipulatorio que podría tener el siguiente tenor, a modo de ejemplo: ¿Prometes que, si no entregas al esclavo Estico, objeto de reivindicación, antes del mes de abril, pagarás una pena (igual a la estimación del litigio)? Prometo.

El texto sin duda está exigiendo una *poenam*, para el caso que no se entregara el esclavo en un cierto plazo. Sin embargo, consideramos que en el procedimiento formulario esta pena no podría ser superior al importe de la *litis aestimatio* respecto al esclavo. Lo interesante del fragmento es que reconoce que la *cautio de servo restituendo* se habría dado con un plazo concreto en algunos casos.

Finalmente, resulta necesario apuntar que las *cautiones* analizadas anteriormente habrían podido ser solicitadas por alguna de las partes y finalmente exigidas por el *iudex* gracias a la cláusula arbitraria o restitutoria incluida en la fórmula de la *rei vindicatio*.

### 3.5.2.3. *Actio redhibitoria*

#### a) *Cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo en el seno de la actio redhibitoria*

Existe en el Digesto un fragmento que trata la *cautio de servo persequendo et restituendo* en el ámbito del procedimiento derivado del ejercicio de la *actio redhibitoria*, en su modalidad de persecución y restitución:

*Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,21,3*

*Idem ait futuri temporis nomine cautionem ei, qui sciens vendidit, fieri solere, si in fuga est homo sine culpa emptoris et nihilo minus condemnatur venditor: tum enim cavere oportere, ut emptor hominem persequatur et in sua potestate redactum venditori reddat.*

Este texto ha sido examinado frecuentemente por la doctrina en relación con la estipulación judicial aquí tratada.<sup>597</sup> A pesar de ello, Giomaro no ha llevado a cabo un análisis en profundidad de este paso en su estudio relativo a las *cautiones iudiciales*.<sup>598</sup> El fragmento se encuentra dentro de un texto más amplio (*Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21,1,21,1-3*) que tuvimos ocasión de examinar en el capítulo relativo a la estipulación judicial de indemnidad<sup>599</sup> y que trataremos posteriormente al examinar la estipulación judicial de dolo.

---

<sup>597</sup> Sobre este fragmento vid., entre muchos otros, IMPALLOMENE, G. *L'editto...*, pp. 148-150; LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, p. 288 y nt. 259; MANTHE, U. *Zur Wandlung...*, pp. 133-146; ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 332 y ss; MANNA, L. "*Actio redhibitoria*"..., pp. 198-201; GAROFALO, L. *Studi sull'azione redibitoria...*, pp. 64-68; y *CRRS*, pp. 90-91 (texto 87).

<sup>598</sup> La autora se limita a citarlo en una nota al pie, junto a otro ejemplo de aplicación de cauciones en el ámbito de la *actio redhibitoria*. Vid. GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 260 nt. 30.

<sup>599</sup> Cabe recordar en este punto a VINCENT, H. *Le droit des édiles...*, p. 176 y ss., que al referirse a estos fragmentos niega la posibilidad de que el juez pudiera imponer cauciones. A la misma conclusión llega MOZZILO, A. *Contributi...*, p. 38 nt. 55, que considera que el juez únicamente podía imponer en época clásica la garantía por la evicción futura o *cautio de evictione*.

En este fragmento Ulpiano cita a Pomponio, siendo el supuesto aquél en el que un vendedor vende un esclavo a sabiendas (*sciens*?<sup>600</sup>) de que el esclavo había huido; siendo aparentemente el vicio material el hecho de que el esclavo se hubiera dado a la fuga.<sup>601</sup> En consecuencia, si el esclavo se encuentra fugitivo, una vez ejercitada la *actio redhibitoria* y ya sea antes o después de la *litis contestatio*<sup>602</sup>, sin que haya mediado culpa del comprador (*sine culpa emptoris*), el vendedor será condenado, aunque no recupere a su esclavo. Sin embargo, el demandado-vendedor puede exigir que el actor-comprador le garantice mediante una *cautio* que perseguirá al esclavo y que lo restituirá al vendedor tan pronto como vuelva a su poder.

Como podemos observar en el texto, en este caso es el actor quien promete al demandado continuar la búsqueda del esclavo y restituirlo en caso de captura; al contrario de lo que sucede en otros textos tratados anteriormente, donde la estipulación de restitución es prometida por el demandado y actúa como un mecanismo de cumplimiento del *iussum de restituendo* y, en consecuencia, como una condición para la absolución del demandado. En este caso, sin embargo, la caución se exigiría por parte del demandado para que fuera prometida por parte del actor.<sup>603</sup>

Respecto a la interpolación del texto, uno de los primeros argumentos tendentes a no considerar clásico el fragmento por parte de los autores, es el hecho de que las acciones edilicias, como es la *actio redhibitoria*, no se basaban en la buena o mala fe.<sup>604</sup>

---

<sup>600</sup> Según IMPALLOMENI, G. *L'editto...*, p. 148 nt. 43, la expresión *sciens* utilizada en el texto constituye quizás un glosema, porque el vendedor está objetivamente sujeto a la *actio redibitoria*, tanto si conoce como si ignora el vicio redhibitorio.

<sup>601</sup> En este sentido, vid. MANTHE, U. *Zur Wandlung...*, p. 134; IMPALLOMENI, G. recensión a Lederle, *Mortuus redhibetur* en IVRA 34 (1983), p. 217. Sin embargo, LEDERLE, R. *Mortuus redhibetur...*, p. 70 considera que las fuentes no revelan que la *fuga servi* constituya realmente el vicio redhibitorio.

<sup>602</sup> GAROFALO, L. *Studi sull'azione redibitoria...*, p. 64.

<sup>603</sup> Impallomeni destaca que esta regla es singular. Vid. IMPALLOMENI, G. *L'editto...*, p. 148 nt. 43.

<sup>604</sup> *CRRS*, p. 91 (texto 87). Por otro lado, la existencia de un rescripto del emperador Antonino Caracalla del año 214 d.C., contenido en C. 4,58,1 (*Imperator Antoninus. Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit isque fugitivus abest, non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum quod per eum tibi accidit competens iudex, ut iam pridem placuit, praestari iubebit. \* ANT. A. DECENTIO VEROMILIO. \* <A 214 PP. IIII K. IUN. MESSALA ET SABINO CONSS.>*"), que trata un supuesto similar y en el que no se hace referencia a la *cautio*, podría indicarnos que en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* la solución de la *cautio* no tuvo aplicabilidad, si bien desconocemos el supuesto exacto del rescripto. Además, cabe tener presente también que otra constitución imperial claramente de época postclásica de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 386, que se incluye más adelante en C. 4,58,5 (*Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Habito semel bonae fidei contractu mancipioque suscepto et pretio soluto ita demum repetendi pretii potestas est ei qui mancipium comparaverit largienda, si illud quod dixerit*

Asimismo, debemos traer a colación dos teorías encabezadas por Impallomeni y Garofalo que disertan sobre qué debemos entender por vicio redhibitorio en el fragmento analizado, debate que sin duda tiene que ver también con la propia naturaleza de la *cautio* examinada.

Por un lado, Impallomeni defiende que en el supuesto analizado el vicio material lo constituye la propia fuga. Sin embargo, el autor se pregunta: ¿cómo puede explicarse que el comprador sea compelido a prometer por el *iudex* una estipulación relativa a la persecución y entrega del esclavo huido si la fuga no ha tenido lugar por su culpa? Pues bien, el autor considera que esta estipulación únicamente hubiera sido posible si la fuga del esclavo no fuera imputable al dolo o a la culpa del vendedor.<sup>605</sup> En caso de ser imputable a la culpa o dolo del vendedor, no habría sido posible solicitar esta caución al *iudex* para ser prometida por el comprador.

Por otro lado, Garofalo -aun admitiendo como posibles las conclusiones a las que llega Impallomeni- considera alternativamente que es probable que el texto esté tratando en realidad el supuesto en que un esclavo está viciado por una causa que no tiene nada que ver con la fuga (como, por ejemplo, una enfermedad, una lesión, etc.). En efecto, el autor cree que estaríamos en el supuesto que, verificado el vicio por parte del comprador y una vez ejercitada la *actio redhibitoria* contra el vendedor, el esclavo viciado se da la fuga (independientemente de si se da a la fuga para no ser devuelto al vendedor o por otro motivo) y el vendedor actuó con dolo respecto al vicio (no respecto a la fuga). Ante esta tesitura, y no siendo el comprador culpable de la fuga del esclavo durante el procedimiento ya iniciado (y, por lo tanto, no estando obligado a restituirlo), habría sido posible que el vendedor exigiera una *cautio* al comprador por la que simplemente se comprometiera a devolverlo en caso de que fuera recuperado.<sup>606</sup> El autor considera que, dado que el comprador habría estado exento de la restitución del esclavo (puesto que se dio a la fuga sin su culpa o dolo) la *cautio* habría actuado como sustituto a dicha

---

fugitivum, poterit exhibere. Hoc enim non solum in barbaris, sed etiam in provincialibus servis iure praescriptum est \* GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. NEBRIDIO PU. \*(<A 386 D. III K. IUL. CONSTANTINOPOLI HONORIO NP. ET EUODIO CONSS.>”), niega al comprador el reembolso del precio si no puede devolver al esclavo debido a su huida, pero no indica nada relacionado con nuestra *cautio*.

<sup>605</sup> IMPALLOMENI, G. *L'editto...*, p. 147 y ss y Recensión crítica a Lederle..., p. 218.

<sup>606</sup> GAROFALO, L. *Studi sull'azione redibitoria...*, pp. 66 y 67 nt. 75.

obligación. En concreto, el autor afirma que la *cautio* habría permitido disminuir bastante el problema del respeto al contenido de la fórmula por parte del juez.<sup>607</sup> Entendemos que con ello el autor nos quiere decir que la *cautio* viene implícitamente habilitada por la propia fórmula de la *actio redhibitoria* ante la no obligación de restitución por parte del comprador.

Pues bien, a pesar de los excelentes argumentos vertidos por Garofalo, somos más partidarios de decantarnos por la opinión de Impallomeni: si el texto no hace referencia explícita a ningún vicio, lo más lógico es considerar que el vicio es la propia fuga, teniendo presente siempre que no haya mediado culpa o dolo del vendedor. Si hubiera mediado culpa o dolo del vendedor, el *iudex* no habría facilitado la promesa de esta estipulación judicial.

Sin embargo, sí que compartimos plenamente con Garofalo que la previsión formularia de la *actio redhibitoria*<sup>608</sup> habría permitido al *iudex* exigir la promesa de esta estipulación al actor (seguramente a petición del demandado vendedor, ante la obligación de pagar el precio y vérselo negada la posibilidad de que el esclavo sea restituido, dado que está en fuga sin culpa del comprador). En concreto, habría sido una de las cláusulas restitutorias incluidas en la fórmula de la acción<sup>609</sup> -especialmente la que hace referencia a la obligación de restituir el esclavo por parte del comprador, a los efectos de cumplir con la restitución de la cosa objeto de la compraventa- la que habría permitido exigir esta *cautio* en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio redhibitoria*.

---

<sup>607</sup> GAROFALO, L. *Studi sull'azione redibitoria...*, p. 68 y nt. 81.

<sup>608</sup> Tuvimos ya ocasión de tratar en sede de *cautio de indemnitate* la reconstrucción de la *actio redhibitoria* y sus características y por ello nos remitimos a dicho apartado. Vid. p. 133.

<sup>609</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 73. Según el autor, las cauciones que aparecen en *Ulp. 1 ed. aed. curul. D. 21,1,21,1-3* están implícitas en los poderes que la redacción de la fórmula confiere al *iudex*. Asimismo, vid. GAROFALO, L. *"Redhibitoria actio..."*, p. 62, que afirma que la doctrina dominante considera que la acción tenía una fórmula *in factum* y era doblemente arbitraria (contenía dos cláusulas arbitrarias o restitutorias).

**b) Una modalidad particular de *cautio de servo restituendo* en la *actio redhibitoria*: inversión del orden de restitución de las prestaciones dada la situación económica del demandado-vendedor**

En el ámbito de la *actio redhibitoria* encontramos también otro interesantísimo texto en el Digesto que trata el supuesto de prestación de una *cautio de servo restituendo*<sup>610</sup> por parte del actor, vinculada a la situación económica del demandado:

*Gai. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,26*

*Videamus tamen, ne iniquum sit emptorem compelli dimittere corpus et ad actionem iudicati mitti, si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris, potiusque res ita ordinanda sit, ut emptor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restitutum.*

En este fragmento<sup>611</sup>, el jurista Gayo nos muestra un supuesto en el que, habiéndose ejercitado una *actio redhibitoria* y habiéndose verificado por el *iudex* el vicio redhibitorio, el actor-comprador solicita al *iudex* que, dada la pobreza o necesidad (*inopiam*) del demandado y ante la imposibilidad de que restituya el precio, se invierta el orden natural de restitución de las prestaciones, prestando el actor-comprador una caución de que restituirá al esclavo si dentro de un cierto tiempo el vendedor le hubiera pagado el precio.

Esta es la justa solución a la que Gayo llega, a los efectos de evitar una situación injusta por la cual el comprador, viéndose desprovisto del esclavo, puesto que ha procedido a la entrega, se viera obligado a tener que acudir a la acción ejecutiva, que será infructuosa puesto que el vendedor no puede cumplir con el pago del precio por razón de su pobreza.

Cabe tener presente que la propia reconstrucción de la fórmula de la *actio redhibitoria*<sup>612</sup> así como algunos pasajes del Digesto (*Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D.*

---

<sup>610</sup> STOLFI, E. *Studi sui Libri...*, p. 472 nt. 305.

<sup>611</sup> Sobre este fragmento, vid. LUZZATTO, G. I. *Il problema...*, p. 288 y nt. 260; MANNA, L. "*Actio redhibitoria*"..., p. 186 y 199 nt. 98; GAROFALO, L. *Redhibitoria actio...*, p. 63 y *Studi sull'azione redibitoria...*, pp. 9, 10 y 48 nt. 33. Este fragmento no es tratado por Giomaro en su monografía dedicada a las *cautiones iudiciales*.

<sup>612</sup> Nos remitimos al capítulo correspondiente a la *cautio de indemnitate*. Vid. p. 133.

21,1,29pr.<sup>613</sup> y *Ulp. 1 ad ed. aed. cur.* D. 21,1,25,10<sup>614</sup>) establecen que el orden de restitución de prestaciones derivado de la *actio redhibitoria* (rescisión contractual) es que primero debe el comprador devolver la cosa y después debe el vendedor devolver el precio. Sin embargo, en el presente caso el *iudex* consiente<sup>615</sup> una inversión de este orden de devolución de prestaciones por la situación de pobreza del vendedor, que el comprador ha hecho notar en la fase *apud iudicem* del procedimiento.

Finalmente, cabe indicar que esta caución podría haber sido prometida en la fase *apud iudicem* de la *actio redhibitoria* gracias a la existencia de las dos cláusulas restitutorias en la fórmula de dicha acción (una respecto al comprador y otra respecto al vendedor). En nuestra opinión, que parte de la premisa que el texto de Gayo es plenamente clásico, el fragmento atestigua que, en casos excepcionales y justificados, el *iudex* podría haber ordenado la inversión del orden de la devolución de prestaciones, a través de la *cautio* analizada, condicionando la devolución del esclavo a la devolución del precio en primer lugar, a pesar de que la propia fórmula tuviera en cuenta un determinado orden. Y es que, sin duda, el *iudex* clásico habría considerado que la inversión de las prestaciones respetaba el contenido de la fórmula, dado que el resultado final de la condena habría sido el mismo: la rescisión contractual y la devolución recíproca de prestaciones (independientemente del orden establecido en la fórmula, derivado de la praxis procedimental). Precisamente la *cautio* es el mecanismo que el *iudex* habría considerado idóneo a los efectos de preservar la restitución recíproca.

#### 3.5.2.4. *Actio mandati*

Otro fragmento del Digesto nos demuestra una aplicación de esta estipulación judicial de restitución del esclavo en el ámbito de una acción de buena fe: la *actio mandati*. El texto se extrae del libro 31 *ad edictum* de Ulpiano y se encuentra bajo la rúbrica D. 17,1: *Mandati vel contra*, y establece lo siguiente:

---

<sup>613</sup> *Ulp. 1 ad ed. aed. cur.* D. 21,1,29pr.: “*Illud sciendum est, si emptor venditori haec non praestat, quae desiderantur in hac actione, non posse ei venditorem condemnari: si autem emptori venditor ista non praestat, condemnabitur ei.*”

<sup>614</sup> *Ulp. 1 ad ed. aed. cur.* D. 21,1,25,10: “*Ordine fecerunt aediles, ut ante venditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur.*”

<sup>615</sup> MANNA, L. “*Actio redhibitoria*”..., pp. 186 y 199 nt. 98.

*Ulp. 31 ad ed. D. 17,1,8,9-10*

9. *Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: 10. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut **caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum**. Sed et si restituas, et tradere debes. Et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis.*<sup>616</sup>

Este fragmento indica que obra con dolo aquél que no restituye lo que puede restituir. Prosigue el texto con el supuesto de un mandatario, al que se la ha dado el encargo de comprar un esclavo. Una vez comprado y antes de la restitución al mandante, el esclavo se da la fuga. Se distingue si en la fuga ha mediado o no dolo del mandatario. Si ha mediado dolo del mandatario, deberá responder al mandante mediante la *actio mandati directa*. Si no ha intervenido dolo o culpa, el mandatario deberá garantizar que, si vuelve a su poder, lo restituirá (el fragmento indica que para restituir debe hacerse también la entrega). Por último, Ulpiano trata sobre la posibilidad que se haya prestado junto al contrato de mandato una estipulación de evicción convencional; supuesto que no examinaremos por exceder nuestro ámbito de análisis.

Tal y como hemos indicado, el fragmento señala una *cautio de servo restituendo si in potestatem tuam pervenerit*. Al igual que sucedía en D. 4,2,14,5, las palabras *si in potestatem tuam pervenerit* deben ser fruto de una interpolación. Y ello es así puesto que la caución en este fragmento también viene condicionada a la absolución en el procedimiento de la *actio mandati* (directa), ejercitada por parte del mandante contra el mandatario. Lo más seguro es que esta estipulación judicial hubiera incluido las

---

<sup>616</sup> Sobre este fragmento, vid. ARANGIO RUIZ, V. *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*. Ristampa della 2a edizione. Napoli: Jovene, 1958, p. 34 y ss.; WATSON, A. *Contract of Mandate...*, p. 295 y ss.; BONFANTE, P. *Corso di Diritto Romano. Volume III: Diritti reali*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 373; y REICHARD, I. *Die Frage der Drittschadensersatzes im Klassischen römischen [Forschungen zum römischen Recht, Abh. 38]*. Köln: Böhlau Verlag, 1993, p. 214 y ss.

obligaciones de perseguir y entregar al esclavo, y no tan solo de entregarlo si volviera bajo la potestad del mandatario.

En relación con este fragmento, una parte de la doctrina romanística ha tenido por interpolada la referencia a la culpa (*nec culpa*)<sup>617</sup> y en menor medida algunos autores han considerado que la *cautio* del fragmento no es clásica<sup>618</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, estas valoraciones contrarias no obstan para entender que la estipulación es clásica. Bajo nuestro punto de vista, en los casos en que no hubiera mediado dolo en la fuga del esclavo (o no hubiera mediado tampoco culpa, según si consideremos interpolada o no esta palabra en el fragmento) el demandado, mandatario al que la ha sido interpuesta la *actio mandati* (directa), podría haber solicitado al *iudex* la absolución siempre que acreditara que no medió ese dolo o culpa, prometiendo una estipulación de perseguir y restituir al esclavo.

Pasemos ahora a analizar si la fórmula de la *actio mandati* permite o no la promesa de esta estipulación en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la acción.

La reconstrucción de la fórmula de la *actio mandati* (directa) es la siguiente<sup>619</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius N. Negidium mandavit ut ..., qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Como ya tuvimos ocasión de mencionar en sede de examen de la *cautio de indemnitate*, nos encontramos ante una acción cuya fórmula contiene una cláusula *oportet ex fide bona*<sup>620</sup> y, en consecuencia, nos encontramos ante un juicio de buena fe. Es a través

---

<sup>617</sup> Según diversos autores, las palabras *nec culpa* son fruto de una interpolación. En este sentido, vid. LENEL, O. *Culpa lata und culpa levis* en ZSS 38 (1917), p. 273 y ss.; PFLÜGER, H.H. *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht* en ZSS 65 (1947), p. 171 y ss.; ARANGIO-RUIZ, V. *Responsabilità contrattuale...*, p. 34 nt. 1 (según este último autor, a la expresión “*si quidem dolo tuo*” no se le pueden contraponer las palabras “*si dolus non intavenit*”, puesto que ello implicaría la necesidad de una tercera decisión intermedia, para el caso en que hubiera habido culpa y no dolo).

<sup>618</sup> Sobre la interpolación a la estipulación, vid. BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. Leipzig: Engelmann, 1872, p. 734 nt. 50 y *Culpa. Culpa lata und culpa levis* en ZSS 39 (1918), pp. 1-35; y LUSIGNANI, L. *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano. II: Il mandato*. Parma: 1905, p. 13 y ss.

<sup>619</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 55. Por otro lado, cabe indicar que la fórmula contraria de la *actio mandati* se obtiene de la directa, cambiando en la *demonstratio* el nombre de las partes. MANTOVANI, *Le formule*, p. 55, nt. 150.

<sup>620</sup> Según Mantovani, y tal y como indicamos en sede de *cautio de indemnitate*, la existencia de la cláusula *oportere ex fide bona* en la *actio mandati* viene atestiguada por las siguientes fuentes: Cic. *off.* 3,70; *top.* 66; Gai. 3,155 y 4,62; D. 17,1,10pr.; Paul. 32 *ad ed.* D. 17,1,22,4; Ulp. 7 *disput.* D. 17,1,29,4; Paul. 4 *resp.*

de esta cláusula a partir de la cual el demandado podría prometer la estipulación de perseguir y restituir al esclavo siempre que probara que no medió dolo (o culpa), consiguiendo de esta manera la absolució n por parte del *iudex*.

### 3.5.2.5. *Actio rei uxoriae*

En el Digesto también podemos encontrar un fragmento ubicado bajo la rúbrica D. 24,3: *Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*, relativo a la aplicaci3 n de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* en el procedimiento de la *actio rei uxoriae*. El texto es del jurista Paulo y reza así:

*Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,3*

*Si qui dotalium servorum in fuga erunt, cavere debet maritus se eos viri boni arbitrato persecuturum et restitutum.*

Ulpiano expone en este fragmento que, dentro del procedimiento de la *actio rei uxoriae*, si algunos esclavos dotales se hallan fugados, deber3 a el marido dar cauci3 n de que 3 l los perseguir3 conforme al arbitrio de un hombre recto, y que los restituir3.

No hay duda de que nos encontramos ante una estipulaci3 n judicial y, concretamente, ante una aplicaci3 n de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*<sup>621</sup>; por lo tanto, estamos ante una cauci3 n que el marido-demandado debe prometer a la mujer-demandante ante la imposibilidad manifiesta del primero de proceder a la restituci3 n de los esclavos, puesto que los mismos est3 n fugados. Por ello sorprende que Giomaro no tratara este fragmento en su estudio dedicado a las *cautiones iudiciales*.

Como ya argumentamos con anterioridad en el presente trabajo en sede de *cautio de indemnitate*, la doctrina romanística considera mayoritariamente que la *actio rei uxoriae* forma parte de los juicios de buena fe, dado que incorpora en su fórmula la cláusula “*quod eius melius aequius erit*” y permite un poder discrecional del juez. Consideramos que este

---

D. 17,1,59,1; *Afr. 2 quaest.* D. 28,5,47(46); C. 4,35,11-12-14; C. 4,35,20,1. También incluyen en la reconstrucci3 n de la fórmula de la *actio mandati* la cláusula *oportet ex fide bona* tanto LENEL, *EP*, pp. 295-296 como RUDORFF, *Edictum*, p. 121.

<sup>621</sup> *CRRS*, p. 103 (texto 109).

poder discrecional habría permitido al marido ser absuelto respecto a los esclavos huidos mediante la promesa de perseguirlos y restituirlos dentro de un cierto tiempo tomando todas las medidas objetivamente necesarias<sup>622</sup> (si bien el texto no lo indica, parece evidente que debería haberse dado un plazo para poder cumplir con la restitución). En caso de no verificar la restitución en plazo, el marido promitente debería pagar a la mujer la cantidad resultante de la *litis aestimatio*.

### 3.5.2.6. *Actio ex testamento*

Dos textos del Digesto, ubicados bajo la rúbrica D. 30: *De legatis et fideicommissis*, nos muestran la posibilidad de aplicación de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* en el procedimiento de la *actio ex testamento*.

Pasamos a analizar el primer texto, del jurista Ulpiano:

*Ulp. 22 ad Sab. D. 30,47,2*

*Itaque si Stichus sit legatus et culpa heredis non pareat, debet aestimationem eius praestare: sed si culpa nulla intervenit, cavere heres debet de restitutione servi, non aestimationem praestare. Sed et si alienus servus in fuga sit sine culpa heredis, idem dici potest: nam et in alieno culpa admitti potest: cavebit autem sic, ut, si fuerit adprehensus, aut ipse aut aestimatio praestetur: quod et in servo ab hostibus capto constat.*<sup>623</sup>

Ulpiano nos muestra aquí el supuesto por el cual un testador lega en el testamento al esclavo Estico a favor de un determinado legatario y el esclavo no aparece por culpa del heredero. En este caso, el jurista nos dice que será el heredero quien deberá pagar su estimación (en el procedimiento de la *actio ex testamento* iniciado por el legatario, para

---

<sup>622</sup> CRRS, p. 104 (texto 109).

<sup>623</sup> Sobre este fragmento, vid. SOLAZZI, S. *Studi romanistici, I. Il "postliminium rei" e gli immobili* en RISG 3 (1949), pp. 1-14; MEDICUS, D. *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht* en ZSS 86 (1969), pp. 67-104.; MACCORMACK, G. *Factum Debitoris and Culpa Debitoris* en TR 41 (1973), pp. 70 y 71; SANTALUCIA, B. *L'opera di Gaio "ad edictum praetoris urbani"*. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 102 y 103 nt. 72; GIOMARO, "Cautiones iudiciales", pp. 99 y 100; MURILLO VILLAR, A. *El riesgo en el legado (Del derecho romano al Código civil)*. Burgos: Publ. Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1993, p. 39 y ss; y CRRS, pp. 107 y 108 (texto 116).

reclamar su legado). Ahora bien, si no medió culpa, el jurista defiende que el heredero debe dar caución de que entregará el esclavo, pero no debe pagar la *litis aestimatio*. En consecuencia, será absuelto.

El jurista prosigue con el caso del esclavo ajeno que se halla fugitivo sin culpa del heredero, porque es posible que haya culpa en relación con un esclavo ajeno. En este supuesto, considera que debe darse caución de que, si fuese aprehendido el esclavo, lo entregará. En caso contrario, pagará la *litis aestimatio*. Finalmente, el jurista indica que lo anteriormente reseñado también sirve para el caso del esclavo que se halla cautivo en poder de los enemigos.

Entre las críticas más fervientes a este fragmento destaca la de Voci, que considera interpolado todo el texto.<sup>624</sup> El autor se centra esencialmente en criticar la referencia a la culpa que se identifica en el fragmento, alegando que anteriormente en el mismo texto de Ulpiano (en concreto, en el fragmento *principium*<sup>625</sup>) se hace explícita referencia al dolo. No entiende el autor cómo es posible que en la misma reflexión jurídica se pueda hacer referencia al dolo de forma exclusiva y, después, solamente a la culpa. Como hemos señalado, el autor considera que ello es fruto, sin duda, de una interpolación.

Rebatiendo esta opinión nos encontramos a Murillo Villar, con el que compartimos la crítica a Voci. Según Murillo Villar, a pesar de que los argumentos de Voci pueden resultar convincentes, resulta irrelevante si los textos hacen referencia al dolo o a la culpa, porque lo relevante del fragmento analizado es que el legatario no pierde el objeto legado,

---

<sup>624</sup> Vid. VOCI, P. *I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati "per damnationem" e dei fedecommessi* en SDHI 1/1 (1935), p. 61. También consideran interpolado el fragmento, entre muchos otros, SCIALOJA, V. *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche* en BIDR 11 (1898), p. 66; FERRINI, C. *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede legato per damnationem di una res certa*. Milano, 1900, p. 700; SCHULZ, F. *Einführung in das Studium der Digesten*. Tübingen: Mohr, 1916, p. 102 (considera interpolado el contenido del texto desde *aut* hasta *legatario*); BIONDI, B. *Successione testamentaria e donazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 360; SARGENTI, M. *Problemi della responsabilità contrattuale. II. La "perpetuatio obligationis" nella "stipulatio" e nel legato* en SDHI 20 (1954), p. 188 (la crítica de este autor es infundada, puesto que alega que la responsabilidad del heredero en relación con el *servus fugitivus* no aporta nada para el derecho clásico); GROSSO, G. *I legati nel diritto romano. Parte generale*. Torino: Giappichelli, 1962, p. 400.

<sup>625</sup> Ulp. 22 ad Sab. D. 30,47pr.: "*Cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris et copiam eius habet, heres moram facere non debet, sed eam praestare. Sed si res alibi sit quam ubi petitur, primum quidem constat ibi esse praestandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit: nam si alibi voluit, ibi praestanda est, ubi testator voluit vel ubi verisimile est eum voluisse: et ita Iulianus scripsit tam in propriis quam in alienis legatis. Sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius: nisi ibi praestetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine: ceterum si sine dolo, ibi praestabitur, quo transtulit.*"

aunque las consecuencias para el heredero puedan ser distintas. En consecuencia, considera que, por más que consideráramos que la culpa en el texto es fruto de una modificación justiniana, quien responderá siempre -desde la óptica del riesgo- será el heredero. Según el autor, la expresión *culpa* no debe entenderse como negligencia en este texto, sino como fundamento genérico de imputabilidad de responsabilidad al heredero.<sup>626</sup>

Giomaro, que considera clásicas las cauciones del fragmento, concibe el mismo como un ejemplo de la posibilidad que la *cautio* concreta analizada, la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*, pudiera ser prestada con modulaciones diversas según el caso específico ante el que se enfrentara el *iudex*, adaptando el contenido de la estipulación a las situaciones fácticas concretas.<sup>627</sup> Ello explicaría por qué en el mismo fragmento se hace referencia a esta caución en su modalidad simple (restitución del esclavo) y en su modalidad extendida o completa (persecución del esclavo y restitución de éste).

También considera clásicas estas estipulaciones Santalucia, que entiende que este fragmento, debido al reclamo que se realiza al *officium iudicis* respecto a la prestación de las *cautiones*, no deja lugar a ninguna sospecha respecto a su claridad. Según el autor, la *cautio de servo persequendo et restituendo* que el texto incluye (el autor identifica las dos estipulaciones como la misma, al igual que nosotros) es un típico ejemplo de “*cautio iudicialis, quae a mero officio iudicis profiscuntur*”.<sup>628</sup>

El segundo texto que debemos tratar, que tiene un contenido diverso al anteriormente analizado, se encuentra ubicado inmediatamente después en la misma rúbrica, y proviene también del jurista Ulpiano:

*Ulp. 22 ad Sab. D. 30,47,3*

*3. Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est factururus legatario.*

---

<sup>626</sup> MURILLO VILLAR, A. *El riesgo en el legado...*, p. 40.

<sup>627</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 99 y 100.

<sup>628</sup> SANTALUCIA, B. *L'opera di Gaio...*, p. 102.

*Qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, "si in potestate ambo redirent", sed "si vel alter", et "vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam".*

En este segundo fragmento se nos muestra un caso de legado en el que se lega en testamento al esclavo Estico o al esclavo Pánfilo, estando verdaderamente ante una *obligatio alternativa*.<sup>629</sup> Si uno de ellos se halla fugitivo, debe entregarse el esclavo presente o la *aestimatio* del ausente. El texto indica que la elección de estas dos opciones corresponde al heredero siempre que no incurra en mora para cumplir con el legatario. El jurista prosigue diciendo que ante este supuesto se resolvió que, si hubiese muerto uno de los dos esclavos, debe entregarse en todo caso el otro, o la *aestimatio* del que murió. Pero si ambos se hallan fugitivos, no debe darse caución con el contenido relativo a “si ambos volvieren a poder de su dueño”, sino diciendo “si uno de ellos volviera” y que “se entregara a éste, o el importe del ausente”.

Lo más interesante de este texto es que nos habla del propio contenido o formulación<sup>630</sup> de la estipulación *de servo persequendo (et restituendo)* ante el supuesto de que dos esclavos legados (de forma alternativa, como hemos podido comprobar) se hallen fugitivos, indicando explícitamente que debe prometerse la estipulación en el sentido de que, si uno de ellos volviera, se entregará a este, o el importe de la *aestimatio* del ausente.

Esta parte final del fragmento, que es donde se recoge nuestra *cautio*, no ha estado exenta de críticas en la doctrina romanística; críticas que han sido encabezadas por Impallomeni. El autor considera que la solución que presenta Ulpiano es fruto de una interpolación bizantina, puesto que en *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,2,3*<sup>631</sup>, relativo a la muerte

---

<sup>629</sup> CRRS, p. 108 (texto 117).

<sup>630</sup> CRRS, p. 108 (texto 117). Estos autores indican que el texto, en su parte final, trata de cómo formular correctamente la *cautio de restituendo* [servo] cuando ambos esclavos están fugitivos.

<sup>631</sup> *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,2,3*: “Scaevola libro quinto decimo quaestionum ait non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extinguere eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promissit Ephesi aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum: sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat: quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione: damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scaevola petitoem electionem habere ubi petat, reum

de uno de los esclavos que se debían alternativamente *ex testamento*, hace expirar explícitamente el derecho de elección del heredero, de modo que debe ser pagada la *aestimatio* del otro sobreviviente<sup>632</sup> (ello también viene recogido en *Pomp. 7 ex Plaut. D. 31,11,1*<sup>633</sup> y *Paul. 33 ad ed. D. 18,1,34,6*<sup>634</sup>).

Compartimos con la crítica a Impallomeni<sup>635</sup> que debe tenerse bien presente que, en estos supuestos, donde la muerte elimina finalmente el objeto de elección, es lógico que se tienda a la concentración de la *obligatio* en el esclavo sobreviviente. Solución ésta que no sería necesaria para el caso del esclavo en fuga, dado que se trata de un obstáculo temporal. De ahí que la opinión de Impallomeni, poniendo en el mismo plano muerte y fuga del esclavo, no nos convenza.

Además de los fragmentos anteriormente analizados, también resulta necesario resaltar otro texto del Digesto contenido bajo la misma rúbrica, en este caso del jurista Gayo y proveniente de su libro segundo *de legatis ad edictum praetoris*:

*Gai. ed., 2 legat. D. 30,69,5*

*Si res quae legata est an in rerum natura sit dubitetur, forte si dubium sit, an homo legatus vivat, placuit agi quidem ex testamento posse, sed officio iudicis contineri, ut cautio interponeretur, qua heres caveret eam rem persecuturum et, si nactus sit, legatario restitutum [restitutum].*

---

*ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.*"

<sup>632</sup> IMPALLOMENI, G. *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente* en SDHI 25 (1959), p. 90 y ss.

<sup>633</sup> *Pomp. 7 ex Plaut. D. 31,11,1*: "Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat'. Si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. Si dixerit se Stichum dare velle, Sticho mortuo liberari eum: si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. Et ita et Iuliano placuit."

<sup>634</sup> *Paul. 33 ad ed. D. 18,1,34,6*: "Si emptio ita facta fuerit: 'est mihi emptus Stichus aut Pamphilus', in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debetur: unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet."

<sup>635</sup> Entre otros, vid. CRRS, p. 109 nt. 402 (texto 117).

En este supuesto el jurista Gayo nos muestra el *casus* en el que, si se duda acerca de la existencia de la cosa legada -por ejemplo, si está en duda si vive el esclavo que se legó-, puede ejercitarse la *actio ex testamento*, pero incumbe al *iudex (officium iudicis)* que el heredero dé caución de que lo perseguirá y, en caso de hallarlo, lo entregará al legatario.

Nada obsta a considerar las cauciones anteriormente referidas como clásicas. En este sentido se expresa Kaser, que considera que tanto en D. 30,47,2-3 como en D. 30,69,5, nada obstaculiza que podamos considerar las cauciones recogidas en los citados textos como aplicaciones de la *cautio de restituendo* en supuestos de fuga de esclavo. El autor considera que estas cauciones se habrían dado en sustitución del cumplimiento de la condena, con el consentimiento del demandante (legatario).<sup>636</sup> Ello es así puesto que, como veremos más adelante, es el legatario el que mediante el procedimiento fuerza al demandado a prometer la caución.

No podemos cerrar este apartado sin mostrar una aplicación de la estipulación *de servo restituendo* convencional en un supuesto de legado, que a pesar de no darse directamente en el procedimiento de la *actio certi ex testamento*, permite vislumbrar una posible aplicación en dicho proceso. El texto es del jurista Paulo, concretamente de su libro noveno *ad Plautium* y reza así:

*Paul. 9 ad Plaut. D. 31,8pr.*

*Si quis servum heredis vel alienum legaverit et is fugisset, cautiones interponendae sunt de reduciendo eo: sed si quidem vivo testatore fugerit, expensis legatarii reducitur, si post mortem, sumptibus heredis.*

El fragmento indica que, si un testador hubiera legado un esclavo perteneciente al heredero o a otra persona, y el esclavo se hubiere fugado, deben darse cauciones de buscarlo. Pero si se hubiese fugado en vida del testador, debe buscarse a costa del legatario; si se fugó después de la muerte del testador, a costa del heredero.

---

<sup>636</sup> KASER, M. *Restituere als Prozessgegenstand...*, p. 163 nt. 3.

Este texto nos demuestra que la aplicación de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* judicial tenía una virtualidad práctica previa en el ámbito convencional. En este concreto supuesto la caución se promete por parte del legatario a favor del heredero para el caso de que el esclavo se hubiera dado a la fuga en vida del testador; y se promete por parte del heredero a favor del legatario en el supuesto en que la fuga haya tenido lugar con posterioridad a la muerte del testador.

Este fragmento permite entender mejor la sistemática de la estipulación judicial aquí analizada, puesto que nos demuestra que, en caso de que esta caución no hubiese sido prometida por el heredero en vía convencional, el legatario podría haber ejercitado la *actio ex testamento* a los efectos obtener la promesa del demandado (y conseguir así la absolucióón).

Finalmente, cabe señalar que la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*, tal y como demuestran los textos que hemos analizado, podía haber sido facilitada por el *iudex* en el procedimiento de la *actio certi ex testamento*, pero solo en los casos en los que el heredero hubiere hecho valer mediante *exceptio* la realidad del esclavo legado: que el mismo se hallaba en fuga. En la mayoría de casos, ello habría sido así, dado que a quien realmente le habría interesado ser absuelto mediante *cautio* y evitar pagar la condena habría sido al heredero demandado.

### **3.5.2.7. Dos supuestos dudosos en ocasión de un encargo para la manumisión de un esclavo: *Ulp. 2 disputationem D. 12,4,5,2-3***

Dos fragmentos del Digesto, ubicados en la rúbrica D.12,4: *De condictione causa data causa non secuta*, parecen mostrar dos aplicaciones de la *cautio de servo restituendo* en supuestos de encargo de manumisión de un esclavo, que ya adelantamos que parecen sospechosos de haber sufrido alteraciones postclásicas.

El primer texto que analizaremos será *Ulp. 2 disputationem D. 12,4,5,2*, que reza así:

*Item si quis dederit titio decem, ut servum emat et manumittat, deinde paeniteat, si quidem nondum emptus est, paenitentia dabit condictionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficietur: si vero iam sit emptus, paenitentia non facit iniuriam ei qui redemit, sed pro decem quae accepit ipsum servum quem emit restituet aut, si ante decessisse proponatur, nihil praestabit, si modo per eum factum non est. Quod si fugit nec culpa eius contigit qui redemit, nihil praestabit: plane **repromittere eum oportet, si in potestatem suam pervenerit, restitutum iri.***

En este caso nos encontramos ante el supuesto en que Cayo entrega a Ticio 10.000 sesteracios para que compre un esclavo y lo manumita. Si con posterioridad a este encargo, Cayo se arrepiente, debemos tener en cuenta los siguientes escenarios:

- 1) Si todavía no ha comprado al esclavo, Cayo tiene la *condictio* contra Ticio para recuperar el dinero.
- 2) Si ya se ha comprado al esclavo, tendrá la *condictio* a los efectos de obtener la restitución del esclavo.
- 3) Si se ha comprado y muere, el texto nos dice que no dará nada (¿denegará la *condictio* o será absuelto?).
- 4) Por último, si huye sin culpa o negligencia de quien lo compró, no dará nada. Sin embargo, deberá prometer por estipulación que, en caso de recuperar al esclavo, lo restituirá.

Seguidamente, en la misma rúbrica y fragmento, nos encontramos un supuesto similar:

*Ulp. 2 disputationem D. 12,4,5,3*

*Sed si accepit pecuniam ut servum manumittat isque fugerit prius quam manumittatur, videndum, an condici possit quod accepit. Et si quidem distracturus erat hunc servum et propter hoc non distraxit, quod acceperat ut manumittat non oportet ei condici: plane **cavebit, ut, si in potestatem suam pervenerit servus, restituat id quod accepit eo minus, quo vilior servus factus est propter fugam.** Plane si adhuc eum manumitti velit is qui dedit, ille vero manumittere nolit propter fugam offensus, totum quod accepit restituere eum*

*oportet. Sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum servum consequi, necesse est aut ipsum ei dari aut quod dedit restitui. Quod si distracturus non erat eum, oportet id quod accepit restitui, nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset ut manumitteret: tunc enim non est aequum eum et servo et toto pretio carere.*

Aquí nos encontramos ante el supuesto en que Cayo, que iba a vender al esclavo Estico, recibe una cantidad de Ticio para manumitirlo. Si el esclavo se diera a la fuga antes de ser manumitido, el texto indica que habrá que ver si es posible que Ticio demande a Cayo mediante la *condictio* por el dinero que recibió. El jurista parece resolver que no se dará la *condictio* a Ticio, si Cayo estaba dispuesto a vender al esclavo y no lo hizo precisamente porque cobró para manumitirlo. Sin embargo, el fragmento continúa diciendo que Cayo deberá de dar caución de que, en caso de que recupere al esclavo, restituirá a Ticio lo que recibió menos la minusvalía del esclavo causada por su fuga.

Giomaro reconoce que ambos textos no están hablando en ningún momento del *iudex* y considera que es dudoso que en realidad se esté discutiendo un asunto procesal. Lo fundamenta en que la acción parece excluida de las palabras “*nihil praestabit: plane repromittere eum oportet*” contenidas en D. 12,4,5,2 y en la frase “*non oportet ei condici: plane cavebit*” de D. 12,4,5,3.<sup>637</sup> Sin embargo, los trata sin complejos en su monografía, como claros ejemplos de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*.

Muchas son las dudas que nos suscitan estos textos, puesto que sobre todo el contenido de *Ulp. 2 disputationem* D. 12,4,5,2 nos muestra diversas opciones, entre ellas la *cautio*, que se ponen en un mismo plano de concesión respecto a la *condictio*. Es por ello que, bajo nuestro punto de vista, los textos sugieren más una interpretación postclásica, más propia del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*. La interpretación de los textos a la luz del procedimiento formulario es, desde nuestra perspectiva, difícil de vislumbrar en estos textos.

### 3.5.3. Cauciones de restitución en las Instituciones de Justiniano

---

<sup>637</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 98 nt. 30.

La prueba irrefutable, más allá de todos los textos anteriormente referenciados, de que esta caución tiene un carácter marcadamente clásico es la existencia en las Instituciones de Justiniano de un pasaje que recoge la aplicación de una *cautio si intra tempus non restituisset* o estipulación judicial de no restitución en un cierto periodo de tiempo, con un carácter marcadamente postclásico o justiniano. El fragmento de las Instituciones es el siguiente:

Inst. 4,17,2

*Et si in rem actum sit, sive contra petitozem iudicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. sed si in praesenti neget se possessor restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis aestimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. illorum autem fructuum quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit. si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt.*

Compartimos con Giomaro que esta caución contenida en las Instituciones de Justiniano tiene unas características distintas a las propias de la *cautio de re restituenda* de época clásica.<sup>638</sup> Mientras que la promesa de la *cautio de re restituenda* en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario de una de las eventuales anteriores acciones examinadas comporta la absolución del demandado (o su condena, en algunas ocasiones), la *cautio* prevista en las *Institutiones* justinianas es una caución que puede prestar el demandado de un determinado procedimiento en el que se haya ejercitado una acción real (*rem actum*) para el caso que no pueda restituir inmediatamente la cosa por razones en las que no haya mediado fraude. En esta última situación, el juez de la *cognitio extra ordinem*

---

<sup>638</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 52.

no absolvía al demandado, sino que lo condenaba, pero concedía un plazo para cumplir voluntariamente.

El porqué de esta diferencia resulta bastante claro. El *iudex* del procedimiento formulario únicamente puede absolver o condenar al demandado. Si con posterioridad a la práctica de la prueba (sujeta al principio de libertad de apreciación de ésta) el juez llega al convencimiento de que debe condenar, la condena sólo puede ser dineraria, puesto que rige el principio de *condemnatio pecuniaria*<sup>639</sup>. Sin embargo, como bien es sabido, este principio ya no tiene aplicación en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, y por ello el juez de la *cognitio* habría tenido la facultad de condenar al demandado mediante una condena con ejecución diferida o vinculada a una condición suspensiva potestativa.<sup>640</sup> Sin duda, una solución de ese tipo habría sido imposible de hallar en el derecho romano clásico.

Las Instituciones de Justiniano también hacen referencia a una *cautio de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio*. El fragmento concreto es el siguiente:

Inst. 3,18,1

*Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.*

Nos encontramos ante un fragmento que ya tuvimos ocasión de analizar en el apartado relativo a las estipulaciones procesales, comparándolo con la clasificación de Pomponio contenida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr*. Mientras que en la clasificación de Pomponio únicamente se indica la *cautio de dolo* como ejemplo de estipulación judicial, la

---

<sup>639</sup> El principio de *condemnatio pecuniaria* viene consagrado esencialmente en Gai. 4,48: "*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*". Sobre la *condemnatio pecuniaria* vid., entre otros, NICOLAU, M.; COLLINET, P. *Gaius: Institutes IV.48. La condemnatio pecuniariae sous les Actions de la loi* en RH 15 (1936), p. 751 y ss.; GIOFFREDI, C. *Sull'origine della "condemnatio pecuniariae" e la struttura del processo romano* en SDHI 12 (1946), p. 136 y ss.; BLANK, H. *Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff* en ZSS 99 (1982), p. 303 y ss.; BURDESE, A. *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano* en Seminarios Complutenses I (1989), p. 175 y ss.

<sup>640</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", p. 53.

clasificación contenida en las Instituciones de Justiniano hace referencia a la *cautio de dolo* pero también a la *cautio de persequendo servo*.

En nuestra opinión, consideramos que el hecho de que la *cautio de servo persequendo* no se incluya en la clasificación de Pomponio no implica por ello que estemos ante una caución que únicamente haya surgido en época postclásica. En primer lugar, porque el asunto relativo al *servus fugitivus* es tan antiguo como la propia institución de la esclavitud y parece obvio que la necesidad de un instrumento jurídico-procesal en estos supuestos habría sido absolutamente necesario en época clásica. Y, en segundo lugar, porque de los textos analizados claramente se desprende una aplicación clásica de esta estipulación.

Sí llama la atención como en este fragmento se incluye una coletilla al nombre de la caución, consistente en el "*restituendove pretio*". Entendemos que ello responde al hecho de que esta estipulación era muy utilizada en el ámbito de la redhibición y por ello hace hincapié en que, una vez buscado, encontrado y entregado el esclavo dado a la fuga, la contraparte deberá entregar el precio, en orden a cumplir con la restitución de prestaciones. De ahí que, ante la importancia de esta estipulación, los juristas justinianeos se vieran en la necesidad de incluirla en su propia clasificación de las estipulaciones.

