

LA «STIPULATIO IUDICIALIS DE DOLO» EN EL DERECHO ROMANO CLASICO

1. El engaño malicioso —*dolus malus*¹— está tipificado como delito en el Edicto Perpetuo² y de él se deriva una *actio de dolo*³ por el valor del perjuicio sufrido. Sin embargo, esta acción tiene normalmente un carácter subsidiario⁴, es decir, la concederá el

1. Mientras C. Aquilio Galo —a quien debemos la fórmula de la *actio de dolo*, ya fuese como inspirador de la misma o porque él mismo la dio en su Edicto del año 66 a. C.— y Servio Sulpicio Rufo, consideran la simulación (D. 4,3,1,2-3: *aliud simulatur et aliud agitur*; Cic. *De off.* 3,14,16: *cum esset aliud simulatum, aliud actum*) como elemento esencial del *dolus malus*, Labeón y Ulpiano (D. 4,3,1,2) prescinden del mismo, ya que sin simulación también se puede engañar, e igualmente se puede simular algo sin dolo malo. Por tanto, estos dos últimos juristas atienden principalmente al efecto del *dolus malus*, es decir, al engaño resultante, con lo cual amplían el concepto aquiliano y serviano. Cfr. A. D'ORS, *DPR.*³ p. 430. Sobre el concepto y el origen de la *actio de dolo*, vid G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* (Padova, 1937); F. SERRAO, *La "inversio" del pretore peregrino* (Milano, 1954) p. 105 ss. y, especialmente, A. CARCATERRA, *Dolus Bonus/Dolus Malus. Esegesi di D. 4,3,1,2-3* (Napoli, 1970).

2. LENEL, *EP.*³ p. 114 ss.

3. A pesar de que la expresión *actio doli* aparece en Paulo D. 44,7,35 pr. y Papiano D. 46,3,95,1, ella no es clásica. Cfr. *Index Interp.* s. l.; M. KASER, *RPR.* I² p. 627 n. 20; A. D'ORS, *DPR.*³ p. 429 n. 1.

4. Vid. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, en *Ann. Palermo* 28 (1961) p. 173 ss. Dicho carácter de subsidiariedad aparece confirmado en D. 4,3,1,4: "*Ni de his rebus alia actio non erit*" (allí mismo Ulpiano justifica el carácter subsidiario de la acción por su consecuencia infamante, y quizá, precisamente por ello, la concesión de la *actio de dolo* estaba supeditada a la *causae cognitio* pretoria [D. 4,3,9,5; D. 4,3,13,1]); D. 4,3,5; 6; 7 pr.; 9 pr.; 18,2-3; 21; 22; 25; D. 13,7,36,1; D. 47,20,3,1, y CJ. 2,20 [21], 2. Cfr. LENEL, *EP.*³ p. 114 n. 13; M. KASER, *RPR.* I² p. 627 s.; *id.* *ZPR.* p. 233 n. 28; A. D'ORS, *DPR.*³ p. 429.

Pretor siempre y cuando no sea posible otra acción especial, ya sea civil o pretoria⁵, con la cual perseguir la conducta ilícita, como la *actio tutelae*⁶ para el primer caso, o la *actio depositi*⁷ o *commodati*⁸ para el segundo; tampoco procederá la *actio de dolo* cuando se dispone de una acción popular⁹ o de la *actio Legis Aquiliae* o una *actio ad exhibendum* o una *actio ex testamento*¹⁰; e incluso, según Ulpiano, el jurista Pedio excluía la *actio de dolo* cuando se disponía de un interdicto¹¹, opinión que comparte Pomponio¹², quien agrega además el caso de que la conducta dolosa previsible se hubiese prevenido mediante una *stipulatio de dolo*¹³, de la cual se

5. D. 4,3,1,4.

6. D. 4,3,5 pr.

7. D. 16,3,1,16. En este texto, además de establecerse el concepto de "deterioro físico" de la cosa, se sienta el principio *res deterior reddita non est reddita*. Cfr. M. KASER, *RPR*. I² p. 541 y n. 9. Vid. infra, en sede final de conclusiones.

8. D. 13,6,3,1. Este pasaje complementa al anterior en el sentido de que cuando se indemnice el deterioro de la cosa, la restitución se entenderá total. Sobre una pretendida *actio in ius* del comodato, vid. A. D'ORS, *DPR*.³ p. 453. Vid. infra en sede final de conclusiones.