#### 3.5.4. Esquema sintético de la *cautio de restituendo*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de re restituenda* y de la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo* en base a las fuentes y a las acciones en las que surgían:

<b>CAUTIO DE RE RESTITUENDA o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE RESTITUCIÓN DE COSA</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<b><i>Rei vindicatio</i></b>	<i>Paul. 21 ad ed. D. 6,1,10;</i> <i>Ulp. 16 ad ed. D. 6,1,11;</i> <i>Paul. 21 ad ed. D. 6,1,27,4</i> y <i>Paul. 17 ad Plaut. D.</i> 6,1,47	Las fuentes nos muestran que, en el procedimiento de la <i>rei vindicatio</i> , era posible prometer cauciones en diversos supuestos: para los casos en los que el objeto de litigio consistiera en una <i>res</i>

		<p><i>absens</i>, el demandado podía prometer restituir la cosa en el lugar donde se hubiera celebrado el juicio (si así lo exigía el actor) y conseguir la absolución; asimismo, si el demandado optaba por pagar la <i>litis aestimatio</i> en la <i>rei vindicatio</i> donde la cosa objeto de litigio fuera una <i>res absens</i>, el actor podía ser obligado a prometer que no perturbaría la pacífica posesión de la <i>res absens</i> cuando fuese recuperada en el futuro, aceptando que sería propiedad del demandado por haber pagado ya la <i>litis aestimatio</i>. Finalmente, en el supuesto en que se ejercitara una <i>rei vindicatio</i> contra el <i>paterfamilias</i> o el <i>dominus</i> que poseen una cosa a través de su hijo o del esclavo, pueden ser absueltos si prometen que la devolverán en cuanto llegue a su poder.</p>
<b><i>Vindicatio pignoris</i></b>	<i>Marcian. 15 ad form. hypoth. D. 20,1,16,3</i>	<p>Las fuentes nos muestran una aplicación de una promesa judicial de restitución en los casos en que el demandado no puede restituir la cosa pignorada objeto de litigio (por estar, por ejemplo, en otro lugar, lejos o en provincias), consiguiendo así la absolución.</p>
<b><i>Actio commodati</i></b>	<i>Pomp. 11 ad Sab. D. 13,6,13pr.</i>	<p>En el ámbito de la acción de comodato, en caso de que el comodatario haya perdido la cosa comodada y sea condenado a pagar la estimación en el procedimiento, el comodante (<i>dominus</i>) puede ser obligado por el <i>iudex</i> a prometer que, si la cosa aparece más tarde, la entregará al comodatario.</p>
<b><i>Actio empti</i></b>	<i>Jul. 13 Dig. D. 19,1,23</i>	<p>En el marco de la <i>actio empti</i>, y ante el caso de una compraventa de un esclavo y su peculio, donde el vendedor ha manumitido al esclavo, incumpliendo así la obligación de garantizar la pacífica posesión de la cosa, el vendedor-demandado debe pagar el precio del esclavo y el peculio que tenía en el momento de ser manumitido, así como realizar la promesa de que restituirá cualquier cosa que llegue a su poder de la herencia del liberto.</p>

<b><i>Actio rei uxoriae</i></b>	<i>Ulp. 33 ad ed. D. 24,3,24,2-4-6</i>	En las fuentes aparecen diversas situaciones en el ámbito de la acción de reclamación de dote en las que se promete una caución de restitución, a los efectos de prometer el marido la restitución de la propia dote en un determinado plazo de tiempo o prometer que -en caso de que haya manumitido a varios esclavos dotales- restituirá todo lo que llegue a él de los bienes del liberto o por la obligación de las cargas. Por otro lado, la mujer también podría haber sido obligada a prometer una caución de restitución para el caso que se hubiera quedado algún bien del marido (o lo hubiera prestado a un tercero); en el caso que se negara a prestar la <i>cautio</i> , el marido habría sido absuelto del pago de la dote.
<b><i>Hereditatis petitio</i></b>	<i>Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,16pr.</i>	En el procedimiento de petición de herencia, si el demandado fuera deudor (hereditario) a término o bajo condición, y aún no hubiera vencido el plazo o no se hubiera cumplido la condición, el demandado puede ser absuelto siempre que prometa que restituirá la deuda una vez venza el plazo o se cumpla la condición.

**CAUTIO DE SERVO PERSEQUENDO -QUI IN FUGA EST- ET RESTITUENDO o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE PERSEGUIR AL ESCLAVO -EN CASO DE QUE ESTÉ EN FUGA- Y DE RESTITUIRLO**

ACCIONES	FUENTES	FINALIDADES
<b><i>Actio quod metus causa</i></b>	<i>Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,5-11</i>	En el ámbito de la <i>actio quod metus causa</i> , el demandado puede ser absuelto por el <i>iudex</i> siempre que, en el supuesto en que la cosa objeto de litigio sea un esclavo que se ha dado a la fuga, no pueda restituirlo y no haya mediado dolo por su parte. En este último supuesto, el jurista considera que el demandado debe ser absuelto siempre que preste caución ante el juez de que lo restituirá si vuelve bajo su potestad.

<b><i>Rei vindicatio</i></b>	<i>Paul. 21 ad ed. D. 6,1,21; Ulp. 29 ad Sab. D. 21,2,21,3 y Ulp. 76 ad ed. D. 44,4,4,7</i>	En el marco de una <i>rei vindicatio</i> , si el esclavo en posesión del poseedor de buena fe (demandado) se hubiera dado a la fuga en el curso del procedimiento iniciado por el <i>dominus</i> , y no tuviera obligación de custodiarlo, debe ser absuelto. Sin embargo, en ocasiones la absolución se vincula a que el poseedor prometa que perseguirá al esclavo (o únicamente que lo restituirá si lo recupera, según el caso).
<b><i>Actio redhibitoria</i></b>	<i>Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,21,3 y Gai. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,26</i>	En el ámbito de la <i>actio redhibitoria</i> , el demandado-vendedor puede exigir que el actor-comprador le garantice mediante una <i>cautio</i> que perseguirá al esclavo y que lo restituirá al vendedor tan pronto como vuelva a su poder, en caso de que se haya dado a la fuga. Asimismo, otra aplicación parece mostrarnos que el actor-comprador podría solicitar al <i>iudex</i> que, debido a la pobreza o necesidad ( <i>inopiam</i> ) del demandado, se invirtiera el orden natural de restitución de las prestaciones, prometiendo el actor-comprador que restituirá al esclavo si dentro de un cierto tiempo el vendedor le hubiera pagado el precio, a los efectos de evitar tener que entregar al esclavo en primer lugar y no obtener la restitución del precio.
<b><i>Actio mandati</i></b>	<i>Ulp. 31 ad ed. D. 17,1,8,9-10</i>	En el marco de la acción de mandato, derivada de un supuesto en que al mandatario se le ha encargado la compra de un esclavo, en caso que fuera comprado y antes de la restitución al mandante el esclavo se hubiera dado a la fuga y no hubiera mediado dolo, el mandatario puede ser absuelto siempre que prometa que, si vuelve a su poder, lo restituirá.
<b><i>Actio rei uxoriae</i></b>	<i>Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,3</i>	En el ámbito de la acción de reclamación de la dote, el marido-demandado debía prometer a la mujer-actora una caución de persecución y restitución de los esclavos dotaes ante la imposibilidad manifiesta del primero de proceder a su restitución.

<p><b><i>Actio certi ex testamento</i></b></p>	<p><i>Ulp. 22 ad Sab. D. 30,47,2-3 y Gai. ed., 2 legat. D. 30,69,5</i></p>	<p>En la <i>actio ex testamento</i>, si un testador lega en el testamento a un esclavo a favor de un determinado legatario y el esclavo no aparece sin que haya mediado culpa, puede ser absuelto si promete que entregará el esclavo al legatario una vez vuelva a su potestad. También las fuentes nos muestran el supuesto en el que si se duda acerca de la existencia de la cosa legada -por ejemplo, si está en duda si vive el esclavo que se legó- puede ejercitarse la <i>actio ex testamento</i>, pero incumbe al <i>iudex</i> que el heredero prometa que perseguirá al esclavo y, en caso de hallarlo, lo entregará al legatario.</p>
--	--	---



### 3.6. LA CAUTIO DE EXHIBENDO O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE EXHIBICIÓN FUTURA

La *cautio de exhibendo*<sup>641</sup> es aquella caución por la que el demandado promete exhibir la cosa en un momento posterior ante la imposibilidad de mostrarla en juicio, cumpliendo así con el *iussum de exhibendo* del juez dentro del procedimiento de la *actio ad exhibendum*<sup>642</sup>.

Giomaro analiza esta caución en sede de *cautio de restituendo*, relacionándola de forma directa con esta última, puesto que considera que operan de la misma manera. Sin embargo, consideramos que esta caución debe ser tratada de forma autónoma, dado que la finalidad que persigue no es la restitución de la cosa objeto de litigio, sino la exhibición

---

<sup>641</sup> La denominación la adoptamos de GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 57, a los efectos de diferenciarla de la *cautio cum primum potuerit se exhibiturum*. En efecto, no debemos confundir esta *cautio iudicialis de exhibendo* con la *cautio cum primum potuerit se exhibiturum*, que viene principalmente recogida en Paul. 6 ad ed. D. 2,9,2,1: "Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditio. Idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate. Sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat: ergo et actori actio restituenda est, perempta eo quod ductus servus in bonis eius esse coepit." Esta *cautio* "pretoria" se erige como la garantía que debe ser prestada por el dominus en la audiencia *noxae dedere* de la acción noxal en caso de que no decida defender al esclavo, con la finalidad de exhibirlo apenas tenga la facultad de hacerlo. Según González Roldán, la referida *cautio* concedía al dominus "la posibilidad de proceder a la *noxae deditio* del esclavo cuando fuera en grado de exhibirlo en juicio; así si el esclavo que se encontraba en su potestad hubiera escapado, el dominus se encontraría obligado a exhibirlo una vez que hubiera entrado nuevamente en su potestad". Sobre esta *cautio* de carácter pretorio y las posturas doctrinales antagónicas respecto a su relación con el *vadimonium*, vid. D'ANGELO, G. *Vadimonium e cautio se exhibiturum* en *Annali Palermo* 63 (2015), pp. 255-260 y GONZÁLEZ ROLDÁN, Y. *Acciones noxales y pérdida dolosa de la potestas (o de la posesión)* en *RGDR* 12 (2009), p. 5 y ss.

<sup>642</sup> Según Burillo, la *actio ad exhibendum* se caracteriza por darse "contra quien dolosamente deja de exhibir y con ello impide que tenga lugar, sobre la cosa por él retenida, el decreto de posesionamiento; por tanto, estarán pasivamente legitimados para la *actio ad exhibendum* los que, teniendo la cosa, no la presenten y los que no puedan presentarla porque dejaron dolosamente de tenerla." Vid. BURILLO, J. *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en Derecho clásico* en *SDHI* 26 (1960), p. 254. El mismo autor considera que esta acción se configura como una acción *in factum* que se destina a la presentación de una cosa a través de un *exhibere* que supone *dolus malus* en el demandado y que tiene cierta similitud con la acción de hurto. Vid. BURILLO, J. *Carácter arbitrario de la acción exhibitoria* en *AHDE* 31 (1961), p. 430. Sobre la *actio ad exhibendum*, vid. BÜHLER, J. *Die actio ad exhibendum*. Luzern: Meyer'sche Buchdruckerei, 1859; LENEL, O. "Rei vindicatio" und "actio ad exhibendum" en *Grünhut's Zeitschr. f. privat. u. öffentl. Recht* (37) 1910, p. 515 y ss. y *EP*, p. 220 y ss.; KASER, M. *Die "formula" der "actio ad exhibendum"* en *RIDA* 14 (1967), p. 263 y ss. (Kaser considera que esta acción no era *in factum*) y *RPR*, p. 364 y ss.; TALAMANCA, M. s.v. *Actio ad exhibendum* en *NNDI*, pp. 254-257; MARRONE, M. *Actio ad exhibendum...*, pp. 177-694; BURILLO, J. *La "actio ad exhibendum" en el derecho romano clásico* (Tesis doctoral). Director: D'ORS, A. Universidad de Santiago de Compostela, 1959; *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'...*, pp. 190-281 y *Carácter arbitrario...*, pp. 419-430. Respecto a la fórmula de esta acción vid. LENEL, *EP*, p. 223; RUDORFF, *Edictum*, p. 97; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 60.

de ésta. Por otro lado, esta concreta estipulación judicial de exhibición futura se interpone esencialmente en una acción distinta a las que nos encontramos en el procedimiento de la *cautio de restituendo*: la *actio ad exhibendum*. Esta acción solía ser ejercitada contra el poseedor de una cosa mueble que no quería aceptar el litigio petitorio o ante el poseedor que no podía aceptarlo dado que había dejado dolosamente de poseer. Para las cosas inmuebles, el instrumento pretorio que se otorgaba era el interdicto *quem fundum*.<sup>643</sup> Es en el ámbito de esta acción donde la *cautio de exhibendo*, tal y como analizaremos a continuación, juega un papel absolutorio respecto a los que no puedan presentar la cosa porque dejaron de tenerla sin mediar dolo.

En los textos ya identificados en las fuentes mediante el programa BIA que contenían las palabras *cautio*, *cavere*, *stipulatio* y sus derivadas, encontramos una serie de textos que recogen supuestos de esta *cautio de exhibendo*<sup>644</sup>. En consecuencia, en las fuentes encontramos fragmentos que hacen referencia a esta estipulación judicial (tanto si van acompañadas o no de las anteriores referidas palabras) bajo la expresión *exhibiturum*<sup>645</sup>.

A continuación, analizaremos la propia naturaleza jurídica de la *cautio* dentro del procedimiento de la acción (mediante el análisis de los textos correspondientes a esta *cautio*) y posteriormente haremos referencia a una aplicación de una *cautio se exhibiturum* postclásica referenciada en las Instituciones de Justiniano.

---

<sup>643</sup> D'ORS, *DPR*, p. 219 (§152). Resulta necesario hacer una pequeña referencia a los mecanismos procesales que perseguían en el derecho romano clásico la *exhibitio*. Estos instrumentos, según lo atestiguan las fuentes, podían ser dos: los interdictos exhibitorios (Gai. 4,140-142 y *Ulp. 67 ad ed. D. 43,1,1,1*) y la acción exhibitoria (acción a la que el Digesto le dedica una rúbrica entera: *D. 10,4: Ad exhibendum*). Por un lado, encontramos una pluralidad de interdictos exhibitorios; entre ellos, los siguientes: *quem fundum* y *de tabulis exhibendis* (que reprimen ataques al patrimonio ajeno), *de homine libero exhibendo* (que reprime perturbaciones de la libertad), *de liberis exhibendis vel ducendis*, *de liberto exhibendo* y *de uxore exhibenda vel ducenda* (que reprimen perturbaciones de la familia). Todos ellos tienen la característica de ser procedimientos sumarios llevados a cabo ante el magistrado (pretor) que persiguen la exhibición de un inmueble, una cosa concreta (también un esclavo), un liberto o un hombre libre, etc. Por otro lado, existe el instrumento de la *actio ad exhibendum* o acción exhibitoria. Vid. D'ORS, *DPR*, p. 143 (§91).

<sup>644</sup> En concreto, para localizar e identificar los textos que incluyeran una aplicación de esta estipulación judicial hemos tenido que buscar en BIA, dentro de los textos que hicieran referencia a una *cautio*, todas las desinencias de la raíz *\*exhib-*.

<sup>645</sup> En la búsqueda en BIA, encontramos 7 textos en las fuentes que contengan la expresión *exhibiturum*. De entre ellos, 3 hacen referencia a la estipulación judicial aquí tratada: *Ulp. 24 ad ed. D. 10,4,5,6*; *Paul. 26 ad ed. D. 10,4,12,5* e *Inst. 4,17,3*.

### 3.6.1. Aplicación de la *cautio de re exhibenda* en el procedimiento de la *actio ad exhibendum*

La *cautio de exhibendo* encuentra una de sus aplicaciones concretas en *Paul. 26 ad ed. D. 10,4,12,5*; fragmento que hace referencia a la estipulación judicial de exhibición en su modalidad de *re exhibenda*:

*Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis cavere debet se illo die exhibiturum.*

En este texto de Paulo, ubicado en la rúbrica dedicada a la acción exhibitoria (D. 10,4: *Ad exhibendum*), el jurista nos indica que, si por justa causa no puede ser exhibida de forma inmediata la cosa, el obligado a ello deberá prestar caución por disposición del juez de que él la exhibirá en un día determinado.

Las opiniones doctrinales respecto a la claridad de este texto y, en consecuencia, de la *cautio* contenida en él, han venido siendo dispares. Debemos partir de un primer estudio del siglo XIX, publicado en 1859, por Joseph Bühler. En ese trabajo se afirma que tanto *Paul. 26 ad ed. D. 10,4,12,5* como *Paul. 26 ad ed. D. 10,4,5,6* habilitan a que el demandado, en caso de que fuera imposible exhibir la cosa en el momento del juicio, pueda ser absuelto siempre que prometa exhibir la cosa en un día determinado, siempre que ese día esté dentro del período de prescripción de la acción.<sup>646</sup>

Ya en el siglo XX encontramos dos análisis de Chiazzese y Marrone respecto a este texto, que llegan a conclusiones opuestas en relación con la estipulación judicial incluida en él. Chiazzese considera esencialmente que la referencia a *exhibiturum* en realidad debió hacer referencia a *restituturum*, y por lo tanto el texto entraría plenamente en el ámbito de la *cautio de restituendo* y en ningún caso debería hablarse de una estipulación judicial diferenciada<sup>647</sup>, puesto que la referencia a *exhibiturum* es -según el autor- típicamente compilatoria. En resumen, Chiazzese considera clásica la referencia a la *cautio* siempre que se entienda que en realidad hace referencia a una estipulación del tipo

---

<sup>646</sup> BÜHLER, J. *Die actio ad exhibendum*. Luzern: Meyer'sche Buchdruckerei, 1859, p. 45.

<sup>647</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 67 nt.1.

*de restituendo*. Por su parte, Marrone asume que el texto es clásico en su integridad. Según el autor, la *cautio de exhibendo* habría podido ser impuesta al poseedor de la cosa en lugar de una exhibición inmediata. El contenido de esa estipulación sería precisamente el de prometer exhibir la cosa lo antes posible (o quizás, dentro de un cierto plazo).<sup>648</sup>

Compartimos la posición de Marrone. Parece más que probable que, ya en el período clásico, ante la imposibilidad material de exhibir la cosa en el acto del juicio por causas ajenas a su conducta, el juez hubiera facilitado al demandado poseedor la posibilidad de ser absuelto siempre que prestara una *cautio de exhibendo*. Esta *cautio* actuaría, a nuestro parecer, en sustitución de la *exhibitio*. En efecto, la promesa de la referida caución cumpliría con el *iussum de exhibendo* y facultaría al juez a absolver al demandado. En nuestra opinión, ello sería así puesto que la *cautio* encarna la voluntad del demandado de exhibir la cosa ante la imposibilidad de hacerlo en la fase *apud iudicem* del procedimiento. Cabe tener presente que ello sólo sería posible si la imposibilidad de exhibir la cosa no hubiera sido imputable de forma dolosa al demandado. En este último caso consideramos que, análogamente a lo que sucede en el ámbito de la *cautio de restituendo*<sup>649</sup>, únicamente cabría la condena del demandado.

Todo lo expuesto viene confirmado sin duda por el propio contenido de la reconstrucción de la fórmula de la *actio ad exhibendum*, que es la siguiente<sup>650</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio hominem quo de agitur exhibere oportere quem N. Negidius possidet dolove malo fecit quo minus possideret neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis exhibebitur*<sup>651</sup>, *quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

La *actio ad exhibendum* es una de las pocas acciones *in personam* que se encuentra dentro del grupo de acciones arbitrarias no provenientes de delito.<sup>652</sup> En efecto, su fórmula

---

<sup>648</sup> MARRONE, M. *Actio ad exhibendum...*, p. 372 y nt. 271.

<sup>649</sup> Ya pudimos analizar en el capítulo anterior dedicado a la *cautio de restituendo* que no habría sido posible cumplir con el *iussum de restituendo* si la indisponibilidad de la cosa era debido a una pérdida dolosa de la posesión. Consideramos, al igual que Giomaro, que ello impediría al juez a poder conceder la facultad de prestar la *cautio* con efecto liberatorio. Ello viene esencialmente acreditado y fundamentado en *Marcian., ad form. Hypoth.* D. 20,1,16,3, texto ya analizado anteriormente. Vid. GIOMARO, "Cautiones iudiciales", pp. 58 y 59.

<sup>650</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 60.

<sup>651</sup> Además de Mantovani, tanto LENEL, *EP*, p. 223 como RUDORFF, *Edictum*, p. 97 incluyen en la reconstrucción de la fórmula de la *actio ad exhibendum* la cláusula arbitraria exhibitoria.

<sup>652</sup> LINARES PINEDA, J.L. *Definiciones romanas de restituere* en RGDR 29 (2017), p. 4.

incluía una cláusula arbitraria exhibitoria<sup>653</sup>, que permitía o facultaba al demandado a obtener la absolució siempre que exhibiera voluntariamente la cosa antes del pronunciamiento judicial. Dado que estamos ante una *exhibitio* y no ante una *restitutio*, el juez habría podido facilitar la absolució al demandado siempre que prometiera la *cautio ad exhibendum* para el caso que quisiera cumplir con el *iussum de exhibendo* pero no le fuera posible por causas ajenas a su responsabilidad.

### 3.6.2. Aplicación de la *cautio de servo exhibendo* en el procedimiento de la *actio ad exhibendum*

Otro texto del Digesto nos muestra también una aplicación de la *cautio de exhibendo*, en este caso en su modalidad *de servo exhibendo*. El fragmento es *Ulp. 24 ad ed. D.* 10,4,5,6 y su contenido es el siguiente:

*Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga servus sit: ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. Sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi velit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas.*

Este texto viene extraído del libro 24 *ad edictum* de Ulpiano y en él se describe una aplicación de la *cautio de exhibendo* en un supuesto de exhibición de esclavo (*servus*), que reviste alguna particularidad respecto a la ya analizada *cautio de re exhibendo*. El jurista expone que, si alguien no tiene la posibilidad de restituir, aunque posea, no estará obligado a exhibir. El jurista desarrolla esta regla en diversos ejemplos, en los que debería aplicarse la misma. A saber:

- Si el esclavo ha huido, deberá darse caució de que lo exhibirá si hubiera vuelto a poder del poseedor.

---

<sup>653</sup> Sobre la existencia de la cláusula arbitraria exhibitoria en la *actio ad exhibendum*, reconocida por la práctica totalidad de la doctrina, vid. MARRONE, M. *Actio ad exhibendum...*, pp. 649-663 y BURILLO, J. *Carácter arbitrario...*, pp. 419-430. Burillo indica en su estudio que “la fórmula de la acción *ad exhibendum* tiene una cláusula exhibitoria, en virtud de la cual el juez estaba autorizado a dar el *iussum de exhibendo*, quedando subordinada la condena pecuniaria al incumplimiento de tal *iussum*”.

- Si el esclavo no ha huido pero el poseedor le hubiera permitido habitar donde quisiera, o hubiera sido enviado por él de viaje o bien estuviera en sus fincas, sólo estaría obligado a dar caución (y no a exhibirlo en ese momento, dado la imposibilidad manifiesta).

Todos los ejemplos que el fragmento muestra vienen a reafirmar que sólo sería posible la absolució del demandado poseedor siempre que la razón obstativa de la exhibición no hubiera estado basada en su dolo, puesto que en este último caso sólo cabría la condena.

Este texto ha sido analizado por Burillo, que lo considera postclásico, exponiendo en su reflexión “que Ulpiano no podía conceder la acción tan sólo para conseguir una *cautio* de presentar, si se recuperaba, el esclavo” puesto que “sería contrario a cuanto sabemos de la *condemnatio* clásica”.<sup>654</sup> Somos críticos con la opinión del autor en este punto, puesto que no tan solo en sede de exhibición, sino también en muchas otras acciones, hemos podido demostrar que la introducción en el redactado de la fórmula llevada a cabo por el magistrado de la cláusula arbitraria o restitutoria (o incluso exhibitoria, como en el presente supuesto) habilitaba al juez a absolver al demandado siempre que se prometieran determinadas cauciones tendentes a preservar el buen fin del procedimiento y el cumplimiento efectivo de la pretensión del actor. A nuestro modo de ver, es lógico pensar que, en la mayoría de supuestos, siendo la *actio ad exhibendum* una acción preparatoria previa a la interposición de la *rei vindicatio* u otras acciones reales, la intención del actor no es tanto obtener una *condemnatio* pecuniaria, sino la efectiva *exhibitio* de la cosa objeto de litigio, a los efectos de poder interponer una ulterior acción.

### 3.6.3. Testimonio de la *cautio de exhibendo* en las Instituciones de Justiniano

En las Instituciones de Justiniano encontramos un texto en el que se hace referencia a una *cautio se exhibiturum* respecto a la exhibición de cosa:

---

<sup>654</sup> BURILLO, J. *Contribuciones al estudio...*, p. 255.

Inst. 4,17,3

*Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is cum quo actum est, sed opus est, ut etiam causam rei debeat exhibere, id est ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset: ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilo minus condemnabitur. praeterea fructuum medii temporis, id est eius quod post acceptum ad exhibendum iudicium ante rem iudicatam intercessit, rationem habere debet iudex. quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est in praesenti exhibere se posse et tempus exhibendi causa petat idque sine frustratione postulare videatur, dari et debet, ut tamen caveat, se restitutum: quod si neque statim iussu iudicis rem exhibeat neque postea **exhibiturum se caveat**, condemnandus est in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.*

En este fragmento se afirma que, en caso de que el demandado no exhiba la cosa por mandato del juez o bien no dé caución de que después la exhibirá (*exhibiturum se caveat*), debe ser condenado en el procedimiento de la *actio ad exhibendum*.

Según Giomaro, el contenido de esta *cautio* justiniana *se exhibiturum* que se revela en el texto, corresponde plenamente en su aplicación y finalidad con la *cautio iudicialis de exhibendo* del período clásico<sup>655</sup>, analizada en este apartado. Sin embargo, la autora considera que el fundamento de la *cautio* justiniana se basa en los amplios poderes del juez derivados del carácter público del nuevo proceso: la *cognitio extra ordinem*. No podemos compartir esa reflexión. Bajo nuestro punto de vista, consideramos que la *cautio* responde a una sistemática clásica que habría operado durante la vigencia del procedimiento formulario. Y, concretamente, la posibilidad de facilitar la absolución mediante la promesa de esta estipulación vendría también condicionada de forma esencial por la introducción en el redactado de la fórmula de la *actio ad exhibendum* de una cláusula arbitraria exhibitoria, tal y como hemos podido comprobar.

---

<sup>655</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 53.

### 3.6.4. Esquema sintético de la *cautio de exhibendo*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de exhibendo* en base a las fuentes y a la acción en la que surgía:

<b>CAUTIO DE EXHIBENDO o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE EXHIBICIÓN FUTURA</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<b><i>Actio ad exhibendum</i></b>	<i>Paul. 26 ad ed. D.</i> 10,4,12,5	Las fuentes nos muestran una aplicación de una <i>cautio de re exhibendo</i> o estipulación judicial de exhibición de cosa en el ámbito de la <i>actio ad exhibendum</i> , en el caso de que por justa causa la cosa no puede ser exhibida de forma inmediata. El contenido de la promesa sería el de exhibir la cosa en un día o plazo determinado.
	<i>Ulp. 24 ad ed. D.</i> 10,4,5,6	Las fuentes nos indican también una aplicación de una <i>cautio de servo exhibendo</i> o estipulación judicial de exhibición de esclavo en el ámbito de la <i>actio ad exhibendum</i> , mediante la que el demandado podría ser absuelto siempre probara que la razón obstativa de la exhibición no hubiera estado basada en su dolo.

### 3.7. LA *CAUTIO DE AMPLIUS NON TURBANDO* O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE GARANTÍA CONTRA FUTURAS PERTURBACIONES

La *cautio de amplius non turbando*<sup>656</sup> o estipulación judicial<sup>657</sup> de garantía contra futuras perturbaciones<sup>658</sup> viene referenciada en dos textos del Digesto, que han sido identificados de entre los resultados vertidos por BIA en la búsqueda de las palabras *cautio*, *cavere*, *stipulatio* y sus derivadas: *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7* y *Iav. 2 epist. D. 8,5,12*.<sup>659</sup> El primero de ellos trata la exigencia de esta caución en el ámbito del procedimiento de la *vindicatio servitutis* y el segundo de ellos viene referido al ámbito del procedimiento de la *actio negatoria*.

#### 3.7.1. *Vindicatio servitutis*

Una de las aplicaciones de la *cautio de amplius non turbando* se encuentra recogida en *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7*; fragmento que indica lo siguiente:

*Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. Cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.*

En este texto<sup>660</sup> de Paulo, el jurista nos muestra un supuesto en el que, en base al ejercicio de unas acciones no concretas y aparentemente indeterminadas bajo la expresión “*harum actionum*”, al que gana el litigio se le restituye la cosa o bien se le presta caución. Según el propio texto, la decisión sobre la posibilidad de esta alternativa viene tomada por ministerio del juez (*officio iudicis*). El jurista considera que “se le da la cosa” cuando

---

<sup>656</sup> Respecto a su denominación, seguimos a FINKENAUER T. *Vererblichkeit...*, p. 286 (§19).

<sup>657</sup> Algunos autores consideran que estamos ante una estipulación pretoria. Vid. CARREÑO SANCHEZ, R.M. “*Pactionibus et stipulationibus*”. *Contribuciones al estudio de la constitución de servidumbres prediales en el Derecho romano clásico* (Tesis doctoral). Director: LINARES PINEDA, J.L. Universitat de Girona, 2011, p. 248 y ss.

<sup>658</sup> D’ORS, *DPR*, p. 219 (§153).

<sup>659</sup> KASER, *ZPR*, p. 338 nt. 29. El autor ratifica estos dos textos como claras aplicaciones de la “*cautio de non amplius turbando*”.

<sup>660</sup> Giomaro no trata este fragmento en su obra dedicada a las *cautiones iudiciales*.

el juez dispone u ordena que la parte vencida repare el desperfecto o daño de la pared y la ponga en unas condiciones apropiadas (entendemos que similares a como estaba la pared antes del desperfecto o daño). Asimismo, entiende que “se le da caución” cuando la parte vencida da garantía de que ni él ni sus sucesores impedirán que se construya a mayor altura la estructura que carga. Si la parte vencida proporciona esta garantía prestando caución, será absuelto. Sin embargo, si la parte vencida no da la cosa (reparando el desperfecto) ni la garantía (prestando caución) el juez le condenará por el importe que el demandante haya indicado mediante la *litis aestimatio*.

Ante una primera lectura del fragmento puede observarse que estamos ante unas acciones que juegan un papel fundamental para conseguir que determinadas servidumbres sean respetadas. Por otro lado, el texto muestra que el juez estaba facultado en base a su “*officium iudicis*” a poder facilitar el cumplimiento de la condena mediante la entrega de la cosa o bien mediante la prestación de caución.

A continuación, analizaremos de forma detallada cuáles son los tipos de servidumbre que parece recoger el texto, cómo se materializa la “entrega de la cosa” en el ámbito de las servidumbres y cómo se articula la prestación de cauciones y con qué finalidad. También intentaremos desvelar cuáles son las acciones a las que hace referencia el fragmento.

Las diversas servidumbres que se revelan en el texto analizado son las siguientes:

- *Servitus oneris ferendi*: es aquella servidumbre que permite apoyar el propio edificio en el muro del vecino.<sup>661</sup> Que la propiedad estaba cargada con esta servidumbre parece desprenderse de la alusión a “*reficiendo pariete*”, cuando se indica que la parte vencida debe reparar el muro de contención.<sup>662</sup> Se trata de una servidumbre positiva o de hacer.

---

<sup>661</sup> MIQUEL, *DR*, p. 199. Vid. también D’ORS, *DPR*, p. 270 (§192), que define esta servidumbre como el derecho de carga de una sobreconstrucción.

<sup>662</sup> Resulta necesario aclarar que en la *servitus oneris ferendi*, en clara contravención con el principio de “*servitutis in faciendo consistere nequit*” (una servidumbre no puede obligar a hacer nada), el propietario del muro vecino debe mantener el muro en buen estado. La omisión de este deber equivale a un daño causado (así se desprende de *Ulp. 17 ad ed. D. 8,5,6,2*, que admite el abandono exonerativo del muro). Precisamente la servidumbre se basa en “sostener la carga” (*ferre onus*), lo que resulta imposible si no se mantiene el apoyo. Sobre las características de esta servidumbre y sobre la clasicidad de *Ulp. 17 ad ed. D.*

- *Servitus altius tollendi*: es aquella servidumbre que permite que en el fundo sirviente se edifique a más altura de la señalada.<sup>663</sup> Estamos ante una servidumbre negativa o de no hacer. La expresión “*neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere*” hace clara referencia a esta servidumbre.

Una vez detectadas las dos servidumbres que recoge el texto, resulta necesario desvelar qué cauciones son las que entrarían en juego para la restitución o negación de las servidumbres.

La *restitutio* en el ámbito las servidumbres, contrariamente a lo que sucede con otro tipo de restituciones -como, por ejemplo, la *restitutio* de una *res*-, no puede llevarse a cabo mediante la entrega de la “cosa” objeto de controversia, sino que únicamente puede ejecutarse con actos que devuelvan la situación predial a un estado anterior a su perturbación, puesto que el objeto de la litis es la restitución de un derecho real, no de una cosa. En definitiva, la devolución de la situación predial debe ser a un estado lo más cercano posible al original antes de la perturbación.<sup>664</sup> Precisamente ello es lo que pretende enseñarnos el texto analizado cuando ejemplifica que la entrega de la “cosa” es equivalente a la reparación de la pared (concretamente, en el caso de la *servitus oneris ferendi*).

Sin embargo, el texto también nos indica que el juez puede ordenar alternativamente la restitución o la prestación de caución. En nuestra opinión, el texto abre la posibilidad a prestar dos cauciones: una caución manifiesta y otra caución implícita.

La caución que entendemos está implícita en el texto es aquella que tendría como finalidad garantizar el “*reficere parietem*” y viene identificada en los análisis textuales

---

8,5,6,2 vid. D’ORS, *DPR*, p. 267 (§191 nt. 1); KASER, *RPR I*, p. 443 nt. 38; RAINER, J.M. *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*. Fraz: Leykam, 1987, p. 23.; y FINKENAUER T. *Vererblichkeit...*, p. 288 (§19).

<sup>663</sup> D’ORS, *DPR*, p. 269 (§191). D’Ors matiza que quizá no nos encontremos en este supuesto ante una verdadera servidumbre (por lo tanto, ante un verdadero derecho real) sino más bien ante un pacto entre los propietarios de las fincas.

<sup>664</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 41 nt. 32.

llevados a cabo por Grosso<sup>665</sup> (que la denomina *cautio de ripristino*) y por Solazzi<sup>666</sup> (que la denomina *cautio de reficiendo*). Esta caución, dentro del contexto del fragmento, sería la aplicable en el litigio de la *servitus oneris ferendi*. La finalidad de dicha estipulación sería la de prometer que se reparará el defecto de la pared. En este sentido, siendo la reparación del defecto de la pared la *restitutio* de la servidumbre en sí misma, entendemos que en el texto viene implícita la posibilidad de absolver al demandado si promete la reparación dentro de un tiempo prudencial fijado por el *iudex*. Esta caución implícita, que el texto no muestra directamente, no sería más que una aplicación en el ámbito de las servidumbres de la *cautio de restituendo*, caución que ya hemos analizado en el presente trabajo.

Por otro lado, la caución manifiesta que el texto nos muestra de forma explícita es la que viene fijada en los términos “*cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere*”. Esta estipulación judicial es la caución tratada en el presente capítulo: la *cautio de amplius non turbando*. Si analizamos bien la frase exacta del fragmento donde se incluye esta caución, el contenido de esta sería el siguiente: que el adversario dé garantías de que ni él ni sus sucesores impedirán que se levante a mayor altura la construcción que carga. El hecho que se refiera a “no impedir levantar a mayor altura la construcción que carga” parece hacer clara referencia a la *servitus altius tollendi*, ya sea porque el demandante ha vencido mediante la *vindicatio servitutis* o ya sea debido a que el demandante se defendiera con éxito con la *actio negatoria* contra la presunción de una *servitus altius (non) tollendi* que no existiera en realidad.<sup>667</sup> Sin embargo, también podría hacer referencia al supuesto inicial del texto ya visto anteriormente respecto a la *servitutis oneris ferendi*, en el caso que lo que se estuviera ejercitando fuera la *vindicatio servitutis*.<sup>668</sup> En este último caso, consideramos que la función de la *cautio de amplius non turbando* no perseguiría tanto la *restitutio* en sí misma (ya que no pretendería el *reficiendo parietis*), sino que tendría una función complementaria o de refuerzo a la simple restitución, que no es otra que la de evitar que en un futuro surjan perturbaciones que obliguen a volver a tener que reparar la pared.

---

<sup>665</sup> GROSSO, G. *Le servitù prediali nel diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1969, p. 296.

<sup>666</sup> SOLAZZI, S. *La tutela e il possesso delle servitù prediali*. Napoli: Jovene, 1949, p. 39.

<sup>667</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. 287 (§19).

<sup>668</sup> Que el texto sólo se refiere a la *servitutis oneris ferendi* viene defendido, entre otros, por BIONDI, B. *Le Servitù prediali nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 303 y CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 177.

En base a lo expuesto, resulta evidente que esta caución conserva una individualización propia respecto a la *cautio de restituendo*. En la *cautio de restituendo* el objetivo era prometer la propia *restitutio* en un momento posterior. En consecuencia, se basa en prometer que, en un determinado plazo de tiempo, se llevará a cabo una actuación que permitirá volver a la situación predial anterior a la perturbación. Sin embargo, la *cautio de amplius non turbando* hace referencia a la no ejecución de actos que permitan que las facultades del derecho real puedan desarrollarse con normalidad, sin ninguna perturbación. Promesa que, como más adelante analizaremos, podía extenderse a los sucesores del favorecido por la misma. En cualquier caso, esa no ejecución de actos tendría su inicio a partir del momento en que se prestara la caución y en adelante. En caso de que se verificara una perturbación y se incumpliera así la promesa efectuada, el *sponsor* podría ir contra el *promissor* a través del ejercicio de la *actio ex stipulatu*.

Respecto al plazo de vigencia de esta caución, parece verosímil pensar que el mismo iría vinculado generalmente a la vigencia y duración de la servidumbre.<sup>669</sup> Sin embargo, cabe pensar también que, en determinados casos, como por ejemplo cuando el demandado perturbador de la servidumbre fuera un tercero –y, por lo tanto, no fuera titular del predio dominante o sirviente–, la caución podría ir ligada personalmente con o sin tiempo de duración.

Cuestión importante por resaltar, que entendemos que viene relacionada también con el tiempo de duración de la caución, es la referencia a los “*successores*” que contiene el fragmento *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7*. Finkenauer lleva a cabo un análisis pormenorizado de esta cuestión en su obra dedicada a la sucesión “*mortis causa*” y a los efectos a terceros de la estipulación.<sup>670</sup> El autor considera que esta referencia a los sucesores es propiamente una cláusula de sucesión del contenido de la estipulación. También considera que la referencia a “*neque successores suos prohibituos altius tollere*” no formaría parte de la redacción de la estipulación. Esta opinión la compartimos por entero, puesto que, como bien antes hemos indicado, en caso de que el demandado no fuera propietario de ninguno

---

<sup>669</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. 291 (§19). El autor considera que la obligación de esta estipulación (la *cautio de amplius non turbando*) está sujeta en cierta medida a la servidumbre y, por lo tanto, afecta al propietario del fundo respectivo.

<sup>670</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, pp. 290-291 (§19).

de los fundos, resultaría como poco extraño que también se hiciera referencia a sus sucesores, cuando la perturbación vendría derivada de un acto personalísimo.

Sin embargo, y aquí es donde radica la importancia del texto, el fragmento únicamente hace referencia a los "successores". Finkenauer considera sorprendente que no se mencione la palabra "heredero", tal y como realiza Ulpiano en *Ulp. 68 ad ed. D. 43,8,2,18*<sup>671</sup>. A pesar de ello, indica que Ulpiano definió en *D. 39,2,24,1*<sup>672</sup> la expresión "successio" integralmente como un todo, resultando lógico que Paulo entendiera innecesaria una mención al "heres" en el texto principal aquí tratado.

No debemos olvidar en ningún caso que nos encontramos ante unos supuestos que tienen como eje central las servidumbres; que se configuran como derechos reales que se establecen para gravar y favorecer los inmuebles, afectando sólo indirectamente a los propietarios y demás personas que se hallan instaladas en los predios.<sup>673</sup> De ahí que compartamos con Finkenauer la consideración que la obligación estipulatoria está sujeta en cierta medida a la servidumbre, sin afectar de forma personal al propietario respectivo. En consecuencia, consideramos que, en caso de que el *iudex* decidiera incluir en la promesa estipulatoria la referencia a los sucesores (siempre en casos en los que el demandado fuera titular de alguno de los predios -dominante o sirviente-), esta expresión haría referencia a cualquier persona que entrara en lo sucesivo en la propiedad del fundo obligado por la estipulación.

Consecuentemente a lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que la *cautio de amplius non turbando*, precisamente por la referencia al futuro y en algunos casos a los sucesores, entraría a formar parte indisociable de la propia servidumbre como *qualitas fundi* y quedaría ligada a ésta por el tiempo que durase o por lo menos durante el tiempo que el *iudex* fijara en la promesa estipulatoria. Por ello, en el caso que la promesa hiciera referencia a los sucesores, cualquier nuevo propietario del fundo sirviente quedaría vinculado por la promesa estipulatoria. Cuestión distinta sería si la promesa estipulatoria

---

<sup>671</sup> *Ulp. 68 ad ed. D. 43,8,2,18*: "Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda."

<sup>672</sup> *Ulp. 81 ad ed. D. 39,2,24,1*: "Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur."

<sup>673</sup> D'ORS, *DPR*, p. 266 (§190).

vincularía o afectaría a titulares de algún derecho real sobre el predio afectado que entrara en posesión del mismo (como, por ejemplo, el usufructuario) y si éstos, en definitiva, podrían ser demandados en base a la *actio ex stipulatu* en caso de incumplimiento de la promesa de no perturbación.

Finalmente, cabe tener en cuenta que la denominación de *cautio de amplius non turbando* ha venido siendo acogida de forma pacífica por la mayoría de la doctrina romanística.<sup>674</sup> Sin embargo, esta denominación no es en absoluto clásica.<sup>675</sup> A pesar de ello, consideramos que su empleo refleja claramente la finalidad de la caución (evitar perturbaciones futuras mediante un *non facere*) y representa una visión más amplia de la estipulación, sin cerrarse a ninguno de los distintos supuestos en los que podía dar lugar su promesa. Por su parte, Giomaro la denomina *cautio de futuro quoque opere*<sup>676</sup> o caución de obra futura.

Una vez fijadas las características básicas de esta caución, es momento ahora de volver al texto objeto de análisis: *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7*. Respecto al mismo, resulta necesario tener en cuenta que no ha estado exento de dudas interpolacionistas. Sin embargo, éstas constituyen parte de la doctrina minoritaria. Entre los autores que expresan dudas serias sobre su originalidad se encuentra Beseler, que considera que el texto está interpolado en su práctica totalidad, siendo su resultado obra de los compiladores.<sup>677</sup> El autor considera que las expresiones “*res haec est, ut*” y “*cautio haec est*” son “malas” expresiones.

---

<sup>674</sup> Entre muchos otros vid. DERNBURG, H. *Pandekten I. Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 5. Berlin: Aufl., 1896, p. 255; PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928, p. 777 y FINKENAUER T. *Vererblichkeit...*, p. 286 (§19). La práctica totalidad de la doctrina romanística sigue esta nomenclatura. Sin embargo, algunos autores denominan a esta caución *cautio de non amplius turbando*, dado que sitúan delante de *amplius* la partícula *non*, sin que ello parezca alterar en modo alguno el contenido y la naturaleza de esta caución. En este sentido, Vid. LUZZATTO G.I. *Il problema...*, p. 289; KASER, ZPR, p. 338 nt. 29; D'ORS, DPR, p. 271 (§193) y BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico...*, p. 344.

<sup>675</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. 289 (§19).

<sup>676</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 233-234. La autora no ignora completamente en su estudio la *cautio de amplius non turbando*, a la que denomina promesa *de futuro quoque opere* (basándose exclusivamente en el supuesto de hecho del fragmento *Iav. 2 epist. D. 8,5,12*). Sin embargo, a pesar de hacer referencia a la misma, el tratamiento de esta caución por parte de la autora es muy parco, confinado dentro del apartado “*Altre specifiche cautiones iudiciales*”, sin que se realice un examen profundo sobre esta estipulación. En la citada monografía únicamente se reproduce el texto de *Iav. 2 epist. D. 8,5,12* y se denomina la caución. Ante esta situación, comparto con Zuccotti y Santoro que resulta extraño que Giomaro no tratara en ningún capítulo a lo largo de su estudio el texto relativo a *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7*. En este sentido vid. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie* en Collana della Rivista di Diritto Romano – Atti del Convegno “Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico”, p. 311. (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanozuccotti.pdf>). Fecha de consulta: 14/06/2020; y SANTORO, R. recensión a Giomaro, “*Cautiones iudiciales*”..., p. 346.

<sup>677</sup> BESELER, G.v. *Miscellanea...*, p. 231.

Asimismo, entiende que el orden en el que está redactada la frase "*iubeat adversarium iudex emendare*" resulta sospechoso. Finalmente destaca que la oración "*de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere*" no coincide, dado que una parte pertenece a la *servitus oneri ferendi* y el otro a la *servitus altius tollendi*.

Por su parte, Chiazzese considera que el contenido de la *cautio* no es clásico, sino que es un añadido obra de los compiladores con la finalidad de aportar una mayor garantía del titular de la servidumbre.<sup>678</sup> En este sentido, conceptualiza la *cautio de non amplius turbando* como una ampliación del contenido de la *cautio de restituendo* implícita en el texto, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad.

Rebatiendo la concepción postclásica del texto encontramos a la doctrina mayoritaria, siendo uno de sus máximos exponentes Segrè, que considera que el texto es clásico en su práctica totalidad, incluyendo como clásica la promesa *de amplius non turbando*.<sup>679</sup> Sin duda, compartimos la concepción de esta corriente doctrinal, que entiende como clásica la *cautio de amplius non turbando*.

En otro orden de cosas, para poder llegar a una conclusión clara sobre qué tipo de servidumbres pueden hacer surgir en el litigio la *cautio de amplius non turbando* y a través de qué elemento el juez puede acordar esta caución, resulta imprescindible desentrañar cuáles son las acciones a las que quiere hacer referencia el texto cuando al principio de éste se indica "*harum actionum*". En nuestra opinión, el texto hace clara referencia a la aplicación de la *cautio de amplius non turbando* en la *vindicatio servitutis* y en la *actio negatoria*, aunque no las cite de forma expresa. Llegamos a esta conclusión porque precisamente este fragmento se encuentra ubicado dentro de la rúbrica D. 8,5: *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, que hace referencia a ambas acciones.<sup>680</sup>

---

<sup>678</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 179.

<sup>679</sup> Entre muchos otros, SEGRÈ, G. *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitutis oneris ferendi"* en BIDR 41 (1933), p. 59, que considera clásico el fragmento en su práctica totalidad y en especial la *cautio* analizada.

<sup>680</sup> Sobre el contenido, las relaciones y las diferencias entre la *vindicatio servitutis (actio confessoria)* y la *actio negatoria* vid. TREVES, A. s.v. *Azione confessoria e negatoria* en NNDI, pp. 57-59; PEZZANA, A. s.v. *Azione confessoria e negatoria* en ED IV. Milano, 1959, pp. 838-842; RODGER, A. *Actio Confessoria and Actio Negatoria. Appunti* en ZSS 88 (1971), pp. 184-214; y ARANGIO-RUIZ, V. *Sulle azioni confessorie e negatorie* en Scritti di Storia di Filologia e d'Arte per le nozze Fedeli. Napoli: De Frabritis, 1908, pp. 147-166. Republicado en *Rariora*. Roma: Edizioni di "Storia e Letteratura", 1946, p. 3 y ss. y también en *Scritti di diritto romano I*. Napoli: Jovene, 1974, p. 113 y ss.

Por otra parte, parece bastante evidente que el “*harum actionum*” no se refiere a tipos de servidumbre, dado que en *Iav. 2 epist. D. 8,5,12* (texto que examinaremos más adelante) se hace referencia a otra servidumbre, la *servitus tigni immitendi*.

En consecuencia, considerando más que probable que la referencia a “*harum actionum*” venga dedicada a la *vindicatio servitutis* y a la *actio negatoria*, es momento ahora de determinar de qué forma el juez podía ordenar la *cautio de amplius non turbando* dentro de la fase *apud iudicem* de los procedimientos iniciados con la *vindicatio servitutis* y con la *actio negatoria* y en qué supuestos de servidumbres podía originarse.