9. D. 4,3,7,2.

10. D. 4,3,7,4-5.

11. D. 4,3,1,4. Así tenemos: I) *interd. quorum bonorum*: D. 43,2,1; CJ. 8,2,2; LENEL, *EP*.³ p. 452; II) *interd. quod legatorum*: D. 43,3,1; FV. 90; LENEL, *EP*.³ p. 453 s. Para LENEL, *EP*.³ p. 454 n. 4. la cita de Ulpiano: *aut dolo desunt possidere* (D. 43,3,1,7) no es exacta ("ist offenbar ungenau"), pues, efectivamente, aquí no se trata de tutelar la ausencia de dolo (como en la *stipulatio de dolo*), sino la omisión de determinada acción dolosa; III) *interd. de tabulis exhibendis*: D. 43,5,3,6; D. 29,3,2,8; CJ. 8,7,1; LENEL, *EP*.³ p. 455 s.; IV) *interd. de mortuo inferendo et scpulchro aedificando*: D. 11,8,1,5; D. 43,1,2,1; LENEL. *EP*.³ p. 458; V) *interd. a quo fundu petetur si rem nolit defendere*: D. 39. 2,45; FV. 92; LENEL, *EP*.³ p. 474 s.; VI) *interd. de precario*: D. 43,26,2 pr.; CJ. 8,9; LENEL, *EP*.³ p. 486 s.; VII) *interd. de homine libero exhibendo*: D. 43,29,1 pr.; D. 43,29,3,5-6; PS. 5,6,14; LENEL, *EP*.³ p. 487; VIII) *interd. de liberis exhibendis, item ducendis*: D. 43,30,1 pr.; LENEL, *EP*.³ p. 488.

12. D. 4,3,1,4.

13. A propósito del carácter subsidiario de la *actio de dolo* ante la acción que se derivaría de la *stipulatio de dolo* tenemos D. 4,3,7,3 (Ulp. 11 ad ed.): *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem*

deriva la normal acción de derecho estricto que puede ser, o la

speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutum vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavet de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavet, dubium est, an competat ex stipulatu actio. sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est. El texto nos transmite una interpretación de Labeón sobre el requisito de que, para poder ejercitar la *actio de dolo*, es necesario que no exista otra acción con la cual reprimir la conducta dolosa (*si alia actio non erit*). Dice Labeón que, en el caso que haya duda sobre la acción principal, se puede ejercitar la *actio de dolo*. El mismo Labeón nos da un ejemplo en el cual se plantean dos hipótesis: en la primera se trata de la obligación de *dare* un esclavo por compra-venta o por estipulación cuando, antes de realizar la *mancipatio*, el vendedor o el promitente, respectivamente, le dio un veneno y luego hizo la *mancipatio* del esclavo así deteriorado; en la segunda hipótesis se trata de la obligación de *dare* un fundo cuando, antes de que el obligado realizase la *mancipatio*, le impuso al mismo fundo un gravamen de servidumbre, o derribó sus edificios o cortó sus árboles. Continúa diciendo Labeón que, tanto si el obligado a *dare* prestó caución de dolo como si no la prestó, se concederá contra él la *actio de dolo*. La *ratio decidendi* de Labeón es que, si el obligado dio caución de dolo, puede ser dudoso si procede o no la *actio ex stipulatu* y, por tanto, conviene dar la *actio de dolo*. La duda de Labeón acerca de la procedencia de la acción derivada de una estipulación de dolo en esos casos dependía probablemente de una interpretación restrictiva, que él veía como posible, de una estipulación de no dejar dolosamente de cumplir con la obligación de *tradere*, en caso de venta, o de *dare*, en caso de promesa estipulatoria. En cambio, dice Ulpiano que, si se dio la *stipulatio de dolo*, cesará la *actio de dolo* porque existirá la *actio ex stipulatu*; si no se dió caución, tampoco procederá la *actio de dolo*, cuando el demandante tenga la *actio empti*, en tanto, si se debe *ex stipulatu* se conservará la *actio de dolo* pues no hay otra acción por el dolo (la expresión final del texto *in ex stipulatu* se refiere a la expresión inicial *debebat... ex stipulatu*). Es decir, Ulpiano, descartando aquella interpretación restrictiva, consideraba que el vendedor o promitente que daba la caución de dolo quedaba siempre obligado por cualquier conducta dolosa en el cumplimiento de su obligación, aunque no impidiera la entrega o dación de lo debido. El texto, aparte la caída de la *mancipatio* (como siempre, Justiniano habla de *traditio* en todo caso, por eliminación de la *mancipatio*), no parece haber sufrido manipulación compilatoria. La