A través de la *vindicatio servitutis* o *actio confessoria*<sup>681</sup>, el propietario del predio dominante podía dirigirse contra todo poseedor que impidiera el ejercicio de la servidumbre.<sup>682</sup> En consecuencia, la pretensión del actor en esta acción era la restitución del ejercicio de la servidumbre. Esta acción imitaba a la *rei vindicatio*, que protegía la propiedad, y precisamente por ello era llamada “*vindicatio*”.<sup>683</sup>

La reconstrucción de la fórmula de la *vindicatio servitutis* – *actio confessoria* es la que sigue, en sus múltiples formas<sup>684</sup>:

- a. *Iter actus via: C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse per fundum quo de agitur ire agere neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit,*

---

<sup>681</sup> La denominación de *actio confessoria* es justiniana. En este sentido, vid. MIQUEL, *DR*, p. 201. Sobre la *vindicatio servitutis* o *actio confessoria* vid., entre otros, ARANGIO-RUIZ, V. *Sulle azioni confessorie e negatorie...*, p. 113 y ss.; SEGRÈ, G. *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*. Paris: Rousseau, 1912; BARBERO, D. *La Legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*. Milano: Giuffrè, 1950; TREVES, A. *s.v. Azione confessoria e negatoria...*, pp. 57-59; PEZZANA, A. *s.v. Azione confessoria e negatoria...*, pp. 838-842; y RODGER, A. *Actio Confessoria und Actio Negatoria...*, pp. 184-214. Sobre la reconstrucción de la fórmula de la *vindicatio servitutis* vid. LENEL, *EP*, p. 190 y ss.; RUDORFF, *Edictum*, p. 78 y ss.; y MANTOVANI, *Le formule*, pp. 41-43.

<sup>682</sup> D'ORS, *DPR*, p. 270 (§193). También podía ser dirigida la *vindicatio servitutis* contra todo aquél que impidiera el ejercicio de la servidumbre. A modo de ejemplo, véase el contenido de *Ulp. 6 opin. D. 8,5,15*: “*Altius aedes suas extollendo, ut luminibus domus minoris annis viginti quinque vel impuberis, cuius curator vel tutor erat, officiat, efficit: quamvis hoc quoque nomine actione ipse heredesque teneantur, quia quod alium facientem prohibere ex officio necesse habuit, id ipse committere non debuit, tamen et adversus possidentem easdem aedes danda est impuberi vel minori actio, ut quod non iure factum est tollatur.*” y el contenido de *Paul. 5 sent. D. 43,20,7*: “*Si de via itinere actu aquae ductu agatur, huiusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. Quod si neget ius esse adversario agendi aquae ducendae, cavere sine praeiudicio amittendae servitutis debet, donec quaestio finietur, non se usurum.*”. Esta legitimación a terceros viene admitida también por MIQUEL, *DR*, p. 201, que afirma que el derecho clásico admitía esta legitimación cuando ello era necesario.

<sup>683</sup> MIQUEL, *DR*, p. 201 y D'ORS, *DPR*, p. 270-271 (§193).

<sup>684</sup> MANTOVANI, *Le formule*, pp. 41-43.

tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.

- b. *Aquaeductus*: C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse per fundum quo de agitur aquae ducendae neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. agerio restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.
- c. *Servitus altius non tollendi*: C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidio ius non esse aedes suas altius tollere invito A. Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.
- d. *Servitus oneris ferendi*: C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse ut aedes N. Negidii onus aedium A. Agerii sustineant neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.
- e. *Servitus tigni immittendi*: C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse in parietem aedificii quo de agitur tigna immittendi neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.
- f. *Servitus stillicidii* (o quizá: *fluminis*): C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse in tectum aedificii quo de agitur immittendi stillicidium neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.

La fórmula de la *vindicatio servitutis* contenía una cláusula arbitraria<sup>685</sup>, que habría permitido al demandado vencido restituir conforme al arbitrio del juez, y evitar así la condena pecuniaria (que debe fijarse por el *iusiurandum in litem*; esto es, el juramento estimatorio subjetivo del valor de la cosa hecho por el actor, a no ser que hubiera acuerdo entre las partes).<sup>686</sup> Sin embargo, no siempre ha sido una cuestión pacífica dentro de la doctrina romanística la presencia de esta cláusula en las fórmulas de la *vindicatio servitutis* y de la *actio negatoria* (la fórmula de la cual analizaremos más adelante).

En este sentido, Lenel negó en su reconstrucción del Edicto Perpetuo la existencia de la cláusula arbitraria en ambas acciones con fundamento en lo dispuesto en *Paul. 20 ad ed D. 5,3,19,3*<sup>687</sup> e *Inst. 4,6,31*<sup>688</sup>. Lenel consideraba que, en la fórmula de la *vindicatio*

---

<sup>685</sup> RUDORFF, *Edictum*, p. 78 también reconoce la existencia de la cláusula arbitraria en la fórmula de la *vindicatio servitutis*. Sin embargo, LENEL, *EP*, p. 193 la niega, tal y como expondremos más adelante.

<sup>686</sup> D'ORS, *DPR*, p. 216 (§149).

<sup>687</sup> LENEL, *EP*, p. 193. La no introducción de esta cláusula por parte de Lenel le valió numerosas críticas por parte de la doctrina romanística, tal y como indican la práctica totalidad de autores. Entre muchos otros, LEVY, E. *Zur Lehre...*, p. 11 nt. 5, y KASER, *RPR I*, p. 438 nt. 61.

<sup>688</sup> LENEL, *EP*, p. 177.

de las servidumbres, así como en la de la *actio negatoria*, no existía la cláusula restitutoria o arbitraria, que sin embargo sí aceptaba para la *rei vindicatio*, la *hereditatis petitio* y la *vindicatio usus fructus* y *usus*. Cabe tener en cuenta que, años antes, Rudorff sí que introdujo en su reconstrucción edictal la cláusula arbitraria o restitutoria en algunas formas de la reconstrucción de las fórmulas de la *vindicatio servitutis* y de la *actio negatoria*.<sup>689</sup>

Volviendo al análisis de Lenel, resulta necesario comentar las bases textuales en las que se basa el autor para negar la cláusula arbitraria. En principio, la fuente principal en la que Lenel se apoya para negar la cláusula restitutoria es *Paul. 20 ad ed. D. 5,3,19,3*, que reza así:

*“Servitutes in restitutionem hereditatis non venire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus, sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur.”*

En este texto se establece que no pueden restituirse las servidumbres como si se tratase de cosas corporales o de frutos. Ahora bien, en ningún momento establece que no es posible restituir las, sino que indica que, si no se permitiera el paso o la conducción de ganados, se demandará por la acción correspondiente (que entendemos que hace referencia a la *vindicatio servitutis*). No entendemos por qué Lenel, ante este texto, interpreta que no es posible que exista una cláusula arbitraria en base a que el efecto restitutorio opera exclusivamente sobre las cosas corporales. Si bien es cierto que no será posible la restitución material de la servidumbre (debido a que es incorporea), lo que sí existirá es un *restituere* inmaterial, que consistirá en reponer las cosas al estado anterior a la perturbación.<sup>690</sup>

Por su parte, en la línea descrita, Segre<sup>691</sup> considera que *Paul. 20 ad ed. D. 5,3,19,3* entra en contradicción con numerosos fragmentos que hacen referencia al *restituere*

---

<sup>689</sup> RUDORFF, *Edictum*, pp. 79-80.

<sup>690</sup> VALIÑO ARCOS, A. *¿Cesación en la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la actio negatoria?* en REHJ 24 (2002), p. 41; BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico...*, p. 344.

<sup>691</sup> SEGRÈ, G. *La clausola restitutoria...*, p. 17 y ss.

respecto a las servidumbres (entre otros, Gai. 4,114<sup>692</sup> y *Paul. 70 ad ed. D. 44,1,17*<sup>693</sup>). Dichas contradicciones derivarían del distinto significado que tendría el *restituere* en las acciones *de servitutibus*, extremo sobre el que ya hemos tenido oportunidad de referirnos anteriormente.

Otro de los textos en los que Lenel se apoya para justificar la no inclusión de la cláusula restitutoria o arbitraria en la *vindicatio servitutis* y en la *actio negatoria* es Inst. 4,6,31, que indica lo siguiente:

*“Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.”*

Estamos ante un texto que realiza un elenco de las acciones arbitrarias, que las define como aquellas que dependen del arbitrio del juez y permite al mismo estimar *ex bono et aequo* cómo debe satisfacerse al actor de acuerdo con la naturaleza de cada asunto.

El hecho de que en este texto no se incluyeran la *vindicatio servitutis* y la *actio negatoria* habría hecho creer a Lenel que no existiría la cláusula arbitraria para estas acciones. Sin embargo, Segrè es muy crítico con Lenel en este punto, porque en este fragmento no sólo faltan la *vindicatio servitutis* y la *actio negatoria*, sino también otras

---

<sup>692</sup> Gai. 4,114: “*Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat: utrum absoluere; an ideo potius damnat e, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut dam-nari debeat. nostri praeceptores absoluere eum debere existimant: nec interesse, cuius generis fuerit iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur, Sahino et Cassio placere, omnia iudicia (...) esse absolutoria. (...)*”

<sup>693</sup> *Paul. 70 ad ed. D. 44,1,17*: “*Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio.*”

acciones *in rem*, que seguro que integraban en la fórmula una cláusula restitutoria o arbitraria. Cabe tener en cuenta que el texto sólo cita la *actio Publiciana*, la *actio Serviana* y la *actio cuasi Serviana*, y deja de lado la *rei vindicatio*.

En este sentido, entendemos, junto con la doctrina dominante opuesta a Lenel en este punto<sup>694</sup>, que sí que existió esta cláusula arbitraria o restitutoria en ambas acciones, basándonos en diversos textos y apreciaciones que dan argumentos más que sólidos sobre la posibilidad de restitución de las servidumbres. En primer lugar, ello viene atestiguado a través de Ulp. 17 *ad ed.* D. 8,5,4,2<sup>695</sup>, donde se muestra que los frutos de la *actio confessoria* (*vindicatio servitutis*) son el interés del demandante en que no se le prohíba usar la servidumbre y los frutos de la *actio negatoria* son el interés del demandante en que el adversario no use del paso por su fundo. En segundo lugar, en Ulp. 17 *ad ed.* D. 8,5,6,6<sup>696</sup> se definen los frutos de la *vindicatio servitutis* como “la ventaja que tendría si el vecino soportase la carga de su construcción”. En tercer lugar, en base a lo dispuesto en Gai. 6 *ad leg. XII tab.* D. 22,1,19,1<sup>697</sup>, donde se entiende como frutos de la *vindicatio servitutis* “la ventaja que el demandante había de tener si no se le hubiera prohibido pasar y llevar el ganado justamente en el momento en que lo hubiese pedido”. Y, finalmente, afirmamos que existió cláusula arbitraria o restitutoria en la *vindicatio servitutis* debido a que las acciones reales pretenden siempre un *restituere* antes que la obtención por parte del demandante de una *condemnatio pecuniaria*.<sup>698</sup> Por todo lo expuesto, los argumentos vertidos por Lenel decaen.

Como hemos señalado, esta última apreciación es la que ha asumido hasta hoy la doctrina mayoritaria<sup>699</sup>, entre los que también se encuentra Mantovani. Prueba de ello es

---

<sup>694</sup> Vid. SEGRÈ, G. *La clausola restitutoria...*, p. 17 y ss.; SOLAZZI, S. *La tutela e il possesso...*, pp. 36-37; GROSSO, G. *Le servitù prediali...*, pp. 84 y 294-295; KASER, *RPR I*, p. 477 nt. 79; y CORBINO, A. *s.v. servitù* en ED XLII (1990), p. 254.

<sup>695</sup> Ulp. 17 *ad ed.* D. 8,5,4,2: “*In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat.*”

<sup>696</sup> Ulp. 17 *ad ed.* D. 8,5,6,6: “*Veniunt et fructus in hac actione, id est commodum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret.*”

<sup>697</sup> Gai. 6 *ad leg. XII tab.* D. 22,1,19,1: “*Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur: quod admittendum est.*”

<sup>698</sup> VALIÑO ARCOS, A. *¿Cesación...*, p. 42 nt. 17.

<sup>699</sup> GROSSO, G. *Le servitù prediali...*, p. 84

la reconstrucción de todas las formas específicas de estas fórmulas en su obra "*Le formule del processo privato romano*"<sup>700</sup>, que se han reproducido anteriormente para la *vindicatio servitutis* y se reproducirán más adelante para la *actio negatoria*, e incluyen la cláusula arbitraria o restitutoria.

Entremos de lleno en la finalidad de la cláusula restitutoria o arbitraria. Según Betancourt, esta cláusula habría permitido al demandado obtener la absolució si consentía en la *immissio* o restituía la situación en el predio sirviente al estado anterior a la perturbación de la servidumbre, ya fuera negativa o positiva. Respecto a las servidumbres prediales, la cláusula arbitraria consistía, más que en una *restitutio* material, en la prestación por parte del demandado al actor —siempre que este último probara el derecho de servidumbre predial— de una garantía estipulatoria a través de la cual prometiera (él y sus sucesores) no realizar perturbaciones futuras en la servidumbre: la *cautio de amplius non turbando*.<sup>701</sup>

Compartimos también con Chiazzese que la existencia de la cláusula arbitraria confirmaría la equivalencia entre el *arbitrium iudicis* y el *officium iudicis* (entendido este último como el poder del juez de ordenar la *restitutio*)<sup>702</sup>, al igual que ocurre en la *cautio de restituendo*.

### 3.7.2. *Actio negatoria*

Como hemos afirmado anteriormente, entendemos que esta caución sería aplicable también en el caso de la *actio negatoria*<sup>703</sup>. A través de esta acción, el titular de una finca libre de servidumbres negaba al demandado todo derecho a una pretendida utilización de la finca. Según Biondi, la *actio negatoria* es la antítesis de la *vindicatio servitutis*, ya que

---

<sup>700</sup> MANTOVANI, *Le formule*, pp. 41-44.

<sup>701</sup> BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico...*, p. 344.

<sup>702</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 176.

<sup>703</sup> Sobre la *actio negatoria*, nos remitimos al elenco de bibliografía dedicada *ut supra* a la *vindicatio servitutis*, puesto que ambas acciones son habitualmente analizadas de forma conjunta. Sobre la reconstrucción de la fórmula de esta acción, vid. LENEL, *EP*, p. 190 y ss.; RUDORFF, *Edictum*, p. 78 y ss. y MANTOVANI, *Le formule*, pp. 43-44.

esta última defiende y afirma la servidumbre y es interpuesta contra todo poseedor que impidiera el ejercicio de la servidumbre, y la primera defiende el dominio, siendo ejercitada por el propietario del fundo que niega la pretendida servidumbre.<sup>704</sup>

La reconstrucción de la fórmula de la *actio negatoria* es la siguiente, en sus diversas formas<sup>705</sup>:

- a. *Iter actus via: C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidio ius non esse per fundum quo de agitur ire agere invito A. Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*
- b. *Aquaeductus: C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidio ius non esse per fundum quo de agitur aqueae ducendae invito A. Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*
- c. *Servitus atius non tollendi: C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse aedes suas (usque ad decem pedes) altius tollere invito N. Negidio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*
- d. *Servitus oneris ferendi*<sup>706</sup>.
- e. *Servitus tigni immittendi: C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidio ius non esse in parietem aedificii quo de agitur tigna immittendi neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*
- f. *Servitus stillicidii (oppure: fluminis): C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidio ius non esse in tectum aedificii quo de agitur immittendi stillicidium invito A. Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Según Valiño, la *intentio* de la *actio negatoria* hace alusión al demandado y a la carencia de las facultades por él pretendidas. La *condemnatio*, que es pecuniaria, se basa en la cuantía objeto del *iusiurandum in litem*<sup>707</sup>, de forma que se reconoce la posibilidad que el demandado pueda adquirir las facultades pretendidas, en calidad de usufructuario o titular de una servidumbre a través del pago de la *litis aestimatio*, que seguiría a la desobediencia ante la orden de restitución o de prestación de caución.<sup>708</sup>

<sup>704</sup> BIONDI, B. *Le Servitù prediali...*, p. 303.

<sup>705</sup> MANTOVANI, *Le formule*, pp. 43-44.

<sup>706</sup> Sin reconstrucción. Vid. MANTOVANI, *Le formule*, p. 43.

<sup>707</sup> El *iusiurandum in litem* es la estimación de la valoración de la cosa llevada cabo por el demandante mediante declaración jurada. Vid. D'ORS, *DPR*, pp. 129-130 (§77).

<sup>708</sup> VALIÑO ARCOS, A. *¿Cesación...*, pp. 39-40.

Como hemos podido observar, al igual que en la reconstrucción de la fórmula de la *vindicatio servitutis*, la *actio negatoria* incluye también una cláusula arbitraria o restitutoria<sup>709</sup>, mediante la cual, si el demandado se acogía a la misma, se le imponía la prestación de la *cautio de amplius non turbando* a los efectos de evitar posibles reiteraciones en la pretensión de intromisión en una propiedad que ya era reconocida como libre.<sup>710</sup> En definitiva, la finalidad de la *cautio de amplius non turbando* en la *actio negatoria* era disuadir al demandado de acometer perturbaciones futuras que entrañaran o bien un desconocimiento de la titularidad jurídico-real que al demandante corresponde, o bien un simple deseo de proceder *animo nocendi* contra el derecho que al contendiente procesal pertenecía.<sup>711</sup>

A la luz de todo lo expuesto, compartimos con Finkenauer<sup>712</sup> que de ninguna forma es dudosa la función de la *cautio de amplius non turbando* (tal y como afirmó en su día Biondi<sup>713</sup>). Desde nuestro punto de vista, la finalidad de esta estipulación en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario es más que clara: la *cautio* analizada se erige como una alternativa a la *restitutio* en la modalidad de no realizar *-non facere-* perturbaciones en el futuro (diferente a la *cautio de restituendo*, que requiere un *facere*).

La posibilidad que la *stipulatio iudicialis de amplius non turbando* pudiera surgir en la fase *apud iudicem* del procedimiento originado por una *actio negatoria* es clarísima, ya que viene confirmada por *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7* y por lo dispuesto en otro texto importantísimo dentro del estudio de esta caución:

*Iav. 2 epist. D. 8,5,12*

---

<sup>709</sup> RUDORFF, *Edictum*, p. 78 reconoce la existencia de la cláusula arbitraria o restitutoria en la fórmula de la *actio negatoria*. Sin embargo, LENEL, *EP*, p. 193, la rechaza.

<sup>710</sup> Así se desprende de *Iav. 2 epist. D. 8,5,12*, texto que reproduciremos a continuación en este apartado y que hace claramente referencia a la *actio negatoria*.

<sup>711</sup> VALIÑO ARCOS, A. "*Missiones in possessionem. Stipulationes praetoriae. Restitutiones in integrum*" ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)). Fecha de consulta: 14/06/2020.

<sup>712</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. 290 (§19).

<sup>713</sup> BIONDI, B. *Le Servitù prediali...*, p. 303. Al igual que Biondi, también Luzatto afirma que la naturaleza y las funciones de la *cautio* examinada son inciertas. En este sentido vid. LUZZATTO, G.I. *Il problema...*, p. 289.

*Egi ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.*

Este fragmento de Javoleno nos reafirma que esta estipulación también se aplicaba a la *actio negatoria*.<sup>714</sup> Estamos ante un caso de interposición de una acción negatoria del derecho a tener apoyadas las vigas en una pared de un tercero (*servitus tigni immittendi*). Ante este supuesto, el jurista se pregunta si en la fase *apud iudem* del procedimiento ha de darse caución respecto que no se apoyarán otras vigas en lo sucesivo, y responde que el *iudex* debe dar también caución respecto de una obra futura. Según Giomaro, que sí que trata este fragmento, las palabras *iudicis officio contineri* representan una manifestación de la discrecionalidad del *iudex* en la fase *apud iudicem*.<sup>715</sup>

Respecto a la servidumbre contenida en el texto -al contrario de lo que ocurre en la *servitus oneris ferendi*- la *servitus tigni immittendi* no supone mantener el muro en que se apoya la viga del vecino, sino que sólo consiste en tolerar la *immissio* del *tignum*, pero en ningún caso sostenerlo.<sup>716</sup>

Este texto ha servido de apoyo para que autores como Solazzi afirmen que la *cautio de amplius non turbando* únicamente es una garantía reconocida para la acción negatoria.<sup>717</sup> Sin embargo, compartimos con Finkenauer la afirmación de que esta caución podía darse dentro de los procedimientos tanto de la *vindicatio servitutis* como de la *actio negatoria*, ante todo tipo de servidumbres.<sup>718</sup>

### 3.7.3. Esquema sintético de la *cautio de amplius non turbando*

---

<sup>714</sup> Entre otros, vid. BIONDI, B. *Le Servitù prediali...*, p. 303 y SOLAZZI, S. *La tutela e il possesso ...*, p. 40.

<sup>715</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 271. La autora también hace referencia a *Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,16pr*, que tratamos en su momento en sede de *cautio de indemnitate* aplicada a la *actio familiae erciscundae*, puesto que el fragmento incluye la referencia a *officio iudicis contineri*. Según la autora, este texto constituiría también una prueba más de la discrecionalidad del juez en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario y considera importante destacar que en ambos textos se deja ver una intervención de la jurisprudencia a través de la partícula *puto*, que confirma y dispone al mismo tiempo la amplitud de los poderes del *iudex*.

<sup>716</sup> D'ORS, *DPR*, p. 270 (§192).

<sup>717</sup> SOLAZZI, S. *La tutela e il possesso ...*, p. 40.

<sup>718</sup> FINKENAUER, T. *Vererblichkeit...*, p. 289 (§19).

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de amplius non turbando* en base a las fuentes y a las acciones en las que surgían:

<b>CAUTIO DE AMPLIUS NON TURBANDO o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE GARANTÍA CONTRA FUTURAS PERTURBACIONES</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<b><i>Vindicatio servitutis</i></b>	<i>Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7</i>	La <i>cautio de amplius non turbando</i> es exigida en la fase <i>apud iudicem</i> del procedimiento de la <i>vindicatio servitutis</i> a los efectos de asegurar en el futuro la no perturbación de la servidumbre; esto es, que se respetará ese concreto derecho real y no se obstaculizará. Esta promesa podía afectar también a los sucesores en la titularidad del predio afectado por la servidumbre.
<b><i>Actio negatoria</i></b>	<i>Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7 y Iav. 2 epist. D. 8,5,12</i>	Esta caución también es exigida en el procedimiento de la <i>actio negatoria</i> , a los efectos de asegurar que en el futuro no se ejercerá la pretendida servidumbre por la cual se había demandado.

### **3.8. LA CAUTIO DE PECUNIA SOLVENDA UBI PROMISSA EST O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE QUE SE PAGARÁ ALLÍ DONDE SE PROMETIÓ**

La *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est* o estipulación judicial de que se pagará allí donde se prometió viene referida en un solo texto en las fuentes; en concreto, *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1*.<sup>719</sup> Esta caución es prometida en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria*.

<sup>719</sup> Un único texto en BIA, localizado entre los resultados de las palabras *cautio*, *cavere*, *stipulatio* y sus derivadas, indica la existencia de esta caución bajo las expresiones *pecunia* y *solvenda*: *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1*.

El estudio de esta estipulación se llevará a cabo mediante el análisis del fragmento anteriormente señalado, examinando la naturaleza jurídica de la acción en la que podía surgir su promesa y concretando su finalidad; elementos clave para determinar a través de qué mecanismo podía ser prometida la estipulación en el seno del procedimiento de la *actio de eo quod certo loco*.

### 3.8.1. *Actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria*

La *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est* viene referida, tal y como hemos señalado, en un fragmento del Digesto, ubicado dentro de la rúbrica de D. 13,4: *De eo quod certo loco dari oportet*. El texto es el siguiente:

*Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1*

*Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? Nonne debebit interdum absolvere? In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.*

Este fragmento del jurista Ulpiano se refiere a la *actio arbitraria* o *actio de eo quod certo loco*.<sup>720</sup> Esta acción tenía como finalidad la de reclamar que se pagara una cantidad

---

<sup>720</sup> Sobre la *actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria* vid. TREPTOW, E. *Zum Lehre von der actio de eo quod certo loco*. Greifswald, 1875; COHN, M. C. *Die Sogenannte actio de eo quod certo loco: eine Untersuchung aus dem römischen Recht*. Aalen: Scientia, 1969 (Reimpresión del original de 1877); LENEL, O. *Die Formel der s.g. actio de eo quod certo loco und das Wesen der actiones arbitrariae* en *Beiträge zur Kunde des prätorischen edicts*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878, pp. 55-100 y *Zum Edictum Perpetuum* en *ZSS* 37 (1916), p. 121 y ss.; GRADENWITZ, O. *Ältere und neuere formula arbitraria* en *ZSS* 24 (1903), p. 238 y ss.; BESELER, G.v. *Das Edictum de eo quod certo loco. Eine rechtshistorische Untersuchung*. Leipzig: A. Deichert nachf. (G. Böhme), 1907 y *Romanistische studien* en *TR* (1928), pp. 326-335; DUMAS, A. *L'actio "de eo quod certo loco dari oportet" en droit classique* en *NRHDFE* 34 (1910), pp. 611-669; ARANGIO-RUIZ, V. *Studi formularii. I. "De eo quod certo loco dari oportet"* en *BIDR* 25 (1912), pp. 130-195 y *Ancora "de eo quod certo loco dari oportet"* en *BIDR* 26 (1913), p. 147 y ss.; BIONDI, B. *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria* en *Annali Palermo* 1 (1916), pp. 19-116 y *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria (a proposito di una recente ipotesi)* en *BIDR* 26 (1913), p. 1 y ss.; HUWARDAS, S. G. *Beiträge zur Lehre der actiones arbitrariae, insbesondere von der actio de eo quod certo loco dari oportet im klassischen Recht*. Leipzig, 1932; BISCARDI, A. *s.v. actio de eo quod certo loco* en *NNDI*, p. 262; D'ORS, A. *Una hipótesis crítica sobre la cruz "Centum Capuae"* en *RIDA* 4 (1950), pp. 435-446; AMARELLI, F. *Locus solutionis: contributo alla teoria del luogo*

cierta en un lugar determinado. La obligación de pago de cantidad cierta en un lugar concreto habría surgido, por ejemplo, a través de la *stipulatio certo loco dari* (estipulación civil) o bien a través de un legado.<sup>721</sup>

Concretamente, el fragmento nos sitúa en la fase *apud iudicem* del procedimiento de esa acción, ya que se hace referencia al juez y a la facultad explícita de éste de absolver al demandado. Dicha absolución, según la propia literalidad del texto, tendrá lugar siempre que se exija caución de que se pagará la cantidad allí donde se prometió (*cautio de pecunia solvenda ubi promissa est*<sup>722</sup>).

En la última parte del fragmento se hace referencia a tres argumentos o razones que, según nuestro punto de vista, podría alegar el demandado de la *actio de eo quod certo loco* para poder ser absuelto por el juez previa promesa estipulatoria de pagar en el *locus solutionis*. Estas son las siguientes:

- Que la cantidad se ofreció al demandante en el lugar pactado,
- Que la cantidad se depositó al demandante en el lugar pactado, o
- Que el demandado va a pagar sin discusión.

Finalmente, el texto indica que el juez que interviene en esta acción debe mirar también la equidad (*aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex*).

### **3.8.2. Naturaleza jurídica de la *actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria***

---

*dell'adempimento in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1984; FUENTESECA DEGENEFTE, M. *La naturaleza arbitraria de la actio de eo quod certo loco* en Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña 11 (2007), pp. 231-240; y PULITANÓ, F. *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 2009. Para una bibliografía más amplia y aún más exhaustiva, vid. BISCARDI, A. s.v. *actio de eo quod certo loco*..., p. 262. Sobre la fórmula de la *actio de eo quod certo loco*, vid. LENEL, *EP*, p. 240 y ss.; RUDORFF, *Edictum*, p. 106; y MANTOVANI, *Le formule*, p. 49.

<sup>721</sup> BISCARDI, A. s.v. *actio de eo quod certo loco*..., p. 262.

<sup>722</sup> La denominación concreta de la caución utilizada en el presente estudio viene fijada por Betancourt. Vid. BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"*..., p. 185 nt. 47 *in fine*.

Una vez descrito el texto e identificada la acción en que podía surgir la estipulación analizada, es momento ahora de intentar entender el papel que juega esta concreta estipulación judicial dentro de esta acción específica. Y ello pasa de forma irremediable por el análisis de la naturaleza jurídica y de la reconstrucción de la fórmula de la *actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria*, con especial referencia al arbitrio del juez.

No desconocemos en absoluto que este es un tema que ha ocasionado y ocasionará numerosísimos debates dentro de la doctrina romanística. En este sentido, D'Ors y Biscardi han venido definiendo el examen de esta acción como uno de los temas más espinosos de toda la problemática romanística<sup>723</sup>, que ha suscitado múltiples divergencias entre los estudiosos<sup>724</sup>. A pesar de ello, resulta necesario entrar de lleno en el análisis de la acción para desvelar las características de la estipulación judicial aquí tratada.

La *actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria* puede ser definida como una acción *in personam* de creación pretoria que tiene como finalidad reclamar que se pague una cantidad cierta de dinero en un lugar determinado. La necesidad de su creación surgió para evitar la *pluris petitio loco* o, lo que es lo mismo, la posibilidad de perder el litigio (*causa cadere*) por realizar la petición en un lugar distinto del estipulado o fijado en un legado.<sup>725</sup> Esta finalidad se desprende claramente de lo dispuesto en *Gai. 9 ed. prov. D. 13,4,1*:

*Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, numquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare.*

D'Ors considera que, para evitar la *pluris petitio loco*, la *actio certi* puede darse *cum loci adiectione*, convirtiéndose así en la acción ahora analizada, a fin de que el *iudex* tenga en cuenta la diferencia del valor del género que se debe entre el lugar en el que éste debía

---

<sup>723</sup> D'ORS, A. *Una hipótesis crítica...*, p. 435.

<sup>724</sup> BISCARDI, A. *Actio pecuniae traiectionis. Contributo alla dottrina delle clausole penali*. Siena: Circolo Giuridico dell'Università, 1947, p. 92 y s.v. *actio de eo quod certo loco...*, p. 262.

<sup>725</sup> Vid., entre muchos otros, BIONDI, B. *Sulla dottrina romana...*, p. 24; BISCARDI, A. s.v. *actio de eo quod certo loco...*, p. 262 y D'ORS, *DPR*, p. 134 (§82).

pagarse y aquél en el que se reclama, ya sea por necesidad o por capricho del demandante, y posibilitando así que la condena pueda aumentar o disminuir. En consecuencia, el autor concibe esta acción como una *actio certi* con una modificación en la *condemnatio*.<sup>726</sup>

Otros autores han definido esta acción como una adaptación de una fórmula *in personam* con *intentio certa*<sup>727</sup> (ya sea, a modo de ejemplo, la *actio certi ex stipulatu* o la *actio certae creditae pecuniae*). Mediante esta modificación, la *intentio* de la fórmula habría indicado el lugar en el que el pago debía haberse ejecutado, permitiendo así al *iudex* tener en cuenta la circunstancia de que la resolución se dictó en un lugar distinto del fijado para la ejecución, a fin de poder calcular correctamente lo que una u otra parte pierde a causa del cambio de lugar (*mutatio loci*).<sup>728</sup>

Los primeros problemas al examinar la *actio arbitraria* o *actio de eo quod certo loco* aparecen en su propia denominación. Según Biondi, la denominación clásica de la acción era *actio arbitraria* y fueron los intérpretes del Digesto quienes la renombraron como *actio de eo quod certo loco*.<sup>729</sup> Recientemente, Pulitanò ha considerado que el nombre de *actio arbitraria* no es de plena época clásica,<sup>730</sup> sino que se encuentra en el título 13,4 del Digesto como resultado de la inserción en los textos de comentarios previos externos, tal vez propiciados por la breve digresión de Gayo sobre el tema del "arbitrio judicial" en *Gai. 9 ed. prov. D. 13,4,3*<sup>731</sup>. Según esta autora, el nombre de esta acción habría sido cambiado en la compilación, tal vez incluso llevando a la adición de la *actio de eo quod certo loco* en la lista justiniana de acciones arbitrarias (Inst. 4,6,31), tal y como observaremos más adelante. Por otro lado, D'Ors no se define sobre la clasicidad de la denominación de *actio arbitraria*, aunque entiende que provisionalmente debe ser

---

<sup>726</sup> D'ORS, *DPR*, pp. 134 (§82 nt. 5), 135 (§83) y 515 (§427).

<sup>727</sup> BISCARDI, A. *Actio pecuniae traiectionis...*, p. 93 y s.v. *actio de eo quod certo loco...*, p. 262; AMARELLI, F. *Locus solutionis...*, pp. 112-113.

<sup>728</sup> BISCARDI, A. s.v. *actio de eo quod certo loco...*, p. 262.

<sup>729</sup> BIONDI, B. *Sulla dottrina romana...*, p. 19. Sin embargo, Biondi entiende que la denominación de *actio arbitraria*, para los juristas clásicos, tiene el valor de un mero apelativo. Para él la calificación de *arbitraria* es un nombre, no un concepto en sí mismo. En relación también a la no clasicidad de la denominación como *actio arbitraria* vid. también COLLINET, P. *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*. Paris: Sirey, 1947, p. 229 y ss.

<sup>730</sup> PULITANÒ, F. *De eo quod certo loco...*, p. 175.

<sup>731</sup> *Gai. 9 ed. prov. D. 13,4,3*: "Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionisque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilium et gravibus usuris."

admitida como clásica ya que la denominación de *arbitraria* puede explicarse porque el *iudex* puede absolver *cautio exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est*.<sup>732</sup>

Y es precisamente este último punto el tema central de discusión sobre la naturaleza jurídica de la acción aquí tratada: ¿puede ser definida esta acción como arbitraria?

La doctrina mayoritaria considera que esta acción parece evidente que no forma parte del elenco de acciones arbitrarias que debió existir en época clásica.<sup>733</sup> Las razones que la mayoría de los autores han alegado para refutar la calificación de arbitraria de esta acción son diversas, entre las que se encuentran las siguientes. Por un lado, según Lenel, la calificación de *arbitraria* contenida en los textos habría sido utilizada en un sentido inusual.<sup>734</sup> Para él, esta acción es “*la*” acción arbitraria y no “*una*” de las acciones arbitrarias. Por ello, esta acción no incluye una cláusula arbitraria o restitutoria, sino que el calificativo de *arbitraria* indica la posibilidad de un ejercicio discrecional de los poderes del juez (*arbitrium*), que habría autorizado a este último a realizar las apreciaciones necesarias a efectos de establecer una condena equilibrada. En este sentido, el autor considera que esta acción no debió ser incluida dentro del catálogo de acciones arbitrarias realizado en las Instituciones de Justiniano (Inst. 4,6,31<sup>735</sup> y 33<sup>736</sup>). Cabe tener

---

<sup>732</sup> D'ORS, A. *Una hipótesis crítica...*, p. 442 nt. 9.

<sup>733</sup> Entre muchos otros, vid. MAY, G. *Observations sur les actions arbitraires* en *Mélanges Girard*, 2, Paris, 1912, p. 162; ARANGIO-RUIZ, V. *Studi formularii...*, p. 158; WENGER, L. *Istituzioni di procedura civile romana...*, p. 144 y BISCARDI, A. s.v. *actio de eo quod certo loco...*, p. 262.

<sup>734</sup> Este sentido inusual o diferente viene corroborado también por GIRARD, P.F. – SENN, F. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Rousseau, 1929, p. 1086.

<sup>735</sup> Inst. 4,6,31: “*Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.*”

<sup>736</sup> Inst. 4,6,33: “*Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est alio loco petit, sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is qui ita stipulatus fuerit ‘Ephesi dare spondes?’ , Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quae promissori competitura fuisset si illo loco solveret. quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fenerantur. si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori.*”

en cuenta además que, en su reconstrucción del Edicto perpetuo, Lenel no incluye en la fórmula una cláusula arbitraria.<sup>737</sup>

No compartimos con Lenel el argumento relativo a la inclusión errónea de esta acción dentro del catálogo de las acciones arbitrarias en Inst. 4,6,31 y 33, puesto que entendemos que el autor entra en contradicción. Y ello debido a que precisamente el mismo autor negó la categoría de arbitraria a la *vindicatio servitutis* concretamente por no estar recogida en el elenco de acciones arbitrarias de las Instituciones de Justiniano. En consecuencia, no comprendemos por qué siendo recogida en el elenco la *actio de eo quod certo loco* o *arbitraria* el autor considera directamente que no forma parte de las acciones arbitrarias.

La misma línea discursiva que Lenel sigue Arangio-Ruiz, que considera que esta acción no habría tenido una cláusula *de restituendo*, remitiéndose a los argumentos ya expuestos de Lenel.<sup>738</sup> También sigue esta opinión Biscardi, que considera que la designación de *arbitraria* de esta acción debe interpretarse en un sentido manifiestamente distinto de aquél de las comunes *actiones arbitrarie*, provistas de la cláusula *nisi arbitrio tuo (= iudicis) restitatur o exhibeatur*, aunque el autor considera que es difícil explicar la razón o motivo de esta terminología.<sup>739</sup>

En la reconstrucción del Edicto perpetuo llevada a cabo por Rudorff, el jurista no incluye ninguna cláusula arbitraria en la fórmula.<sup>740</sup> Sólo incluye modificaciones en la *intentio* y la *condemnatio* respecto lo que sería una *actio certi*, si bien hace referencia explícita al *arbitrium* en la *condemnatio*:

*Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Ephesi illud DARE OPORTERE, quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae dari, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

---

<sup>737</sup> LENEL, *EP*, pp. 240-247.

<sup>738</sup> ARANGIO-RUIZ, V. *Studi formularii...*, p. 158.

<sup>739</sup> BISCARDI, A. *s.v. actio de eo quod certo loco...*, p. 262. Sobre la oscuridad existente en la diferenciación entre acciones con cláusula arbitraria y el arbitrio de la *actio de eo quod certo loco*, vid. también BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 342.

<sup>740</sup> RUDORFF, *Edictum*, p. 106.

Esta reconstrucción de la fórmula de la *actio de eo quod certo loco* o *actio arbitraria* llevada a cabo por Rudorff responde, a nuestro parecer, muy fielmente a la que parece ser la naturaleza propia de la acción y, además, posibilita la promesa de la *cautio* aquí analizada, tal y como defenderemos más adelante.

Por otro lado, según Mantovani, el nombre de *actio arbitraria* que viene atribuido por lo dispuesto en Inst. 4,6,33; Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,2pr.; Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,2,8; Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1; Paul. 28 ad ed. D. 13,4,5; Paul. 28 ad ed. D. 13,4,7pr.; Paul <3> quaest. D. 13,4,10; y Ulp. 27 ad ed. D. 13,5,16,1 depende no de la presencia de una cláusula arbitraria, sino de la misión encomendada al *iudex* de apreciar el interés de las partes en la ejecución en el lugar designado, misión que corresponde a un *arbiter*.<sup>741</sup>

La reconstrucción de la fórmula de la *actio de eo quod certo loco dari oportet* o *actio arbitraria* llevada a cabo por Mantovani es la siguiente<sup>742</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia Ephesi dare oportere, qua de re agitur, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi tanto pluris minorisve condemnato; si non paret absolvito.*

Una vez expuesta la corriente mayoritaria, consideramos relevante traer a colación la existencia de una corriente minoritaria que considera que esta acción sí tenía la naturaleza jurídica de *arbitraria*.<sup>743</sup> Uno de los mayores defensores de la calificación de *arbitraria* de la *actio de eo quod certo loco* es Dumas, que la define como la acción arbitraria por excelencia y afirma la inclusión de la cláusula arbitraria en su fórmula.<sup>744</sup> Este autor sostiene además que el *iudex* -dentro de la fase *apud iudem* de esta acción y acogíendose a esta cláusula- habría advertido al demandado de la posibilidad de obtener una sentencia absolutoria si se obligaba a pagar en el *locus solutionis*. Sin embargo, considera que, mientras que la cláusula arbitraria de las otras acciones arbitrarias tutela los intereses del actor, en la cláusula arbitraria de la *actio de eo quod certo loco* el interés a proteger parece ser más el del demandado, dado que le da una nueva oportunidad para cumplir con su obligación de pago en el lugar determinado.<sup>745</sup> Por último, el autor afirma que la cláusula

<sup>741</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 49 nt. 96.

<sup>742</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 49.

<sup>743</sup> Entre muchos otros, DUMAS, A. *L'actio "de eo quod certo loco dari oportet"...*, p. 654; WENGER, L. *Istituzioni di procedura civile romana...*, p. 144; FUENTESECA DEGENEFTE, M. *La naturaleza arbitraria...*, p. 238; y PULITANÒ, F. *De eo quod certo loco...*, p. 193.

<sup>744</sup> DUMAS, A. *L'actio "de eo quod certo loco dari oportet"...*, p. 654.

<sup>745</sup> DUMAS, A. *L'actio "de eo quod certo loco dari oportet"...*, p. 657.

arbitraria es el elemento que aporta una diferencia más evidente entre la fórmula de la *condictio* y la fórmula de la *actio arbitraria*.<sup>746</sup>

Anteriormente ya hemos podido observar el testimonio de D'Ors respecto a esta acción, que considera de forma provisional que probablemente la misma entraba dentro de las consideradas arbitrarias.

Por último, recientemente han afirmado el carácter arbitrario autoras como Fuenteseca Degeneffe, que afirma en su trabajo "La naturaleza arbitraria de la *actio de eo quod certo loco*" que esta acción debe reputarse arbitraria, dado que así la califican las fuentes.<sup>747</sup> En este trabajo, la autora realiza una crítica a ciertos romanistas del siglo XX, puesto que no ponen en valor la doctrina romanística del siglo XIX que considera en su gran mayoría que esta acción era arbitraria. La autora se refiere concretamente a dos autores: Sohm y Savigny. Por un lado, Sohm consideraba que el instrumento mediante el cual se eliminaba la falta de equidad en esta acción era la transformación (o modificación) de la *condemnatio*. Por otro lado, Savigny defendía que esta acción no tenía por objeto una restitución o exhibición, sino la ejecución de una estipulación en un lugar distinto del que fue designado en el contrato.

Además de lo expuesto, compartimos también la concepción de la autora en el sentido de entender que la cláusula arbitraria no podía funcionar de igual forma en las acciones *in rem* que en las acciones *in personam*. Parece evidente que una cláusula específica restitutoria no tendría sentido en las acciones *in personam*, dado que lo que se persigue no es la restitución de una *res*, sino forzar el cumplimiento de una obligación existente (*dare, facere o praestare*) a una persona determinada obligada a ello. Sin embargo, tal y como examinaremos en el último apartado, no compartimos que el único fundamento de la caución que estamos analizando fuera la persecución de la "*aequitas*" por parte del *iudex* a la que hace referencia *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1*.

Cabe tener también presente que el texto analizado, *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1*, ha recibido numerosísimas críticas por parte de la doctrina mayoritaria, en el sentido de

---

<sup>746</sup> DUMAS, A. *L'actio "de eo quod certo loco dari oportet"...*, p. 659.

<sup>747</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, M. *La naturaleza arbitraria...*, p. 233-234.

considerarlo interpolado en prácticamente su totalidad.<sup>748</sup> Una de las críticas más enérgicas que ha recibido este texto respecto a su clasicidad ha sido la de Biondi, que considera que el fragmento no está exento de vocablos y locuciones propias de Triboniano.<sup>749</sup> A pesar de las críticas interpolacionistas al fragmento y del rechazo mayoritario a la concepción como *arbitraria* de la acción *de eo quod certo loco*, resulta imprescindible para nuestro objeto de estudio valorar si el contenido de esta caución es o no clásico.

En el presente estudio seguimos la opinión minoritaria, que considera clásica la referencia a la *cautio*. Autoras como Fuenteseca o Pulitanò consideran que la *stipulatio iudicialis* contenida en el texto no es fruto de un añadido postclásico, por la sencilla razón de que el texto enuncia un procedimiento conocido y usual en el derecho romano clásico.<sup>750</sup>

Consideramos que, independientemente de la existencia de una verdadera cláusula arbitraria o de una referencia al *arbitrium iudicis* en la *condemnatio* en la fórmula de la acción, el *iudex* clásico podría haber facilitado perfectamente la absolución en este procedimiento siempre que el demandado hubiera prometido la *cautio* aquí tratada, y siempre que previamente hubiera una voluntad de cumplimiento de pago en el lugar pactado, tal y como observaremos detalladamente más adelante.

### 3.8.3. Fundamento y contenido de la *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est*

Fijada la clasicidad de la *cautio*, es momento ahora de entrar de lleno en su fundamento y contenido.

---

<sup>748</sup> En el sentido de considerar interpolado el texto vid. BESELER, *Beiträge I*, 1910, pp. 65-66 y *Romanistische studien* en TR (1928), p. 332; BIONDI, B. *Studi sulle actiones arbitrarie...*, p. 24 y *Sulla dottrina romana...*, pp. 94 y 95; ARANGIO-RUIZ, V. *Studi formularii...*, p. 158 nt. 2; MAY, G. *Observations...*, p. 162 nt. 3; LENEL, *EP*, p. 245 nt. 1 (§96); y KASER, *ZPR*, p. 338 nt. 30 (Kaser considera que la *cautio* es falsa, sin afirmar cuales son las razones para entender interpolada la referencia a la estipulación).

<sup>749</sup> BIONDI, B. *Sulla dottrina romana...*, pp. 94 y 95. Concretamente, Biondi considera que en el texto la palabra "*Interdum*" se repite dos veces (cuando ya es sabido que usualmente se dice que es de origen justiniano). Por otra parte, entiende que el ablativo absoluto "*cautione ab eo exacta*", es una particularidad del estilo que seguía el jurista Triboniano. También afirma que la forma interrogativa "*quid enim si...*" es muy sospechosa. Por otro lado, considera que el verbo "*debebit*" va sin sujeto y que las dos locuciones "*iudex qui ex hac actione cognoscit*" y "*iudex qui huic actioni addictus est*" recuerdan demasiado la notoria "*competens iudex*".

<sup>750</sup> PULITANÒ, F. *De eo quod certo loco...*, p. 189.

Anteriormente hemos hecho referencia a la reconstrucción de la fórmula de la *actio arbitraria* o *de eo quod certo loco* redactada por Rudorff, que rezaba así<sup>751</sup>:

*Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Ephesi illud DARE OPORTERE, quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae dari, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

Esta fórmula contiene una *condemnatio* en la que se hace referencia al *arbitrium*. Este *arbitrium* se corresponde a la facultad del *iudex* de apreciar el interés de las partes y, en consecuencia, de poder aumentar o disminuir la condena. Si bien consideramos que ello es efectivamente así, compartimos con Pulitanò que sería a través de este *arbitrium* contenido en la *condemnatio* mediante el cual el juez habría podido facilitar la absolución del demandado de buena fe mediante promesa<sup>752</sup>, y siempre que se cumplieran unos determinados requisitos, que veremos a continuación.

Pasemos ahora a analizar el contenido de la promesa. De la lectura literal de *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1* resulta palmario que el contenido de la promesa es el de que se pague la cantidad acordada en el lugar donde se prometió. Sin embargo, ¿podía el juez facilitar al demandado la absolución mediante *cautio* ante cualquier supuesto? De lo que se desprende del propio texto parece claro que no. En el citado fragmento Ulpiano se plantea la siguiente cuestión: *Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda?* Mediante esta pregunta el jurista se cuestiona cuál debe ser el actuar del juez si se alega que el demandado:

- Ofreció la cantidad en el lugar pactado al demandante, o bien
- Depositó la cantidad en el lugar pactado con el demandante, o bien
- Va a pagar sin discusión.

---

<sup>751</sup> RUDORFF, *Edictum*, p. 106. Consideramos que la fórmula redactada por Rudorff responde a la naturaleza jurídica de la propia acción y también a la necesidad de encontrar en la propia fórmula un recurso al que el *iudex* pueda acogerse y poder facilitar la absolución mediante la promesa estipulatoria del demandado.

<sup>752</sup> PULITANÒ, F. *De eo quod certo loco...*, p. 193.

La respuesta a esta pregunta, según Ulpiano, es que el juez deberá a veces absolver al demandado.

Cabe tener presente que esta pregunta no ha estado exenta de interpretaciones contradictorias dentro de la doctrina romanística. Por un lado, algunos autores consideran que estas tres situaciones descritas son el fundamento de la propia caución. Ello significa que la caución podía consistir o bien en un ofrecimiento de dinero, o en la realización del depósito de la cantidad en el lugar pactado, o en el aseguramiento de que se pagaría con facilidad.<sup>753</sup>

Por otro lado, otros autores interpretan estas situaciones en el sentido de que, si se hubiera realizado el ofrecimiento del dinero al actor en el lugar pactado o se hubiera realizado el depósito, no habría sido necesaria la promesa de la *cautio* analizada.<sup>754</sup> En consecuencia, entienden que se absolvería de forma directa al demandado, al haber acreditado el intento de la entrega del dinero en el lugar pactado.

Consideramos que estas dos teorías expuestas no responden a lo que Ulpiano quiere indicarnos en el texto. Y es que existe una tercera teoría, que compartimos con Pulitano,<sup>755</sup> que afirma que el fragmento debe ser leído en el sentido de que, en la hipótesis en que estos supuestos se cumplieran, el *iudex* habría facilitado la promesa de la caución al demandado para poder así ser absuelto.<sup>755</sup> Autores como Cohn<sup>756</sup> y De Ruggiero<sup>757</sup> ya manifestaron en su día que la prestación de esta estipulación judicial no es un motivo por sí mismo independiente de absolución, sino que debía ir siempre acompañada de una de las hipótesis enumeradas en el texto (ofrecimiento, depósito o promesa de pago sin discusión en un momento futuro).

A pesar de que compartimos las reflexiones de estos últimos autores, no consideramos que estos tres ejemplos expuestos en el texto fueran concebidos por el jurista con una

---

<sup>753</sup> FUENTESECA DEGENEFTE, M. *La naturaleza arbitraria...*, p. 238.

<sup>754</sup> ROBLES REYES, J. R. *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Murcia: Universidad de Murcia, 2003, p. 69.

<sup>755</sup> PULITANO, F. *De eo quod certo loco...*, p. 188.

<sup>756</sup> COHN, M. C. *Die Sogenannte...*, p. 137.

<sup>757</sup> DE RUGGIERO, R. *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, en *Studi Cagliari* 1 (1909), p. 177.

motivación exhaustiva o como un *numerus clausus*. Entendemos que este elenco de situaciones responde más bien a una ejemplificación de algunos de los múltiples supuestos en los que, mediando una voluntad inequívoca de pago por parte del demandado (y, por consiguiente, demostrándose *bona fides*<sup>758</sup> a la hora de querer cumplir con la obligación de pago), el juez habría facilitado al demandado la posibilidad de prometer el pago allí donde se prometió y, en base a ello, conseguir la absolución en el procedimiento. Estipulación que habría tenido por finalidad dar al demandado una ulterior dilación o segunda posibilidad de cumplir con el pago en el lugar convenido.<sup>759</sup>

Finalmente, y tal y como hemos reseñado anteriormente, Lenel considera el paso alterado y descarta que la *actio de eo quod certo loco* tenga la consideración de arbitraria. Asimismo, aunque considera que la solución de *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1* no estaba prevista en la fórmula, sin embargo, entiende que parece probable que el *iudex* acordara esta estipulación sólo en ocasiones especiales, siempre que el demandado demostrara que la falta de pago de lo estipulado en el lugar de cumplimiento fuera responsabilidad exclusiva del demandante.<sup>760</sup> Opina que, ante ese supuesto, el demandado no debía ser condenado si prometía la *cautio*. También afirma que esta caución no sólo protegía al demandado, sino también al demandante.

### 3.8.5. Esquema sintético de la *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est* en base a las fuentes y a la acción en la que surgía:

<p style="text-align: center;"><b>CAUTIO DE PECUNIA SOLVENDA UBI PROMISSA EST o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE QUE SE PAGARÁ ALLÍ DONDE SE PROMETIÓ</b></p>
---

<sup>758</sup> Según Savigny, el objeto de esta acción era combatir de forma eficaz la mala fe del deudor, que a veces buscaba en la letra del derecho el medio de faltar a sus compromisos. Vid. SAVIGNY, F.C. *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo IV. Pamplona, Anacleto, reimpresión facsímil, p. 93. En base a lo expuesto, consideramos que si se hubiera probado que hubo buena fe en el deudor (ya fuera en cumplimiento de alguno de los supuestos indicados en *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1* o bien en otros supuestos similares), ello habría habilitado al juez a facilitar la promesa de una caución por parte del demandado a los efectos de conseguir su absolución.

<sup>759</sup> Vid. PULITANÒ, F. *De eo quod certo loco...*, p. 188.

<sup>760</sup> LENEL, O. *Beiträge zur Kunde...*, p. 58.

<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<i>Actio de eo quod certo loco</i>	<i>Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1</i>	La promesa de esta caución habría absuelto al demandado en todos aquellos supuestos en los que, demandado por la <i>actio de eo quod certo loco</i> y mediando una voluntad inequívoca de pago por parte del demandado (y, por consiguiente, demostrándose <i>bona fides</i> a la hora de querer cumplir con su obligación), éste hubiera prometido hacer el pago allí donde se prometió.

### 3.9. LA *CAUTIO DE REMITTENDO* o *CAUTIO SE NON ACTURUM LEGE AQUILIA*: ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA *ACTIO LEGIS AQUILIAE* EN SUPUESTOS DE CONCURSO DE ACCIONES

La *cautio de remittendo* o *cautio se non acturum lege Aquilia*<sup>761</sup> se configura como aquella estipulación judicial por la que se promete ante el *iudex* la renuncia al ejercicio de la *actio legis Aquiliae*<sup>762</sup> por parte del actor de un procedimiento derivado del ejercicio de una acción concreta, en supuestos de concurrencia con la *actio legis Aquiliae*, a los efectos de evitar una doble condena respecto al daño sufrido en la cosa objeto de litigio.

---

<sup>761</sup> La *Lex Aquilia de damno iniuria dato* (aprox. 286 a.C.) fue un plebiscito mediante el que se suprimió prácticamente en su totalidad el régimen de represión penal especial de algunos delitos tipificados en las XII Tablas (solamente subsistieron algunas acciones privadas referidas a la indemnización del daño) y entró a regular el delito de daños patrimoniales (*damnum iniuria datum*). Está dividida en tres capítulos. El primero de ellos castigó la muerte de un esclavo o de un animal cuadrúpedo ajeno con una multa por importe del valor máximo que el objeto hubiera alcanzado dentro del último año. El segundo capítulo de la ley concedió una acción al acreedor por estipulación cuyo *adstipulator* hubiera liberado fraudulentamente al deudor. Finalmente, el tercer capítulo de la ley castigaba de una forma más genérica los daños causados a los bienes ajenos en virtud de una acción de quemar, romper o desgarrar, con una multa determinada por el valor más alto de las cosas en los treinta días anteriores al delito. Sobre esta concreta *lex* vid. BRUNS, C.G. *Fontes iuris romani antiqui*. Tubingae: Lauppiana, 1876, pp. 39-40; ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani...*, pp. 241-242 (que señala interesantes estudios anteriores del siglo XIX sobre esta concreta ley); D'ORS, *DPR*, p. 459 (§375) y DOMINGO, R. (Coord.). *Textos de Derecho Romano...*, p. 372.

<sup>762</sup> La *actio legis Aquiliae* era aquella acción penal por la que no se perseguía el valor actual de la cosa dañada, sino el máximo dentro del plazo legal. En la pena estaba contenida la indemnización y por ello no se acumulaba con otra acción reipersecutoria, como por ejemplo la *rei vindicatio*. De ahí la problemática del concurso entre estos dos tipos de acciones y del recurso a la *remissio actionis* como solución para evitar los efectos perjudiciales para el demandado de la concurrencia de ambas acciones. Vid. D'ORS, *DPR*, p. 458 (§374). Sobre esta acción, vid. MIGLIETTA, M. "*Servus dolo occisus*"...; DIAZ BAUTISTA, A. *La función reipersecutoria...*, pp. 269-284; ROSSETTI, G. '*Poena*' e '*rei persecutio*'...; GALEOTTI, S. *Ricerche sulla nozione di damnum I...* y DESANTI, L. *La legge Aquilia...* Sobre la reconstrucción de la fórmula de esta acción, en sus diversas formas, vid. LENEL, *EP*, p. 198 y ss.; RUDORFF, *Edictum*, p. 82 y ss.; y MANTOVANI, *Le formule*, pp. 64-66.

Las fuentes que contienen esta *cautio* han podido ser identificadas en BIA dentro de los resultados arrojados para las palabras *cautio*, *cavere* y *stipulatio*, así como sus derivadas. De entre dichos fragmentos, hemos localizado algunos que hacen clara referencia a la estipulación aquí analizada, bajo las siguientes expresiones: *cavere petitozem oportere lege Aquilia non acturum* (*Ulp. 16 ad ed. prov. D. 6,1,13*) y *caveat se non acturum lege Aquilia* (*Paul. 20 ad ed. D. 5,3,36,2*). Además de estos textos, hemos traído a colación otras fuentes que la doctrina ha considerado interesantes para el estudio de la presente caución.

En el presente apartado analizaremos diversos supuestos de concurso o concurrencia de diversas acciones con la *actio legis Aquiliae* y la aparición de la *cautio de remittendo* como mecanismo de *remissio actionis* y solución para prevenir la eventual doble estimación y posterior condena respecto al deterioro de la cosa.

### **3.9.1. La *actio legis Aquiliae* y los supuestos de concurso con otras acciones: testimonio en las fuentes sobre la *remissio actionis* como solución a la concurrencia de acciones y aparición del instrumento judicial de la *cautio de remittendo***

Antes de adentrarnos en el examen de los textos relativos a la *cautio de remittendo*, resulta necesario circunscribir la problemática del concurso de acciones<sup>763</sup> y su solución, que no deja de ser otra que la *remissio actionis*. Esta solución viene indicada en el Digesto, en el siguiente texto del jurista Pomponio:

*Pomp. 6 ad Sab. D. 47,2,9,1*

*Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi manebit. Sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret: quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut*

---

<sup>763</sup> Sobre la concurrencia de acciones, vid., entre otros, LIEBS, D. *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, cop. 1972.

*(quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.*

En este fragmento el jurista trata un supuesto en el que se avala la exigencia por parte del demandado al actor de una *remissio actionis* que permita solucionar la concurrencia entre dos acciones reipersecutorias: la *condictio* y la *rei vindicatio*. Valiño distingue efectivamente la naturaleza jurídica de la *condictio* y de la *rei vindicatio*. Mientras que la primera es una acción civil personal, la segunda se erige en una acción civil real, y por ende no se persigue lo mismo con una o con otra acción. No estamos, en consecuencia, ante un *eadem res in iudicium deducta*. Sin embargo, desde el punto de vista de la reparación patrimonial, ambas acciones sí que están cubriendo el mismo asunto, en el sentido que en ambas acciones existe una voluntad de restablecimiento patrimonial que trae como causa el hurto perpetrado por parte del demandado. Es en base a esta voluntad que Valiño considera que habría surgido una disquisición jurisprudencial que habría conducido a recurrir en ocasiones al sistema de la *remissio actionis* para evitar un doble perjuicio patrimonial al demandado.<sup>764</sup> Entre la doctrina contraria a considerar clásica la mención de la *remissio* encontramos esencialmente a Chiazzese, que como más adelante veremos también cuestiona la clasicidad de la *cautio de remittendo*.<sup>765</sup>

Giomaro define la *remissio actionis* como aquel expediente judicial que se lleva a cabo para evitar la doble condena del demandado. La autora considera que esta *remissio* podía llevarse a cabo o bien a través del sistema de la *cautio*, que analizaremos a continuación de forma detallada, o bien mediante la inserción de una *exceptio* en el segundo procedimiento.<sup>766</sup> En el mismo sentido se pronuncia Viaro, que considera que quizás la *remissio* que se indica en *Pomp. 6 ad Sab. D. 47,2,9,1* hace referencia a la *cautio de remittendo*.<sup>767</sup>

---

<sup>764</sup> VALIÑO, A. *Exégesis de Pomp. 6 ad Sab. D. 47.2.9.1...*, pp. 1009-1026. Sobre este fragmento vid. también PIKA, W. *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht. [Berliner Juristische Abhandlungen, hrsg. von U. v. Lübtow, Band 32]*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, pp. 109-112; y ZINI, "Apud iudicem", pp. 184-189.

<sup>765</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 233.

<sup>766</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 190.

<sup>767</sup> VIARO, S. L. "Arbitratus de restituendo"..., p. 172. A su vez, la autora cita a PETERS, H. *Generelle...*, p. 202 y nt. 1, puesto que este autor afirma también que la *cautio* es clásica.

Existen numerosos pasajes en el Digesto que examinan la concurrencia de acciones de diversa índole, y no solo entre acciones civiles reipersecutorias. En efecto, puede darse una concurrencia de acciones civiles y penales. Este es el caso de la *actio legis Aquiliae* y otras acciones, como pueden ser la *rei vindicatio*, la *hereditatis petitio*, la *actio commodati* o la *actio iniuriarium*, entre otras. A continuación, analizaremos los fragmentos del Digesto que tratan el concurso entre estas acciones; textos que indican como solución a la concurrencia de acciones la *remissio actionis*, siendo que algunos de ellos destacan de forma clara la *cautio de remittendo* como mecanismo para llevar a cabo dicha *remissio*.

### 3.9.2. *Rei vindicatio*

Un texto contenido en el Digesto nos muestra una aplicación de la *cautio de remittendo* en el procedimiento de una *rei vindicatio* ante la concurrencia con la *actio legis Aquiliae*. El fragmento es el siguiente, que viene ubicado bajo la rúbrica D.6,1: *De rei vindicatione*:

*Ulp. 16 ad ed. prov. D. 6,1,13*

*Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. Quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. Et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.*

Según Giomaro, el presente texto trata un supuesto de concurrencia entre una acción civil (la reivindicatoria de una cosa deteriorada) y una acción penal (la *actio legis Aquiliae*, por los daños sufridos como consecuencia del deterioro de la propia cosa).<sup>768</sup> El texto nos muestra que, en la fase *apud iudicem* de la *rei vindicatio* y concretamente en

---

<sup>768</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 178. Sobre la concurrencia de la *rei vindicatio* con la *actio legis Aquiliae* vid. ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., pp. 81-101.

sede de *restitutio*, el juez ha de tener también en cuenta el deterioro de la cosa. En este sentido, De Simone considera que la expresión *non solum autem rem restitui* demuestra que Ulpiano está aún analizando la cláusula arbitraria contenida en la fórmula de la *rei vindicatio* con la intención, una vez comprobado que puede realizarse la *restitutio*, de identificar todos sus posibles contenidos<sup>769</sup>, entre los que el texto destaca el deterioro de la cosa.

En efecto, en el momento de la *restitutio* de la cosa objeto de litigio en la *rei vindicatio*, podría suceder que el actor solicitara al juez que tuviera en cuenta la disminución del valor de la cosa (*si deterior res sit facta*) a los efectos de cumplir con una *restitutio* completa de la misma. Por ello, es posible que el juez realizara una estimación del deterioro de la *res*. Sin embargo, ante esta situación, el demandado habría hecho notar al *iudex* que existía la posibilidad que el actor ejercitara separadamente y contra el mismo demandado<sup>770</sup> la *actio legis Aquiliae* en relación<sup>770</sup> con el propio deterioro de la cosa. La solución ante esta posible concurrencia viene dada por Labeón, con el que Ulpiano comparte la opinión, considerando que el demandante de la reivindicatoria debía dar caución de que no se ejercitaría la *actio legis Aquiliae*; esto es, la *cautio de remittendo*.

Como puede observarse, el recurso a la *cautio de remittendo* se dirigía a evitar una doble estimación del daño<sup>771</sup> y erradicar así las consecuencias de una eventual concurrencia de condenas al demandado respecto al deterioro en la *rei vindicatio* y en la *actio legis Aquiliae*. Respecto a la previsión formularia de la *rei vindicatio*, consideramos que es a través de la cláusula arbitraria que el *iudex* habría podido exigir al actor la promesa de esta *cautio*, que consistiría en una promesa de renuncia a la *actio legis Aquiliae*, tal y como demostramos con anterioridad en el presente trabajo.

Resulta interesante por último hacer referencia también al fragmento que se encuentra seguido inmediatamente después del anterior texto analizado:

*Paul. 21 ad ed. D. 6,1,14*

---

<sup>769</sup> DE SIMONE, V.M. *Litis aestimatio...*, p. 65 y ss.

<sup>770</sup> ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., p. 83.

<sup>771</sup> ZINI, "Apud iudicem", p. 204.

*Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed duplum consequatur.*

Este fragmento de Paulo indica que en caso de que el demandante no quisiera prestar la *cautio de remittendo* y prefiriera ejercitar de forma autónoma la *actio legis Aquiliae*, el demandado por la *rei vindicatio* debería ser absuelto.

### 3.9.3. *Hereditatis petitio*

Un segundo texto en el que se nos revela la *cautio de remittendo* en el seno de la fase *apud iudicem* de otra *actio in rem* es *Paul. 20 ad ed. D. 5,3,36,2*, que reza así:

*Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice. Quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem.*

Este fragmento nos muestra el supuesto en el que el poseedor de la herencia, en un momento previo a la adición de la herencia (*ante aditam hereditatem*), causa la muerte a un esclavo hereditario. Estamos, por lo tanto, en un momento donde la herencia es yacente.<sup>772</sup> Ante esta situación, Paulo considera que ello debe ser incluido en la petición de herencia y debe valorarse el daño<sup>773</sup> en sede de *aestimatio* dentro del procedimiento de la *hereditatis petitio*. Sin embargo, dado que también sería posible ejercitar la *actio legis Aquiliae* por el daño consistente en la muerte del esclavo, el demandado haría notar la posibilidad de ser condenado dos veces por el daño.<sup>774</sup> Para resolver esta cuestión, Paulo trae a colación una opinión de Pomponio, donde este último jurista considera que,

---

<sup>772</sup> ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., p. 102 y SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto*..., p. 145 *in fine*.

<sup>773</sup> KASER, M. *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio* en ZSS 72 (1955), p. 133. El autor considera que la opinión de Paulo en este fragmento presupone una muerte dolosa o también quizás debida a la culpa aquiliana. En el mismo sentido vid. también DÉNOYEZ, J. *Le défendeur*..., p. 30 nt. 4 y 131 y nt. 44.

<sup>774</sup> Sobre la concurrencia de la *hereditatis petitio* con la *actio legis Aquiliae* vid. ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., pp. 101-104.

ante una eventual doble condena del demandado, el juez podría dar dos posibilidades al actor. La primera sería solicitar la condena del poseedor de la herencia teniendo en cuenta la *aestimatio* del daño al esclavo, prestando la *cautio se non acturum lege Aquilia* o *cautio de remittendo*.<sup>775</sup> La segunda consistiría en que el actor solicitara al *iudex* que, en la condena al demandado, evitara pronunciarse sobre la muerte del esclavo, reservándose así la posibilidad de ejercitar la *actio legis Aquiliae* en un momento posterior.<sup>776</sup>

Respecto a esta “*electio*” entre las dos posibilidades, compartimos la opinión de Giomaro, que considera que ello no significa que en realidad al actor le deban ser encomendados plenos poderes sobre la *cautio*. Según la autora, la *cautio* es, y así permanece siempre, exclusivamente iniciativa del juez, en el sentido que sólo él puede admitirla con los particulares efectos en el curso del procedimiento ante él. Considera, sin embargo, que la solicitud del juez no es vinculante para el actor, el cual puede valorar a su vez la oportunidad de adherirse o no, teniendo en cuenta por su parte las consecuencias a las que se expondrá.<sup>777</sup>

Hemos tenido ya ocasión de analizar la reconstrucción de la fórmula de la *hereditatis petitio* en sede de *cautio defensum iri*, donde quedó demostrado que la formulación de esta acción contenía una cláusula arbitraria o restitutoria que habilitaba al *iudex* a facilitar aquella caución y también la *cautio de remittendo*.<sup>778</sup>

#### 3.9.4. *Actio commodati*

Otro fragmento del Digesto, en el que no aparece una referencia explícita a la *cautio*, sí nos indica la posibilidad de que se renuncie a la *actio legis Aquiliae* en el seno del procedimiento de la *actio commodati*. El fragmento es el siguiente:

*Ulp. 28 ad ed. D. 13,6,7,1*

---

<sup>775</sup> Según LIEBS, D. *Die Klagenkonkurrenz...*, p. 207, no era suficiente con aceptar un simple *pactum de non petendo*, sino que era necesaria la renuncia de la segunda acción mediante la *cautio de remittendo*.

<sup>776</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 182-183 y ZINI, “*Apud iudicem*”, pp. 207-208.

<sup>777</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 183.

<sup>778</sup> La misma opinión comparte ZINI, “*Apud iudicem*”, p. 207.

*Sed si legis aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: **nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem:** nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.*

El supuesto que plantea aquí Ulpiano es el de una *res* que ha sido dada en comodato por parte del comodante a dos socios comodatarios. Esa *res commodata* ha sufrido un daño por parte de uno de dos socios comodatarios. Sin embargo, la *actio commodati* que está ejercitando el comodante se dirige contra uno de los socios no causante del daño a la *res*. Debemos tener presente que el comodante podría ejercitar también la *actio legis Aquiliae* por el daño causado a la cosa.<sup>779</sup> Ante esta tesitura, el jurista se pregunta si el comodante debe ceder la *actio legis Aquiliae* al socio comodatario demandado por la *actio commodati* no causante del daño. El jurista entiende que debe de ser cedida la acción en los términos descritos, pero además considera que el comodante debe renunciar a la *actio legis Aquiliae* que tiene contra el socio comodatario demandado, siempre que no se demuestre que el comodante podría conseguir con la *actio legis Aquiliae* aquello que no habría podido conseguir a través de la *actio commodati*.<sup>780</sup>

Somos plenamente conscientes que el fragmento no hace referencia explícita al mecanismo de la *cautio* como herramienta para llevar a cabo la *remissio actionis* en este supuesto. Sin embargo, consideramos que el mecanismo procesal clásico adecuado para renunciar a la *actio legis Aquiliae* en la *actio commodati* habría sido la *cautio de remittendo*, tal y como hemos analizado anteriormente en los fragmentos referidos a la *rei vindicatio* y a la *hereditatis petitio*.

Sin embargo, no debemos dejar de lado que la doctrina ha guardado silencio sobre si la *actio commodati* en la que se basa el texto hace referencia a su modalidad *in ius* o bien

---

<sup>779</sup> Sobre la concurrencia de la *actio commodati* con la *actio legis Aquiliae* vid. ROSSETTI, G. "Poena" ..., pp. 146-171.

<sup>780</sup> Según ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., p. 147, lo que se debe tener en cuenta a la hora de renunciar o no a la *actio legis Aquiliae* es si el comodante conseguirá la diferencia con esa acción, sustrayendo aquello que ya ha obtenido a título de comodato.

a su modalidad *in factum*.<sup>781</sup> A pesar de ello, entendemos que, ante el análisis del fragmento y en base al examen de los demás textos relacionados con las *cautiones iudiciales* llevado a cabo en el presente trabajo (en especial, los relativos a la *cautio de indemnitate* en supuestos de acciones de buena fe), sólo cabe entender que estamos ante la versión civil de la *actio commodati* que se configuró en derecho romano clásico como una acción civil *in personam* de buena fe, a través de la cual sería posible aplicar la *cautio* analizada en el presente capítulo en base a su previsión formularia.

En efecto, hemos tenido también ocasión de analizar en el presente trabajo la reconstrucción de la fórmula de la *actio commodati* (en concreto, en sede de *cautio de indemnitate*). Como ya indicamos en su momento<sup>782</sup>, la fórmula contiene una cláusula *ex fide bona* que habría permitido una mayor discrecionalidad al *iudex* para facilitar la *cautio de remittendo*.

### **3.9.5. Posible aplicación de la *cautio de remittendo* en supuestos de *locatio conductio*: concurrencia entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio ex locato***

Algunas fuentes del Digesto nos muestran también una posible aplicación de la *cautio de remittendo* en supuestos de *locatio conductio*, aunque tampoco indiquen expresamente el recurso a esta *cautio iudicialis*. Estos fragmentos son *Gai. 10 ad ed. prov. D. 19,2,25,5* y *Paul. 21 ad ed. D. 19,2,43*.<sup>783</sup>

---

<sup>781</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, pp. 187-188 no hace referencia alguna a si estamos ante la acción civil o *in factum*. Por su parte, ROSSETTI, G. ‘*Poena*’ e ‘*rei persecutio*’..., p. 148 nt. 96 considera que no le parece oportuno profundizar sobre la “delicada” temática de la duplicidad formularia de la *actio commodati*. Por último, vid. ZINI, “*Apud iudicem*”, pp. 189-218, que aunque claramente está tratando textos relativos a la *cautio de remittendo*, directamente no analiza este fragmento.

<sup>782</sup> Vid. p. 84 y ss.

<sup>783</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 178 nt. 9 hace referencia de forma principal, antes de tratar estos dos textos, a un texto en materia de *locatio conductio* para reafirmar que era posible la aplicación de una *cautio iudicialis* en caso de concurso de las acciones derivadas de la relación arrendaticia con la *actio legis Aquiliae*. El fragmento es el siguiente: *Ulp. 18 ad ed. D. 9,2,27,14*. “*Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.*” Consideramos que este texto contiene una clara referencia a la *cautio de amplius non peti*, que era una estipulación pretoria (no edictal, puesto que no venía contenida en el Edicto) que podía ser impuesta por el pretor y debía ser prometida ante él. Esta caución era prometida por el demandado que actuaba en nombre de otra persona como su *procurator* (*procuratorio nomine*) para garantizar al demandado que no sería demandado por la misma reclamación contra el principal. En nuestra opinión, nos encontramos ante una promesa que el pretor podía exigir para poder dar la acción. En consecuencia,

Adentrémonos en el análisis del primer texto:

*Gai. 10 ad ed. prov. D. 19,2,25,5*

*Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim Caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.*

En este texto del jurista Gayo se describe la situación en la que el *colonus* tala los árboles del fundo arrendado fuera de las *leges contractus*.<sup>784</sup> Ante esta situación, el jurista indica que el *colonus*, en base a este hecho, podría ser demandado con la *actio ex locato*<sup>785</sup>, la *actio legis Aquiliae*, la *actio arborum furtim caesarum*<sup>786</sup> o el interdicto *quod vi aut clam*<sup>787</sup>.

Ante esta pluralidad de instrumentos procesales, Gayo afirma que corresponde al *officium iudicis* del juez que conoce de la *actio ex locato* que el arrendador renuncie a las demás acciones. Si bien es cierto que el texto no hace referencia a la *cautio*, claramente nos encontramos ante un supuesto de concurrencia o concurso de acciones y ante una implícita referencia a la *remissio actionis*, puesto que el fragmento viene encaminado a evitar una doble condena para el demandado por la *actio ex locato*. Según Giomaro, el hecho de que no se haga referencia a la *cautio* pero se haga una clara remisión al *officium*

---

entendemos que yerra la autora cuando identifica esta caución como un claro ejemplo de *stipulatio iudicialis*. Respecto a la *cautio de amplius non peti*, vid., principalmente, DEBRAY, L. *La cautio amplius non peti* en NRHDFE 36 (1912), pp. 5-51, PALERMO, A. *Il procedimento...*, pp. 23-35 y BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 384.

<sup>784</sup> ZINI, "Apud iudicem", p. 205.

<sup>785</sup> La *actio locati* o *ex locato* es aquella acción de la que dispone el arrendador para exigir la cosa colocada (arrendada) y otras posibles obligaciones del conductor derivadas de la celebración de un contrato de arrendamiento (*locatio-conductio*). Vid. D'ORS, DPR, p. 591 (§499).

<sup>786</sup> La *actio arborum furtim caesarum* fue una acción civil introducida por las XII Tablas contra cualquiera que secretamente talara árboles que pertenecieran a otro propietario. La pena fijada era de 25 ases por cada árbol, que más tarde fue cambiada por el doble del valor, por la acción pretoria *de arboribus succisis*, modelada con posterioridad a la acción decenviral. Vid. BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 341 y D'ORS, DPR, p. 222 y nt. 2 (§155).

<sup>787</sup> El *interdictum quod vi aut clam* era el mecanismo otorgado por el pretor para que el propietario de un terreno pudiera conseguir la demolición de una obra (*opus factum*) hecha en él sin su permiso. Este interdicto presenta, respecto al *interdictum uti possidetis*, la ventaja consistente en que el demandante no tenga que probar su posesión. Vid. D'ORS, DPR, p. 221 y nt. 6 (§154).

*iudicis* podría dejar claro que el instrumento utilizado para llevar a cabo esa *remissio actionis* pudiera ser la estipulación judicial de renuncia a la ley Aquilia.<sup>788</sup>

En estos términos también se pronuncia Rossetti, que considera que, a pesar de que el paso no haga referencia a esta estipulación judicial, sin duda podría formularse la hipótesis de la adopción de la *cautio de remittendo* como mecanismo para impedir el experimento de las acciones concurrentes,<sup>789</sup> puesto que la utilización clásica de esta *cautio* ha venido demostrada en sede de *rei vindicatio*, *hereditatis petitio* y *actio commodati*.

Pasemos ahora a analizar el siguiente texto de Paulo:

*Paul. 21 ad ed. D. 19,2,43*

*Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.*

En este fragmento el jurista nos describe la situación por la que el *conductor* hiere al esclavo arrendado. Por razón de la herida, el *locator* podrá interponer contra el *conductor* la *actio legis Aquiliae* o bien la *actio ex locato*. Nos encontramos, pues, ante un nuevo supuesto de concurrencia de acciones. Para resolver la concurrencia de ambas acciones, Paulo considera que el *locator* demandante debe contentarse con una de las dos, remitiéndose al *officium iudicis* del juez ante el cual se demanda por la *actio ex locato* a los efectos de solicitar la *remissio* de la *actio legis Aquiliae*.

D'Ors indica expresamente en la traducción del Digesto de este fragmento que la *remissio actionis* debió haberse efectuado mediante una *exceptio* en el segundo procedimiento.<sup>790</sup> Si bien consideramos que esta posibilidad de *remissio* habría sido

---

<sup>788</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 178 y nt. 9.

<sup>789</sup> ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., p. 126. La autora a su vez hace referencia a LEVY, E. *Die Konkurrenz...II.1*, p. 39, donde el autor considera que la *cautio de remittendo* podría ser una de las posibilidades (no la única) de *remissio actionis*.

<sup>790</sup> D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano. Tomo I...*, p. 724.

absolutamente posible, no parece nada descabellado pensar que también habría sido posible realizarla mediante la *cautio de remittendo* en el primer procedimiento, por razones de economía procesal, a los efectos de evitar un segundo pleito.

En este mismo sentido también se pronuncia Rossetti, que considera que debe presuponerse la aplicación de la *cautio de remittendo* en este fragmento.<sup>791</sup> Ello lo fundamenta en que, en el contexto originario de la obra de Paulo, este texto habría estado precedido -como confirma la Palingenesia de Lenel<sup>792</sup>- por *Paul. 21 ad ed. D. 6,1,14*, texto ya examinado anteriormente en el presente capítulo en ocasión de la aplicación de la *cautio de remittendo* en la *rei vindicatio* y que claramente viene relacionado con el texto precedente: *Ulp. 16 ad ed. D. 6,1,13*.

Respecto a la habilitación judicial de la *cautio de remittendo* en el seno de esta acción, cabe tener presente que la *actio locati* o *ex locato* consistía en una acción civil *in personam* que incluía una cláusula *ex fide bona*.

La reconstrucción de la fórmula de la *actio locati* o *ex locato* es la siguiente<sup>793</sup>: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius N. Negidio fundum quo de agitur locavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*<sup>794</sup>, *eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*.

Ello nos permite afirmar que habría sido posible la aplicación de la *cautio de remittendo* en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio ex locato*, precisamente por ser ésta una acción de buena fe. En este sentido también se pronuncia Zini, que afirma que la *cautio* habría podido ser introducida en el pleito en base a una peculiar interpretación jurisprudencial de la cláusula *ex fide bona*.<sup>795</sup>

### 3.9.6. *Actio iniuriarium*

---

<sup>791</sup> ROSSETTI, G. 'Poena' e 'rei persecutio'..., pp. 128-129 nt. 43.

<sup>792</sup> LENEL, *Palingenesia I*, p. 1006, n. 331.

<sup>793</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 34.

<sup>794</sup> Tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 125 como LENEL, *EP*, pp. 299-300 incluyen la cláusula *oportet ex fide bona* en la reconstrucción de la fórmula de la *actio locati* o *ex locato*.

<sup>795</sup> ZINI, "Apud iudicem", p. 206.

Una posible aplicación de la *cautio de remittendo* en el procedimiento de la *actio iniuriarium* por concurrencia con la *actio legis Aquiliae* tiene su fundamento en el siguiente texto del Digesto:

*Paul., de conc. act. D. 44,7,34pr.*

*Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. Sed quidam altera electa alteram consumi. Alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.*

Lo primero que llama la atención del texto es que, en efecto, no hace referencia alguna a la *cautio* ni tampoco a la *remissio actionis*. Así lo señala en su estudio Giomaro, donde, sin embargo, considera que el fragmento es igualmente interesante puesto que trata el problema que está en la base de la *remissio actionis*; esto es, la concurrencia de acciones.<sup>796</sup> En concreto, el texto muestra una concurrencia entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio iniuriarium*.<sup>797</sup>

En el texto del jurista Paulo se traen a colación tres tipos de posturas doctrinales respecto a la concurrencia entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio iniuriarium*, que son las siguientes:

- 1) La primera postura considera que cada una de las acciones extingue la otra, siendo indiferente la acción por la que se opte.

---

<sup>796</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 185.

<sup>797</sup> Según Brasiello, ambas acciones pueden competir entre sí porque mediante la primera acción el daño exigía la culpa y mediante la segunda acción la *iniuria* requería una intervención psicológica (*ex affectu*). Entendemos que la equiparación entre culpa y la intervención psicológica estriba en que es necesaria una motivación por parte de quien produce el daño o injuria, si bien el autor no acaba de precisarlo. Vid. BRASIELLO, U. *Corso di diritto romano...*, p. 228.

- 2) La segunda opinión, sin embargo, entiende que la *actio legis Aquiliae* extingue la *actio iniuriarium* puesto que la condena a la *aestimatio* como consecuencia de la *actio legis Aquiliae* sería incompatible con un segundo juicio de condena mediante la *actio iniuriarium*, dado que no sería conforme a la equidad (“*bonum et aequum*”). Sin embargo, la *actio iniuriarium* no extinguiría por sí sola la *actio legis Aquiliae*; ahora bien, únicamente podría admitirse por parte del pretor una acción por el “*quod amplius ex lege Aquilia competit*”.
- 3) La tercera postura, de Paulo, que no deja de ser una generalización de la segunda, concibe que ninguna de las dos acciones comportaría una extinción inmediata de la otra.

Y hasta aquí el contenido del fragmento. Giomaro considera que, aunque el texto no hace referencia ni implícita ni explícita a la *cautio*, la opinión doctrinal de Paulo expuesta en él coincide plenamente con el supuesto ya expuesto anteriormente en sede de *actio commodati* y contenido en *Ulp. 28 ad ed. D. 13,6,7,1*, que indica que una acción no extinguiría la otra, sino que se podría reclamar posteriormente aquello que no se habría conseguido por la primera acción. Es en base a este paralelismo entre textos que la autora considera que sería posible aplicar la *cautio de remittendo* o de renuncia a la acción de la ley Aquilia en los casos en que se ejercitara la *actio iniuriarium* en primer lugar.<sup>798</sup>

Este texto también ha sido tratado recientemente por Rossetti, que examina los distintos supuestos de concurrencia enumerados en el texto de Paulo.<sup>799</sup> Sin embargo, la autora, en ningún caso hace referencia a la interpretación de Giomaro respecto a la posibilidad de aplicación de la *cautio de remittendo* en el presente supuesto.

La teoría de Giomaro, a nuestro entender, es absolutamente coherente con la previsión formularia de la *actio iniuriarium*. En efecto, la *actio iniuriarium* se configuraba como una acción penal pretoria *in bonum et aequum conceptae* anual e intransmisible que

---

<sup>798</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 186.

<sup>799</sup> ROSSETTI, G. ‘*Poena*’ e ‘*rei persecutio*’..., pp. 214-220.

perseguía una pena determinable por los *recuperatores* en atención a las circunstancias del acto lesivo y de las personas afectadas por el delito.<sup>800</sup>

La reconstrucción de la fórmula de esta acción es la que sigue<sup>801</sup>, en su versión *aestimatoria*<sup>802</sup>:  
*C. Aquilius ... L. Octavius recuperatores sunt. Quod A. Agerio pugno mala percussa est a N. Negidio dolove malo N. Negidii factum est ut percuteretur, quantum ob eam rem bonum et aequum*<sup>803</sup> *recuperatoribus videbitur N. Negidium A. Agerio condemnari, tantam pecuniam dumtaxat sestertium X milia recuperatores N. Negidium A. Agerio condemnanto; si non paret absolvunto.*

Consideramos que, en el caso que se hubiera solicitado la promesa de una *cautio de remittendo* en el procedimiento de esta acción y se hubiera aplicado por parte del tribunal de *recuperatores*, la fundamentación de la habilitación judicial habría sido sin duda la *condemnatio in bonum et aequum* insertada en la formulación de esta acción.<sup>804</sup>

Según Mantovani, la reconstrucción de la fórmula muy verosímilmente debía incluir las palabras *bonum et aequum*, independientemente de lo dispuesto en *Paul. 55 ad ed. D. 47,10,18pr.*<sup>805</sup> y *Paul., de conc. act. D. 44,7,34pr.*, fundamentándolo en los siguientes motivos<sup>806</sup>, que compartimos por entero:

- 1) En primer lugar, porque los juristas difícilmente habrían añadido al término *aequum* (término semánticamente fuerte) un término que no aporta ningún significado.

---

<sup>800</sup> D'ORS, *DPR*, p. 462 (§378). Sobre esta acción, vid. también BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary...*, p. 502 (*iniuria*).

<sup>801</sup> MANTOVANI, *Le formule*, pp. 74 y 75.

<sup>802</sup> Hemos incluido en el texto únicamente la fórmula de la *actio iniuriarum* del tipo *aestimatoria*. Para los demás tipos de fórmulas (*de convicio*, *de famosis libellis*, *quae servis fiunt* y *noxalis*, vid. MANTOVANI, *Le formule*, pp. 75 y 76.

<sup>803</sup> Tanto RUDORFF, *Edictum*, p. 174 como LENEL, *EP*, p. 399 incluyen una *condemnatio in bonum et aequum* en la reconstrucción de la fórmula de la *actio iniuriarum*.

<sup>804</sup> Sobre la fórmula de esta acción y, en concreto, sobre la existencia o no de la *condemnatio in bonum et aequum* en el redactado de fórmula de la *actio iniuriarum* vid. LENEL, *EP*, p. 399; PRINSGHEIM, F. *Bonum et aequum...*, p. 110 y ss.; PUGLIESE, G. *Studi sull' "iniuria"*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1941, p. 83 y ss.; BARETTA, P. "*Condemnatio in bonum aequum*" en *VV.AA. Studi in onore di S. Solazzi*. Napoli: Jovene, 1948, p. 264 y ss.; SELB, W. *Die Formel der Iniurienklage* en *Acta Juridica 1978* (=Essays in honour of Ben Beinart III. Cape Town-Wetton-Johannesburg 1979), p. 29 y ss.; GUARINO, A. *Actiones in aequum conceptae* en *LABEO 8* (1962), p. 7 y ss.; PARICIO SERRANO, F.J. *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"*. Milano: Giuffrè, 1986, p. 43 y ss. y MANTOVANI, *Le formule*, p. 75 nt. 324.

<sup>805</sup> *Paul. 55 ad ed. D. 47,10,18pr.*: "*Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*"

<sup>806</sup> MANTOVANI, *Le formule*, p. 75 nt. 324.

- 2) En segundo lugar, porque la pareja semántica *bonum et aequum* está atestiguada en el lenguaje común ya en edad antigua.
- 3) En tercer lugar, porque la pertenencia de esta expresión en la lengua oficial de la época preadriana viene confirmada por el capítulo 69 de la *Lex Irnitana* (“*aequum bonumque*”).
- 4) En cuarto lugar, porque el uso formulario de ambos términos (en modo comparativo) se encuentra en la *actio rei uxoriae*, con la redacción “*quod eius melius aequius erit*”.
- 5) En quinto y último lugar, Mantovani considera sobre todo que el *Senatusconsultum de finibus Magnetum et Priensium* atestigua un *iudicium de iniuriis* (si bien internacional) *in bonum et aequum*. En concreto, el senadoconsulto indica “*quantum bonum aequum uidebitur aestimato*”.

Por todo ello consideramos que habría sido posible aplicar la *cautio de remittendo* en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio iniuriarium* como forma de *remissio actionis* en base a la previsión formularia de la *condemnatio in bonum et aequum* de la misma.

### **3.9.7. Posturas doctrinales relativas a la clasicidad de la *cautio de remittendo***

Una vez analizados los textos del Digesto que indican diversas aplicaciones de la *cautio de remittendo*, resulta necesario analizar si la doctrina romanística se muestra favorable o no a la consideración clásica de esta estipulación. Entendemos que en este capítulo resultaba necesario un punto específico separado respecto a la clasicidad de esta *cautio*, puesto que la mayoría de los autores o bien consideraban todas las referencias textuales a la *cautio* clásicas o bien todo lo contrario. De ahí que no hayamos referido en cada uno de los textos las opiniones doctrinales sobre la interpolación o no de los textos tratados, facilitando así su comprensión, más allá de las dudas interpolacionistas.

Pues bien, entrando de lleno en la materia, cabe destacar que los autores se encuentran divididos respecto a la clasicidad de esta *cautio*, si bien la doctrina mayoritaria y más reciente se ha venido decantando por la clasicidad de ésta, posición que ya adelantamos que compartimos por entero.

Por un lado, reconocen su existencia -entre muchos otros- autores como Levy, Schipani, Voci, Giomaro, Provera, Rossetti y Zini.

Levy trata sobre esta específica *cautio* en el segundo tomo de su obra sobre la concurrencia de acciones y personas (*Die konkurrenz der aktionen und personen im klassischen römischen recht*), dedicado a la *judiziale (seltener prätorische) Konsumption*. Concretamente, en el apartado dedicado a la concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con otras acciones, el autor realiza un análisis crítico mediante la exégesis de cada uno de los textos que recogen los posibles supuestos de concurso de acciones. El autor afirma en su estudio que la *remissio actionis* como solución para la concurrencia de acciones -que claramente certifican D. 5,3,36,2 y D. 6,1,13- es muy probable que se llevara a cabo a través de la presentación de un recurso que, para el caso que el demandante interpusiera otra acción, impidiera un segundo procedimiento. Este procedimiento, sin duda, habría sido la *cautio se non acturum lege Aquilia*.<sup>807</sup> Schipani, por su parte, considera que la opinión de Levy es la más persuasiva, rechazando así las críticas interpolacionistas sobre los textos de la *cautio*.<sup>808</sup>

También Voci se opone fervientemente a los argumentos de Beseler, que apuntaremos más adelante, y afirma que este último sólo aduce argumentos negativos. Por otra parte, defiende que Beseler debería considerar la *cautio* postclásica, pero en ningún caso justiniana, puesto que el sistema de la *remissio actionis* no concuerda con el derecho justiniano. Por último, considera que no puede juzgarse una norma pasada con criterios dictados por la razón abstracta, y con ello realiza la siguiente afirmación: aunque se pudiera admitir que la *cautio* fuera superflua, la economía procesal podría haber inspirado este régimen ya en época clásica.<sup>809</sup>

---

<sup>807</sup> LEVY, E. *Die Konkurrenz...II.1*, p. 5 y ss. y 39. Como ya señalamos anteriormente, el autor considera que la *cautio de remittendo* es clásica y que podría haber sido muy probablemente uno de los instrumentos utilizados para llevar a cabo la *remissio actionis*.

<sup>808</sup> SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto...*, p. 146 nt. 3.

<sup>809</sup> VOCI, P. *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939, pp. 132-133.

En el análisis de esta *cautio* llevado a cabo por Giomaro, que la considera clásica, la autora hace mucho hincapié -al igual que en el análisis de las demás estipulaciones judiciales- en que el recurso a esta *cautio* debe fundamentarse esencialmente en la remisión constante de los textos al *officium iudicis*, sin considerar como determinante las previsiones formularias de cada una de las acciones en las que surge esta estipulación judicial.<sup>810</sup>

Provera, por su parte, define esta estipulación judicial como aquella promesa de no intentar una segunda acción en concurso cumulativo con la primera, y resalta su carácter clásico.<sup>811</sup>

Rosetti, en su análisis sobre la *poena* y la *rei persecutio* en la *actio legis Aquiliae*, realiza un minucioso estudio sobre las diversas posturas doctrinales respecto a la llamada "*vexata quaestio*" de la clasicidad de la *cautio de remittendo*. La autora, una vez analizadas las posturas a favor y en contra, considera que las sospechas de interpolación de los textos llevadas a cabo por parte de la doctrina no parecen del todo convincentes, por lo que apuesta por la clasicidad de la *cautio*.<sup>812</sup>

Finalmente, Zini considera que el hecho de que Ulpiano haga referencia al pensamiento de Labeón demuestra el origen eminentemente jurisprudencial del uso *apud iudicem* de esta estipulación<sup>813</sup>; origen que consideramos que no sólo debe predicarse de esta estipulación en concreto, sino que también debe extenderse a las otras estipulaciones judiciales tratadas en el presente trabajo. El autor adopta una posición crítica respecto a Giomaro en lo relativo a la fundamentación esencial de la *cautio* en el *officium iudicis*, puesto que considera que en realidad debía existir una previsión formularia previa para que la *cautio* pudiera ser considerada y consentida por el juez, haciéndola entrar en su *officium*.<sup>814</sup>

---

<sup>810</sup> GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*", pp. 175 y 194.

<sup>811</sup> PROVERA, G. *Lezioni sul processo civile giustiniano I-II*. Torino: Giappichelli, 1989, p. 479.

<sup>812</sup> ROSSETTI, G. '*Poena*' e '*rei persecutio*'..., pp. 84-101.

<sup>813</sup> ZINI, "*Apud iudicem*", p. 204.

<sup>814</sup> ZINI, "*Apud iudicem*", pp. 217-218. El trabajo de Zini se centra en la crítica constructiva a la monografía de Giomaro sobre las *cautiones iudiciales*, pero a nuestro entender deja de lado las importantes apreciaciones llevadas a cabo por Rossetti respecto a los textos relativos a la *cautio de remittendo*.

Por otro lado, autores como Chiazzese, Beseler y Kaser (este último menos tajante que los anteriores) niegan que la *cautio* sea clásica. Chiazzese considera que, en el período clásico, ante la concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con las acciones vistas hasta ahora, los juristas clásicos habrían visto siempre necesaria la *exceptio doli* contra la segunda acción y no habría hecho falta recurrir a ninguna *cautio*.<sup>815</sup> También lo ve así Beseler, que considera que en derecho clásico la *cautio* habría sido un mecanismo superfluo o inútil, puesto que el demandante habría podido hacer valer una *exceptio doli* que habría neutralizado la *intentio* del actor en este segundo pleito.<sup>816</sup>

Finalmente, Kaser señala que no resulta claro que el sistema de *remissio actionis* fuera originalmente clásico. El autor lo ubica como postclásico y prejustiniano. Una vez hecha esta premisa afirma que, en caso de considerar clásica la *remissio*, esta se habría llevado a cabo siempre mediante la *exceptio doli* en los casos en que no hubiera sido posible interponer una *cautio de remittendo* en el primer procedimiento debido al poco margen de maniobra que hubiera dejado el *officium iudicis*.<sup>817</sup>

Bajo nuestro punto de vista, compartimos con la doctrina mayoritaria que el recurso a la *cautio de remittendo* en los procedimientos anteriormente analizados fue un mecanismo utilizado ya en el período clásico. Si bien en un inicio del procedimiento formulario el recurso más utilizado podría haber sido hacer valer una *exceptio* en la fase *in iure* del procedimiento de la segunda acción, parece bastante probable que la práctica judicial (o quizás la influencia jurisprudencial) fue introduciendo el mecanismo de la *cautio* para evitar -ya en la primera acción interpuesta- la posible doble *aestimatio* del daño y la consecuente doble condena.

Razones de seguridad jurídica y economía procesal<sup>818</sup> estarían sin duda detrás del paso de la utilización del recurso de la *exceptio* en el segundo procedimiento al recurso de la *cautio* en el primer procedimiento. Sin duda, la parte demandada habría querido

---

<sup>815</sup> CHIAZZESE, *Jusiurandum*, p. 241. Anteriormente hemos podido observar que esta postura también viene defendida por D'Ors en la traducción de *Paul. 21 ad ed. D. 19,2,43*, donde explícitamente se indica que el mecanismo de la *remissio actionis* se habría llevado a cabo mediante una *exceptio* en el segundo procedimiento. En este sentido, vid. D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano. Tomo I...*, p. 724.

<sup>816</sup> BESELER, G.v. *Miscellanea...*, p. 367.

<sup>817</sup> KASER, M. *Quanti ea res est...*, p. 37.

<sup>818</sup> VOICI, P. *Risarcimento...*, p. 133. El autor considera, muy acertadamente, que la economía de los procedimientos podría haber inspirado el régimen de la *cautio de remittendo*.

asegurarse ya en un primer procedimiento que no sería interpuesta una segunda acción por los mismos hechos contra ella, viéndose obligada a defenderse mediante una *exceptio*. Esta argumentación sería la que muy probablemente habría utilizado la jurisprudencia para pasar del sistema de la *remissio* mediante *exceptio* a la *remissio* a través del instrumento de la *cautio*.