actio certi cuando se trata de *dare* cantidad o cosa determinada a una *actio incerti* (usualmente denominada *actio ex stipulatu*)

frase *sive cavit de dolo sive non* impide pensar que Labeón dudase de la procedencia de la *actio ex stipulatu* por el dolo sólo en el caso de faltar la caución de dolo. No tendría sentido tal sospecha, pues era evidente que el promitente de *dare* no respondía si daba la propiedad de la cosa debida aunque fuera deteriorada, y lo mismo podía pensar Labeón del vendedor que entregaba la cosa vendida aunque fuera deteriorada. En ambos casos debía asegurarse al acreedor perjudicado la *actio de dolo*. La duda de Labeón sólo podría referirse a la eficacia de una *cautio de dolo* en esos mismos casos. Por lo demás, estamos aquí ante un caso de *stipulatio de dolo* "convencional" y no judicial, y sólo es esta última el objeto de nuestro trabajo. Nuestra interpretación del texto diverge de la doctrina dominante basada principalmente en V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli, 1958) p. 13 ss. (ya publicado en 1927 y 1935), aparte la interpolación señalada de *traditio* por *mancipatio*, el autor da por interpolado lo correspondiente a la *venditio* y consecuentemente, a la *actio empti* del comprador: [*vel ex venditione vel*] [*in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu*], y acepta como probables alteraciones el pasaje que se inicia con *si non est cautum*. En todo caso, reduce así la causa de la obligación de *dare* el esclavo o el fundo a la *stipulatio*. Según cree, se debe distinguir entre el caso de que la *stipulatio* sea pura y simple, por ejemplo, de este tenor "*Spondes hominem Stichum dari? Spondeo*", en cuyo caso no habría duda de que, si hubo dolo por parte del promitente (dar veneno al esclavo antes de la *mancipatio* o imponer un gravamen de servidumbre al fundo o derribar sus edificios o cortar sus árboles), procedería la *actio de dolo*, y el caso de que en la *stipulatio* se incluyera una "cláusula" de dolo, por ejemplo "*Spondes hominem Stichum dari dolumque malum huic rei abesse? Spondeo*", entonces la *actio ex stipulatu* desplazaría a la *actio de dolo*, pero la duda que plantearía su ejercicio llevaría a conceder esta última. Según el autor, Ulpiano estaría de acuerdo con Labeón para la primera hipótesis, es decir, para la *actio de dolo* en la estipulación pura y simple del esclavo o del fundo, pero cuestionaría la segunda por cuanto, para Ulpiano, el ejercicio de la *actio ex stipulatu* sería indudable. En el mismo sentido de Arangio-Ruiz, aunque con matizaciones propias, vid. G. LONGO, op. cit. p. 149 s.; H. COING, *Die clausula doli im Klassischen Recht*, en *Festschrift Fritz Schulz I* (Weimar, 1951) p. 116 s.; S. SOLAZZI, *Servitutis mentio in mancipatione*, en *SDHI*. 18 (1952) 22; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, en *SDHI*. 20 (1954) 168 s., y, últimamente, B. ALBANESE, op. cit. p. 231 ss. Para otras críticas cfr. *Index Interp.* s. 1.

cuando lo prometido es de *facere* o de *dare incertum*¹⁴. Ahora bien, según Coing¹⁵, la *stipulatio de dolo*¹⁶ se puede encontrar en tres grupos de casos: I) como elemento de las estipulaciones pretorias («als Bestandteil prätorischer Stipulationen») ¹⁷; II) como

14. Cfr. A. D'ORS, *DPR*.³ p. 468.

15. H. COING, op. cit. p. 99 ss.

16. H. COING, op. cit. p. 99, conforme con un sector de la romanística (A. PERNICE, *Labeo* II 1 [Halle, 1895] p. 164 ss.; L. MITTEIS, *Römische Privatrecht* I [Leipzig, 1908] p. 317; F. CASAVOLA, *NNDI*. VI s.v. *dolo* p. 149; M. BRUTTI, *La problematica del dolo procesuale nell'esperienza romana* I [Milano, 1973] p. 191 ss.); utiliza genéricamente la expresión *clausula de dolo*, lo que a su vez lleva a G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* I (Bologna, 1965) p. 368, a asimilar la función de la *cautio de dolo* a la *clausula de dolo* en los juicios de derecho estricto, sin distinguir una de otra; sin embargo, preferimos el término genérico de *stipulatio de dolo*, ya que sólo cuando ésta hace parte de una estipulación más amplia recibe entonces la denominación específica de *clausula de dolo* (E. BETTI, *Inst.* II 1 [Padova, 1960] p. 137 s.), vid. infra n. 40.