### 3.9.8. Esquema sintético de la *cautio de remittendo* o *se non acturum lege Aquilia*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de remittendo* o *se non acturum lege Aquilia* en base a las fuentes y a las acciones en las que surgían:

<b>CAUTIO DE REMITTENDO o SE NON ACTURUM LEGE AQUILIA: ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE LA LEY AQUILIA</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<b><i>Rei vindicatio</i></b>	<i>Ulp. 16 ad ed. prov. D. 6,1,13</i>	Las fuentes recogen un recurso a la <i>cautio de remittendo</i> a los efectos de evitar una doble estimación del daño por la concurrencia del ejercicio de una <i>rei vindicatio</i> y de la <i>actio legis Aquiliae</i> contra el mismo demandado, y erradicar así las consecuencias de una eventual concurrencia de condenas.
<b><i>Hereditatis petitio</i></b>	<i>Paul. 20 ad ed. D. 5,3,36,2</i>	En el ámbito de la petición de herencia, la muerte de un esclavo hereditario provocada por el poseedor de la herencia (estamos ante una herencia yacente) debe valorarse como un daño. Sin embargo, dado que también sería posible ejercitar la <i>actio legis Aquiliae</i> por el daño consistente en la muerte del esclavo, el juez podría dar la posibilidad de condenar al poseedor teniendo en cuenta la <i>aestimatio</i> del daño al esclavo, siempre que el actor prestara la <i>cautio se non acturum lege Aquilia</i> o <i>cautio de remittendo</i> ; esto es, siempre que prometiera renunciar al ejercicio de la ley Aquilia.
<b><i>Actio commodati</i></b>	<i>Ulp. 28 ad ed. D. 13,6,7,1</i>	En el supuesto en que una <i>res commodata</i> haya sufrido un daño por

		uno de los dos socios comodatarios y se esté demandando con la <i>actio commodati</i> al socio no causante del daño, el comodante (actor) debe renunciar a la <i>actio legis Aquiliae</i> que tiene contra el socio comodatario demandado, siempre que no se demuestre que el comodante podría conseguir con la <i>actio legis Aquiliae</i> aquello que no habría podido conseguir a través de la <i>actio commodati</i> .
<b><i>Actio locati o ex locato</i></b>	<i>Gai.</i> 10 <i>ad ed. prov.</i> D. 19,2,25,5 y <i>Paul.</i> 21 <i>ad ed.</i> D. 19,2,43	También sería posible acudir al recurso de la <i>cautio de remittendo</i> ante la concurrencia de la <i>actio legis Aquiliae</i> con la <i>actio locati o ex locato</i> (y otros instrumentos procesales), por ejemplo, ante el supuesto que el <i>colonus</i> tale los árboles del fundo arrendado fuera de las <i>leges contractus</i> o en el caso que el <i>conductor</i> hiera al esclavo arrendado.
<b><i>Actio iniuriarium</i></b>	<i>Paul., de conc. act.</i> D. 44,7,34pr.	También podía recurrirse a esta <i>cautio</i> en supuestos de concurrencia de la <i>actio legis aquiliae</i> con la <i>actio iniuriarium</i> .



### 3.10. LA *CAUTIO DE NON ALIENANDO* O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE NO ENAJENAR

La *cautio de non alienando* o estipulación judicial de no enajenar aparece dentro del procedimiento de la *actio ex testamento*, en relación con supuestos de legados bajo condición o legados modales. Dentro de las fuentes identificadas en BIA que contenían las palabras *cautio*, *cavere*, *stipulatio* y sus derivadas, encontramos dos textos del Digesto que hacen referencia a esta caución<sup>819</sup>: *Ulp. 24 ad Sab. D. 34,4,3,4* (que contiene la expresión *cautione...non alienando*) y *Pap. 17 quaest. D. 35,1,71pr.* (que recoge la expresión *cautionem interponendam...non alienaretur*). Ambos textos se ubican, respectivamente, en las rúbricas relativas a la revocación y transferencia de los legados y fideicomisos (*D. 34,4: De adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis*) y sobre las condiciones, las determinaciones, las motivaciones y las cargas modales (*D. 35,1: De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur*), respectivamente.

Giomaro no trata esta concreta estipulación judicial en su estudio relativo a las *cautiones iudiciales*. Sin embargo, las características de esta estipulación, que analizaremos a continuación, no dejan lugar a dudas: nos encontramos ante una verdadera caución judicial que tiene lugar en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio ex testamento*.

#### 3.10.1. *Actio ex testamento*

El primer texto que analizaremos relacionado con esta caución es el siguiente fragmento de Ulpiano:

*Ulp. 24 ad Sab. D. 34,4,3,4:*

---

<sup>819</sup> Realizada la búsqueda en BIA, únicamente hemos encontrado dos fragmentos en las fuentes que muestren el contenido de esta estipulación judicial: *Ulp. 24 ad Sab. D. 34,4,3,4* y *Pap. 17 quaest. D. 35,1,71pr.*

*Si quis ita legaverit: "heres meus Titio fundum dato et si Titius eum fundum alienaverit, heres meus eundem fundum Seyo dato", oneratus est heres: non enim a Titio fideicommissum relictum est, si alienasset fundum, sed ab herede ei legatum est. Heres igitur debet doli exceptione posita prospicere sibi **cautione a Titio de fundo non alienando.***

El contenido del texto es el siguiente: un testador lega en su testamento un fundo a Ticio. En el legado también se hace constar que si Ticio lo enajena, debe el heredero dar ese fundo a Seyo. Ulpiano señala que este legado bajo condición en realidad debe entenderse como que es un legado para Seyo, a cargo del heredero, y en ningún caso que se haya dejado un fideicomiso para Seyo a cargo de Ticio en caso de que éste hubiese enajenado el fundo. En este sentido, si Ticio reclamara el legado a través de la *actio ex testamento*, el heredero demandado debería oponer una *exceptio doli* a los efectos de hacer valer la condición del legado. Ello le permitiría poder obtener la absolución a no ser que Ticio prometiera mediante estipulación que no enajenará el fundo.

Talamanca, en su análisis sobre este fragmento, identifica esta estipulación como la *cautio de non alienando*<sup>820</sup>, diferenciándola específicamente de la *cautio Muciana*<sup>821</sup>, y hace referencia a parte de la doctrina, en concreto a Mayer y Legier<sup>822</sup>, que contrariamente a él consideran que la caución del fragmento sí se refiere a la caución Muciana. El autor excluye completamente que nos encontremos en este texto ante una aplicación de la *cautio Muciana*, basándose en dos argumentos. En primer lugar, debido a que el fragmento claramente indica que la *cautio* solamente podría ser solicitada por parte del heredero si éste hubiera opuesto una *exceptio doli* en la fórmula de la *actio ex testamento*.

---

<sup>820</sup> TALAMANCA, M. *Revoca testamentaria...*, p. 248.

<sup>821</sup> Sobre la *cautio Muciana* vid., entre otros, KRÜGER, H. *Cautio Muciana* en *Mélanges Girard II*, p. 1 y ss.; SCIALOJA, V. *Sulla cautio Muciana applicata all'eredità* en *BIDR 11* (1898), pp. 265-280; BIONDI, B. *Successione testamentaria...*, p. 545 y *Intorno alla cautio Muciana applicata all'eredità* en *BIDR 8-9* (1948), p. 241 y ss.; SOLAZZI, S. *Sulla "cautio Muciana" applicata all'eredità* en *SDHI 10/2* (1944), p. 363 y ss.; COSENTINI, C. *Sull'origine dell'estensione della cautio Muciana all'eredità* en *Miscellanea romanistica* (1956), p. 81 y ss. y s.v. *cautio Muciana* en *NNDI*, p. 57; y GALGANO, F. *Cautio Muciana e crisi di un'élite en RDR 16-17* (2016-2017) (<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano16-17-Galgano-Cautio.pdf>). Fecha de consulta: 14/06/2020.

<sup>822</sup> TALAMANCA, M. *Revoca testamentaria...*, pp. 247 nt 140 y 248. Talamanca hace referencia a MAYER, M.S. *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen: aus den Quellen bearbeitet*. Tübingen: Laupp, 1845, p. 200 y ss. (este autor indica que "daher kann hier nur durch die 'Muciana cautio' gewolten werde") y LEGIER, H.J. *Testament et condicio* en *RH 37* (1960), p. 369 y nt 97.

En segundo lugar, porque considera -al igual que la doctrina dominante- que mediante la *cautio Muciana* se obtenía el resultado de considerar como verificada la condición potestativa negativa. De ahí deriva, según el autor, que antes de la presentación de la *cautio* al legatario actor, no habiendo sido verificada la condición, no puede haber ninguna acción contra el heredero. En el supuesto analizado, sin embargo, el legatario tiene la acción independientemente de la presentación o promesa de la *cautio*. En consecuencia, el heredero debe oponer contra esa acción la excepción de dolo a los efectos de obtener la promesa de la *cautio de non alienando*.

La *cautio Muciana*, en palabras de D'Ors, es aquella caución que "se condicionaba positivamente al evento que condicionaba negativamente el legado" y que recibe su nombre de Quinto Mucio Escévola, llamado "el Pontífice".<sup>823</sup> En otras palabras, las de Betancourt, era la caución "en virtud de la cual se hacía efectivo el legado desde el primer momento, prometiéndole a los herederos la restitución del legado en caso de cumplirse ahora la condición positiva postestativa del nuevo matrimonio".<sup>824</sup> A pesar de lo expuesto, ambos autores nos recuerdan que esta *cautio Muciana* también se aplicó a otras condiciones de abstención de legatarios o fideicomisarios, como en los casos en que se estableciera como condición negativa del tipo "si no manumite al esclavo" (*Iav. 11 epist. D. 35,1,67*) o "si no deja solos a mis hijos" (*Pap. 18 quaest. D. 35,1,72pr.-1*).<sup>825</sup>

En nuestra opinión, la caución referida en el fragmento no es la *cautio Muciana*. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, debido a que son numerosos los textos contenidos en el Digesto que hacen clara referencia a la *cautio Muciana* de forma explícita. En efecto, Justiniano generalizó la aplicación de esta caución para todo tipo de legado y para la misma institución de heredero con dicha condición<sup>826</sup>, y los compiladores

---

<sup>823</sup> D'ORS, *DPR*, p. 373 nt. 3 (§286). Quinto Mucio Escévola, el "Pontífice", fue hijo del cónsul del 133 a.C. Publio Mucio Escévola. Sus dieciocho *Libri Iuris civilis*, de gran influencia en la jurisprudencia posterior, constituyen la obra jurídica más importante de la República y se erigen como el primer intento de sistematización del derecho (origen del llamado "sistema Muciano") realizado bajo el influjo de la teoría de la ciencia helenística. Vid. DOMINGO, R. (Coord.). *Textos de Derecho Romano...*, p. 352.

<sup>824</sup> BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico...*, p. 548.

<sup>825</sup> D'ORS, *DPR*, p. 373 y nt. 4 (§286).

<sup>826</sup> D'ORS, *DPR*, p. 374 (§286). De acuerdo con BIA, los textos del Digesto en los que aparece la *cautio Muciana* son los siguientes: *Pap. 7 resp. D. 31,76,7 (Qui Mucianam cautionem alicuius non faciendi causa interposuit, si postea fecerit, fructus quoque legatorum (quos principio promitti necesse est) restituere debet.); Ulp. 18 ad Sab. D. 35,1,7pr. (Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendi sunt conceptae, ut puta "si in Capitolium non ascenderit" "si Stichum non manumiserit" et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata*

justinianos utilizan la denominación de *cautio Muciana* en numerosos pasajes del Digesto. Ello, sin duda, nos lleva a concluir que los compiladores, en caso de considerar que este texto habría hecho referencia a un supuesto susceptible de ser contenido en el concepto de la *cautio Muciana*, habrían ajustado la denominación de la *cautio* en el fragmento para indicarlo expresamente. Sin embargo, los compiladores decidieron dejar el contenido del texto con una referencia explícita a una *cautione...de non alienando*, y si lo hicieron fue seguramente porque tenía una finalidad y unas características diversas a la *cautio Muciana*.

En segundo lugar, y respecto a su contenido, mientras que mediante la *cautio Muciana* se obtenía el resultado de considerar como verificada la condición potestativa negativa (y no tenía un carácter procesal, sino más bien convencional), la *cautio de non alienando* referida en el texto ostenta un carácter marcadamente procesal (debe oponerse una

---

*est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.*); Gai. 18 ed. prov. D. 35,1,18 (*Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili, deficiente condicione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest.*); Pap. 18 quaest. D. 35,1,72,1 (*Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis eius non discessisset, permisit imperator velut Mucianam cautionem offerri: fuit enim periculosum ac triste libertum coniunctum patroni liberis eorundem mortem exspectare.*); Pap. 18 quaest. D. 35,1,72,2 (*Titius heredem institutum rogavit post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita. Mucianae cautionis exemplum ante constitutionem remissae cautionis locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri condicio potuit.*); Pap. 19 quaest. D. 35,1,73 (*Titio fundus, si in Asiam non venerit, idem, si pervenerit, Sempronio legatus est. Cum in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur, heres cautionem a Titio accepit et fundum ei dedit. Si postea in Asiam pervenerit, Sempronio heres, quod ex stipulatu cautionis interpositae consequi potest, utili actione praestare cogitur. Sed si cautio medio tempore defecerit, quae sollicitate fuerat exacta, non de suo praestabit heres, sed quia nihil ei potest obici, satis erit actiones praestari. Si tamen, Titius cum in Asiam venisset, Sempronius, priusquam legatum accipiat, decesserit, heredi eius deberetur, quod defunctus petere potuit.*); Pap. 7 resp. D. 35,1,77,1 (*Muciana cautio locum non habet, si per aliam condicionem actio legati differri possit.*); Pap. 7 resp. D. 35,1,77,2 (*Titius heredem institutum rogavit post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita. Mucianae cautionis exemplum ante constitutionem remissae cautionis locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri condicio potuit.*); Pap. 1 def. D. 35,1,79,2 (*Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet: hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur.*); Pap. 1 def. D. 35,1,79,3 (*Quamvis usus fructus, cum morietur legatarius, inutiliter legetur, tamen cautionis Mucianae remedium usu fructu quoque sub condicionem alicuius non faciendi legato locum habet.*); Pap. 8 resp. D. 35,1,101,3 (*Socrus nurui fideicommissum ita reliquerat: "si cum filio meo in matrimonio perseveraverit": divortio sine culpa viri post mortem socrus facto defecisse condicionem respondi. Nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori coeperit nupta vel maritus, et ideo nec Mucianam cautionem locum habere, quia morte viri condicio possit existere.*); Iul. 25 dig. D. 35,1,106 (*Hoc genus legati "si Titio non nupserit" perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisfactio interposita capere legatum potest. Sed et alii nubendo nihilo minus legatum consequitur.*); y Pomp. 11 epist. D. 40,4,61pr. (*Scio quosdam efficere volentes, ne servi sui umquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: "Stichus cum moreretur, liber esto". Sed et Iulianus ait libertatem, quae in ultimum vitae tempus conferatur, nullius momenti esse, cum testator impediendae magis quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intellegitur. Et ideo etiam si ita sit scriptum: "Stichus si in Capitolium non ascenderit, liber esto", nullius momenti hoc esse, si apparet in ultimum vitae tempus conferri libertatem testatorem voluisse, nec Mucianae cautioni locum esse.*).

*exceptio doli* en el procedimiento de la *actio ex testamento* para poder ser prometida) y se erige como un requisito para que el heredero tenga la seguridad de que el legatario (en nuestro supuesto de hecho, Ticio) va a cumplir con la condición del legado, que se basa esencialmente en que no debe enajenarse el fundo. En caso de no prometerla, el heredero demandado será absuelto. En consecuencia, esta *cautio* se vincula a la absolución o condena del demandado y tiene un carácter marcadamente procesal.

Por su parte, Nardi considera que este fragmento es análogo al contenido de *Ulp. 36 ad Sab. D. 23,3,9* y *Pap. 18 quaest. D. 33,4,7pr.*, textos ya examinados en sede de *cautio de indemnitate*. Por lo tanto, el autor admite que nos encontramos ante una estipulación en sede judicial, en la que el heredero deberá oponer la *exceptio doli* a los efectos de exigir a Ticio una *cautio de fundo non alienando* para poder entregarle la *res legata*. Por otro lado, también considera que la naturaleza del legado es *per damnationem* e incluye un primer legado a Ticio bajo condición resolutoria y un segundo a Seyo bajo condición suspensiva. Precisamente porque la condición resolutoria de Ticio es potestativa, será necesaria la exigencia por parte del heredero de la estipulación de no enajenar el fundo.<sup>827</sup>

Pasamos a analizar a continuación el segundo fragmento relativo a esta estipulación judicial de no enajenar:

*Pap. 17 quaest. D. 35,1,71pr.*

*Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est atque ideo **cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur.***

En este fragmento, que la doctrina ha venido considerando sustancialmente clásico<sup>828</sup>, el jurista Papiniano nos muestra un *casus* en el que un testador lega en su testamento a

---

<sup>827</sup> NARDI, E. *Studi sulla ritenzione...*, p. 82 nt. 1.

<sup>828</sup> A favor de considerar clásico el fragmento encontramos, entre otros, a LE BRAS, G. *Les fondations privées du Haut Empire* en *Studi Riccobono* 3, p. 50 y a DI SALVO, S. *Il legato modale in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1973, p. 115 nt. 75. En contra de la genuinidad del texto vid. PERNICE, A. *Labeo*.

Ticio 100.000 sestercios para que compre un fundo. El jurista considera que, ante este legado bajo condición, no debe exigirse caución, puesto que el beneficio del legado debe volver a él. Sin embargo, ¿qué sucedería si el testador realmente quiso hacer este legado a los efectos de proveer o haber beneficiado a un hijo, hermano o alumno poco industrioso o diligente? Papiniano considera que, en ese caso, el cumplimiento de la condición interesa al heredero (puesto que esa era la voluntad del testador), y, por ello, antes de entregarle los 100.000 sestercios a Ticio, podría exigirle que prometiera una *stipulatio* por la que se comprometiera a comprar el fundo y no enajenarlo.

Di Salvo considera que este texto no va en contra de lo dispuesto en el anterior fragmento analizado – *Ulp. 24 ad Sab. D. 34,4,3,4* – dado que en aquél fragmento había un interés diferente (y según el autor, mucho más intenso) que el del texto de Papiniano, que precisamente era la voluntad del propio heredero de exigir una *cautio* “*de fundo non alienando*” vinculada a la existencia de una *translatio* condicionada a la enajenación del fundo.<sup>829</sup>

No podemos, ni queremos obviar que el tenor literal de este fragmento parece trasladarnos al supuesto de una *cautio de non alienando* de tipo convencional, puesto que no se hace referencia a ninguna acción. Di Salvo considera que la estipulación a la que este texto está haciendo referencia es una *cautio* de cumplimiento del legado condicional o modal, siendo necesaria su exigencia por parte del heredero para cumplir con la voluntad del testador (que era la de legar la finca en base a la relación de parantesco entre el testador y el legatario), limitando el poder de disposición del legatario sobre las cosas que se le atribuyen en el legado (en este caso, limitando la posibilidad de enajenar la finca).<sup>830</sup>

Sin embargo, ¿qué sucedería en caso que Ticio se hubiera negado a prometer la *stipulatio* convencional y se hubiera visto obligado a demandar al heredero a los efectos de obtener el legado mediante la *actio ex testamento*? Bajo nuestro punto de vista, entendemos que la solución sería muy similar a la tratada en el fragmento inicialmente

---

*Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit.* Halle: Max Niemeyer, 1900, p. 77 nt. 2 y VASALLI, F.E. *La sentenza condizionale...*, p. 388.

<sup>829</sup> DI SALVO, S. *Il legato modale...*, p. 122 nt. 93 y 182 nt. 285.

<sup>830</sup> DI SALVO, S. *Il legato modale...*, pp. 115-125.

analizado: el heredero podría exigir una caución de comprar y no enajenar el fundo por parte de Ticio siempre que hubiera opuesto una *exceptio doli* para ser incluida en la fórmula, salvaguardando así el contenido del legado y, por ende, la voluntad del testador.

### 3.10.2. Esquema sintético de la *cautio de non alienando*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de non alienando* en base a las fuentes y a la acción en la que surgía:

<b>CAUTIO DE NON ALIENANDO o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE NO ENAJENAR</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<i>Actio ex testamento</i>	<i>Ulp. 24 ad Sab. D. 34,4,3,4 y Pap. 17 quaest. D. 35,1,71pr.</i>	Las fuentes nos muestran que, en el seno de la fase <i>apud iudicem</i> de la <i>actio ex testamento</i> , ante la reclamación de un legado condicional donde se prohibía la enajenación de la cosa objeto de legado, el heredero demandado podría ser absuelto a menos que el legatario actor prometiera que no la enajenaría, salvaguardando así el contenido del legado y la voluntad del testador.



### 3.11. LA *CAUTIO PER TEMPORA SE USUROS ET FRUITUROS* O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE USUFRUCTUAR POR TEMPORADAS

La *cautio per tempora se usuros et fruituros* o estipulación judicial de usufructuar por temporadas<sup>831</sup> aparece dentro del procedimiento de la *actio communi dividundo*, en relación con un supuesto de “división” del usufructo. De entre los resultados obtenidos en BIA para las expresiones *cautio*, *cavere*, *stipulatio* y sus derivadas hemos podido identificar esta concreta estipulación, contenida en *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10* bajo la expresión *caveantque per tempora se usuros et fruituros*<sup>832</sup>.

Giomaro duda sobre la existencia de esta estipulación judicial en su análisis relativo a las *cautiones iudiciales* y por ello la trata muy sucintamente en el apartado relativo a “*Altre specifiche cautiones iudiciales*”.<sup>833</sup> Sin embargo, las características de esta estipulación, que analizaremos a continuación, parecen llevarnos a la conclusión de que nos encontramos ante una verdadera estipulación judicial que podía tener lugar en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *actio communi dividundo* en vía útil<sup>834</sup> o bien de otro tipo de acción que tuviera la finalidad de “dividir” el usufructo, tal y como expondremos y argumentaremos a continuación.

---

<sup>831</sup> La denominación de esta caución y su consiguiente traducción viene dada por D’ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema de la división del usufructo* en Anuario de Derecho Civil, Fascículo 1 (1952), p. 79.

<sup>832</sup> Únicamente hemos detectado en BIA una fuente relativa a esta caución, que es el fragmento *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10*.

<sup>833</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 233.

<sup>834</sup> La concesión de una acción por parte del pretor en vía útil constituye una extensión del ámbito de aplicación de la acción procesal edictalmente prevista, admitiendo como legitimados para ejercitar la acción otras personas distintas a las previstas en la fórmula edictal, si bien existe controversia sobre el mecanismo a través del cual operaría dicha extensión. Vid. GÓMEZ BUENDÍA, C. *Exceptio utilis en el procedimiento formulario del derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 23. Sobre las *actiones utiles*, vid. BORTOLUCCI, G. *Actio utilis*. Modena: Soc. Tipogr. Modenese, 1909; COLLINET, P. *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l’oeuvre de Justinien*. Paris: Sirey, 1947; DEKKERS, R. *Les actions utiles en Droit romain classique* en Revue de l’Université de Bruxelles 41 (1935-36), pp. 232-245; SOTTY, R. *Recherche sur les utiles actiones: la notion d’action utile en droit romain classique*. Grenoble: Clermont, 1977; STOLMAR, R. *Actio utilis: Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwendungen, Wirkungen: Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*. Sindelfingen: Selbstverl, 1984; VALIÑO DEL RÍO, E. *Actiones utiles...*, p. 1 y ss.

### 3.11.1. *Actio communi dividundo* (¿útil?) o acción de división de la cosa común (¿en vía útil?). Posibilidad de existencia de una acción distinta y concreta para el supuesto de “división” del usufructo

La caución judicial de usufructuar por temporadas aparece recogida únicamente en el siguiente texto del Digesto, recogido bajo la rúbrica D.10,3: *Communi dividundo*, y extraído del libro 20 *ad edictum* del jurista Ulpiano:

*Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10*

*Cum de usu fructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usum fructum uni ex illis: vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat **caveantque per tempora se usuros et fruituros**, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus.*

El contenido del texto es el siguiente: en la acción de división del usufructo común, debe el juez ordenar las cosas de manera que los usufructuarios puedan usar y disfrutar de parcelas determinadas o arrendar el usufructo a uno de ellos<sup>835</sup>, o a un tercero, para que reciban las pensiones sin ningún tipo de controversia. Y, si las cosas son muebles, podrá también disponer de manera que entre ellos se convenga, con las recíprocas cauciones, que usufructuarán temporalmente; esto es, que cada uno tendrá el usufructo alternativamente un determinado tiempo.

La mayoría de la doctrina romanística considera que este fragmento ha sido interpolado, en mayor o menor medida.<sup>836</sup> La razón esencial de su interpolación es que

---

<sup>835</sup> Respecto al arriendo de usufructo o *locare usum fructum*, que no trataremos en el presente trabajo por exceder el objeto de estudio, vid. AMIRANTE, L. *Locare usum fructum* en LABEO 8 (1962), p. 206 y ss. y SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C. “*Locare usum fructum*”: note per l’esegesi di Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10 en BIDR 42-43 (2000-2001), pp. 293 a 315.

<sup>836</sup> La crítica más férrea a este fragmento ha venido de parte de ALBERTARIO, E. *Lo svolgimento storico della actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale* (1913) en Studi di diritto

nos encontramos ante un texto con expresiones que parecen haber sido interpoladas. Así lo indica Albertario, que considera que la orden dada al *iudex* en relación con el uso del usufructo en el futuro (*iudex officium suum ita diriget*) contenida en el texto se trata más bien de una orden que daría un “*legislatore*” y la categoriza como un indicio de interpolación.<sup>837</sup> Asimismo, parte de las críticas a este texto van dirigidas directamente a la imposibilidad que los usufructuarios pudieran solicitar la división del derecho real de usufructo a través de la *actio communi dividundo*. En efecto, compartimos con Bretone que este asunto habría sido discutido entre los juristas clásicos, ya que así lo atestiguan diversas fuentes: *Iul. 42 dig. D. 43,20,4*<sup>838</sup>; *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13,3* (que trataremos a continuación); *Paul. 9 Plaut. D. 45,3,32*<sup>839</sup>; y *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,7*<sup>840</sup> y *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10* (texto ya reproducido *ut supra*).

Debemos, pues, clarificar la posibilidad de que en el procedimiento formulario se pudiera conceder por parte del pretor la *actio communi dividundo* por vía útil<sup>841</sup> para los supuestos de “división” del usufructo. Para responder a esta pregunta debemos remitirnos principalmente a Valiño, que considera que la *actio communi dividundo* podría haberse concedido como *utilis* entre algunos cotitulares de derechos reales -que, en efecto, no son propietarios de la cosa común- en los que quizá pudiera pensarse que se introduce la ficción de la existencia de propiedad.<sup>842</sup> El autor trae a colación el contenido de *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13,3*, que establece lo siguiente:

*Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividundo iudicium*

---

romano IV, Milano, 1946, pp. 208-209. Contrariamente, considera clásico el fragmento PUGLIESE, G. *Usufrutto, uso e abitazione*. Torino: UTET, 1956, p. 433 nt. 4.

<sup>837</sup> ALBERTARIO, E. *Lo svolgimento...*, pp. 179-180.

<sup>838</sup> *Iul. 42 dig. D. 43,20,4*: “*Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi: quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat: et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum duobus, quemadmodum uti debeant. Respondit: sicut iter actus via pluribus cedi vel simul separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit.*”

<sup>839</sup> *Paul. 9 Plaut. D. 45,3,32*: “*Si, cum duorum usus fructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio iuris esset. Sed verius est utili communi dividundo iudicio inter eos agi posse.*”

<sup>840</sup> *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,7*: “*Sed et si de usu fructu sit inter duos controversia, dari debet.*”

<sup>841</sup> Sobre un análisis en profundidad de la *actio communi dividundo utilis* vid. FERNANDEZ BARREIRO, A. *Actio communi dividundo utilis* en Estudios Histórico-Jurídicos. Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 89-108.

<sup>842</sup> VALIÑO, E. *Actiones utiles...*, p. 361.

*dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? Quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.*

Nos encontramos ante un fragmento en el que Ulpiano cita a Juliano (en concreto, su libro 38 *digestorum*), y establece que, si entre dos usufructuarios hubiese controversia, es muy justo que se conceda una acción semejante a la de división de la cosa común o que entre ellos se den garantías por medio de estipulación (*vel stipulatione inter se eos cavere*) del modo en que van a usufructuar (*qualiter fruantur*). Porque, como dice Juliano, ¿va a consentir el pretor que lleguen a las armas y que se peleen aquellos a quienes puede apaciguar con el ejercicio de su jurisdicción?

Valiño, ante el análisis de este fragmento, considera que “la idea de eliminar la contienda entre los cusufructuarios se aviene mal con la concesión de una acción divisoria que debe poner fin a la cotitularidad, en tanto va bien con el sistema conciliador que corresponde a las estipulaciones pretorias; en todo caso parece claro que no puede haber *actio communi dividundo* si no se refleja en los textos una forma de *adiudicatio*, es decir, de terminación de la cotitularidad.”<sup>843</sup>

D’Ors opina que no debía ser difícil extender la *actio communi dividundo* por vía útil al caso de usufructo, puesto que entre los cusufructuarios podía existir una copropiedad sobre los frutos percibidos (y quizá consumidos ya).<sup>844</sup> Por lo que se refiere al texto principal tratado en el presente apartado, *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10*, el autor entiende que la información contenida en el texto está “torpemente presentada”, pero no debe despreciarse, puesto que no debe rechazarse la idea que sea una glosa marginal explicativa del párrafo 7.<sup>845</sup> Según el autor, “cuando se entabla la acción para dividir la propiedad común acerca del usufructo, el juez deberá procurar lo siguiente: o permitirá que usufructúen por regiones determinadas o alquilará el usufructo a uno de ellos (párrafo 7: *inter duos*) o a un tercero, a fin de que perciban las rentas sin controversia (párrafo 7: *si sit controversia*) o, si son cosas muebles, también podrá que ellos convengan y se den

---

<sup>843</sup> VALIÑO, E. *Actiones utiles...*, p. 361.

<sup>844</sup> D’ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema...*, p. 77.

<sup>845</sup> D’ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema...*, p. 78.

recíproca caución de usufructuar por temporadas, esto es, que el usufructo quede alternativamente en poder de cada uno por cierto tiempo.” El autor considera que la referencia a *res mobiles* es postclásica, dado que entiende que el reparto temporal del disfrute hubiera sido posible igualmente para el usufructo sobre cosas inmuebles.<sup>846</sup>

Por su parte, Biondi considera -acertadamente en nuestra opinión- que este modo de regular judicialmente las relaciones en casos de pluralidad de usufructuarios coincide exactamente con el modo planteado por el mismo Ulpiano en *Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,16pr.*, texto ya analizado en el presente trabajo en sede de *cautio de indemnitate* y en relación con el procedimiento derivado de la interposición de la *actio familiae erciscundae*, que establece lo siguiente:

*Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a communione usus fructus discedere, morem eis gerat cautionibus interpositis.*

Este fragmento hace referencia -como ya vimos en su momento- a cauciones que el *arbiter* del procedimiento de la *actio familiae erciscundae* (por lo tanto, el árbitro-juez de un juicio divisorio, como el de división de la cosa común) puede facilitar o exigir en caso que alguno de los coherederos usufructuarios quiera separarse de la comunidad del usufructo.

Este texto demuestra que en los juicios divisorios habría sido posible la aplicación de estas cauciones por parte del *arbiter* en casos de “división” del usufructo (no sabemos si por vía de una *actio communi dividundo utilis* o bien a través de otra acción específica, que en cualquier caso con total seguridad habría incluido una *intentio incerta*, típica de los juicios divisorios). Y esta es la razón elemental por la que consideramos que la estipulación de usufructuar temporalmente analizada responde a una sistemática caucional-judicial clásica, a pesar de las expresiones más o menos interpoladas que puedan contenerse en los fragmentos anteriormente analizados.

---

<sup>846</sup> D’ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema...*, p. 79.

Bajo nuestra opinión, de lo anteriormente expuesto podemos extraer que nos encontramos ante una estipulación que nació por vía convencional<sup>847</sup> y pasó al procedimiento formulario como una estipulación procesal pretoria, siendo también adoptada en la fase *apud iudicem* para el caso de que no se hubiera resuelto el asunto con anterioridad a la *litis contestatio*. En efecto, resulta verosímil pensar que, en caso de que los cusufructuarios quisieran “dividir” el usufructo y, por lo tanto, quisieran dividir el uso y la percepción de frutos de una determinada cosa, se pusieran de acuerdo mediante una *stipulatio*, por la que se prometieran mutuamente el tiempo en que debían usar la cosa y en qué proporción debieran repartirse los frutos que produjera. Sin embargo, en caso de no ponerse de acuerdo, cualquiera de los dos cusufructuarios podría haber recurrido al pretor, que les habría dado la posibilidad de accionar una *actio communi dividundo utilis* o bien una acción específica divisoria del usufructo, si bien también les hubiera dado la posibilidad de cerrar el asunto mediante estipulación. Así se establece en *Ulp. 18 ad Sab. D. 7,1,13,3*. Sin embargo, como críticos ante el hecho de que esta *cautio* pudiera operar como una verdadera estipulación pretoria, puesto que la expresión *vel stipulatione inter se eos cavere* no parece entrañar una obligatoriedad de promesa. Más bien se trataría de un ofrecimiento a los litigantes (actor y demandado) a que se pusieran de acuerdo mediante *stipulatio* (eso sí, prometida ante él, con la implicación respecto a su veracidad que ello implica) a los efectos de poder evitar el pleito.<sup>848</sup> Ahora bien, es posible que no se pusieran de acuerdo y, por consiguiente, debieran acudir ante el *arbiter* de la acción antes referida.

En efecto, el *arbiter* del procedimiento de la *actio communi dividundo utilis* o bien de una acción específica divisoria del usufructo (para el caso que consideremos que la primera acción no se podía dar en vía útil) podría haber exigido una *cautio de indemnitate* a alguna de las partes para el caso de que alguna de ellas hubiera tenido la voluntad de separación de la comunidad de usufructo (y garantizar así la indemnidad a los demás usufructuarios) o bien una *cautio per tempora se usuros et fruituros*, caución aquí analizada, para el caso de que la voluntad de las partes fuera la de repartir el tiempo del usufructo, a los efectos de garantizar la pacífica utilización temporal del usufructo. Y, con

---

<sup>847</sup> D’ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema...*, p. 79. Los autores indican que un “convenio fijado por estipulación debía de ser la solución normal del conflicto entre los cusufructuarios”.

<sup>848</sup> D’ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema...*, p. 79. Los autores afirman que “en muchos casos sería ya el mismo Pretor quien, en virtud de su función de conciliación, procurase que se llegara a tal acuerdo”; esto es, al acuerdo estipulatorio para usufructuar por temporadas.

toda seguridad, ello hubiera sido posible gracias a la *intentio incerta* contenida en la fórmula de las acciones divisorias, tal y como pudimos comprobar en el análisis de las reconstrucciones de las fórmulas de la *actio familiae erciscundae* y de la *actio communi dividundo*.

Ahora bien, tal y como señala D'Ors, no es descartable que hasta la época de Juliano o Celso los problemas entre cusufructuarios únicamente se hubieran podido resolver mediante expedientes indirectos, y sólo a partir de entonces se habría recurrido a una *actio communi dividundo utilis*<sup>849</sup>, si bien esta es una cuestión que no puede afirmarse con rotundidad.

### 3.11.2. Esquema sintético de la *cautio per tempora se usuros et fruituros*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio per tempora se usuros et fruituros* en base a las fuentes y a la acción en la que surgía:

<b>CAUTIO PER TEMPORA SE USUROS ET FRUITUROS o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE USUFRUCTUAR POR TEMPORADAS</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<b><i>Actio communi dividundo utilis</i> o acción específica de “división” del usufructo</b>	<i>Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10</i>	Las fuentes nos muestran que, en el seno de la fase <i>apud iudicem</i> de una <i>actio communi dividundo utilis</i> o de una acción específica de división del usufructo, podía exigirse a las partes una promesa de usufructuar por temporadas a los efectos de garantizar la pacífica utilización temporal del usufructo y respetar así la “división” efectuada en la <i>adiudicatio</i> del <i>arbiter</i> .

<sup>849</sup> D'ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema...*, p. 80.



### 3.12. LA CAUTIO DE DOLO O ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE DOLO

La *cautio de dolo* o estipulación judicial de dolo<sup>850</sup> es una de las estipulaciones judiciales clásicas que también podemos identificar en las fuentes. En efecto, según Giomaro, las fuentes documentan la existencia de una *cautio de dolo* que tiene una naturaleza y una vida plenamente procesal<sup>851</sup> y un carácter genérico<sup>852</sup>, diferenciada de aquellas estipulaciones *de dolo* convencionales llevadas a cabo fuera del procedimiento formulario romano.

En *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.*, texto tratado al inicio de la presente tesis, el jurista nos muestra la *cautio de dolo* como un ejemplo paradigmático de *stipulatio iudicialis*. En nuestra opinión, consideramos que la elección de la *stipulatio de dolo* como arquetipo de *cautio iudicialis* por parte del jurista en ese fragmento, responde a una función habitual y esencial de esta estipulación dentro del sistema caucional del procedimiento formulario romano, tal y como demostraremos a través del análisis de las fuentes identificadas relativas a esta estipulación.

Hemos podido identificar la mayoría de los fragmentos relativos a esta *cautio* a través de los resultados vertidos en la búsqueda de las palabras *cautio*, *cavere*, *stipulatio*, y sus

---

<sup>850</sup> Esta caución ha sido tratada precedentemente y de forma específica por COING, H. *Die clausula doli...*, p. 100 y ss., BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, pp. 165-185 y GIOMARO, "Cautiones iudiciales", pp. 195-210. Otros autores también se han referido a ella, aunque de forma más sucinta. Vid. ANKUM, H. *Eine neue Interpretation von Ulp. D. 4.2.9.5-6. Ueber die Abhilfe gegen "metus"* en *Festschrift Hübner zum 70.* Berlin/New York: W. de Gruyter, 1984, p. 6 y ss.; MARRONE, M. s.v. *Rivendicazione* en ED 41 (1989), p. 22 y ss.; KLINGENBERG, G. *Die Ersitzung...*, p. 244 y ss.; WIMMER, M. *Besitz und Haftung...*, p. 57; KASER, ZPR, p. 338 nt. 27 (el autor indica que esta *cautio* puede ser impuesta por el juez, normalmente al demandado) y CASAVOLA, F. s.v. *Dolo (diritto romano)* en NNDI, p. 149.

<sup>851</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 195. Cabe recordar que las estipulaciones en derecho romano clásico podían ser pretorias, judiciales o convencionales, de acuerdo con la clasificación de Pomponio contenida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* En concreto, en este apartado se hace referencia a la *cautio de dolo* judicial; sin embargo, debemos tener presente que también se daban estipulaciones de dolo de carácter convencional o extraprocésal que podían ser acordadas entre las partes fuera del proceso, tal y como lo atestiguan las siguientes fuentes: *Paul. 6 ad Sab. D. 10,2,44,5; Ulp. 28 ad ed. D. 13,7,15; Flo. 8 inst. D. 18,1,43,2; Proc. 6 epist. D. 18,1,68pr.; Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,11,16 y Herm. 2 iur. epit. D. 21,2,74,3*, entre otros textos. Por otro lado, debemos tener en cuenta también que las estipulaciones pretorias en las que también se aseguraba el dolo, solían incluir una *clausula de dolo*. Por ejemplo, para la *cautio iudicatum solvi* (*Ulp. 78 ad ed. D. 46,7,6; Ven. 6 de stip. D. 46,7,17; Ven. 9 de stip. D. 46,7,19pr. y Scaev., quaest. pub. tract. D. 46,7,21*) o la *cautio de rato* (*Paul. 13 ad Sab. D. 46,8,19 y Iul. 56 dig. D. 46,8,22,7*). Vid. BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 169 nt. 17 y COING, H. *Die clausula doli...*, pp. 99 y 100.

<sup>852</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 9.

derivadas, a través del sistema informático BIA. Estas fuentes utilizan las siguientes expresiones para referirse a esta concreta *stipulatio: de dolo cavere*<sup>853</sup>, *cautio de dolo/de dolo cautio*<sup>854</sup>, *cavendum esse de dolo*<sup>855</sup> y *de dolo malo et culpa cavere oportet*<sup>856</sup>. También hemos identificado textos relativos a esta caución que contenían las expresiones siguientes: *de dolo repromittere*<sup>857</sup>, *de dolo sicut dictum est repromittatur*<sup>858</sup> y *de dolo malo promitti*<sup>859</sup>.

En adelante examinaremos los fragmentos aportados por las fuentes que constituyen la casuística de la *stipulatio iudicialis de dolo* en el procedimiento formulario romano, que en la mayoría de los supuestos viene relacionada directamente con procedimientos en los que se lleva a cabo una *restitutio* por parte del demandado para conseguir la absolució en el litigio, restitució en la que se exige la promesa por dolo, a los efectos de responder por el deterioro de la cosa objeto de litigio.

### 3.12.1. *Rei vindicatio*

En primer lugar, nos centraremos en el recurso a la estipulaci3n judicial de dolo en la fase *apud iudicem* de la *rei vindicatio*. Son diversas las fuentes que señalan la aparici3n de esta cauci3n en este procedimiento reivindicatorio: *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18*; *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20* y *Ulp. 68 ad ed. D. 6,1,45*. Todos estos fragmentos se encuentran en el Digesto bajo la rúbrica *D. 6,1 De rei vindicatione*.

En *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18* se reproduce la siguiente opini3n:

---

<sup>853</sup> La expresi3n *de dolo cavere* arroja 6 resultados en BIA, de entre los cuales tan solo uno hace referencia a la *stipulatio iudicialis de dolo*: *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18*.

<sup>854</sup> La expresi3n *cautio de dolo* se encuentra referenciada 3 veces en las fuentes, segun el sistema BIA, y todas hacen referencia a la estipulaci3n judicial de dolo: *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20*; *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* e *Inst. 3,18,1*.

<sup>855</sup> En BIA encontramos un fragmento que hace referencia a esta estipulaci3n bajo la expresi3n *cavendum esse de dolo*: *Ulp. 68 ad ed. D. 6,1,45*.

<sup>856</sup> La expresi3n *de dolo malo et culpa cavere oportet* aparece en una única ocasi3n en las fuentes: *Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,1*.

<sup>857</sup> La búsqueda de la expresi3n *de dolo repromittere* arroja 5 resultados en las fuentes, segun BIA, siendo tan solo una de ellas la que hace referencia a esta específica *cautio*: *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5*. Uno de los otros textos que también hace referencia a la expresi3n *de dolo [malo] repromittere*, que es el fragmento *Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,13,17*, incluye más bien una estipulaci3n convencional, tal y como analizaremos más adelante, al final de este apartado.

<sup>858</sup> Esta expresi3n únicamente aparece en BIA en *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,7*.

<sup>859</sup> La expresi3n *de dolo malo promitti* aparece tan solo en una fuente: *Ulp. 1 ad ed. D. 21,1,21,1*.

*Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pigneraverit vel manumiserit.*

En este texto, el jurista Gayo nos describe la situación fáctica siguiente: si el poseedor usucapió el esclavo después de la *litis contestatio*, deberá entregarlo y dar por ello una caución de dolo (*de dolo cavere*), puesto que existe el riesgo de que lo hubiese dado en prenda o lo hubiera manumitido. Giomaro denomina específicamente esta caución como la *cautio de dolo post iudicium acceptum*<sup>860</sup>, en clara referencia al contenido del texto.

Para una mejor comprensión del fragmento, debemos recordar en este punto que la *usucapio* no puede ser interrumpida de forma civil.<sup>861</sup> Ello significa que la usucapición no puede ser interrumpida por la *litis contestatio* del procedimiento de la *rei vindicatio*. Ello viene también concebido así por Betancourt, que en su estudio sobre esta específica *stipulatio iudicialis* hace especial alusión a un texto de Paulo, en concreto *Paul. 54 ad ed. D. 41,4,2,21*<sup>862</sup>; fragmento que indica expresamente que, si alguien estuviera usucapiendo una cosa y fuera reclamada por el propietario de esta, no se interrumpiría la usucapición con la *litis contestatio*.

Además, debemos tener también presente que el *iudex*, a la hora de resolver la controversia, debe atenerse al momento procesal de la *litis contestatio*. En consecuencia, si en ese preciso momento procesal el poseedor de buena fe ha conseguido usucapir el esclavo, el *iudex* dictará una sentencia absolutoria, puesto que el demandado habrá conseguido ser propietario de la cosa en el momento de la litiscontestación. Contrariamente, si el poseedor de buena fe no ha usucapido aún al esclavo en el momento de la litiscontestación, la posesión de la cosa deberá ser atribuida al actor a pesar de que lo haya podido usucapir con posterioridad a ese momento procesal, puesto que el *iudex*

---

<sup>860</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 195.

<sup>861</sup> Así lo indica GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 103 nt. 37, donde la autora cita a su vez a VOICI, P. *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 170. Voci afirma claramente que “*interruzioni civili l’usucapio non ne conosce*”.

<sup>862</sup> *Paul. 54 ad ed. D. 41,4,2,21*: “*Si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. Sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Iulianus causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est.*”

debe atenderse al momento de la *litis contestatio*. En consecuencia, en este último caso el juez deberá condenar al demandado siempre que éste no quiera restituir antes la cosa en virtud de la cláusula arbitraria insertada en la fórmula.

Partiendo de esa base, ahora puede comprenderse el fragmento en su plenitud. En efecto, nos encontramos en la fase *apud iudicem* del procedimiento de la *rei vindicatio*. Es precisamente durante esta fase (por lo tanto, con posterioridad a la *litis contestatio*) que el texto nos muestra que el poseedor de buena fe del esclavo (que ocupa la posición procesal de demandado en el procedimiento) consigue usucapirlo. Sin embargo, ello no puede ser tenido en cuenta por el *iudex*, puesto que -como ya hemos señalado- únicamente viene vinculado por la situación jurídico-fáctica existente en el momento de la litiscontestación. En consecuencia, antes de ser condenado el demandado, el *iudex* dará la posibilidad al mismo de restituir la cosa para evitar la condena de conformidad con la cláusula arbitraria incluida en la fórmula de la acción. En el caso de que decidiera restituir al esclavo, del texto se desprende que el demandado deberá prestar además una *cautio de dolo*. Ello nos demuestra que la *cautio de dolo* era ordenada por el *iudex*<sup>863</sup> y actuaba aquí como requisito necesario para cumplir con el *iussum de restituendo*, no bastando para el *iudex* la simple *restitutio* física de la cosa objeto de litigio a los efectos de poder absolver al demandado en sentencia.<sup>864</sup>

La necesidad de la *cautio de dolo* resulta imprescindible en el supuesto que nos muestra el fragmento. Efectivamente, debemos tener presente que la *litis contestatio* produce un efecto novatorio *inter partes*, pero precisamente por ello no paraliza la *usucapio*. Por consiguiente, en el caso de que el poseedor de buena fe (demandado en la *rei vindicatio*) consiguiera usucapir al esclavo con posterioridad a la *litis contestatio*, ello implicaría unos efectos *erga omnes* que habrían hecho válidos los actos de disposición sobre la cosa que hubiera llevado a cabo el demandado con terceros, posteriormente al momento de usucapir al esclavo después de la litiscontestación y con anterioridad a que el juez dictara el *iussum de restituendo*. En consecuencia, la finalidad de la *cautio de dolo* es proteger al actor para el caso de que la cosa (en nuestro caso, un esclavo) hubiera sido pignorada, hipotecada o manumitida por parte del poseedor una vez hubiera ya usucapido

---

<sup>863</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 174.

<sup>864</sup> COING, H. *Die clausula doli...*, p. 100, considera que el demandado poseedor de buena fe está obligado por el *iussum restituendi* a prometer la *stipulatio doli*; y es sólo entonces cuando se producirá la absolución.

al esclavo, todo ello para evitar que el propietario civil demandante no se viera mermado en su derecho de propiedad respecto al objeto de controversia. En este sentido, la *cautio de dolo* prometida por el demandado le compromete a resarcirlo en el caso que finalmente el propietario perdiera su derecho de propiedad sobre el esclavo (por manumisión, aunque también pudiera ser por venta de este) o pudiera perder al esclavo como consecuencia del impago de una deuda pignoraticia por razón del esclavo pignorado.

Otro de los textos destacables en sede de *rei vindicatio* en relación con la *cautio de dolo* es *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20*, que indica lo siguiente:

*Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est.*

Este segundo texto, también del jurista Gayo y extraído de su libro séptimo dedicado al edicto provincial, recoge un supuesto de hecho muy parecido donde parece que continúe su opinión jurídica. El jurista aquí describe una situación en la que el poseedor de buena fe de una esclava, demandado por la *rei vindicatio*, consigue usucapirla con posterioridad a la *litis contestatio* y la esclava da a luz también después de este momento procesal. El demandado, poseedor de buena fe, al no haber conseguido la propiedad de la esclava, debe ser condenado. Sin embargo, si decidiera devolver la cosa a los efectos de ser absuelto, debería restituir no sólo la esclava sino también a su hijo<sup>865</sup>, y debería prestar la *stipulatio iudicialis de dolo* tanto por la esclava como por el hijo.

En su análisis sobre este fragmento, Betancourt indica que el texto trata el principio general de Gayo que determina que el poseedor de buena fe debe restituir los frutos producidos por la cosa después de la *litis contestatio* así como también lo que adquirió a

---

<sup>865</sup> Giomaro considera que en este fragmento el jurista Gayo quiere señalar que el *partus ancillae* debe incluirse también en la *restitutio*. Vid. GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 204.

través del esclavo (no adquirido a través de sus propios bienes) como herencias y legados, puesto que dentro de la conceptualización de *restitutio* deben incluirse también las cosas accesorias.<sup>866</sup>

Según Yaron, la desposesión no es una consecuencia necesaria de toda disputa relativa a la propiedad. El autor considera que tanto *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18* como *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20* demuestran que la mera interposición de una demanda bastaba para obtener una resolución judicial del asunto, pero que el litigio no equivalía a una *usurpatio*.<sup>867</sup> En este sentido, y tal y como hemos venido insistiendo, el *iudex* tomaría su decisión de acuerdo con la situación existente en el momento de la *litis contestatio*, haciendo caso omiso de la finalización de la *usucapio* en caso de que ésta se hubiera producido entretanto.<sup>868</sup>

Analizamos a continuación el último texto sobre la *cautio de dolo* en sede de *rei vindicatio*<sup>869</sup>:

*Ulp. 68 ad ed. D. 6,1,45*

*Si homo sit, qui post conventionem<sup>870</sup> restituitur, si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo, debere ceteros etiam de culpa sua: inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.*

Este texto no ha estado exento de críticas respecto a su claridad.<sup>871</sup> Betancourt, a pesar de su crítica, considera que las interpolaciones existentes no desvirtuarían que la referencia a la *cautio de dolo* es clásica.<sup>872</sup> Según el autor, parece del todo comprensible

---

<sup>866</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 175.

<sup>867</sup> La *usurpatio* es aquel acto por el que el propietario recupera la posesión para interrumpir la *usucapio*. Vid. D'ORS, *DPR*, p. 247 (§172, nt. 9).

<sup>868</sup> YARON, R. *De usurpationibus* en *Studi Grosso* 2, p. 559.

<sup>869</sup> Sorprende también que no se haga referencia alguna por parte de Giomaro a este texto, que bajo nuestro punto de vista demuestra una clara aplicación de la *cautio de dolo* en la fase *apud iudicem* de la *rei vindicatio*.

<sup>870</sup> La referencia *post conventionem* resulta interpolada. Vid. BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 176 nt. 29.

<sup>871</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 176 confirma que el texto está profundamente alterado.

<sup>872</sup> Sobre las interpolaciones a este texto, dado que no son relevantes para la *cautio* analizada, nos remitimos a lo expuesto por BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 176 nt. 30. El autor esencialmente considera que la referencia a la *culpa* no es clásica.

que, dentro del procedimiento formulario de la *rei vindicatio*, se pudiera exigir -tal y como señala el texto- una *cautio de dolo* al poseedor de buena fe de un esclavo que pudo haber dado en prenda al mismo previamente a la litiscontestación, pero que sin embargo tiene la voluntad de restituirlo para evitar la condena.

Bajo nuestro punto de vista, si entendemos clásica la *cautio de dolo* referenciada en el texto respecto al poseedor de buena fe que tiene la voluntad de restituir, parece entonces que deberíamos considerar que este fragmento amplía los supuestos en que la *cautio de dolo* podía ser exigida por el *iudex* mediante el *iussum de restituendo*. En efecto, no sólo se aplicaría en los supuestos de *usucapio* de la cosa *post litem contestatam* (analizados anteriormente en *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18* y *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20*), sino también en supuestos en los que el poseedor de buena fe hubiera dado en prenda al esclavo antes de la litiscontestación. En definitiva, que la *cautio de dolo* también protegería los supuestos en los que el poseedor de buena fe hubiera pignorado o incluso manumitido al esclavo con posterioridad a la demanda (y, por lo tanto, a sabiendas de la existencia de un litigio sobre la cosa en posesión) pero antes de la litiscontestación, siempre que tuviera posteriormente en la fase *apud iudicem* la voluntad de restituir al esclavo para evitar la condena.

Si bien es cierto que en los supuestos de *usucapio post litem contestatam* la necesidad de la *cautio* habría sido imperiosa, puesto que la *usucapio* hubiera producido unos efectos *erga omnes* que habrían afectado enormemente al título de propiedad sobre el bien e incluso a la *restitutio* de la cosa, parece ser que el *iudex* también habría exigido esta *stipulatio* para cualquier caso en el que se hubiera tenido conocimiento de una afectación jurídica sobre la cosa que hubiera perturbado la propiedad o la *restitutio* misma de la cosa. En consecuencia, el *iudex* habría exigido esta *cautio de dolo* para blindar la *restitutio* total de la cosa (no sólo física, sino también jurídica).

Finalmente, respecto a la posibilidad del juez de aplicar esta *stipulatio iudicialis de dolo* -y tal y como pudimos observar anteriormente en sede de *cautio de evictione*- las estipulaciones judiciales podrían haber sido exigidas por el *iudex* en el procedimiento de la *rei vindicatio* a través de la cláusula arbitraria contenida en la fórmula. Es por este motivo que nos remitimos a lo anteriormente expuesto respecto a la habilitación de la fórmula de la *rei vindicatio*.

### 3.12.2. *Actio quod metus causa*

Dos textos del Digesto parecen mostrarnos la aplicación de la *cautio de dolo* en el procedimiento de la *actio quod metus causa*. El primero de ellos es *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5*:

*Iulianus libro tertio*<sup>873</sup> *digestorum putat eum, cui res metus causa tradita*<sup>874</sup> *est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere.*

Este fragmento se encuentra ubicado en el Digesto bajo la rúbrica *D. 4,2: Quod metus causa gestum erit*. En él, Ulpiano cita la opinión de Juliano e indica que, quien recibió la posesión de una cosa coaccionando con intimidación, no sólo debe devolverla a quien se la entregó, sino también dar la caución de dolo (*de dolo repromittere debere*).

El segundo texto también se encuentra bajo la misma rúbrica y ubicado seguidamente del anterior, siendo su contenido el siguiente:

*Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,7*

*Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. Et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo, ut Iulianus scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. Sed et si per vim stipulanti promisero, stipulatio accepto facienda erit. Sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt.*

---

<sup>873</sup> LENEL, *Palingenesia I*, p. 324 nt 2. El autor considera que no sería el *liber tertio*, puesto que sería fruto de una interpolación, sino el *liber quarto*.

<sup>874</sup> LENEL, *Palingenesia I*, p. 324 nt 2. El autor entiende que la referencia a la *traditio* es fruto de una interpolación al fragmento. En consecuencia, considera que el texto clásico habría hecho referencia a *mancipata*.

En este fragmento Ulpiano nos muestra que *ex hoc edicto* se ha de hacer la restitución (total) por ministerio del juez, de forma que, si se entregó una cosa por fuerza, se devuelva y se dé caución de dolo, por si la cosa se ha deteriorado.<sup>875</sup> La partícula *ex hoc edicto* hace referencia al texto inmediatamente anterior -*Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,6*<sup>876</sup>- donde se establece *in fine* la acción por la intimidación al cuádruplo (la *actio quod metus casusa*). Es por ello por lo que la construcción gramatical *ex hoc edicto* está haciendo referencia al edicto relativo al *metus*<sup>877</sup>, y, en consecuencia, a la *actio quod metus causa*.

Sin embargo, no resulta nítido que el contenido de *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5* se esté refiriendo a esta acción concreta. Y es que la *actio quod metus causa* podía concurrir con una acción real rescisoria, que podía ser una *rei vindicatio* rescisoria<sup>878</sup> (según Coing, ficticia<sup>879</sup>). De hecho, la doctrina romanística se encuentra dividida respecto a este extremo, puesto que en *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,6* -fragmento que se encuentra entre los dos anteriores- se hace referencia a la acción real rescisoria y a la *actio quod metus causa*, distinguiendo entre una y otra.

En el primer grupo de autores, favorable a considerar el texto encuadrable en el procedimiento de la *actio quod metus causa*, se encuentran principalmente Betancourt y Ankum. Betancourt considera que este texto trata del ejercicio de la *actio quod metus causa*, puesto que en el seno de este procedimiento -si el demandado quiere restituir- no sólo debe devolver la cosa mediante una *remancipatio*, sino también debe *satsisdare de dolo* a los efectos de asegurar un posible deterioro de la cosa. El autor considera, además, que la promesa que se indica en el texto es en realidad una *satsisdatio de dolo* y, en consecuencia, se caracteriza por ser una estipulación de dolo con garantía.<sup>880</sup> Somos críticos ante esta denominación, puesto que los dos fragmentos anteriormente analizados

---

<sup>875</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 172.

<sup>876</sup> *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,6*: "*Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.*"

<sup>877</sup> No entramos a examinar en este trabajo la discusión sobre si la *actio quod metus causa* depende o no del edicto *quod metus causa* puesto que no está relacionado de forma directa con nuestro objeto de estudio. Sobre la teoría de Kupisch, relativa a la relación de esta acción penal con el edicto del *metus*, y sobre la discusión en sí misma, vid. D'ORS, A. *El Comentario de Ulpiano...*, pp. 223-290.

<sup>878</sup> Entre otros, vid. KASER, M. *Zur in integram restitutio...*, p.113 y BRASIELLO, U. *Corso di diritto romano...*, p. 216.

<sup>879</sup> Vid. COING, H. *Die clausula doli...*, p. 100, donde el autor se refiere a una "fiktizischen rei vindicatio".

<sup>880</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 172.

hacen una clara referencia a una *repromissio*<sup>881</sup> o simple promesa de dolo (así se desprende de la utilización de los vocablos *repromittere* y *repromittatur*, respectivamente), expresiones que deben excluir por completo que la promesa viniera garantizada por fiadores.

Por su parte, Ankum, después de tratar en profundidad el texto, llega a la conclusión de que es más probable que el fragmento se refiera a la *actio quod metus causa* y no a una *rei vindicatio* rescisoria, dado que considera clásica la referencia en *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,7* al *sictum dictum est*. En consecuencia, entiende que ambos textos están tratando la misma acción: la acción penal al cuádruplo.<sup>882</sup> Su teoría es muy sólida y merece ser explicada, aunque sea sucintamente.<sup>883</sup> El autor considera que en la mayoría de casos una *repromissio de dolo* habría sido superflua tanto en una *rei vindicatio* rescisoria ficticia como en una *rei vindicatio* normal, a menos que el demandado hubiera usucapido la cosa reivindicada *post litem contestatam*, tal y como hemos podido observar en los textos analizados en el punto anterior en ocasión de la *rei vindicatio*. En consecuencia, esto le lleva a pensar que en realidad ambos textos están haciendo referencia a la *actio quod metus causa*.

También Giomaro indica que este texto trata sobre la *restitutio* como consecuencia del *metus*, pero no indica expresamente que se diera en el procedimiento de la *actio quod metus causa*.<sup>884</sup>

En el segundo grupo encontramos esencialmente a Coing y a D'Ors. Ambos autores excluyen que en *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5* se esté haciendo referencia a la *actio quod metus causa*. En este sentido, Coing considera que el fragmento en realidad nos está mostrando una *rei vindicatio* ficticia, en la que la *stipulatio de dolo* actuaría de una forma muy similar a la ya analizada anteriormente en los fragmentos de *Gai. 7 ad ed. prov. D.*

---

<sup>881</sup> Giomaro también considera que ambos textos están haciendo referencia a una *repromissio de dolo*. En este sentido vid. GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 195.

<sup>882</sup> ANKUM, H. *Eine neue Interpretation...*, p. 8.

<sup>883</sup> Para una explicación más detallada de la teoría de Ankum vid. ANKUM, H. *Eine neue Interpretation...*, pp. 7-9.

<sup>884</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 196. Resulta sorprendente, por otra parte, que la autora no haya tratado en profundidad estos textos en su estudio sobre las *cautiones iudiciales*.

6,1,18 y D. 6,1,20. El autor, al contrario de Ankum, considera que la referencia al "*sicut dictum est*" no es clásica.<sup>885</sup>

En el mismo sentido se expresa D'Ors, que tampoco concibe como clásico el "*sicut dictum est*", puesto que considera que, ante la confusión existente entre ambas acciones en época justiniana, los compiladores habrían identificado las dos mediante la introducción de la frase "*sicut dictum est*". En este sentido, el autor argumenta que nos encontramos ante una acción rescisoria *in rem* de la que únicamente sabemos con certeza que, en el momento de devolución de la cosa enajenada, esta devolución debía ir acompañada de una *cautio de dolo*. D'Ors también indica que, en este tipo de acciones, el dolo a que hace referencia la caución no está en la imposición de gravámenes o cargas, sino en el hecho de ocultarlo al hacer la restitución.<sup>886</sup> Ello resulta especialmente interesante a los efectos de desentrañar la naturaleza jurídica de la *cautio de dolo*.

Pues bien, ante las dos teorías mostradas anteriormente, consideramos que las dos tienen elementos sólidos para ser defendidas. Sin embargo, a los efectos de considerar si era o no posible aplicar en ambas acciones la *cautio de dolo*, resulta una discusión inocua o estéril, puesto que ambas son acciones que tienen el carácter de arbitrarias.<sup>887</sup>

En efecto, independientemente de qué teoría se considere la correcta en relación con la interpretación de *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5 y 7*, lo cierto es que tanto en una acción real rescisoria ficticia como en la *actio quod metus causa*, el juez podría haber podido aplicar esta *cautio*. Ello es así puesto que la acción real rescisoria ficticia habría contenido una cláusula arbitraria o restitutoria, al igual que la *rei vindicatio*. Por otro lado, la fórmula de la *actio quod metus causa*, que como pudimos observar anteriormente en este estudio puede facilitar la aplicación de una *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*, también habría habilitado al juez a aplicar una *cautio de dolo*, dado que la *condemnatio* de la fórmula contiene una cláusula arbitraria o restitutoria mediante la que el *iudex* habría podido exigir esta estipulación de dolo.<sup>888</sup> El momento procesal donde se

---

<sup>885</sup> COING, H. *Die clausula doli...*, p. 100.

<sup>886</sup> D'ORS, A. *El Comentario de Ulpiano...*, pp. 253 y 255.

<sup>887</sup> D'Ors afirma que la confusión justiniana entre la acción real rescisoria y la *actio quod metus causa* (acción de naturaleza penal) era fácil, puesto que ambas acciones son arbitrarias. D'ORS, A. *El Comentario de Ulpiano...*, pp. 255-256.

<sup>888</sup> En este sentido, vid. D'ORS, A. *El Comentario de Ulpiano...*, p. 255.

habría exigido la promesa de esta específica *cautio* habría sido en el *iussum de restituendo*.<sup>889</sup> En esta orden de restitución se habría exigido para la absolución del demandado la devolución voluntaria de la cosa acompañada de la promesa de la *stipulatio de dolo*. En caso de que el demandado hubiera accedido, habría sido absuelto. En caso contrario, con total seguridad el *iudex* habría condenado *in quadruplum* al demandado.

Lo anterior nos demuestra que el juez del procedimiento formulario, atendiéndose siempre al contenido de la fórmula, habría interpretado de forma extensiva la concepción de la *restitutio* a los efectos de considerar que la plena y total restitución de la cosa conllevaría, a parte de la simple devolución física, la promesa inequívoca de responder por el dolo. En consecuencia, la *cautio de dolo* formaría parte de la restitución “total” de la cosa<sup>890</sup>, y sería sin duda uno de los requisitos que el *iudex* habría exigido para cumplir con el *iussum de restituendo*.

Respecto a la finalidad en sí de la caución, los autores han argumentado que seguramente la *stipulatio iudicialis de dolo*, dentro del procedimiento de la *actio quod metus causa*, habría tenido como objetivo proteger la existencia de gravámenes en la cosa impuestos por el propietario restituyente<sup>891</sup>, garantizar la pérdida de derechos sobre la cosa debido a las disposiciones del demandado restituyente durante el período en el que fue propietario<sup>892</sup> y, en definitiva, asegurar un posible deterioro de la cosa<sup>893</sup> tal y como se indica expresamente en *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,7*.

### 3.12.3. *Actio rei uxoriae*

---

<sup>889</sup> Vid. COING, H. *Die clausula doli...*, p. 101 nt. 3; D’ORS, A. *El Comentario de Ulpiano...*, p. 255; y ANKUM, H. *Eine neue Interpretation...*, p. 7.

<sup>890</sup> Somos conscientes que la construcción “*id est in integrum*” contenida en *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,7* ha sido considerada interpolada de forma casi unánime por la doctrina. Así lo indica Cervenca en su obra dedicada a sus estudios realizados sobre la *in integrum restitutio*, en la que el autor constata que la mayoría de la doctrina romanística no la considera clásica, sino más bien fruto de una glosa postclásica o de una interpolación justiniana. El autor lo considera en realidad un uso anómalo de la expresión *restitutio in integrum*. En este sentido vid. CERVENCA, G. *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 158. A pesar de ello, aunque consideráramos que efectivamente está interpolado, el texto seguiría hablando de *restitutio* y resulta evidente que de su literalidad puede desprenderse que la *stipulatio iudicialis de dolo* formaría parte de ese *iussum restituendi*.

<sup>891</sup> D’ORS, A. *El Comentario de Ulpiano...*, p. 253.

<sup>892</sup> ANKUM, H. *Eine neue Interpretation...*, p. 7.

<sup>893</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 172.

La *stipulatio de dolo iudicialis* resulta de aplicación también en el procedimiento de la *actio rei uxoriae*. Así viene concebido en el siguiente texto de Paulo:

*Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,1*

*Maritum in reddenda dote de dolo malo et culpa cavere oportet. Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit, damnandum eum, quanti mulier in litem iuraverit, quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.*

En este fragmento el jurista Paulo nos indica que, en el procedimiento de la *actio rei uxoriae*, concretamente en el momento en el que el marido debe restituir la dote, éste debe prometer también una *cautio de dolo malo et culpa*. Por otra parte, el fragmento continúa diciendo que, si el marido hubiera obrado con dolo para no restituirla, debe ser condenado en cuanto la mujer jurara la *litis aestimatio*, puesto que según Paulo nadie debe retener lo que es nuestro contra nuestra voluntad.

La doctrina romanística no parece tener dudas sobre la clasicidad de la *cautio de dolo* contenida en el fragmento; sin embargo, la referencia a la *culpa* se considera interpolada.<sup>894</sup>

Betancourt afirma que el texto está tratando claramente la *cautio de dolo* en sede de *actio rei uxoriae*. El autor considera que es así puesto que en la *actio ex stipulatu* no existe normalmente un *iusiurandum in litem*. Entendemos que la referencia a la *actio ex stipulatu* llevada a cabo por Betancourt deriva de que, ante una primera lectura del texto, pudiera parecer que en realidad la *stipulatio de dolo* se hubiera prometido extrajudicialmente por el marido a la mujer en el momento de una restitución de la dote fuera de cualquier proceso, y que en caso de incumplimiento de la promesa de dolo se hubiera ejercitado una *actio ex stipulatu* por parte de la mujer contra el marido. El autor descarta esta posibilidad, puesto que en la *actio ex stipulatu* no es usual que pueda haber lugar al *iusiurandum in litem*. En base a lo expuesto, compartimos con el autor que no

---

<sup>894</sup> Por todos, vid. COING, H. *Die clausula doli...*, p. 101; LUZZATTO, G. *Il problema...*, p. 289 nt. 262; BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 180; GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 203 y PROVERA, G. *Contributo allo studio...*, p. 49. En efecto, la práctica totalidad de los autores consideran que la referencia a la *culpa* no es clásica y que sería fruto de una interpolación.

hay duda de que nos encontramos ante el procedimiento de la *actio rei uxoriae*; y no tan sólo por el anterior argumento, sino también porque si ponemos este texto en relación con los siguientes textos que le siguen, no podemos más que confirmar que nos encontramos ante el procedimiento de la *actio rei uxoriae*. En este sentido se expresa Giomaro, que considera que debemos tener presente que este fragmento se encuentra dentro de un texto más amplio en el que se hacen referencia también a otras cauciones judiciales (*Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,2-4*), que ya hemos tratado en el presente estudio, y que son la *cautio de indemnitate*, la *cautio de re restituenda* y la *cautio de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*,<sup>895</sup> estipulaciones todas ellas que pueden surgir en el procedimiento de la *actio rei uxoriae*.

Entrando ya de lleno en el contenido de la *cautio*, debemos hacer obligada referencia en este punto a Provera, quien examinó en profundidad este texto en su contribución al estudio del *iusiurandum in litem*.<sup>896</sup> En este trabajo el autor concibe la *cautio de dolo* como una *stipulatio* judicial, que debía prestarse después de que el juez lo ordenara cuando el demandado estaba dispuesto a operar la *restitutio in iudicio*, evitando de esta forma la condena.

#### 3.12.4. *Actio redhibitoria*

Debemos también hacer referencia a una aplicación de la *cautio de dolo* en la *actio redhibitoria*, que se encuentra recogida en *Ulp. 1 ad ed. D. 21,1,21,1*:

*Cum redditur ab emptore mancipium venditori, de dolo malo promitti oportere ei Pomponius ait et ideo cautiones necessarias esse, ne forte aut pignori datus sit servus ab emptore aut iussu eius furtum sive damnum cui datum sit.*

Aquí Ulpiano nos traslada al seno de la fase *apud iudicem* de la *actio redhibitoria*, y nos hace partícipes de la opinión de Pomponio, indicando que, cuando el comprador restituía un esclavo al vendedor debía prometerle a este último en garantía por dolo, y por ello eran necesarias las cauciones de que el esclavo no hubiera sido dado en prenda por

<sup>895</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 204.

<sup>896</sup> PROVERA, G. *Contributo allo studio...*, pp. 49-51.

el comprador, o de que no hubiera cometido hurto o daño con la autorización del comprador.

La doctrina romanística considera que no hay duda de que en este fragmento nos encontramos ante una aplicación de la *cautio de dolo iudicialis* en sede de redhibición.<sup>897</sup> Ciertamente es que el supuesto de hecho que expone aquí Ulpiano es, en esencia, el mismo al que se hizo referencia cuando analizamos los siguientes fragmentos del Digesto referidos a la *cautio de indemnitate*: *Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,21,2*; *Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,23,8*; *Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,29,3* y *Paul. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,30pr.*<sup>898</sup> Sin embargo, debemos tener presente que, tal y como examinamos en su momento, la *cautio de indemnitate* está prevista para los casos en que exista un detrimento patrimonial, independientemente de que haya mediado o no dolo por parte del promitente de la estipulación.

Consideramos que la previsión de la *cautio de dolo* en este concreto fragmento refuerza el hecho de que se trataba de una *stipulatio* genérica, que protegía cualquier situación en la que hubiera mediado dolo respecto a la cosa objeto de litigio en el momento de la *restitutio*, y que ello hubiera implicado un deterioro de esta. El texto nos pone algunos ejemplos, como puede ser el caso que el esclavo hubiera sido dado en prenda por el comprador o que hubiera cometido hurto o daño con la autorización del comprador.

Luzzatto afirma que la *cautio de dolo* -en este supuesto específico- era el mecanismo procesal mediante el cual el actor garantizaba al demandado que en el esclavo redhibido no subsistían derechos reales a favor de terceros (como la prenda) o bien que el esclavo no había cometido por el *iussus* del *dominus* -y durante el período que había estado bajo

---

<sup>897</sup> Entre otros, MOZZILLO, A. *Contributi...*, p. 38 nt. 55; COING, H. *Die clausula doli...*, p. 102, LUZZATTO, G. I. *Il problema...*, pp. 288-289; BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 172; GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 200; y MANNA, L. "Actio redhibitoria"..., p. 198. Manna considera que el comprador deberá prestar una *cautio de dolo* con la finalidad de garantizar que el esclavo no constituya objeto de prenda en favor de un tercero o no quede sujeto a *nox*a por delitos encargados por el comprador.

<sup>898</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", pp. 202 y 203, considera que tanto *Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,21,2* como *Paul. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,30pr.* son aplicaciones genéricas la *cautio de dolo*. Como ya defendimos en su momento en el apartado relativo a la *cautio de indemnitate*, entendemos que en todo caso son aplicaciones de la *cautio de indemnitate*.

su potestad- algún delito que no hubiera sido *noxis solutus* (esto es, solucionado mediante la entrega en noxa del esclavo).<sup>899</sup>

Parte de la doctrina ha considerado interpolado el texto desde las palabras *et ideo* hasta el fin del párrafo.<sup>900</sup> Betancourt, por su parte, ha entendido que únicamente no serían clásicas las palabras *et ideo cautiones necessarias ese*, pero que la referencia a la prenda y al hurto del esclavo serían una contribución del pensamiento de Ulpiano.<sup>901</sup> El autor también considera en su estudio que un texto de Pomponio demostraría que la *stipulatio iudicialis de dolo* en sede de redhibitoria únicamente preveía el delito que hubiera sido cometido *iussu emptoris*. Este texto es *Pomp. 18 ad Sab. D. 21,1,46*, que reproducimos a continuación:

*Cum mihi redhibeas, furtis noxisque solutum esse promittere non debes, praeterquam quod iussu tuo fecerat aut eius cui tu eum alienaveris.*

En este texto resulta obvio que el jurista Pomponio no está haciendo referencia directa a la *cautio de dolo*. Compartimos con Betancourt el hecho que, en realidad, el fragmento parece estar refiriéndose a una *cautio* que excluiría la responsabilidad noxal por un delito cometido *iussu emptoris* o con la aquiescencia de un subadquiriente. Ahora bien, también consideramos, al igual que el autor, que Pomponio simplemente estaría explicando el efecto de la *stipulatio iudicialis de dolo*, que comprendería el dolo del subadquiriente, a efectos de una eventual responsabilidad noxal.<sup>902</sup>

### 3.12.5. ¿Actio communi dividundo?

Finalmente, debemos pasar al examen de un último fragmento, ya tratado anteriormente en el presente estudio en sede de *cautio de evictione*, que es el siguiente:

*Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,13,17*

---

<sup>899</sup> LUZZATTO, G. I. *Il problema...*, pp. 288-289.

<sup>900</sup> BESELER, G.v. *Einzelne Studien* en ZSS 47 (1927), p. 369. También opina que el fragmento parece estar interpolado COING, H. *Die clausula doli...*, p. 102 y nt. 1.

<sup>901</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 178 nt. 33.

<sup>902</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 179.

*Idem Celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. Si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. Quod si tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum **de dolo malo repromittere**: aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes.*

Las conclusiones sobre este fragmento a las que llegamos con anterioridad en la presente tesis -y que volvemos a admitir aquí- es que las estipulaciones que el texto incluye (*pro evictione cavere* y *de dolo malo repromittere*) tienen sus efectos en la compraventa y no en el curso del procedimiento de la *actio communi dividundo*. En consecuencia, nos encontramos ante una estipulación convencional que no tiene el carácter de judicial.

Según parte de la doctrina romanística, entre los que encontramos a Pérez López, consideran que en el presente texto se está haciendo una referencia explícita a una *cautio de evictione* y una *cautio de dolo* con carácter judicial.<sup>903</sup>

Sin embargo, otra parte de la doctrina, entre los que encontramos a Coing, considera que no es extraño pensar que en la *actio communi dividundo* pudiera surgir la promesa de una *cautio de dolo* entre las partes, pero se muestra seguro al afirmar que ello no queda probado ni atestiguado en este fragmento.<sup>904</sup> En el mismo sentido se pronuncia Betancourt, que defiende que la *cautio de dolo* contenida en el texto tiene sus efectos en la compraventa y no en el procedimiento de la *actio communi dividundo*.<sup>905</sup>

---

<sup>903</sup> PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal...*, p. 123.

<sup>904</sup> COING, H. *Die clausula doli...*, p. 103.

<sup>905</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 177.

También Giomaro considera que la *cautio* contenida en *Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,13,17* no tiene un carácter judicial, sino que simplemente se trata de una promesa derivada del negocio jurídico de la compraventa (promesa convencional entre las partes de carácter negocial o extraprocesal).<sup>906</sup> Para sustentar su tesis la autora argumenta que la *repromissio de dolo* contenida en *Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,13,17* es similar a la que se establece en *Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,11,16*<sup>907</sup>, que recoge una aplicación convencional o extraprocesal de la estipulación de dolo.

En base a todo lo expuesto podemos concluir que las cauciones o estipulaciones que el texto establece (*pro evictione cavere* y *de dolo malo repromittere*) no tienen el carácter de judicial, puesto que a nuestro parecer resulta improbable que el *iudex privatus* (*iudex* o *arbiter*) del procedimiento formulario pudiera, en base a la fórmula, llamar a un tercero al procedimiento (en este caso, Sempronio, el comprador) a los efectos de que le fueran prometidas cauciones en su beneficio. Pero es que, además, el fragmento se halla dentro de la rúbrica de la compraventa, estando los textos más orientados a ese negocio jurídico y a las obligaciones recíprocas de las partes derivadas del mismo, y no tanto a las vicisitudes del procedimiento de la *actio communi dividundo*.

### **3.12.6. Ubicación de la *cautio de dolo* en el sistema de las estipulaciones judiciales. Subsidiariedad respecto a la *actio de dolo***

Una vez analizada la casuística relativa a la estipulación judicial de dolo, tan sólo nos queda precisar -en base a los textos analizados- cuál sería la naturaleza jurídica del *dolus* al que hace referencia la caución.

La *cautio de dolo* examinada anteriormente no protege un *dolus* negocial, puesto que este se basa en una falta de representación de la realidad voluntariamente provocada por la otra parte de un negocio jurídico concreto<sup>908</sup>, como pueda ser la compraventa, puesto que la *stipulatio* del proceso se da dentro de un procedimiento judicial, fuera de la vía

---

<sup>906</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 195 nt. 1.

<sup>907</sup> *Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,11,16*: “*Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: nam si iure creditoris venderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit, denique etiam repromittit de dolo: sed et si non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit venderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.*”

<sup>908</sup> TALAMANCA, M. *Elementi di diritto privato romano*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 117.

convencional o negocial, y en cualquier caso no cubre una relación jurídica negocial. Tampoco nos encontramos ante un *dolus* procesal, en ninguno de sus dos sentidos, ya sea comprendido como un comportamiento doloso dirigido a obtener un resultado favorable de un proceso o bien como un ejercicio doloso de la misma acción.<sup>909</sup> Si bien nuestra *stipulatio* se promete dentro de un procedimiento, no cubre un dolo relacionado con la propia dinámica procesal o con un ejercicio malicioso de las acciones para obtener una ventaja.

El dolo protegido por la *cautio de dolo* se refiere al deterioro físico o jurídico de la cosa objeto de litigio, que es restituida en cada uno de los procedimientos de las acciones anteriormente referidas. En este sentido se expresa Betancourt, que entiende que el dolo que asegura la *cautio de dolo* tiene que ver con “la ausencia de un deterioro de la cosa misma que se restituye”.<sup>910</sup> También Casavola, que considera que mediante esta *cautio* se preestablece una responsabilidad por actos fraudulentos con respecto al objeto de la controversia; estipulación que es ordenada por el *iudex* sobre todo en aquellos casos en los que el demandado de una *actio in rem* esté en condiciones de alterar el estado de la *res controversa*.<sup>911</sup>

En consecuencia, cuando el *iudex* impone o facilita la promesa de esta estipulación se está protegiendo o asegurando que sobre la cosa que se restituye (ya sea a través de la *rei vindicatio*, de la *actio quod metus causa*, de la *actio rei uxoriae* o de la *actio redhibitoria*) no se le han impuesto gravámenes (*pignus*), no se hayan cometido delitos por parte del esclavo, no se haya manumitido al esclavo, etc.<sup>912</sup> Según Betancourt, una cosa puede ser entregada al demandante vencedor, pero ello no implica la restitución (*restitutio*) en los casos en que se entrega una cosa deteriorada (ya sea física o jurídicamente). Precisamente la estipulación judicial de dolo garantiza una *restitutio* jurídica total de la cosa objeto de restitución, libre de gravámenes físicos y jurídicos.

---

<sup>909</sup> D'ORS, A. *Nota bibliográfica a BRUTTI, M. La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana 2 vols (Giuffrè, Milano, 1973) viii + iv + 823 págs.*) en AHDE (1976), pp. 781-782. Sobre un estudio en profundidad del dolo procesal, vid. BRUTTI, M. *La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* (2 volúmenes). Milano: Giuffrè, 1973.

<sup>910</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 181.

<sup>911</sup> CASAVOLA, F. s.v. *Dolo (diritto romano)...*, p. 149.

<sup>912</sup> BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, p. 183.

Betancourt, finalmente, considera que la *stipulatio de dolo* “nos amplía un poco más el concepto de las facultades del juez, cuya sentencia no se limitará entonces a los términos planteados en la fórmula, sino que también podría, quizá como contenido de la misma sentencia, ordenar este tipo de caución para lograr un efectivo y completo cumplimiento de aquélla.”<sup>913</sup> Somos críticos ante esta visión de Betancourt. En ningún caso la *cautio de dolo* forma parte del contenido de la sentencia, que únicamente puede ser absolutoria o condenatoria. La *cautio de dolo* se configura como un requisito del *iudex* exigido en ciertos casos -analizados anteriormente- a los efectos de cumplir con el *iussum de restituendo*, entendiendo que no habrá una *restitutio* total o completa de la cosa objeto de litigio si no se promete esta caución, y, por lo tanto, si no se tiene en cuenta que no sólo debe hacerse una *restitutio* física del objeto de la controversia, sino también jurídica. Únicamente en el caso que no se prometa, el juez procederá a condenar al demandado por el valor de la *litis aestimatio* (o, en algunas acciones, como en la *actio quod metus causa*, al *quadruplum*).

En consecuencia, detectado el objetivo primordial de esta estipulación, debemos determinar si esta caución juega un papel complementario o genérico -y, consecuentemente, subsidiario- con respecto al sistema caucional judicial clásico o bien estamos ante un mecanismo judicial con unas características propias y diferenciadas de las demás, a los efectos de por proteger una situación jurídica distinta de las otras estipulaciones judiciales.

Giomaro considera que la *cautio de dolo* tiene una naturaleza subsidiaria y subordinada al resto de cauciones judiciales. La autora considera que a ella se recurre únicamente cuando no existen otros mecanismos o remedios procesales específicos, de forma que mediante la estipulación se garantiza que el que recibe la promesa pueda recurrir en un futuro, para el caso que se verifique el dolo, a la *actio ex stipulatu* derivada de la estipulación.<sup>914</sup> Ahora bien, según la autora, esta regla tampoco era estricta, dado que a veces se habla de *cautio de dolo* en situaciones para las que existe una protección procesal

---

<sup>913</sup> BETANCOURT, F. *La “stipulatio iudicialis de dolo”...*, pp. 184-185.

<sup>914</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 210 y LAMBRINI, P. *Dolo generale e regole di correttezza*. Milano: CEDAM, 2010, p. 57 (según esta última autora, en la época de Ulpiano se recurría a la acción de dolo solo en los casos en los que la obligación surgiera de la *stipulatio* y no hubiera sido prestada la *cautio de dolo*).

específica. En estos supuestos, la autora considera que la *cautio de dolo* se utilizaría como alternativa a otros medios de protección.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, la estipulación judicial de dolo tiene un elemento de menoscabo doloso de la cosa que no habrían tenido las otras estipulaciones judiciales. En efecto, la práctica totalidad de las cauciones judiciales analizadas en la presente tesis pueden ser prometidas precisamente por la ausencia de dolo del demandado. En cambio, la *cautio de dolo* se erige más bien como una salvaguarda respecto a cualquier tipo de deterioro jurídico sufrido por la cosa objeto de litigio surgido hasta el momento de la *restitutio* material de la cosa; deterioro en el que haya mediado dolo por parte de quien restituye la cosa en el procedimiento.

Es por todo ello que no podemos compartir con Giomaro que estemos ante una caución subsidiaria o alternativa a las demás estipulaciones, sino que tiene unas características propias e individualizadas. En nuestra opinión, la estipulación judicial de dolo habría sido una de las cauciones más utilizadas en el procedimiento formulario romano, siempre que la previsión formularia del procedimiento concreto lo hubiera permitido. Para apoyar esta tesis nos basamos en dos aspectos fundamentales. El primero de ellos es que esta caución viene referenciada como ejemplo paradigmático de *stipulatio iudicialis* tanto en la clasificación pomponiana contenida en *Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.* -que prueba su uso en época clásica- como en la clasificación justiniana heredera de la anterior y consagrada en *Inst. 3,18,1*. Y, el segundo aspecto, es el propio contenido de la caución. Precisamente por las propias características de esta caución consideramos que esta estipulación habría sido solicitada por alguna de las partes en el proceso y concedida por el *iudex* en todos los casos en que se produjera una *restitutio* en sede judicial, precisamente para alcanzar una *restitutio* total y completa, libre de gravámenes y de cualquier tipo de obstáculo que entorpeciera el derecho de propiedad sobre la cosa objeto de litigio, causada por el dolo del obligado a la restitución.

Por otro lado, muchos autores afirman que las partes recurrían a la *cautio de dolo* para evitar tener que ejercitar en el futuro una *actio de dolo*<sup>915</sup>, seguramente para evitar las

---

<sup>915</sup> GIOMARO, “*Cautiones iudiciales*”, p. 210. La *actio de dolo* es aquella acción penal por la que se condenaba por el valor del perjuicio sufrido derivado del engaño malicioso. Vid. D’ORS, *DPR*, p. 468

consecuencias infamantes o vergonzosas de tener que interponer esa acción<sup>916</sup>, para hacer valer sus efectos de forma inmediata en el propio procedimiento en curso<sup>917</sup> o bien para asegurar un medio procesal (la futura *actio ex stipulatu*) que tuviera la ventaja de ser perpetua y transmisible contra los herederos del deudor.<sup>918</sup> Compartimos esta opinión doctrinal, sobre todo por lo que respecta al segundo motivo, de carácter estrictamente procesal. Bajo nuestro punto de vista, la promesa de la *cautio* en el procedimiento habría circunscrito el ámbito del dolo y habría facilitado el camino hacia una *actio ex stipulatu* posterior ante el incumplimiento de la promesa; esto es, ante la verificación de un deterioro de la cosa restituida causada por el dolo del que la restituye.

En consecuencia, la *actio de dolo* podría considerarse subsidiaria a la *cautio de dolo*, tal y como afirma parte de la doctrina.<sup>919</sup> Esta subsidiariedad o subordinación de la acción de dolo parece desprenderse de *Ulp. 11 ad ed. D. 4,3,1,4*<sup>920</sup>; fragmento en el que se indica que, si alguien hubiese asegurado con una estipulación (por ejemplo, una estipulación por el dolo) no puede tener la acción de dolo. Bajo nuestro punto de vista, consideramos que la subsidiariedad de la acción, independientemente de que se erigiera o no como una regla procesal, habría sido sin duda lo habitual en la práctica, puesto que la exigencia probatoria de la *actio ex stipulatu* en base a una promesa por el dolo habría sido mucho menor que la de la *actio de dolo* y, por consiguiente, el afectado por el dolo habría elegido siempre la interposición de la acción derivada de la estipulación, mucho más beneficiosa y favorable a sus intereses, antes que ejercitar la acción de dolo.

---

(§381). Sobre la *actio de dolo* vid., entre muchos otros, COLACINO, V. s.v. *Actio de dolo* en NNDI, pp. 259-260 (en esta voz se incorpora una nutrida bibliografía sobre esta acción), y, muy recientemente, HARKE, J.D. *Actio de dolo. Arglistklage im römischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2020.

<sup>916</sup> Vid. BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico...*, p. 237. El autor indica que la *actio de dolo* trae aneja a la sentencia condenatoria el efecto infamante, al igual que otras acciones, como pueden ser las acciones penales del *ius civile* que suponen un dolo en el demandado (como la *actio furti*), acciones pretorias (como la propia *actio de dolo* o la *actio iniuriarum*) y acciones que suponen una falta a la confianza prestada (entre otras, según el autor, la *actio tutelae*).

<sup>917</sup> GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 210.

<sup>918</sup> DAREMBERG, CH. *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*. Paris: Hachette, 1875, p. 55 (s.v. *actio*).

<sup>919</sup> D'Ors apunta que esta acción era subsidiaria respecto al resto de acciones; es decir, tan sólo en el caso de que ninguna otra acción fuera posible. D'ORS, *DPR*, p. 468 (§381). Vid. también ALBANESE, A. *La sussidiarietà dell'actio de dolo* en *Annali Palermo* 28 (1961), p. 173 y ss.; BETANCOURT, F. *La "stipulatio iudicialis de dolo"...*, pp. 165 y 185; y GIOMARO, "Cautiones iudiciales", p. 210.

<sup>920</sup> *Ulp. 11 ad ed. D. 4,3,1,4*: "Ait praetor: "Si de his rebus alia actio non erit." Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione Tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit."

### 3.12.7. Esquema sintético de la *cautio de dolo*

Acompañamos a continuación un esquema sintético en el que se recogen resumidamente las finalidades de la *cautio de dolo* en base a las fuentes y a las acciones en las que surgían:

<b>CAUTIO DE DOLO o ESTIPULACIÓN JUDICIAL DE DOLO</b>		
<b>ACCIONES</b>	<b>FUENTES</b>	<b>FINALIDADES</b>
<b><i>Rei vindicatio</i></b>	<i>Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18; Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20 y Ulp. 68 ad ed. D. 6,1,45</i>	Las fuentes nos muestran que, en el seno de la fase <i>apud iudicem</i> de la <i>rei vindicatio</i> , en ocasiones era necesaria la promesa del dolo por parte del demandado en caso de haber usucapido al esclavo <i>post litem contestatam</i> , a los efectos de evitar el riesgo que hubiese sido dado en prenda o manumitido (menoscabo jurídico). Esta <i>stipulatio iudicialis de dolo</i> también protegería los supuestos en los que el poseedor de buena fe hubiera pignorado o incluso manumitido al esclavo con posterioridad a la demanda (y, por lo tanto, a sabiendas de la existencia de un litigio sobre la cosa en posesión) pero antes de que tuviera lugar la <i>litis contestatio</i> , siempre que tuviera posteriormente en la fase <i>apud iudicem</i> la voluntad de restituir al esclavo para evitar la condena.
<b><i>Actio quod metus causa</i></b>	<i>Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5-7</i>	En el seno de la <i>actio quod metus causa</i> , el demandado que recibió la posesión de una cosa coaccionando con intimidación, no sólo debe devolverla sino también debe prometer por el dolo, a los efectos de responder para el caso de deterioro jurídico de la cosa (esto es, que la haya pignorado, manumitido, etc.).
<b><i>Actio rei uxoriae</i></b>	<i>Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,1</i>	En el ámbito de la reclamación judicial de la dote, el marido no debe únicamente restituir los bienes dotales, sino que debe prometer por el dolo, a los efectos de responder para el caso

		que estos bienes dotales hubieran sufrido un deterioro jurídico.
<b><i>Actio redhibitoria</i></b>	<i>Ulp. 1 ad ed. D. 21,1,21,1</i>	Las fuentes nos indican que, en el seno de la fase <i>apud iudicem</i> de la <i>actio redhibitoria</i> , cuando el comprador restituía un esclavo al vendedor -cumpliendo así con el <i>iussum de restituendo</i> - debía prometerle a este último en garantía por dolo, a los efectos de responder en el caso de que el esclavo hubiera sufrido un menoscabo jurídico (esto es, que hubiera sido dado en prenda por el comprador o que hubiera cometido un hurto o producido un daño con la autorización del comprador).

#### **4. LAS FÓRMULAS DE LAS ACCIONES COMO FUNDAMENTO DE LAS ESTIPULACIONES JUDICIALES: RECAPITULACIÓN Y SÍNTESIS**

(...)





















































































## 5. CONCLUSIONES

1. Las *stipulationes iudiciales* del procedimiento formulario del derecho romano, que han sido analizadas a través de las fuentes que constituyen el cuerpo de este estudio, conforman una categoría específica dentro de la categoría general de las *stipulationes*, según el testimonio del jurista Pomponio<sup>1052</sup>. Estas estipulaciones de carácter judicial forman parte de las estipulaciones procesales, junto con las *stipulationes praetoriae*, puesto que son prometidas en el ámbito del procedimiento formulario. Sin embargo, mientras que las pretorias tienen lugar en la fase *in iure* del procedimiento, ante el magistrado (pretor), las judiciales surgen en la fase *apud iudicem* y son prometidas ante el *iudex privatus*. Desde el punto de vista terminológico, y de acuerdo con las fuentes, la categoría recibe el nombre de *stipulationes iudiciales*, dado que tiene en cuenta la propia naturaleza del mecanismo procesal: un contrato verbal llevado a cabo mediante una promesa. Sin embargo, cada tipo de estipulación recibe el nombre de *cautio*, que se refiere a la finalidad de garantía, siendo así recogido en las fuentes.

2. Definimos de forma unitaria las *stipulationes* o *cautiones iudiciales* como aquellos mecanismos procesales en forma de promesa estipulatoria que el *iudex*, con fundamento en una previsión formularia, podía forzar o facilitar a prometer a una de las partes o a ambas en la fase *apud iudicem* del procedimiento. Las *stipulationes iudiciales* se configuran como verdaderos contratos verbales realizados ante el *iudex*, que producen unos determinados efectos en el propio procedimiento. El recurso a la *stipulatio* como método resolutivo de incidentes en el ámbito procesal -en concreto, en la fase *apud iudicem*- permite una ágil resolución y a su vez preserva los principios de inmediación e inmediatez temporal.

3. Según el testimonio de las fuentes, en la mayoría de los supuestos en los que se recogen aplicaciones de estas estipulaciones, éstas se convertían en un requisito necesario para la absolución o la condena en sentencia, por razones diversas, que siempre tenían que ver con el objeto de litigio y en relación con el contenido de la fórmula. Las fuentes nos muestran que las estipulaciones judiciales se prometían con unas finalidades determinadas, tales como evitar un enriquecimiento injustificado o un lucro cesante a

---

<sup>1052</sup> Pomp. 26 ad Sab. D. 45,1,5pr.

alguna de las partes, evitar un *duplex damnum* o una doble condena sobre el mismo objeto, garantizar una *restitutio* total o completa de la cosa (o de un derecho real) objeto de litigio, aplazar la *restitutio* o *exhibitio* voluntaria de la cosa objeto de litigio ante la imposibilidad -no mediando dolo- de entregarla en cumplimiento del *iussum de restituendo* o *exhibendo*, garantizar una indemnización por el deterioro jurídico de la cosa objeto de litigio (pignoración, evicción, manumisión del esclavo, etc.) y, en general, para proteger cualquier interés legítimo de alguna de las partes que afectara directamente al objeto de litigio.