17. Normalmente en aquellas estipulaciones pretorias en las cuales, además de tutelar otros extremos, se asegura también el dolo, se suele hablar de *clausula de dolo*; así tenemos: para la *cautio indicatum solvi*: D. 46,7,6; D. 46,7,17; D. 47,7,19 pr.; D. 46,7,21; para la *cautio de rato*: D. 46,8,19; D. 46,8,22,7 (H. COING, op. cit. p. 99 n. 4, ve alteraciones en estos dos textos, aunque conserva la referencia del segundo a la cláusula de dolo); para la *cautio ex operis novi nuntiatione*: D. 39,1,21,2; para la *cautio si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse ducatur*: D. 35,3,3 pr. COING, op. cit. p. 100, censura la conjetura de LENEL, *EP*.³ p. 536 y n. 6, y p. 551-552, y n. 6, de la *clausula de dolo* para la *cautio de conferendis bonis et dotibus* y para la *cautio de damno infecto*, respectivamente. En relación con esta última, compartimos la opinión de Coing, pues, en tema de daño temido, no debemos olvidar que se trata de daño de cosa inanimada, y, si se trata de sancionar la negativa del legitimado pasivamente a prestarla, dicha conducta se sanciona por otros medios coactivos pretorios, especialmente la *actio in factum*, si entretanto se produce el daño; cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el derecho romano clásico*, en *AHDE*. 45 (1975) p. 77 ss. Para la primera, Coing dice que si bien es cierto el apoyo textual de Lenel (D. 37,6,5,3), hace alusión al dolo como uno de los extremos que asegura esta *cautio*, no aparece el giro "*quidquid in bonis habuisti dolove malo fecisti quominus haberes...*"; creemos que el ar-

elemento de las cauciones judiciales («als Bestandteil richterlicher Kautio[n]em») ¹⁸, y III) como estipulación independiente convenida entre particulares («als Abmachung in rein privaten Verträgen»). Queremos detenernos ahora en las del segundo grupo y concretamente en la caución «judicial» de dolo ¹⁹. Por tanto, quedan fuera de nuestra consideración actual las del primer y segundo grupos.

gumento de Coing no tiene el peso suficiente, ya que el orden sistemático de los comentarios jurisprudenciales suele seguir el orden de la fórmula edictal donde ya aparecían las palabras formales; por otra parte, de aceptar el argumento de Coing, tendríamos que sostener lo mismo para la *cautio de rato* (D. 46,8,19; 22,7) y para la *cautio ex operis novi muntatione* (D. 39,1,21,1). Pero también encontramos la expresión *clausula* para designar otros extremos tutelados en las estipulaciones pretorias; así: en la *cautio indicatum solvi*: D. 46,7,21: *rei indicatae clausula*, D. 46,7,13 pr. y D. 46,7,3,9-10: *rem iudicatam clausulam* y *rem non defensam clausulam*, respectivamente; en la *cautio de rato*: D. 3,3,15 pr.: *rem non defensam stipulationis clausulam*. Por último, fuera de las estipulaciones pretorias, encontramos el término *clausula* empleado para calificar en otros títulos; así: en *de receptis*, D. 4,8,31: *clausula de dolo*, y D. 4,8,25,1: *clausula "diem compromissi proferre"*; en *de doli mali et metus exceptione*, D. 44,4,4,15-16: *clausula de dolo*; en *de acceptilatione*, D. 46,4,13,5: *clausula de dolo*, y D. 46,4,20: *rem iudicatam clausulam*; en *de iofficioso testamento*, D. 5,2,6 pr.: *ex clausula de ventre in possessionem mittendo*; en *de hereditatis petitione*, D. 5,3,23 pr.: *clausula senatus consulti*; en *de peculio*, D. 15,1,30,7: *doli clausula*; en *ad legem Aquiliam*, D. 9,2,21 pr.: *clausulam aestimationem*; en *de coniungendis cum emancipato liberis eius*, D. 37,8,3: *ex nova clausula*: cfr. *VIR.*, s. v. *clausula*, col. 762 s. l. 23 ss.