4. A partir de la base textual examinada podemos identificar diversas aplicaciones de estas estipulaciones judiciales en el procedimiento formulario. Estas concretas *cautiones* son las siguientes: la *cautio de indemnitate*<sup>1053</sup>, la *cautio de evictione*<sup>1054</sup>, la *cautio defensum iri*<sup>1055</sup>, la *cautio de restituendo* (en la que encontramos las modalidades *de restituenda*<sup>1056</sup> y *de servo persequendo -qui in fuga est- et restituendo*<sup>1057</sup>), la *cautio de exhibendo*<sup>1058</sup>, la *cautio de amplius non turbando*<sup>1059</sup>, la *cautio de pecunia solvenda ubi promissa est*<sup>1060</sup>, la *cautio de remittendo* o *se non acturum lege Aquilia*<sup>1061</sup>, la *cautio de non alienando*<sup>1062</sup>, la *cautio per tempora se usuros et fruituros*<sup>1063</sup> y la *cautio de dolo*<sup>1064</sup>. En nuestra opinión, las estipulaciones judiciales identificadas en las fuentes no

---

<sup>1053</sup> *Pap. 2 resp. D. 3,5,30,1; Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,16pr.; Gai. 7 ad ed. prov. D. 10,2,19; Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,5; Paul. 23 ad ed. D. 10,2,25,10; Paul. 23 ad ed. D. 10,2,25,13; Paul. 23 ad ed. D. 10,2,29; Pomp. 21 ad Sab. D. 10,2,47pr.; Afric. 9 quaest. D. 12,6,38pr.; Paul. 4 ad Plaut. D. 15,1,47,2; Paul. 6 ad Sab. D. 17,2,38pr.; Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,21,2; Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,23,8; Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,29,3; Paul. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,30pr.; Ulp. 36 ad Sab. D. 23,3,29; Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,4; Pomp. 5 ad Sab. D. 27,3,3; Afric. 2 quaest. D. 30,107pr. y *Pap. 18 quaest. D. 33,4,7pr.**

<sup>1054</sup> *Paul. 21 ad ed. D. 6,1,35,2; Alf. 6 dig. epit. D. 6,1,57; Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14,1; Paul. 23 ad ed. D. 10,2,25,21; Paul. 23 ad ed. D. 10,3,10,2; Ulp. 51 ad ed. D. 30,71,1.*

<sup>1055</sup> *Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6,1,58; Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,31pr.; Ner. 7 memb. D. 5,3,57; Ulp. 18 ad ed. D. 9,4,14pr.; Ulp. 19 ad ed. D. 10,2,20,2; Paul. 5 ad Plaut. D. 17,1,45,2; Paul. 60 ad ed. D. 17,2,28; Paul. 2 ad Plaut. D. 31,8,3-4; Ulp. 2 fid. D. 32,11,21; Ulp. 19 ad Sab. D. 33,4,1,10 y *Pap. 18 quaest. D. 33,4,7,2; Ulp. 23 ad Sab. D. 34,3,3,5 y Pomp. 7 ex Plaut. D. 34,3,4.**

<sup>1056</sup> *Ulp. 15 ad ed. D. 5,3,16pr.; Paul. 21 ad ed. D. 6,1,10; Ulp. 16 ad ed. D. 6,1,11; Paul. 21 ad ed. D. 6,1,27,4; Paul. 17 ad Plaut. D. 6,1,47; Pomp. 11 ad Sab. D. 13,6,13pr.; Jul. 13 Dig. D. 19,1,23; Marcian. 15 ad form. hypoth. D. 20,1,16,3 y *Ulp. 33 ad ed. D. 24,3,24,2-4-6.**

<sup>1057</sup> *Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,14,5-11; Paul. 21 ad ed. D. 6,1,21; Ulp. 31 ad ed. D. 17,1,8,9-10; Ulp. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,21,3; Gai. 1 ad ed. aed. curul. D. 21,1,26; Ulp. 29 ad Sab. D. 21,2,21,3; Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,3; Ulp. 22 ad Sab. D. 30,47,2-3; Gai. ed., 2 legat. D. 30,69,5; Ulp. 76 ad ed. D. 44,4,4,7.*

<sup>1058</sup> *Ulp. 24 ad ed. D. 10,4,5,6 y Paul. 26 ad ed. D. 10,4,12,5.*

<sup>1059</sup> *Paul. 21 ad ed. D. 8,5,7 y Iav. 2 epist. D. 8,5,12.*

<sup>1060</sup> *Ulp. 27 ad ed. D. 13,4,4,1.*

<sup>1061</sup> *Paul. 20 ad ed. D. 5,3,36,2; Ulp. 16 ad ed. prov. D. 6,1,13; Ulp. 28 ad ed. D. 13,6,7,1; Gai. 10 ad ed. prov. D. 19,2,25,5; Paul. 21 ad ed. D. 19,2,43 y Paul., de conc. act. D. 44,7,34pr.*

<sup>1062</sup> *Ulp. 24 ad Sab. D. 34,4,3,4 y *Pap. 17 quaest. D. 35,1,71pr.**

<sup>1063</sup> *Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10.*

<sup>1064</sup> *Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,18; Gai. 7 ad ed. prov. D. 6,1,20; Ulp. 68 ad ed. D. 6,1,45; Ulp. 11 ad ed. D. 4,2,9,5-7; Ulp. 1 ad ed. D. 21,1,21,1 y Paul. 36 ad ed. D. 24,3,25,1.*

constituyen un *numerus clausus*, puesto que muchas de las estipulaciones relacionadas tienen un carácter esencialmente casuístico, encontrándonos ante una pluralidad de situaciones jurídico-procesales en las que podían surgir. Ello nos lleva a afirmar que, con seguridad, habrían existido estipulaciones judiciales *ad hoc* para supuestos concretos, en los que el contenido de la *stipulatio* habría variado en función de las características del *casus*.

5. La ampliación de la base textual respecto a los trabajos precedentes ha permitido identificar todos los supuestos de aplicaciones clásicas de las *stipulationes iudiciales* recogidos en las fuentes, que responden sistemáticamente a una previsión formularia incluida en las fórmulas de determinados *iudicia*. En este sentido, hemos detectado aplicaciones de estipulaciones judiciales mayoritariamente en procedimientos derivados del ejercicio de acciones civiles, aunque también honorarias, y en acciones tanto *in rem* como *in personam*, cuyas fórmulas incluían las siguientes cláusulas: la cláusula *oportet ex fide bona* (incluida en los juicios de buena fe), la cláusula arbitraria o restitutoria (incluida en acciones *in rem* y en determinadas acciones que tenían como objeto una determinada *restitutio*), la *intentio incerta* incluida en las fórmulas de juicios divisorios (como la *actio familiae erciscundae* y la *actio communi dividundo*), la *exceptio doli* insertada en la fórmula de la *actio ex testamento*, la *condemnatio in bonum et aequum* (incluida en las acciones *in bonum et aequum*, como la *actio iniuriarium*), y, finalmente, la alternativa entre el valor máximo del esclavo y su entrega en noxa incluida en las acciones noxales *cum noxae deditio*.

6. La imposición o facilitación de *stipulationes iudiciales* responde, en base a lo anteriormente concluido, al *officium iudicis* del juez del procedimiento formulario, que definimos como el deber del *iudex privatus* de juzgar con absoluto respeto al contenido y a las previsiones de la *formula*, con un alcance distinto según el tipo de cláusulas introducidas en la redacción formularia de cada uno de los *iudicia*. Descartamos que este *officium iudicis* clásico se tratara de un poder discrecional amplio del *iudex* que tuviera su fundamento en la *aequitas*, tal y como defendió en su momento Giomaro, entendida como justicia creativa del juez. En primer lugar, debemos rechazar esa concepción por el hecho de que la *aequitas* como principio-guía dentro el procedimiento formulario habría sido más propia del pretor, puesto que el magistrado es el que tuvo en cuenta la equidad en la redacción de la fórmula, a través de la *intentio* del actor y de la posible *exceptio* del

demandado, así como mediante la concreción de las específicas cláusulas formularias, incluso creando nuevos expedientes procesales como la *in integrum restitutio*. Y, en segundo lugar, porque la citada definición de *aequitas* respondería, bajo nuestro punto de vista, a las características del *officium* plenipotenciario del juez del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*. Finalmente, debemos señalar que el papel de la jurisprudencia romana en relación con las estipulaciones judiciales es una cuestión controvertida en la doctrina, dada la escasez y parquedad de fuentes relativas a la fase *apud iudicem*, puesto que los juristas a penas mostraron interés por esta fase del procedimiento formulario, en la que -con anterioridad al momento de dictar sentencia- podía surgir la aplicación de *stipulationes iudiciales*. Sin embargo, podemos afirmar que la heterogeneidad de la praxis judicial romana, basada en la convivencia de jueces legos y jueces concedores del derecho que podían o no haber recurrido a un *consilium* de juristas, parece mostrarnos que los diferentes tipos de *stipulationes iudiciales* habrían sido creadas de forma diversa (con influencia o no de la jurisprudencia, según los supuestos), aunque su aplicación habría venido siempre vinculada al respeto y a la *interpretatio* del contenido de la *formula* por parte del *iudex*, tal y como hemos podido demostrar a través del análisis de las fuentes examinadas en la presente tesis.

## 6. ÍNDICE DE FUENTES

### 6.1. Fuentes jurídicas

#### 6.1.1. Fuentes antejustinianas

##### *Gai institutiones (Gai.)*

3,121: 47, nt. 97	4,48: 256, nt. 639; 368, nt. 936
3,122: 47, nt. 97	4,59: 209, nt. 519; 370
3,123: 47, nt. 97	4,62: 70, nt. 171; 76, nt. 195; 84, nt. 227;
3,124: 47, nt. 97	87; 89; 114, nt. 316; 115, nt. 317; 210
3,125: 32, nt. 46	nt. 522
3,155: 84, nt. 227; 244, nt. 620	4,114: 282, nt. 692
4,30: 366, nt. 923	4,116: 368, nt. 937
4,39: 368, nt. 932	4,130: 368, nt. 938
4,40: 368, nt. 934	4,131: 368, nt. 938
4,41: 368, nt. 933	4,140: 264, nt. 643
4,42: 368, nt. 935	4,141: 264, nt. 643
4,43: 368, nt. 936; 390	4,142: 264, nt. 643
4,47: 209, nt. 518; 370	4,157: 226, nt. 566

##### *Pauli sententiae (PS.)*

2,31,37: 232, nt. 584
5,9,1: 32, nt. 46

#### 6.1.2. *Corpus iuris civilis*

##### *Institutiones (Inst.)*

3,18,pr.: 41 y ss.; 43	4,6,31: 207, nt. 510; 281 y ss.; 293 y ss.;
3,18,1: 41 y ss.; 43; 196, nt. 484 y 487;	294, nt. 735
256; 361; 342, nt. 854	4,6,33: 294; 294, nt. 736; 295
3,18,2: 41 y ss.; 43	4,17,2: 196, nt. 480; 255 y ss.; 394, nt.
3,18,3: 41 y ss.; 43	1024
3,18,4: 41 y ss.; 43	4,17,3: 195, nt. 479; 206, nt. 505; 264,
4,6,20: 114, nt. 315	nt. 645; 269
4,6,28: 84, nt. 229; 114, nt. 315; 209;	
209, nt. 516 y 521	

## **Digesta (D.)**

- 2,1,4: 46; 46, nt. 95  
2,8,12: 32, nt. 46  
2,9,2,1: 263, nt. 641  
3,5,30,1: 67, nt. 155; 73 y ss.; 134; 372;  
386; 408, nt. 1053  
4,2,9,5: 342, nt. 857; 348 y ss.; 363; 378;  
389; 398, nt. 1031; 408, nt. 1064  
4,2,9,6: 349; 349, nt. 876; 378; 389; 408,  
nt. 1064  
4,2,9,7: 342, nt. 858; 348 y ss.; 352, nt.  
890; 363; 378; 389; 408, nt. 1064  
4,2,14,4: 222; 222, nt. 555  
4,2,14,5: 195, nt. 479; 196, nt. 484; 220  
y ss.; 222, nt. 555; 243; 259; 378; 387;  
408, nt. 1057  
4,2,14,6: 222; 222, nt. 555  
4,2,14,8: 222; 222, nt. 556  
4,2,14,11: 196, nt. 482 y 484; 224 y ss.;  
398, nt. 1031; 408, nt. 1057  
4,3,1,4: 362; 362, nt. 920  
4,3,9,4: 62, nt. 138  
5,1,74pr.: 390; 390, nt. 1000  
5,1,79,1: 400, nt. 1040  
5,3,10,1: 173, nt. 442  
5,3,16pr.: 195, nt. 478; 216 y ss.; 217, nt.  
538; 259; 377; 387; 408, nt. 1056  
5,3,18pr.: 217, nt. 538  
5,3,19,3: 281 y ss.  
5,3,20,7: 60, nt. 134  
5,3,31pr.: 165, nt. 423; 166, nt. 425; 171  
y ss.; 193; 376; 386; 408, nt. 1055  
5,3,34,1: 174, nt. 442  
5,3,36,1: 174, nt. 442  
5,3,36,2: 303; 307 y ss.; 319; 322; 377;  
388; 408, nt. 1061  
5,3,44: 174, nt. 442  
5,3,57: 143 y ss.; 166, nt. 427; 169 y ss.;  
172; 172, nt. 435; 174, nt. 442; 193;  
376; 386; 408, nt. 1055  
6,1,10: 195, nt. 476; 196 y ss.; 199; 257;  
375; 387; 408, nt. 1056  
6,1,11: 195, nt. 476; 197 y ss.; 257; 375;  
387; 408, nt. 1056  
6,1,12: 198 y ss.  
6,1,13: 303; 306 y ss.; 314; 319; 322;  
376; 388; 408, nt. 1061  
6,1,14: 307; 313  
6,1,16pr.: 137, nt. 357  
6,1,18: 342 y ss.; 342, nt. 853; 351; 363;  
376; 389; 408, nt. 1064  
6,1,20: 342; 342, nt. 854; 345 y ss.; 363;  
376; 389; 408, nt. 1064  
6,1,21: 196, nt. 482, 484 y 486; 230 y ss.;  
260; 375; 387; 398, nt. 1031; 408, nt.  
1057  
6,1,27,4: 26; 26, nt. 28; 195, nt. 477; 199  
y ss.; 201, nt. 497; 257; 375; 387; 398,  
nt. 1031; 408, nt. 1056  
6,1,35,2: 137, nt. 357; 142 y ss.; 162;  
375; 386; 408, nt. 1054  
6,1,45: 342; 342, nt. 855; 346 y ss.; 363;  
376; 389; 408, nt. 1064  
6,1,46: 201 y ss.  
6,1,47: 201 y ss.; 208; 257; 375; 387;  
408, nt. 1056  
6,1,57: 137, nt. 359; 138 y ss.; 143; 162  
y ss.; 172, nt. 435; 375; 386; 408, nt.  
1054  
6,1,58: 26; 26, nt. 28; 166, nt. 429; 167  
y ss.; 193; 375; 386; 408, nt. 1055  
6,1,69: 59 y ss.  
7,1,13pr.: 59; 59, nt. 127  
7,1,13,3: 95; 95, nt. 255; 335 y ss.  
7,5,2: 32, nt. 46  
7,5,6pr.: 32, nt. 46  
7,5,7: 32, nt. 46  
7,5,9: 32, nt. 46  
7,5,10: 32, nt. 46  
7,9,12: 32, nt. 46  
8,5,4,2: 283; 283, nt. 695  
8,5,6,2: 272, nt. 662  
8,5,6,6: 283; 283, nt. 696

- 8,5,7: 26; 26, nt. 28; 271 y ss.; 277, nt. 676; 288; 376; 387; 408, nt. 1059  
8,5,12: 94, nt. 253; 271; 277, nt. 676; 279; 286, nt. 710; 287 y ss.; 376; 387; 398, nt. 1031; 408, nt. 1059  
8,5,15: 279, nt. 682  
9,2,27,14: 311, nt. 783  
9,4,1,1: 67, nt. 154  
9,4,14pr.: 165, nt. 423; 191 y ss.; 194; 384; 386; 408, nt. 1055  
9,4,14,1: 137, nt. 358; 145 y ss.; 148, nt. 393; 162; 384; 386; 408, nt. 1054  
9,4,32: 62; 148, nt. 390  
10,2,12pr.: 115, nt. 319; 379, nt. 980  
10,2,14,1: 93  
10,2,15: 93  
10,2,16pr.: 67, nt. 158; 93 y ss.; 135; 337; 380; 408, nt. 1053  
10,2,19: 67, nt. 163; 91 y ss.; 135; 380; 386; 408, nt. 1053  
10,2,20,2: 165, nt. 423; 183 y ss.; 194; 382; 386; 408, nt. 1055  
10,2,20,5: 66, nt. 150; 67, nt. 153; 108 y ss.; 135; 380; 386; 408, nt. 1053  
10,2,20,8: 166, nt. 425; 185 y ss.  
10,2,25,10: 67, nt. 159; 95 y ss.; 135; 380; 398, nt. 1031; 408, nt. 1053  
10,2,25,11: 96; 96, nt. 257  
10,2,25,13: 67, nt. 151; 97 y ss.; 135; 380; 408, nt. 1053  
10,2,25,21: 153 y ss.; 163; 380; 386; 408, nt. 1054  
10,2,29: 67, nt. 152; 98 y ss.; 100, nt. 266; 135; 380; 386; 408, nt. 1053  
10,2,42: 60, nt. 134; 103; 103, nt. 276 y 277  
10,2,44,5: 341, nt. 851  
10,2,47pr.: 67, nt. 156; 100 y ss.; 135; 380; 386; 408, nt. 1053  
10,3,4,2: 114, nt. 315  
10,3,6,3: 115, nt. 319; 379, nt. 980  
10,3,6,4: 115, nt. 319; 379, nt. 980  
10,3,7,7: 335; 335, nt. 840  
10,3,7,10: 95; 95, nt. 256; 333 y ss.; 333, nt. 832; 339; 381; 389; 408, nt. 1063  
10,3,10,2: 137, nt. 357; 150 y ss.; 162; 380; 386; 408, nt. 1054  
10,3,14,1: 114, nt. 315  
10,3,16: 175 y ss.  
10,3,24pr.: 114, nt. 315  
10,4,5,6: 264, nt. 645; 265 y ss.; 270; 377; 387; 408, nt. 1058  
10,4,9,4: 32, nt. 46  
10,4,12,5: 206, nt. 505; 264, nt. 645; 265; 270; 377; 387; 408, nt. 1058  
12,2,13,3: 137, nt. 357  
12,2,30,5: 59; 59, nt. 128  
12,4,5,2: 196, nt. 481 y 483; 252 y ss.  
12,4,5,3: 196, nt. 482; 252 y ss.  
12,6,2pr.: 72 y ss.  
12,6,38pr.: 67, nt. 152 y 154; 105 y ss.; 106, nt. 287; 135; 380; 408, nt. 1053  
13,1,14,1: 26; 26, nt. 28; 62 y ss.  
13,4,1: 292 y ss.  
13,4,2pr.: 295  
13,4,2,3: 249; 249, nt. 631  
13,4,2,8: 295  
13,4,3: 293; 293, nt. 731  
13,4,4,1: 289 y ss.; 289, nt. 719; 300, nt. 758; 301; 377; 388; 408, nt. 1060  
13,4,5: 295  
13,4,7pr.: 295  
13,4,10: 295  
13,5,16,1: 295  
13,6,3,2: 79, nt. 204; 209; 209, nt. 517  
13,6,7,1: 309 y ss.; 322; 374; 388; 408, nt. 1061  
13,6,13pr.: 196, nt. 489; 207; 258; 373; 387; 408, nt. 1056  
13,7,8,1: 67, nt. 152  
13,7,15: 341, nt. 851  
14,4,3,1: 60, nt. 134  
15,1,47,2: 67, nt. 162; 82; 134; 372; 386; 408, nt. 1053  
16,3,1,11: 60, nt. 134

- 16,3,16: 60, nt. 134  
17,1,5,3: 66; 66, nt. 148  
17,1,8,9: 243 y ss.; 260; 371; 387; 408,  
nt. 1057  
17,1,8,10: 195, nt. 479; 243 y ss.; 260;  
371; 387; 408, nt. 1057  
17,1,10pr.: 84, nt. 227; 244, nt. 620  
17,1,22,4: 84, nt. 227; 244, nt. 620  
17,1,29,4: 84, nt. 227; 244, nt. 620  
17,1,27,5: 60, nt. 134  
17,1,45,1: 177, nt. 450  
17,1,45,2: 166, nt. 426; 176 y ss.; 193;  
371; 386; 408, nt. 1055  
17,1,45,3: 177, nt. 450  
17,1,47,1: 154, nt. 403  
17,1,59,1: 84, nt. 227; 245, nt. 620  
17,2,3,2: 76, nt. 195  
17,2,23pr.: 67, nt. 153  
17,2,28: 165, nt. 423; 174 y ss.; 193;  
372; 386; 408, nt. 1055  
17,2,38pr.: 67, nt. 160; 70, nt. 171; 75 y  
ss.; 84, nt. 229; 85; 89; 134; 176; 209;  
209, nt. 521; 370 y ss.; 386; 408, nt.  
1053  
17,2,45: 76, nt. 195  
17,2,52,1: 76, nt. 195  
17,2,67pr.: 67, nt. 152  
18,1,34,6: 250; 250, nt. 634  
18,1,43,2: 341, nt. 851  
18,1,68pr.: 341, nt. 851  
18,2,4,4: 60, nt. 134  
19,1,11,8: 148, nt. 393  
19,1,11,16: 341, nt. 851; 358; 358, nt.  
907  
19,1,13,17: 151 y ss.; 342, nt. 857; 357 y  
ss.  
19,1,23: 196, nt. 483; 210 y ss.; 258;  
373; 387; 408, nt. 1056  
19,1,31pr.: 60, nt. 134  
19,2,25,5: 311 y ss.; 323; 374; 388; 408,  
nt. 1061  
19,2,25,8: 60, nt. 134  
19,2,43: 311, 313 y ss.; 320, nt. 815;  
323; 374; 388; 408, nt. 1061  
19,2,60,2: 60, nt. 134  
20,1,16,3: 195, nt. 479; 204 y ss.; 207,  
nt. 510; 258; 266, nt. 649; 376; 387;  
408, nt. 1056.  
20,1,16,4: 207, nt. 510  
20,4,12,1: 207, nt. 510  
21,1,21,1: 129; 129, nt. 341; 132; 237;  
240, nt. 609; 342, nt. 859; 354 y ss.;  
364; 378; 389; 408, nt. 1064  
21,1,21,2: 67, nt. 159 y 161; 128 y ss.;  
136; 237; 240, nt. 609; 355; 355, nt.  
898; 480, nt. 1053  
21,1,21,3: 129; 129, nt. 342; 196, nt.  
484; 237 y ss.; 240, nt. 609; 260; 378;  
387; 408, nt. 1057  
21,1,23pr.: 133, nt. 353  
21,1,23,8: 67, nt. 152; 124 y ss.; 136;  
355; 378; 386; 408, nt. 1053.  
21,1,25,4: 60, nt. 134  
21,1,25,8: 133, nt. 353  
21,1,25,10: 242; 242, nt. 614  
21,1,26: 195, nt. 479; 241 y ss.; 260;  
378; 387; 408, nt. 1057  
21,1,27: 66; 66, nt. 147  
21,1,29pr.: 242; 242, nt. 613  
21,1,29,3: 67, nt. 152; 126 y ss.; 133, nt.  
353; 136; 355; 378; 386; 408, nt. 1053  
21,1,30pr.: 67, nt. 165; 130 y ss.; 136;  
355; 355, nt. 898; 408, nt. 1053.  
21,1,31,9: 133, nt. 353  
21,1,31,13: 133, nt. 353  
21,1,43,9: 133, nt. 353  
21,1,45: 127 y ss.  
21,1,46: 356  
21,2,6: 158; 158, nt. 412  
21,2,7: 158; 158, nt. 413  
21,2,21,3: 196, nt. 480 y 485; 234 y ss.;  
260; 375; 387; 408, nt. 1057  
21,2,22pr.: 158; 158, nt. 414  
21,2,41,2: 158; 158, nt. 415  
21,2,58: 154, nt. 403  
21,2,74,3: 341, nt. 851  
22,1,1,2: 61; 89; 370 y ss.  
22,1,19,1: 283; 283, nt. 697

- 23,2,44,3: 217, *nt.* 538  
23,3,29: 67, *nt.* 151 y 152; 115; 119 y *ss.*;  
135; 184; 381; 386; 408, *nt.* 1053  
24,3,18,1: 60, *nt.* 134  
24,3,24,2: 213 y *ss.*; 259; 373; 387; 408,  
*nt.* 1056  
24,3,24,4: 195, *nt.* 479; 214 y *ss.*; 259;  
373; 387; 408, *nt.* 1056  
24,3,24,6: 215 y *ss.*; 259; 373; 387; 408,  
*nt.* 1056  
24,3,25,1: 342, *nt.* 856; 353 y *ss.*; 363;  
373; 389; 408, *nt.* 1064  
24,3,25,2: 354  
24,3,25,3: 195, *nt.* 479; 196, *nt.* 484 y  
488; 245 y *ss.*; 260; 354; 387; 408, *nt.*  
1057  
24,3,25,4: 67, *nt.* 157; 85 y *ss.*; 134; 354;  
373; 386; 408, *nt.* 1053  
24,3,44,1: 60, *nt.* 134  
24,3,55: 86, *nt.* 234  
24,3,64pr.: 215; 215, *nt.* 533  
24,3,66pr.: 403, *nt.* 1048  
26,7,38,2: 60, *nt.* 134  
26,7,61: 60, *nt.* 134  
27,3,3: 67, *nt.* 164; 69 y *ss.*; 134; 372;  
386; 397, *nt.* 1031; 408, *nt.* 1053  
28,5,47(46): 84, *nt.* 227; 245, *nt.* 620  
30,47pr.: 247, *nt.* 625  
30,47,2: 195, *nt.* 476; 196, *nt.* 484; 246 y  
*ss.*; 261; 382; 387; 408, *nt.* 1057  
30,47,3: 196, *nt.* 484; 248 y *ss.*; 261;  
382; 387; 408, *nt.* 1057  
30,69,5: 195, *nt.* 479; 196, *nt.* 488; 250 y  
*ss.*; 261; 382; 387  
30,70pr.: 67, *nt.* 152; 104 y *ss.*; 125  
30,70,2: 105, *nt.* 284; 125 y *ss.*  
30,71,1: 137, *nt.* 357; 154 y *ss.*; 163;  
382; 386; 408, *nt.* 1054  
30,84,6: 121 y *ss.*; 381  
30,96,3: 104  
30,107pr.: 67, *nt.* 153; 102 y *ss.*; 135;  
380; 386; 398, *nt.* 1031; 408, *nt.* 1053  
30,108,13: 60, *nt.* 134  
31,8pr.: 196, *nt.* 485; 251 y *ss.*  
31,8,3: 166, *nt.* 428; 178 y *ss.*; 194;  
382; 386; 408, *nt.* 1055  
31,8,4: 166, *nt.* 428; 178 y *ss.*; 194;  
382; 386; 408, *nt.* 1055  
31,11,1: 250; 250, *nt.* 633  
31,16: 181; 181, *nt.* 455  
31,50,2: 60, *nt.* 134  
31,69,3: 60 y *ss.*; 60, *nt.* 135  
31,76,7: 327, *nt.* 826  
32,11,21: 165, *nt.* 423; 180 y *ss.*; 194;  
382; 386; 408, *nt.* 1055  
32,29,3: 154, *nt.* 403  
33,4,1,9: 165, *nt.* 423; 186 y *ss.*; 398, *nt.*  
1031  
33,4,1,10: 118 y *ss.*; 165, *nt.* 423; 188 y  
*ss.*; 194; 408, *nt.* 1055  
33,4,7pr.: 67, *nt.* 151; 115 y *ss.*; 121, *nt.*  
330; 135; 189; 329; 381; 386; 408, *nt.*  
1053  
33,4,7,2: 190 y *ss.*; 194; 408, *nt.* 1055  
33,4,7,4: 166, *nt.* 424; 190, *nt.* 469  
34,3,3,5: 182 y *ss.*; 194; 382; 408, *nt.*  
1055  
34,3,4: 165, *nt.* 423; 182 y *ss.*; 183, *nt.*  
458; 194; 382; 408, *nt.* 1055  
34,3,23: 60, *nt.* 134  
34,4,3,4: 325 y *ss.*; 325, *nt.* 819; 331;  
381 y *ss.*; 389; 408, *nt.* 1062  
35,1,7pr.: 327, *nt.* 826  
35,1,18: 327, *nt.* 826  
35,1,67: 327  
35,1,71pr.: 325 y *ss.*; 325, *nt.* 819; 329 y  
*ss.*; 331; 382; 389; 408, *nt.* 1062  
35,1,72pr.: 327  
35,1,72,1: 327; 327, *nt.* 826  
35,1,72,2: 328, *nt.* 826  
35,1,73: 328, *nt.* 826  
35,1,77,1: 328, *nt.* 826  
35,1,77,2: 328, *nt.* 826  
35,1,79,2: 328, *nt.* 826  
35,1,79,3: 328, *nt.* 826  
35,1,101,3: 328, *nt.* 826  
35,1,106: 328, *nt.* 826  
36,1,15,6: 67, *nt.* 155

- 36,1,17,3: 165, nt. 423  
36,1,17,14: 67, nt. 151  
36,1,61pr.: 67, nt. 151  
36,1,69pr.: 217, nt. 538  
36,3,5,2: 104, nt. 281  
39,2,24,1: 276; 276, nt. 672  
40,4,61pr.: 328, nt. 826  
41,2,1,14: 232, nt. 584  
41,3,15,1: 232, nt. 584  
41,4,2,21: 343; 343, nt. 862  
42,1,55: 390; 390, nt. 1001  
42,2,6,2: 201, nt. 497  
43,1,1,1: 264, nt. 643  
43,8,2,18: 59; 59, nt. 131; 276; 276, nt. 671  
43,16,1,41: 221, nt. 549  
43,16,1,45: 221, nt. 549  
43,16,1,46: 221, nt. 549  
43,19,1,6: 221, nt. 549  
43,20,4: 335; 335, nt. 838  
43,20,7: 279, nt. 682  
43,24,11,10: 60, nt. 134  
44,1,17: 282; 282, nt. 693  
44,4,4,7: 235 y ss.; 260; 375; 387; 408, nt. 1057  
44,7,34pr.: 314 y ss.; 323; 383; 388; 408, nt. 1061  
45,1,5pr.: 15; 17; 17, nt. 1; 20; 25; 30; 33; 38; 39 y ss.; 41, nt. 79; 43; 53; 57, nt. 126; 58; 157; 160; 256; 341; 341, nt. 851; 342, nt. 854; 361; 407, nt. 1052  
45,1,52pr.: 50; 50, nt. 107  
45,3,32: 335; 335, nt. 839  
46,3,95,10: 60, nt. 134  
46,5,1pr.: 25; 43 y ss.  
46,5,1,1: 25; 43 y ss.  
46,5,1,2: 25; 43 y ss.  
46,5,1,3: 25; 43 y ss.  
46,5,1,4: 44; 44, nt. 85  
46,5,1,9: 48, nt. 100  
46,5,1,10: 50; 50, nt. 108  
46,5,5: 48, nt. 100  
46,5,8: 32, nt. 46  
46,7,6: 341, nt. 851  
46,7,17: 341, nt. 851  
46,7,19pr.: 341, nt. 851  
46,7,21: 341, nt. 851  
46,8,19: 341, nt. 851  
46,8,22,7: 341, nt. 851  
47,2,9,1: 304 y ss.  
47,2,54(53),3: 60, nt. 134  
47,2,81(80)pr.: 60, nt. 134  
47,2,81(80),7: 60, nt. 134  
47,10,18pr.: 317; 317, nt. 805  
50,4,15: 112, nt. 305  
50,4,16,2: 112, nt. 306  
50,17,23: 79, nt. 204

### **Codex (C.)**

- 3,36,9: 114, nt. 315  
3,38,3: 114, nt. 315  
4,35,11: 84, nt. 227; 245, nt. 620  
4,35,12: 84, nt. 227; 245, nt. 620  
4,35,14: 84, nt. 227; 245, nt. 620  
4,35,20,1: 84, nt. 227; 245, nt. 620  
4,58,1: 238, nt. 604  
4,58,5: 238, nt. 604  
5,13,1,10: 166, nt. 424  
8,16,9: 80; 80, nt. 210

### **6.1.3. Fuentes bizantinas**

#### **Basílicos (Bas. Hb.)**

- 42,3,20: 110; 110, nt. 300

## 6.2. Fuentes literarias

### Cicero (Cic.)

*de orat.*

1,38,173: 403, nt. 1048

1,48,212: 399, nt. 1035

*off.*

3,70: 84, nt. 227; 244, nt. 620

*pro Rosc.*

12,35-37: 396 y ss.

15: 403; 404, nt. 1050

*verr.*

II,2,71: 403; 404, nt. 1050

### Gellius (Gell.)

*Noctes attiacae*

14,2,3: 403; 404, nt. 1050

14,2,19: 403; 404, nt. 1050

### Quintilianus (Quint.)

*Inst. orat.*

2,17,28: 402, nt. 1046

*quinct.*

4: 403; 403, nt. 1050

5: 403; 403, nt. 1050

36: 403; 403, nt. 1050

54: 403; 404, nt. 1050

*top.*

65: 403; 403, nt. 1050

66: 84, nt. 227; 244, nt. 620

### Suetonius (Suet.)

*Dom.*

8,1: 403; 404, nt. 1050

### Valerius Maximus (Val. Max.)

*Facta et dicta memorabilia*

8,8,2: 403; 403, nt. 1050



## 7. BIBLIOGRAFÍA

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

AGUDO RUIZ, A. *Las costas en el proceso civil romano*. Madrid: Dykinson, 2013.

ALBANESE, A. *La sussidiarietà dell'actio de dolo* en *Annali Palermo* 28 (1961), p. 173 y ss.

ALBERTARIO, E. *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*. Milano: Società editrice "Vitae pensiero", 1929.

- *In materia di azione redhibitoria: (Esempio di decomposizione di un testo giustiniano nei suoi elementi costitutivi)* en *Studi di diritto romano* 3. Milano: Giuffrè, 1936, p. 467 y ss.

- *Actio de universitate e actio specialis in rem* en *Studi di diritto romano* 4. Milano: Giuffrè, 1946, p. 65 y ss.

- *Lo svolgimento storico della actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale* (1913) en *Studi di diritto romano* 4. Milano: Giuffrè, 1946, p. 306 y ss.

ALBERTE GONZÁLEZ, A. *Cicerón ante la retórica: la "auctoritas" platónica en los criterios retóricos de Cicerón*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1987.

AMARELLI, F. *Locus solutionis: contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1984.

AMIRANTE, L. *Locare usum fructum* en *LABEO* 8 (1962), p. 206 y ss.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. *La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma* en *REHJ* 30 (2008), pp. 37-46.

- *El trinomio "potestas manus mancipiumque"* en *REHJ* 35 (2013), pp. 81-110.

ANDRÉS SANTOS, F.J. *Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX* en *Minerva: Revista de filología clásica* 15 (2001), pp. 281-302.

ANKUM, H. *La vente d'une part d'un fonds de terre commun dans le droit romain classique* en BIDR 22 (1980), pp. 67-107.

- *Eine neue Interpretation von Ulp. D. 4.2.9.5-6. Ueber die Abhilfe gegen "metus"* en Festschrift Hübner zum 70. Berlin/New York: De Gruyter, 1984, p. 6 y ss.

- *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti* en RIDA 39 (1992), pp. 57-84.

APATHY, P. *Die actio publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer* en ZSS 99 (1982), pp. 158-187.

ARANGIO-RUIZ, V. *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano* (1908) en Scritti di diritto romano I. Napoli: Jovene, 1974, p. 186 y ss.

- *Sulle azioni confessorie e negatorie* en Scritti di Storia di Filologia e d'Arte per le nozze Fedeli. Napoli: De Frabritis, 1908, pp. 147-166. Republicado en *Rariora*. Roma: Edizioni di "Storia e Letteratura", 1946, p. 3 y ss. y también en *Scritti di diritto romano I*. Napoli: Jovene, 1974, p. 113 y ss.

- *Studi formularii. I. "De eo quod certo loco dari oportet"* en BIDR 25 (1912), pp. 130-195.

- *Le formule con demonstratio e la loro origine* en Studi Cagliari 4 (1912), pp. 75-144.

- *Ancora "de eo quod certo loco dari oportet"* en BIDR 26 (1913), p. 147 y ss.

- *Il mandato in Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 1949.

- *La società in Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 1950.

- *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1958.

- *"Sponsio" e "stipulatio" nella terminologia romana* en BIDR 4 (1962), pp. 193-222.

- *Istituzioni di Diritto romano*. 14ª Edición. Napoli: Jovene, 1974.

ARCHI, G.G. *Sul concetto di obbligazione solidale* en Conferenze romanistiche in onore di Castelli. Milano: Giuffrè, 1940, pp. 241-340.

- *"Donare" e "negotium gerere"* en Studi Volterra 1, p. 669 y ss.

ARICÒ ANSELMO, G. *Studi sulla divisione giudiziale. I. Diviso e vindicatio* en *Annali Palermo* 42 (1992), pp. 257-467.

ARNESE, A. *Considerazioni sull'accordo tra creditore e debitore in Marc. 29 lib. sing. ad form. hyp. D. 20.1.16.9, L. 29.* en *Teoria e Storia del Diritto Privato – Rivista Internazionale Online* 11 (2018).

([http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018\\_Contributi\\_Arnese.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Arnese.pdf)). Fecha de consulta: 14/06/2020.

ASTOLFI, F. *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*. Padova: CEDAM, 1964.

- *La praeceptio della dote non legata* en *LABEO* 10 (1964), 329-351.

- *Giuliano e il "legatum liberationis"* en *LABEO* 12 (1966), p. 338-355.

BALOGH, E.; PFLAUM, P. *Le consilium du Préfet d'Égypte* en *RH* 30 (1952), pp. 117-124.

BARBERO, D. *La Legittimazione ad agere in confessoria e negatoria servitutis*. Milano: Giuffrè, 1950.

BARETTA, P. "*Condemnatio in bonum aequum*" en *VV.AA. Studi in onore di S. Solazzi*. Napoli: Jovene, 1948, p. 264 y ss.

*Basilicorum libri LX, edd. G. G. Heimbach u. A., 6 Bde., Leipzig, 1833-70).*

BECENA, F. *Magistratura y justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

BECHMANN, A. *Der Kauf nach gemeinem Recht III.2*. Aalen, 1965 (de la edición de Leipzig, 1908).

BEHRENDTS, O. *Dalla Mediazione arbitrale alla Protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. Formulae in factum conceptae* en *CASCIONE, C. y MASI DORIA, C. Diritto e giustizia nel proceso*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2002, pp. 197-323.

BENFERHAT, Y. "*Aequitas iudicis, aequitas principis*" (*de la fin de la République au debut du règne d'Hadrien*) en *RIDA* 56 (2009), pp. 55-74.

BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Clark, N.J.: The Lawbook Exchange, 2004.

BERNAD MAINAR, R. *Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia-equidad, emblema del análisis económico del Derecho (AED)* en RIDROM 22 (2019), pp. 55-192.

BESELER, G.v. *Das Edictum de eo quod certo loco. Eine rechtshistorische Untersuchung.* Leipzig: A. Deichert nachf. (G. Böhme), 1907.

- *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I* (Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1910), *II* (1911), *III* (1913), *IV* (1920), *V* (Leipzig: Universitätsverlag von R. Noske, 1931).

- *Miscellanea* en ZSS 45 (1925), pp. 188-265.

- *Romanistische Studien* en ZSS 46 (1926), pp. 83-143.

- *Einzelne Studien* en ZSS 47 (1927), pp. 355-379.

- *Romanistische studien* en TR (1928), p. 279 y ss.

BETANCOURT, F. *Recursos supletorios de la "Cautio damni infecti" en el Derecho romano clásico* en AHDE 45 (1975), pp. 7-122.

- *La "stipulatio iudicialis de dolo" en el Derecho romano clásico* en AHDE 49 (1979), pp. 165-185.

- *Edicto Perpetuo: "De stipulationibus (¿praetoriis?)* en Cuadernos informativos de derechos histórico público, procesal y de la navegación nº8 (1988), pp. 1497-1498.

- *Derecho romano clásico.* Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007.

BIANCHI, E. *D. 6.1,57 (Alf. 6 dig.). Responso a un caso concreto o riflessione teorica? Per una proposta esegetica in tema di 'concorso di azioni'* en RDR 13 (2013) (<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Bianchi-Alfeno.pdf>). Fecha de consulta: 14/06/2020.

BIANCO, L. *Il contributo di Giuliano al "legatum liberationis"* en SDHI 64 (1998), pp. 327-349.

BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts.* Leipzig: Engelmann, 1872.

- *Culpa. Culpa lata und culpa levis* en ZSS 39 (1918), pp. 1-35.

BIONDI, B. *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria (a proposito di una recente ipotesi)* en BIDR 26 (1913), p. 1 y ss.

- *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria* en Annali Palermo 1 (1916), pp. 19-116.
- *Iudicia bonae fidei* en Annali Palermo 7 (1918), p. 44 y ss.
- *Iudicia bonae fidei*. Palermo: Arti Grafiche G. Castiglia, 1920.
- *Le actiones noxales nel diritto romano classico* en Annali Palermo 10 (1925), p. 1 y ss.
- *La compensazione nel diritto romano* en Annali Palermo 12 (1929), pp. 161-476.
- *Le Servitù prediali nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1946.
- *Intorno alla cautio Muciana applicata all'eredità* en BIDR 8-9 (1948), pp. 241-258.
- s.v. *Comunione (diritto romano)* en NNDI, pp. 855-857.
- *Successione testamentaria e donazioni*. Milano: Giuffrè, 1955.
- "Contratto e stipulatio" en LABEO 4 (1958), pp. 75-81.
- "Sponsio" e "stipulatio". *Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garenzie personali* en BIDR 4 (1962), pp. 105-129.
- *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis* en Studia Juridica 30. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1970.

BISCARDI, A. *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*. Siena: Circolo Giuridico dell'Università, 1947.

- s.v. *actio de eo quod certo loco* en NNDI, p. 262.

BLANK, H. *Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff* en ZSS 99 (1982), p. 303 y ss.

BONFANTE, P. *Corso di diritto romano. Volume I: diritto di famiglia*. Milano: Giuffrè, 1963.

- *Corso di Diritto Romano. Volume III: Diritti reali*. Milano: Giuffrè, 1972.

BONIFACIO, F. *Studi sul processo formulare romano I. Translatio iudicii*. Napoli: Jovene, 1956.

BORTOLUCCI, G. *Actio utilis*. Modena: Soc. Tipogr. Modenese, 1909.

BRANCA, G. recensión a *MOZZILLO, A. Contributi allo studio delle "stipulationes preaetoriae"*. Napoli: Jovene, 1960 en *IVRA* 12 (1961), p. 304 y ss.

BRASIELLO, U. *Corso di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1957.

BRETONE, M. *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*. Napoli: Jovene, 1962.

BRIGUGLIO, F. *Gai. 4,62 e gli iudicia bonae fidei: storia di un lacerto discusso. I risultati della nuova indagine multispettrale sul folio 68v del Codex XV (13) BCapVr* en PIRO, I. *Scritti per Alessandro Corbino*. Vol. 1. Tricase: Libellula, 2016, pp. 358-396.

BROGGINI, G. *Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*. Köln: Böhlau, 1957.

BRUNS, C.G. *Fontes iuris romani antiqui*. Tubingae: Lauppiana, 1876.

BRUTTI, M. *La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* (2 volúmenes). Milano: Giuffrè, 1973.

BUCKLAND, W.W. *Main Institutions of Roman Private Law*. Cambridge: University Press, 1931.

- *A manual of Roman Private Law*. Cambridge: University Press, 1953.

- *A Text-book of Roman law from Augustus to Justinian*. Cambridge: University Press, 1963.

- *The Roman law of slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*. Union, N.J.: Lawbook Exchange, 2000.

BÜHLER, J. *Die actio ad exhibendum*. Luzern: Meyer'sche Buchdruckerei, 1859.

BURDESE, A. *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1950.

- s.v. *Divisione* en *ED XIII*. Milano, 1959, pp. 412-415.

- *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati* en *IVRA* 36 (1985), pp. 14-69.

- *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano* en *Seminarios Complutenses* 1 (1989), p. 175 y ss.

- *Sulla responsabilità del "iudex privatus" nel processo formulare* en VV.AA. *Diritto e processo nella esperienza romana: atti del Seminario Torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*. Napoli: Jovene, 1994, pp. 153-186.

- *Derecho romano e interpretación del derecho* (trad. COMA FORT, J.M y RODRÍGUEZ MARTÍN, J.D.). Granada: Comares, 1998, pp. 39-69.

BURILLO, J. *La "actio ad exhibendum" en el derecho romano clásico* (Tesis doctoral). Director: D'ORS, A. Universidade de Santiago de Compostela, 1959.

- *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en Derecho clásico* en SDHI 26 (1960), pp. 190-281.

- *Carácter arbitrario de la acción exhibitoria* en AHDE 31 (1961), pp. 419-430.

BUZZACCHI, C. *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*. Milano: Giuffrè, 1996.

BÜRGE, A. *Occupantis melior est condicio* en ZSS 106 (1989), pp. 248-291.

CALORE, E. *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*. Milano: Giuffrè, 2011.

CANCELLI, F. *Saggio sul concetto di officium in diritto romano* en RISG 9 (1957-1958), p. 351 y ss.

CANNATA, C.A. s.v. *dote (Diritto romano)* en ED XIV. Milano, 1965, pp. 1-8.

- *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto Romano. I*. Milano: Giuffrè, 1966.

CARCATERRA, A. *La hereditatis petitio (primi appunti)* en AUBA 3 (1940), p. 90 y ss.

- *Intorno ai «bonae fidei iudicia»*. Napoli: Jovene, 1964.

CARRASCO GARCIA, C. *Fugitivus ver erro: del que huye aun estando presente y del que permanece pese a la ausencia. O de la dialéctica voluntad-acción* en Seminarios complutenses 28 (2015), pp. 165-183.

CARRELLI, E. *L'acquisto della proprietà per 'litis aestimatio' nel processo civile romano*. Milano: Giuffrè, 1934.

CARREÑO SANCHEZ, R.M. "*Pactionibus et stipulationibus*". *Contribuciones al estudio de la constitución de servidumbres prediales en el Derecho romano clásico* (Tesis doctoral). Director: LINARES PINEDA, J.L. Universitat de Girona, 2011.

CARRO, V. *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*. Torino: Giappichelli, 2018.

CASAVOLA, F. s.v. *Dolo (diritto romano)* en NNDI, p. 149.

CASELLA, V. *La Transmissibilità ereditaria della stipulatio*. Milano: Edizioni Universitarie di lettere economia diritto, 2018.

CASINOS MORA, F.J. *Observaciones acerca de la stipulatio duplae en el marco de la evolución de las garantías contra la evicción* en REHJ 21 (1999), pp. 15-24.

- *Sobre la controvertida fórmula de la hereditatis petitio y su pretendida cláusula arbitraria* en RGDR 4 (2005), pp. 1-12.

- *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2006.

CASTRO SÁENZ, A. *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica* en *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (2001), pp. 187-208.

CENDERELLI, A. *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. struttura, origini, azioni*. Torino: Giappichelli, 1997.

- *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustiniano* en VV.AA. *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti de la Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Historie des Droits de l'Antiquité*. Atti della 51ª Sessione (Crotone-Messina, 16-20/9/1997) a cura di Isabella Piro. Soveria Mannelli, Catanzaro: Rubbettino, 1999, pp. 289-298.

CERAMI, P. *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D.35.2.88 pr.)* en IVRA 22 (1971), pp. 127-137.

CERVENCA, G. *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*. Milano: Giuffrè, 1965.

- *Sull'uso del termine officium nella legislazione postclassico-giustiniana* en *Studi Grosso* 3, p. 206 y ss.

CHECCHINI, A. *I 'consiliarii' nella storia della procedura* en *Scritti giuridici e storico giuridici II*. Padova: 1958, p. 7 y ss.

CHIAZZESE, L. *Jusiurandum in litem*. Milano: Giuffrè, 1958.

CHROUST, A-H. *Legal Profession in Ancient Imperial Rome* en *Notre Dame Law* (Vol. 30 n° 4), 1955, pp. 521-616.

COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria: una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*. Madrid: Dykinson, 2017

- *Estudio especial de los elementos formales en la estipulación* en *RGDR* 29 (2017), pp. 1-54.

COHN, M. C. *Die Sogenannte actio de eo quod certo loco: eine Untersuchung aus dem römischen Recht*. Aalen: Scientia, 1969 (Reimpresión del original de 1877).

COING, H. *Die clausula doli im Klassischen Recht* en *Festschrift Fritz Schulz* 1. Weimar: Hermann Böhlhaus, 1951, p. 97 y ss.

COLACINO, V. s.v. *Actio de dolo* en *NNDI*, pp. 259-260.

COLLINET, P. *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique* en *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gény I*. Paris: Recuil Sivery, 1934.

- *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*. Paris: Sirey, 1947.

CORBINO, A. s.v. *servitù* en *ED XLII* (1990), p. 254.

CORTESE, B. *Actio empti, evictionis nomine teneri e quantificazione della condanna* en *Teoria e storia del diritto privato* 12 (2019), p. 1 y ss. ([http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019\\_Contributi\\_Cortese.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019_Contributi_Cortese.pdf)). Fecha de consulta: 14/06/2020.

- *Giurisdizione e Iurisdictio* en BENIGNI, R.-CORTESE, B. *La Giurisdizione. Una riflessione storico-giuridica*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, pp. 11-31.

- *Tra aequitas e ius nella causa curiana* en *IVRA* 67 (2019), pp. 49-77.

COSENTINI, C. *Sull'origine dell'estensione della cautio Muciana all'eredità* en *Miscellanea romanistica* (1956), p. 81 y ss.

- s.v. *cautio Muciana* en NNDI, p. 57.

COSTA, E. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918.

COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en Droit romain*. Nancy: Société d'Impressions Typographiques, 1957.

CREMADES UGARTE, I. *El officium en el derecho privado romano: notas para su estudio*. León: Universidad de León. Servicio de Publicaciones, 1988.

- *Arbitrio y arbitrariedad en el Derecho romano: el arbitrio judicial* en SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL- J (Editor). *El Arbitrio Judicial en el Antiguo Régimen: España e Indias, siglos XVI-XVIII*. Madrid: Dykinson, 2013.

CREMADES UGARTE, I.; PARICIO SERRANO, F.J. *La responsabilidad del juez en el Derecho Romano Clásico* en AHDE 54 (1984), pp. 179-208.

CUGIA, S. *Un caso tipico di responsabilità oggettiva. Legato sinendi modo o per damnationem della stessa specie disiunctum a due o più persone* en Scritti in onore di Contardo Ferrini 2 (1947), p. 71 y ss.

CUJAS, J. *Jacobi Cujacij J.C. praestantissimi Opera omnia in decem tomos distributa. Quibus continentur tam Priora, sive quae ipse superstes edi curavit; quam Posteriora, sive que post obitum ejes edita sunt*. Edición de Charles Annibale Fabrot. Neapoli: Typis ac Sumptibus Michaelis Alysii Mutio, 1722.

D'AMATI, L. *L'actio redhibitoria tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica en Teoria e storia del diritto privato* 9 (2016), pp. 2036-2528. ([http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2016/contributi/2016\\_Contributi\\_Damati.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2016/contributi/2016_Contributi_Damati.pdf)). Fecha de consulta: 14/06/2020.

D'ANCONA, R. *Il concetto della dote nel diritto romano: studio storico-giuridico*. Roma: L'Erma di Bretschneide, 1972.

D'ANGELO, G. *Vadimonium e cautio se exhibiturum* en Annali Palermo 63 (2015), pp. 255-260.

D'ORS, A. *Una hipótesis crítica sobre la cruz "Centum Capuae"* en RIDA 4 (1950), pp. 435-446.

- *Nota bibliográfica a BRUTTI, M. La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana 2 vols (Giuffrè. Milano, 1973) viii + iv + 823 págs.*) en AHDE (1976), pp. 781-782.

- *El Comentario de Ulpiano a los edictos del "metus"* en AHDE 51 (1981), pp. 223-290.
- *Las quaestiones de Africano*. Roma: Pontificia Università Lateranense: Mursia, 1997.
- *Sobre la translatio iudicii noxalis in statuliberum* en LINARES PINEDA, J.L. (Coord.) Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos en motivo de su emeritazgo. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2006.
- *Derecho Privado Romano*. 10ª Edición (2ª reimpresión). Pamplona: EUNSA, 2008.

D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Pamplona: Aranzadi, 1975.

D'ORS, A; BONET CORREA, J. *El problema de la división del usufructo* en Anuario de Derecho Civil, Fascículo 1 (1952), pp. 62-124.

DAREMBERG, CH. *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*. Paris: Hachette, 1875.

DAWSON, J.P. *Oracles of the Law*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.

DAZA MARTÍNEZ, J. "*Aequitas et humanitas*" en Estudios Juan Iglesias 3, pp. 1211-1232.

DE BERNARDI, M. *Sul potere giudiziale di imporre cautiones all' attore nell' azione arbitraria rivendica* en Atti del Secondo Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano: Milano, 11-12 maggio 1995: in onore di Aldo Dell'Oro, p. 323 y ss.

- *L' 'officium iudicis' nell'azione arbitraria di rivendica. Appunti dalle lezioni*. Milano: 1997.

DE CASTRO-CAMERO, R. "*Quid iuris?*": *las razones del jurista en el derecho romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2007.

- *Estipulaciones edictales en el Derecho romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 2009.

DE LA ROSA DIAZ, P. "*Hereditatis petitio*" en Estudios Juan Iglesias 3, pp. 1255-1292.

DE MARINI AVONZO, F. *I limiti alla disponibilità della "res litigiosa" nel diritto romano* [Univ. Degli studi di Urbino Fac. Di Giurisprudenza, 15]. Milano: Giuffrè, 1967.

DE MARTINO, F. "*Litem suam facere*" en BIDR 30 (1988), pp. 1-36.

DE RUGGIERO, R. *Satisfatio e pignoratitia nelle stipulazioni pretorie* en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento 2. Napoli: Luigi Pierro, 1906, pp. 101-114.

- *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni* en BIDR 19 (1907), pp. 5-84.

- *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, en Studi Cagliari 1 (1909), pp. 121-186.

DE SARLO, L. *Alfeno Varo e i suoi Digesta*. Milano: Giuffrè, 1940.

DE SIMONE, M. *Litis aestimatio e actio pignoratitia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*. Torino: Giappichelli, 2006.

DEBRAY, L. *La cautio amplius non peti* en NRHDFE 36 (1912), pp. 5-51.

DEKKERS, R. *Les actions utiles en Droit romain classique* en Revue de l'Université de Bruxelles 41 (1935-36), pp. 232-245.

DÉNOYEZ, J. *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée en Droit Romain*. Paris: Sirey, 1953.

DERNBURG, H. *Ueber das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*. Frankfurt am Main: Keip, 1970 (Facsimil, Heidelberg: Akademische Verlagsbuchhandlung, 1852).

- *Pandekten I. Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5*. Berlin: Aufl., 1896.

DESANTI, L. *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli, 2015.

DI PAOLA, S. *Saggi in materia di hereditatis petitio*. Milano: Giuffrè, 1954.

DI SALVO, S. *Il legato modale in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1973.

DIAZ BAUTISTA, A. *La función reipersecutoria de la poena ex lege Aquilia* en MURILLO VILLAR, A. (Coord.). *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (2001), pp. 269-284.

DOBBERTIN, M. *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht*. Zurich: Schulthess, 1987.

DOMINGO, R. *La jurisprudencia romana, cuna del Derecho* en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº81/2 (2004), pp. 371-393.

DONADIO, N. *La Tutela del compratore tra Actiones aediliciae e Actio empti*. Milano: Giuffrè, 2004.

- *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio: il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti* en *La Compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 2007.

DONATUTI, G. *Lo statulibero*. Milano: Giuffrè, 1940.

DROSDOWSKI, T. *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

DUMAS, A. *L'actio "de eo quod certo loco dari oportet" en droit classique* en *NRHDFE* 34 (1910), pp. 611-669.

FALCÓN TELLO, M.J. *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

FASCIONE, L. *BIBLIOTHECA IURIS ANTIQUI - "BIA" Sistema informativo sui diritti dell'Antichità*. Direzione scientifica di Nicola Palazzolo. - Libreria editrice Torre s.n.c., via Gallo n. 27 - 95100 Catania. Software della CD SYSTEM, via dei Carantani n. 1-21100 Varese- Disco Compatto (CD-ROM) en *SDHI* 61 (1995), pp. 894-899.

FEENSTRA, R. *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht: Inleidende Hoofdstukken*. Leiden: Brill, 1984.

FENOCCHIO, M.A. *La "fideiussio indemnitas"*. *Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a giustiniano*. Napoli: Jovene, 2014.

FERNANDEZ BARREIRO, A. *Actio communi dividundo utilis* en *Estudios Histórico-Jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 89-108.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Conceptos y dicotomías del ius* en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 3 (2000), pp. 9-43.

- *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles* en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, vol. IV, Padova, 2003, pp. 31-58.

- *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos* en *Revista de Derecho UNED* 7 (2010), pp. 275-305.

- *Derecho romano*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

FERRINI, C. *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede legato per damnationem di una res certa*. Milano, 1900.

FILIP-FRÖSCHL, J., RAINER, J.M. SÖLLNER, A. (Editores). *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS). Teil X: Juristisch speziell definierte Sklavengruppen. 6: Servus fugitivus*. Stuttgart: Franz Steiner, 2005.

FINAZZI, G. *Ricerche in tema di negotiorum gestio I: azione pretoria ed azione civile*. Napoli: Jovene, 1999.

- *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1: Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*. Cassino-Roma: Edizioni dell'Università degli Studi di Cassino, 2003.

FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

- *Forma, causa ed exceptio nella stipulatio* en *INDEX* 44 (2016), pp. 179-196.

FLORIANA CURSI, M. *Actio quod metus causa e le azioni "miste"* en *INDEX* 43 (2015), pp. 393-401.

FRANCHINI, L. *La Recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei: questioni di metodo e di merito*. Padova: CEDAM, 2015.

FRESE, B. *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator* en *Studi Riccobono* 4, pp. 397-449.

FREZZA, P. s.v. "*Actio familiae erciscundae*" en *NNDI*, p. 265.

- *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. Vol I. Le garanzie personali*. Padova: CEDAM, 1962

FUENTESECA DEGENEFFE, M. *La naturaleza arbitraria de la actio de eo quod certo loco* en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 11 (2007), pp. 231-240

- *Pignus e Hypotheca en su evolución histórica*. Santiago de Compostela: Andavira, 2013.

GAGLIARDI, L. *La figura del giudice privato nel processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)* en CANTARELLA, E. y GAGLIARDI, L. (Coord.) *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*. Milano: Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2007, pp. 199-217.

- *I collegi giudicanti: "decemviri", "centumviri", "septemviri", "recuperatores": idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali* en GAROFALO, L. *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 2012, pp. 339-383.

GALEOTTI, S. *Ricerche sulla nozione di damnum I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*. Napoli: Jovene, 2015.

GALGANO, F. *Cautio Muciana e crisi di un'élite* en RDR 16-17 (2016-2017) (<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano16-17-Galgano-Cautio.pdf>). Fecha de consulta: 14/06/2020.

GALLO, F. *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium* en SDHI 62 (1996), pp. 1-68.

GAMAUF, R. *Vindicatio nummorum. Eine Untersuchung zur Reichweite und praktischen Durchführung des Eigentumsschutzes an Geld im klassischen römischen Recht. [Habilitationsschrift]*([https://roemr.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_roemisches\\_recht/Publikationen/Gamauf-Vindicatio\\_nummorum.pdf](https://roemr.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_roemisches_recht/Publikationen/Gamauf-Vindicatio_nummorum.pdf))

GANDOLFI, G. *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*. Milano: Giuffrè, 1976.

GARCÍA GARRIDO, M. J. *Gayo 2.216-223 sobre el "legatum per praeceptionem"* en AHDE 31 (1961), pp. 487-514.

- *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil I. La tradición romanística*. Barcelona: CEAC, 1982.

GARCÍA SANCHEZ, J. *La venta del esclavo fugitivo: recepción del derecho romano en una escritura notarial mirobrigense de 1621* en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 7 (2003), pp. 407-438

GARCÍA VÁZQUEZ, M. del C. *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio* en RIDA 38 (1991), pp. 153- 174.

GAROFALO, L. *"Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem" (a proposito di Gai. ad ed. aed. cur. D. 21,1,45)* en Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale

in diritto romano. Milano: Edizioni Universitarie di lettere economia diritto, cop. 1998, p. 57 y ss.

- *Studi sull'azione redibitoria*. Milano: CEDAM, 2000.

GAUDEMET, J. *Études sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

- *In tema di "stipulationes praetoriae"* en LABEO 6 (1960), pp. 405-410.

GIMENEZ CANDELA, T. *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*. Navarra: Eunsa, 1981.

GIOFFREDI, C. *Sull'origine della "condemnatio pecuniariae" e la struttura del processo romano* en SDHI 12 (1946), p. 136 y ss.

GIOMARO, A. M. *D. 4,2,14,11: Sul valore della clausula restitutoria nell'actio quod metus causa e sull'officium iudicis* en Atti del II Seminario Romanistico Gardesano. Promosso dall'istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi 12-14 giugno 1978. Mailand, 1980, pp. 191-212.

- *"Cautiones iudiciales" e "officium iudicis"*. Milano: Giuffrè, 1982.

- *Ulpiano e le "stipulationes praetoriae"* en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi, IV*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1983, pp. 413-440.

GIRARD, P.F. – SENN, F. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Rousseau, 1929.

GIUNTI, P. *'Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione* en IVRA 61 (2013).

GLARE, P.G.W. (Editor). *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

GÓMEZ BUENDÍA, C. *Una aproximació casuística a la tutela processal de la quarta falcícia* en Revista de Dret Històric Català 8 (2008), pp. 155-168.

- *Exceptio utilis en el procedimiento formulario del derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2015.

GONZÁLEZ ROLDÁN, Y. *Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso, consulibus factum nella lettura di Ulpiano*. Bari: Caccuci, 2008.

- *Acciones noxales y pérdida dolosa de la potestas (o de la posesión)* en RGDR 12 (2009), pp. 1-37.

- *Problemi di diritto ereditario nei VII Libri Membranarum di Nerazio* en *Glossae: European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 312-366.

GOURON, A. *Gage confirmatoire et gage pénitentiel en droit romain* en *RH* 39 (1961), pp. 197-223.

GRADENWITZ, O. *Ältere und neuere formula arbitraria* en *ZSS* 24 (1903), p. 238 y ss.

GREENRIDGE, A.H.J. *Legal Procedure of Cicero's Time*. Oxford: Clarendon Press, 1901.

GREINER, R. *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1973.

GROSSO, G. *Ricerche intorno all'elenco classico dei bonae fidei iudicia I. Iudicium rei uxoriae* en *RISG* 3 (1928), p. 28 y ss.

- *Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia: patti e contratti*. Milano: Istituto giuridico della R. Università, 1928.

- *I legati nel diritto romano. Parte generale*. Torino: Giappichelli, 1962.

- *Le servitù prediali nel diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1969.

GRZIMEK, P. *Studien zur taxatio*. München: Beck, 2001.

GUARINO, A. *In tema di "praetoriae stipulationes"* en *SDHI* 8 (1942), p. 316 y ss.

- *s.v. equità (Diritto romano)* en *NNDI*, p. 619 y ss.

- *La classificazione delle "stipulationes praetoriae"* en *LABEO* 8 (1962), pp. 214-219.

- *Actiones in aequum conceptae* en *LABEO* 8 (1962), p. 7 y ss.

- *La condanna nei limite del possibile*. Napoli: Jovene, cop. 2015.

GUIDA, G. *Ius dicere e giudicare. Iurisdictio del magistrato e potere del giudice* en GAROFALO, L. *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 3. Padova: CEDAM, 2015, p. 4 y ss.

GUZMÁN BRITO, A. *Caución tutelar en derecho romano*. Pamplona: EUNSA, 1974.

- *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

- *Dialéctica y retórica en los "topica" de Cicerón* en CASTRO SÁENZ, A. y HIGINIO LLANO-ALONSO, F. (Coord.). Cicerón, el hombre y los siglos. Granada: Comares, 2016.

HARKE, J.D. *Actio de dolo. Arglistklage im römischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2020.

HARTKAMP, A.S. *Der Zwang im römischen Privatrecht*. Amsterdam: Hakkert, 1971.

HERDLITCZKA, A.R. *Zur Lehre vom Zwischenurteil (pronuntiatio) bei den sogenannten actiones arbitrariae*. Wien: Oskar Höfels, 1930.

HERNANDEZ LERA, J. *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*. Madrid: Dykinson, 1992.

HONSELL, H. *Quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht*. München: Beck, 1969.

HORNBLOWER, S.; SPAWFORTH, A. (Editores). *The Oxford classical dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

HUSCHKE, P.E. *Zur Pandektenkritik: Ein Versuch sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zurückzuführen*. Baumgaertner's Buchhandlung, 1875.

HUWARDAS, S. G. *Beiträge zur Lehre der actiones arbitrariae, insbesondere von der actio de eo quod certo loco dari oportet im klassischen Recht*. Leipzig, 1932.

IGLESIAS, J. *Officium en Espíritu del Derecho romano* (2ª Edición). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1991, p. 52 y ss.

IMPALLOMENI, G. *L'Editto degli edili curuli*. Padova: CEDAM, 1955.

- *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente* en SDHI 25 (1959), pp. 55-93.

- *Recensione critiche a Lederle, R. Mortuus redhibetur* en IVRA 34 (1983), pp. 214-218.

JAKAB, É. *Praedicere und cavere beim Marktkauf: Sachmängel im griechischen und römischen Recht*. München: Beck, 1997.

JOBBE-DUVAL, E. *Les décrets des magistrats pourvus de la iurisdictio contentiosa inter privatos* en Studi Bonfante 2. Milano: Fratelli Treves, 1930, p. 181 y ss.

JÖRS, P.; KUNKEL, W; WENGER, L. *Römisches Recht: Römisches Privatrecht Abriss des Römischen Zivilprozessrechts*. Berlin [etc.]: Springer-Verlag, 1978.

KASER, M. *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen* en ZSS 51 (1931), pp. 92-125.

- *Restituere als Prozessgegenstand*. München: Beck, 1932.
  - *Quanti ea res est: Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*. München: Beck, 1935.
  - *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae* en RIDA 2 (1949), pp. 511-550.
  - *Gaius und die Klassiker* en ZSS 70 (1953), 127-178.
  - *Prätor und Judex im römischen Zivilprozess* en TR 32 (1964), p. 329 y ss.
  - *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio* en ZSS 72 (1955), pp. 90-126.
  - *Oportere und ius civile* en ZSS 83 (1966), pp. 1-46.
  - *Der Interesseberechnung bei der "vindictio pignoris"* en IVRA 18 (1967), pp. 1-19.
  - *Die "formula" der "actio ad exhibendum"* en RIDA 14 (1967), p. 263 y ss.
  - *Das Römische Privatrecht. 1. Das altrömisches, das vorklassische und klassisches Recht* (2ª Edición). München: Beck, 1971.
  - *Das Römische Privatrecht. 2. Das nachklassisches Entwirklungen* (2ª Edición). München: Beck, 1975.
  - *Fromeln mit "intentio incerta", "actio ex stipulatu" und "condictio"* en LABEO 22 (1976), pp. 7-29.
  - *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus* en ZSS 94 (1977), pp. 101-183.
  - *Storia del diritto romano*. Milano: Cisalpino, 1977.
  - *Das römische Zivilprozessrecht* (2ª Edición revisada por K. Hackl). München: Beck, 1996.
- KIESS, P. *Die confusio im klassssischen römischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

KLINGENBERG, G. *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses* en *Vestigia Iuris Romani*. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, Graz, 1992, p. 249 y ss.

KNÜTEL, R. *Zur Hafftung bei der "actio quod metus causa"* en *INDEX 45* (2017), pp. 594-613.

KRELL, G. *Die actio quod metus causa des römischen civilrechtes*. (Tesis doctoral). München, 1873.

KRELLER, H. *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung* en *Festschrift Koschaker 2*. Leipzig: Zentralanquitarat der DDR, 1977, p. 193 y ss.

KRÜGER, H. *Cautio Muciana* en *Mélanges Girard 2*, p. 1 y ss.

KUNKEL, W. *Untersuchungen zur Entwicklung des roemischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit*. München, 1962.

KUPISCH, B. *In integrum restitutio und vindication utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*. Berlin-New York: De Gruyter, 1974.

- *Überlegungen zum Metusrecht: die actio quod metus causa des klassischen römischen Rechts* en HUWILER, B. (y otros). *Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*. Bern: Stämpfli, 2007, pp. 415-438.

LA PIRA, G. *La personalità científica di Sesto Pedio* en *BIDR 45* (1938), pp. 293-334.

LA ROSA, F. *L'Actio iudicati nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1963.

LAMBRINI, P. *Dolo generale e regole di correttezza*. Milano: CEDAM, 2010.

LE BRAS, G. *Les fondations privées du Haut Empire* en *Studi Riccobono 3*, pp. 20-67.

LEDERLE, R. *Mortuus redhibetur: die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, cop. 1983.

LEGIER, H.J. *Testament et condicio* en *RH 37* (1960), pp. 353-384.

LENEL, O. *Die Formel der s.g. actio de eo quod certo loco und das Wesen der actiones arbitrariae* en *Beiträge zur Kunde des prätorischen edicts*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878, pp. 55-100.

- *Beiträge zur Kunde des prätorischen edicts*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878.
  - *Quellenforschungen in den Edictcommentaren (Schluss)* en ZSS 4 (1883), pp. 112-125.
  - *Palingenesia iuris civilis*, 2 vol., Leipzig, 1889 (reimpresión Graz 1960).
  - "Rei vindicatio" und "actio ad exhibendum" en Grünhut's Zeitschr. f. privat. u. öffentl. Recht (37) 1910, p. 515 y ss.
  - *Zum Edictum Perpetuum* en ZSS 37 (1916), p. 121 y ss.
  - *Culpa lata und culpa levis* en ZSS 38 (1917), pp. 263-290.
  - *Textkritische Miscellen* en ZSS 39 (1918), pp. 119-171.
  - *Das Edictum Perpetuum. Ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*. 3a Edición. Leipzig: Tauchnitz, 1927.
  - *Afrikans Quäestionen. Versuch einer kritischen Palingenesie* en ZSS 51 (1931), pp. 1-53.
- LEONHARD, R. s.v. *cautio* en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Volumen 6. Stuttgart: Druckenmüller, cop. 1958-1966 (facsimil 1899), pp. 1814-1820.
- LEUBA, J.F. *Origine et nature du legs per praeceptionem*. Lausanne: Imprimerie Vaudoise, 1962.
- LEVY, E. *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae* en ZSS 36 (1915), pp. 57-82.
- *Neue lesung von Gai. IV 62* en ZSS 49 (1929), p. 472 y ss.
  - *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1962.
  - *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen: im klassischen römischen Recht I y II*. Aalen: Scientia, 1964 (reimpresión de las ediciones originales de 1918 y 1922).
- LIEBMAN, E.T. *L'actio iudicati nel processo giustiniano* en Studi Bonfante 3 (1930), p. 399 y ss.

LIEBS, D. *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, cop. 1972.

- *Römisches Recht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1975.

LINARES PINEDA, J.L. *Definiciones romanas de restituere* en RGDR 29 (2017), pp. 1-10.

LITEWSKI, W. *Das Vorhandensein der formula in ius concepta mit der bona fidesklausel bei der Leihe* en RIDA 45 (1998), pp. 287-320.

LLANOS PITARCH, J.M. *Reflexiones sobre la vis licita frente a la vis ilícita* en RGDR 29 (2017), pp. 1-25.

LONGO, G. *L'Hereditatis petitio*. Padova: CEDAM, 1933

- *Diritto delle obbligazioni*. Torino: UTET, 1950.

- *Sulla legittimazione passiva nella "hereditatis petitio"* en LABEO 2 (1956), pp. 378-384.

- *Il possesso sul "servus fugitivus"* en Annali della Università di Macerata, a cura della Facoltà Giuridica 25 (1961), p. 1 y ss.

LÓPEZ GÁLVEZ, M.N. *La stipulatio: consideraciones sobre las estipulaciones pretorias, ambiguas y condicionales* en RGDR 19 (2012), pp. 1-28.

LÜBTOW, U.v. *Der Ediktstitel "Quod metus causa gestum erit"*. Greifswald: Universitätsverlag Ratsbuchhandlung L. Bamberg, 1932.

LUISI, N. *Brevi considerazioni sull'origine romanistica della struttura negoziale del trust* en Studi Urbinati-Scienze giuridiche, politiche ed economiche 60 (2015), p. 51 y ss.

LUSIGNANI, L. *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano. II: Il mandato*. Parma: 1905.

LUZZATTO, G.I. *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*. Bologna: Patron, 2004.

MACCORMACK, G. *Factum Debitoris and Culpa Debitoris* en TR 41 (1973), pp. 59-74.

MAGDELAIN, A. *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1995.

- MAGLIOCCA, F.P. *Sul legato "uni ex heredibus"* en Studi Grosso 4, pp. 285-349.
- MAIER, G.H. *Prätorische Bereicherungsklagen*. Berlin-Leipzig: Gruyter, 1932.
- MANNA, L. *"Actio redhibitoria" e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto "de mancipis vendundis"*. Milano: Giuffrè, 1994.
- MANTHE, U. *Zur Wandlung des "servus fugitivus"* en TR 44 (1976), p. 133 y ss.
- MANTOVANI, D. *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano* (2ª Edición). Padova: CEDAM, 1999.
- MARLASCA MARTÍNEZ, O. *Responsabilidad del juez en el ejercicio de su deber: textos romanos y visigodos* en Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto (Vol. 50) 1 (2002), pp. 103-131.
- MARRONE, M. *Actio ad exhibendum* en Annali Palermo 26 (1957), pp. 177-694.
- *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*. Palermo: Manfredi, 1960.
  - *Contributi in tema di legittimazione pasiva alla rei vindicatio* en Studi in Onore di Gaetano Scherillo 1. Milano: Cisalpino-La Goliardica, 1972, pp. 341-376.
  - s.v. *Rivendicazione* en ED 41 (1989), p. 22 y ss.
  - *Manuale di Diritto Privato Romano*. Torino: Giappichelli, 2004.
- MARTÍNEZ VAL, J.M. *Cicerón, jurista* en Revista General de Derecho 628-629 (1997), pp. 13-26.
- MASCHI, C.A. *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1976.
- MAY, G. *Observations sur les actions arbitraires* en Mélanges Girard 2, pp. 151-169.
- MAYER, M.S. *Die Lehre von den Legaten und Fideicomissen: aus den Quellen bearbeitet*. Tübingen: Laupp, 1845.
- MAYER MALI, T. *Ein Leitfall der Digesten zur Vindikation eines Pfandes in der Hand eines Dritten* en ZSS 72 (1955), pp. 347-357.

MECKE, B. *Die Entwicklung des "procurator ad litem"* en SDHI 28 (1962), pp. 100-161.

MEDICUS, D. *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*. Köln: Böhlau, 1962.

- *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht* en ZSS 86 (1969), pp. 67-104.

MELILLO, G. *Il negozio bilaterale romano: Contrahere e pacisci tra il primo e il terzo secolo. Lezioni*. Napoli: Liguori, 1986.

MERELLO ARECCO, I. *Retórica y jurisprudencia en Cicerón* en Iter 2 (1994), pp. 241-264.

METRO, A. *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1966.

- «*Exceptio*» doli e «*iudicia bonae fidei*» en φίλια. Scritti per Gennaro Franciosi III. Napoli: Satura, 2007, p. 1731 y ss.

MIGLIETTA, M. *"Servus dolo occisus": contributo allo studio del concorso tra "actio legis aquiliae" e "iudicium ex lege cornelia de sicariis"*. Napoli: Jovene, 2001.

MIQUEL, J. *Mechanische Fehler in der Digestenüberlieferung* en ZSS 80 (1963), p. 240.

- *Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MOLLÁ NEBOT, M.A.S. *Consideraciones en torno a la "aequitas"* en BALLESTEROS LLOMPART, J.; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. y MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L. *Justicia, solidaridad y paz: estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*. Valencia: Universitat de Valencia, 1995, pp. 285-294.

- *Responsabilidad judicial e inamovilidad de la sentencia* en RGDR 9 (2007), pp. 1-10.

- *Presupuestos para el estudio de la responsabilidad del "iudex unus"* en RGDR 13 (2009), pp. 1-21.

- *Iudex unus. Responsabilidad judicial e iniuria iudicis*. Dykinson: Madrid, 2010.

- *La aequitas y el caso* en RGDR 23 (2014), pp. 1-13.

MOZZILLO, A. *Contributi allo studio delle "stipulationes preaetoriae"*. Napoli: Jovene, 1960.

- s.v. *stipulatio praetoria* en NNDI, pp. 450-456.

MÜLLER-EHLEN, M. *Hereditatis petitio: Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*. Köln: Böhlau, 1998.

MURGA GENER, J.L. *Un original concepto de officium en Séneca (Epist. 102.6)* en AHDE 48 (1978), p. 116 y ss.

- *Derecho romano clásico II: El proceso*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1980.

MURILLO VILLAR, A. *El fideicomiso de residuo en derecho romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1989.

- *Aproximación al origen del fideicomiso "de eo quod supererit"* en BIDR 31-32 (1989-1990), pp. 121-149.

- *El riesgo en el legado (Del derecho romano al Código civil)*. Burgos: Publ. Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1993.

NARDI, E. *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi*. Milano: Giuffrè, 1947.

NEGRO, F. *La Cauzione per le spese: sviluppo storico*. Padova: CEDAM, 1954.

NICOLAU, M.; COLLINET, P. *Gaius: Institutes IV.48. La condemnatio pecuniariae sous les Actions de la loi* en RH 15 (1936), p. 751 y ss.

NICOLETTI, A. s.v. *dote (Diritto romano)* en NNDI, pp. 257-259.

NICOSIA, G. *L'acquisto del possesso mediante i "potestati subiecti"*. Milano: Giuffrè, 1960.

OBARRIO MORENO, J.A. y PIQUER MARÍ, J.M. *El recurso a los testimonia divina en la retórica latina de Cicerón y Quintiliano* en RGDR 19 (2012), pp. 1-33.

PALAZZOLO, N. *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*. Milano: Giuffrè, 1968.

PALERMO, A. *Il Procedimento cauzionale nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1942.

PALMA, A. *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*. Torino: Giappichelli, 2016.

PARICIO SERRANO, F.J. *La pretendida fórmula "in ius" del comodato* en RIDA 29 (1982), pp. 235-251.

- *Estudio sobre las "acciones in aequum conceptae"*. Milano: Giuffrè, 1986.
- *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D.13,6,13pr. y D. 13,6,17,5)* en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1987, p. 355 y ss.
- *Sobre el origen y la naturaleza civil de los bonae fidei iudicia* en MURILLO VILLAR, A. (Coord.). *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes 2* (2000), pp. 187-198
- *Sobre la fórmula de la actio rei uxoriae* en *Status familiae*. Festschrift für Andreas Wacke zum 65 Geburtstag. München: Beck, 2001, p. 365 y ss.

PARICIO SERRANO, V.L. *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial* en *Estudios Juan Iglesias 1*, pp. 459-504.

PARLAMENTO, E. *Labeone e l'estensione della "redhibitio" all'"actio empti"* en RDR 3 (2003), p. 10 y ss. (<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03parlamento.pdf>).  
Fecha de consulta: 14/06/2020.

PARRA MARTÍN, M.D. *Problemática en torno a las fuentes en el derecho romano clásico. Referencia especial a Publico Iuvencio Celso-hijo* en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia 23* (2005), pp. 225-238.

- *La equidad como criterio auxiliar en la interpretación judicial* en VV.AA. *Fvndamenta Iuris: terminología, principios e "interpretatio"*. Almería: Universidad de Almería, 2012, pp. 649-656.

PASTORI, F. *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1950.

- *Il comodato nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1954.
- *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*. Milano: Giuffrè, 1961.
- *Comodato, contratto, responsabilità*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1980.
- *Il Negozio verbale in diritto romano*. Bologna: Cisalpino, Istituto editoriale universitario, cop. 1994.

- *Il Commodato in diritto romano*. Bologna: Cisalpino, cop. 1995.

PAULUS, JULIUS. *Sentencias a su hijo = Ivli Pavli sententiarum ad filium / Julio Paulo; introducción, traducción, notas e índice alfabético de Martha Patricia Irigoyen Troconis*. México: UNAM, 1995.

PELLAT, C.A. *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété, et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit, suivi d'une traduction et d'un commentaire du livre VI des Pandectes*. Paris: Thypographie Plon Frères, 1853.

PÉREZ BRAVO, C. *La Stipulatio. Características generales* en *Ars Boni et Aequi* 5 (2009), pp. 137-156.

PÉREZ LÓPEZ, X. *La satisdatio rem pupilli salvam fore como stipulatio communis en D. 45,1,5pr (Pomp. 26 ad Sab.)* en *RIDROM* 6 (2011), pp. 103-154.

- *Contrato verbal y proceso en el Derecho romano. Las "stipulationes communes" en D. 45,1,5 pr. Pomp. 26 ad Sab.* Madrid: Marcial Pons, 2014.

PERNICE, A. *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*. Halle: Max Niemeyer, 1900.

PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928.

PESCANI, P. *Gli "antecessores" bizantini di fronte agli antichi "prudentes" dopo il divieto di Giustiniano* en *Studi Volterra* 6, pp. 219-252.

PETERS, H. *Generelle und spezielle Aktionen* en *ZSS* 32 (1911), pp. 179-307.

PEZZANA, A. *s.v. Azione confessoria e negatoria* en *ED IV*. Milano, 1959, pp. 838-842.

PFLÜGER, H.H. *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht* en *ZSS* 65 (1947), pp. 121-218.

PIKA, W. *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht. [Berliner Juristische Abhandlungen, hrsg. von U. v. Lübtow, Band 32]*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

PLATSCHEK, J. *Zur Rekonstruktion der bonae fidei iudicia* en *ZSS* 127 (2010), pp. 275-285.

- *Gai. 4,35/36. Kein Beleg für eine actio Serviana des Vermögenskäufers* en *ZSS* 128 (2011), pp. 366-369.

POGGI, A. *Il contratto di società in diritto romano classico*. Napoli: Jovene, 2012.

POLARA, G. *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali. 'Iuravi mihi non liquere' en Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 333-389.

PRINGSHEIM, F. *Beryt und Bologna en Festschrift Lenel*. Leipzig: Tauchnitz, 1921, pp. 204-285.

- *Bonum et aequum* en ZSS 52 (1932), pp. 78-155.

- *Acquisition of ownership through servus fugitivus* en Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantésimo aniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948). Napoli: Jovene, 1948, p. 603 y ss.

- *Servus fugitivus sui furtum facit* en Festschrift Fritz Schulz 1. Weimar: Hermann Böhlau, 1951, pp. 279-301.

- *Animus donandi* en Gesammelte Abhandlungen I. Heidelberg: Winter, 1961, pp. 3-289.

PROVERA, G. *Contributi allo studio del "iusiurandum in litem"*. Torino: Giappichelli, 1953.

- *La pluris petitio nel processo romano. I. La procedura formulare*. Torino: Giappichelli: 1958.

- *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano* en REHJ 7 (1982), pp. 57-67.

- recensión a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*" en SDHI 49 (1983), pp. 495-507.

- *Lezioni sul processo civile giustiniano I-II*. Torino: Giappichelli, 1989.

PUGLIESE, G. *Studi sull'"iniuria"*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1941.

- *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*. Milano-Venezia, 1945-1946.

- *Usufrutto, uso e abitazione*. Torino: UTET, 1956.

- *Riflessioni riassuntive e finali* en *L'educazione giuridica III: La responsabilità del giudice*. Perugia: Libreria Universitaria, 1978, pp. 618-639.

- *Istituzioni di diritto romano* (3ª Edición). Torino: Giappichelli, cop. 1991.

PULITANÒ, F. *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 2009

- *Profili dell'officium iudicis nei giudizi divisorii* en GAROFALO, L. *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 2012.

QUADRATO, R. *Hereditatis petitio possessoria*. Napoli: Jovene, 1972.

RAINER, J.M. *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*. Fraz: Leykam, 1987.

RANDAZZO, S. *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro en Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*. Padova: 2012, p. 3 y ss.

RASTÄTTER, J. *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*. Freiburg, 1981.

REDUZZI MEROLA, F. *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, «servi corrupti»* en *Studia Historica – Historia Antigua* 25 (2007), pp. 325-329.

REICHARD, I. *Die Frage der Drittschadensersatzes im Klassischen römischen [Froschungen zum römischen Recht, Abh. 38]*. Köln: Böhlau Verlag, 1993.

RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa: confluencia de dos regulae iuris en D. 20,4,19* en *RIDA* 48 (2001), pp. 237-258.

- *Sobre los "Nomina Hereditaria"* en GARCIA SÁNCHEZ, J.; DE LA ROSA DÍAZ, P. y TORRENT RUIZ, A.J. (Coord.). *Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge II* (2002), pp. 883-889.

RICCOBONO, S. *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto Giustiniano* en *ZSS* 35 (1914), pp. 262-397.

- *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano* en *ZSS* 43 (1922), pp. 214-305.

- s.v. *stipulatio* en *NNDI*, pp. 445-449.

ROBAYE, R. *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

ROBLES REYES, J. R. *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Murcia: Universidad de Murcia, 2003.

ROBLES VELASCO, L.M. "*Aequitas-Equity*" en VV.AA. *Fvndamenta Iuris: terminología, principios e "interpretatio"*. Almería: Universidad de Almería, 2012, pp. 195-204.

RODGER, A. *Actio Confessoria and Actio Negatoria*. *Appunti en ZSS* 88 (1971), pp. 184-214.

ROSSETTI, G. '*Poena*' e '*rei persecutio*' nell'*actio ex lege Aquilia*. Napoli: Jovene, 2013.

ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani: estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana*. Hildesheim [etc.]: Olms, 1990.

RUDORFF, A.F. *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*. Lipsia: Heirzelium, 1869 (facsimil editado por Eunsa, Pamplona, 1997).

RUSSO RUGGERI, C. *Viviano giurista minore?* Milano: Giuffrè, 1997.

SACCONI, G. *La "pluris petitio" nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*. Milano: Giuffrè, 1977.

- *Ricerche sulla stipulatio*. Napoli: Jovene, 1989.

SALOMON SANCHO, L. *Las retentiones en la actio rei uxoriae* en RGDR 10 (2008), pp. 1-22.

SAN MARTIN NEIRE, L. *La cláusula 'ex fide bona' y su influencia en el 'quantum respondeatur' como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano* en Revista de Derecho Privado 28 (2015), pp. 47-77.

SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C. "*Locare usum fructum*": *note per l'esegesi di Ulp. 20 ad ed. D. 10,3,7,10* en BIDR 42-43 (2000-2001), pp. 293 a 315.

SANSON RODRIGUEZ, M.V. *La responsabilidad del vendedor por los vicios materiales de la cosa vendida y la protección del comprador desde el derecho romano al contemporáneo* en RGDR 33 (2019), pp. 1-24.

SANTALUCIA, B. *I legati ad effetto liberatorio in diritto romano* [Univ. Di Firenze. Pubbl. Della Fac. di Giur., 2]. Napoli: Morano, 1964.

- *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano* en LABEO 13 (1967), pp. 151-193.

- *L'opera di Gaio "ad edictum praetoris urbani"*. Milano: Giuffrè, 1975.

SANTORO, R. *Potere ed azione nell'antico diritto romano*. Palermo: Michele Montaina, 1967.

- recensión a Giomaro, "*Cautiones iudiciales*" en LABEO 30 (1984) 3, pp. 340-350.

SANTUCCI, G. "*Fides bona*" e "*societas*": una riflessione en GAROFALO, L. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001. Vol. 3*. Padova: CEDAM, 2003, pp. 359-386.

SARGENTI, M. *Problemi della responsabilità contrattuale. II. La "perpetuatio obligationis" nella "stipulatio" e nel legato* en SDHI 20 (1954), pp. 162-200.

SCEVOLA, R. *La responsabilità del iudex privatus*. Milano: Giuffrè, 2004.

SCHIPANI, S. *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*. Torino: Giappichelli, 1971.

- *Zum iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen* en Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, pp. 169-194.

SCHULZ, F. *Einführung in das Studium der Digesten*. Tübingen: Mohr, 1916.

- *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht* en ZSS 43 (1922), pp. 171-261.

- *History of Roman Legal Science*. Oxford: University Press, 1946.

- *Principios del derecho romano*. Madrid: Civitas, 2000.

SCHWARZ, F. *Studien zur Hereditatis petitio* en TR 24 (1956), p. 279 y ss.

SCIALOJA, V. *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche* en BIDR 11 (1898), pp. 61-72.

- *Sulla cautio Muciana applicata all'eredità* en BIDR 11 (1898), pp. 265-280

- *Procedimiento civil romano*. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

SEGRÈ, G. *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno* en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento (Vol. 6). Napoli: Pirro, 1906.

- *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*. Paris: Rousseau, 1912.

- *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitutis oneris ferendi"* en BIDR 41 (1933), pp. 17-79.

SEILER, H.H. *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht*. Köln: Böhlau, 1968.

SELB, W. *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Fromelaufbau I*. Wien-Köln-Graz: Böhlau, 1974.

- *Die Formel der Iniurienklage* en Acta Juridica 1978 (=Essays in honour of Ben Beinart III. Cape Town-Wetton-Johannesburg 1979), p. 29 y ss.

SERRAO, F. *Il procurator*. Milano: Giuffrè, 1947.

SIBER, H. *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*. Leipzig: A. Deichert, 1907.

- *Contrarius consensus* en ZSS 42 (1921), pp. 68-102.

SIRKS, B. *Die Bedeutung von in bonis in der actio Serviana* en ZSS 136 (2019), pp. 84-110.

SOLAZZI, S. *La restituzione della dote nel diritto romano*. Città di Castello: Lapi, 1899.

- *Tra l'actio rationibus distrahendis e l'actio tutelae*. Milano: Ulrico Hoepli, 1920.

- *Istituzioni tutelari*. Napoli: Jovene, 1929.

- *Sulla "cautio Muciana" applicata all'eredità* en SDHI 10/2 (1944), p. 363 y ss.

- *Studi romanistici, I. Il "postliminium rei" e gli immobili* en RISG 3 (1949), pp. 1-14.

- *La tutela e il possesso delle servitù prediali*. Napoli: Jovene, 1949.

- *La compensazione nel diritto romano*. Napoli: Jovene, 1950.

SOLIDORO MARUOTTI, L. *Aequitas e ius scriptum. Profili storici en Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino* 1/2012, pp. 207-320.

SÖLLNER, A. *Zur Vorgeschichte und Funktion der Actio Rei Uxoriae*. Köln-Wien: Böhlau, 1969.

SOTTY, R. *Recherche sur les utiles actiones: la notion d'action utile en droit romain classique*. Grenoble: Clermont, 1977.

STARACE, P. *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo en GAROFALO, L. Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 2015, pp. 25-81.

STOLFI, E. *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*. Napoli: Jovene, 2002.

STOLMAR, R. *Actio utilis: Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwendungen, Wirkungen: Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*. Sindelfingen: Selbstverl, 1984.

TAFARO, S. *La interpretatio ai verba "quantia ea rest" nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*. [Pubbl.Fac. Giur. Univ. Bari, 57.]. Napoli: Jovene, 1980.

TALAMANCA, M. *Studi sulla legittimazione passiva alla "Hereditatis petitio"*. Milano: Giuffrè, 1956.

- s. v. *Actio ad exhibendum* en NNDI, pp. 254-257.
- *Revoca testamentaria e "translatio legati"* en Studi Betti 4. Milano: Giuffrè, 1962, p. 170 y ss.
- *Intorno ad una recente ipotesi sulla liberatio legata* en Studi Cagliari 44 (1963-64), p. 679 y ss.
- *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle 'actiones in rem'* en Studi Cagliari 43 (1964), pp. 133-187.
- *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990.
- *L'"aequitas naturalis" e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,7* en BIDR 35-36 (1993-1994).
- *Elementi di diritto privato romano*. Milano: Giuffrè, 2013

TAUBENSCHLAG, R. *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri: 332 B.C-640 A.D.* New York: Herald Square Press, 1944.

THOMAS, J.A.C. *Pro Noxal Surrender* en LABEO 17 (1971), pp. 16-32.

TREPTOW, E. *Zum Lehre von der actio de eo quod certo loco*. Greifswald, 1875.

TREVES, A. *s.v. Azione confessoria e negatoria* en NNDI, pp. 57-59.

TRIPICCIÓN, L. *L'actio rei uxoriae e l'actio ex stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto di giustiniano*. Ancona: Bitteli, 1920.

TRISCIUOGLIO, A. *Consideraciones sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado en la experiencia romana* en GEREZ KRAEMER, G. (Coord.) y FERNÁNDEZ DE BUJÁN A. (Director). *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano II*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 161-176.

TURPIN, C.C. *Bonae Fidei Iudicia* en The Cambridge Law Journal 23/2 (1965), pp. 260-270.

USCATESCU BARRÓN, J. *Acerca de un concepto romano: aequitas. Un estudio histórico-conceptual* en Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos 5. Madrid: Editorial Complutense, 1993.

VACCA, L. *I precedenti e i responsi dei giuristi en VV.AA. Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici: Seminario ARISTEC, Perugia, 25-26 giugno 1999*. Giappichelli, 2000.

VALIÑO DEL RÍO, E. *Actiones utiles*. Pamplona: EUNSA, 1974.

VALIÑO ARCOS, A. *¿Cesación en la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la actio negatoria?* en REHJ 24 (2002).

- *Exégesis de Pomp. 6 ad Sabinum D.47.2.9.1: en torno a la consumición procesal de la condictio y de la vindicatio rei* en LINARES PINEDA, J.L. (Coord.) Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2006, pp. 1009-1026.

- *"Misiones in possessionem. Stipulationes praetoriae. Restitutiones in integrum"* en Portalderecho: [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Fecha de consulta: 14/06/2020.

VARELA MATEOS, E. *La "actio tutelae" y la infamia* en Estudios Juan Iglesias 1, pp. 515-524.

VARVARO, M. *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*. Torino: Giappichelli, 2006.

VASSALLI, F. *Dies vel condicio* en BIDR 27 (1914), pp. 192-274.

- *La sentenza condizionale* en Studi Giuridici I. Milano: Giuffrè, 1960 (nueva publicación del estudio de 1918), p. 371 y ss.

VELASCO GARCIA, C. *La fórmula de la actio pro socio*. MURGA GENER, J. L. y APARICI DIAZ, J. (Directores de la Tesis). Tesis doctoral inédita. Universitat de Sevilla. Sevilla, 1985.

- *La posición del obligado en la societas consensual. Una aproximación a la actio pro socio*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1986.

VENTURINI, C.; FUENTESECA DEGENEFFE, M. *El juez en Roma: funciones y responsabilidad*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

VERONESE, B. *I rapporti tra le parti e il giudice* en GAROFALO, L. *Il giudice privato nel processo civile romano: omaggio ad Alberto Burdese*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 2012, p. 679 y ss.

VIARO, S. *L'“arbitratus de restituendo” nelle formule del processo privato romano*. Napoli: Jovene, 2012.

VINCENT, H. *Le droit des édiles: Étude historique sur les prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie*. Paris: Sirey, 1922.

VOCI, P. *I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati "per damnationem" e dei fedecommessi* en SDHI 1/1 (1935), pp. 48-72.

- *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939.

- *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1952

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

VON WOEß, F. *Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz* en ZSS 53 (1933), pp. 372-408.

WACKE, A. *Paulus D. 10,2,29: Zur Pfand-Adjudication im Erbteilungsprozess und zur Entwicklung der sog. Hypothekarischen Sukzession* en Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag. Hrsg. Von D. MEDICUS - H.H. SEILER. München, 1976, pp. 499-532.

WACKE, J.U. *La cesión de la rei vindicatio in favore del responsable per la perdita della cosa* en IVRA 56 (2006-2007), pp. 137-153.

- *Actiones suas praestare debet*. Berlin: Duncker & Humblot, cop. 2010.

WATSON, A. *Contract of Mandate in Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

- "*Actio serviana*" and "*actio hypothecaria*" (a conjecture) en SDHI 27 (1961), pp. 356-363.

- *The Law of Property in the Later Roman republic*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

WEISS, E. s.v. *stipulatio* en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Volumen 6. Stuttgart: Druckenmüller, cop. 1958-1966 (facsimil 1899), pp. 2540-2548.

WENGER, L. *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. ORESTANO, R.). Milano: Giuffrè, 1938.

- *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (trad. FISK, O-H.). New York: The Liberal Arts Press, 1955.

- *Zur Lehre von der Actio iudicati*. Edición en castellano al cuidado de Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, [2018].

WIEACKER, F. *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia* en ZSS 80 (1963), p. 1 y ss.

- *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana* (trad. de LINARES PINEDA, J.L.). Granada: Comares, 1998, pp. 11-38.

WIMMER, M. *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten (=Forschungen zum Römischen Recht 41)*. Köln-Wiemar-Wien, Böhlau, 1995.

WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette. Volume Secondo*. Torino: UTET, 1930.

WOLF, J.G. *Barkauf und haftung D. 19,1,23, Iul. 13 dig.* en TR 45 (1977), pp. 1-25.

WOLFF, H.J. *Das Iudicium de moribus und sein Verhältnis zur actio rei uxoriae* en ZSS 54 (1934), p. 315 y ss.

YARON, R. *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1960.

- *De usurpationibus* en Studi Grosso 2, p. 553 y ss.

ZABLOCKI, J. "*Ex fide bona*" nella formula del comodato en GAROFALO, L. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001. Vol. 4.* Padova: CEDAM, 2003, pp. 453-464.

ZAMORANI, P. "*Possessio*" e "*animus*". Milano: Giuffrè, 1977.

ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition.* Oxford: Clarendon Press, 1996.

ZINI, A. "*Apud iudicem*". *Giuristi e giudici nell'epilogo del processo formulare.* Garofalo, L. (Supervisor) y Kostoris, R. (Coordinador). Tesis doctoral inédita. Università degli Studi di Padova. Padova, 2018. (<http://paduaresearch.cab.unipd.it/10882/>)

ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie* en Collana della Rivista di Diritto Romano – Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico" (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanozuccotti.pdf>). Fecha de consulta: 14/06/2020.