18. En cambio, en estas estipulaciones judiciales de dolo, como veremos más adelante, en ningún caso se las califica como "*clausulo*", lo cual es lógico, pues el único contenido de ellas es el aseguramiento del dolo y, por tanto, son propiamente *stipulationes*, o *cautiones de dolo*. Por lo demás, la *cautio de dolo* también puede tener su origen en una *stipulatio* convencional; así tenemos: D. 13,7,15; D. 18,1,68 pr./1-2: D. 19,1,11,16; D. 18,1,43,2; D. 21,2,74,3.

19. La calificación de "judicial" que damos aquí a la *stipulatio de dolo* sigue el criterio de Pomponio en su clasificación general de las estipulaciones (D. 45,1,5 pr.), y no el de Ulpiano en su clasificación de las estipulaciones pretorias, una de cuyas categorías también se denomina "judicial" (D. 46,5,1 pr.-3).

2. Los textos en los cuales aparece tratada la caución judicial de dolo son los siguientes: D. 4,2,9,5 y 7; D. 6,1,18; D. 6,1,20; D. 6,1,45; D. 19,1,13,17; D. 21,1,21,1, y D. 24,3,25,1²⁰. Cada uno de estos casos los trataremos separadamente, antes de llegar a unas conclusiones finales.

20. En *VIR.*, s. v. *cautio*, col. 699 l. 39 ss., sólo se citan D. 45,1,5 pr. (la definición de Pomponio sobre las *stipulationes iudiciales* y su ejemplo, que aquí seguimos) y D. 6,1,20. Cfr. F. CASAVOLA, *NNDI*. VI. s. v. *dolo* p. 149; G. I. LUZZATTO, op. cit. p. 368 y n. 3; H. COING, op. cit. p. 100 ss., y M. KASER, *ZPR*. p. 259 n. 27. Estos dos últimos autores también traen como caso de *cautio iudicialis de dolo* la correspondiente a D. 9,4,32 (Call., 2 ed. mon.): *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*. Formalmente, además de la interpolación de *tradere* por *mancipare*, cabe añadir también que el abandono noxal se puede realizar mediante *in iure cessio*; de allí que algunos autores hayan integrado correctamente el texto con el siguiente giro <*mancipare aut in iure cedere*>. En ambos sentidos cfr. *Index Interp.* s. l. y *Suppl.* s. l. Rechazamos, en cambio, la crítica de BIONDI, *Le azioni noxales nel diritto romano classico*, en *Ann. Palermo* 10 (1925) p. 295 s., para quien el texto está interpolado en su parte final [*et si praesens debet*]. Aunque H. COING, op. cit. p. 101 s. y n. 7, ve en este pasaje una *cautio de dolo* judicial, sin embargo, acepta que podía ordenarse *in iure*, es decir, por el Pretor, pero no explica qué clase de dolo aseguraría esta estipulación y la relaciona con D. 4,3,9,4 (Ulp. 11 ad ed.), donde se trata de la *noxae deditio* de un esclavo ante el juez, después de la *litis contestatio* y antes de la sentencia. Si el demandado oculta que el esclavo había sido pignorado se dará contra él la *actio de dolo*, pero en este texto no se trata de la *cautio de dolo* "judicial". Antes que todo conviene aclarar que la *potestas* a que se refiere nuestro pasaje no es la *potestas* del *dominus* ni la del *paterfamilias*, sino la *potestas exhibendi* de las acciones noxales (D. 9,4,21,3; D. 50,16,215). Ahora bien, si un *servus* que está transitoriamente en poder de otra persona (como el usufructuario, depositario o acreedor pignoraticio) y por tanto, tiene la *potestas exhibendi* sobre él, comete un daño u otro delito y a pesar de que lo presenta ante el Pretor no le defiende, entonces se le embarga (*ducitur*); pero si el que se pretende dueño está presente en el juicio debe hacer la *mancipatio* o la *in iure cessio* y además prestar al demandante la *stipulatio de dolo* para asegurar que es verdadero dueño. En todo caso, la *ductio*, la *mancipatio* e *in iure cessio* se hacen ante el Pretor (*in iure*) y, por tanto, es el Pretor el que impone al dueño, si está presente, la *noxae deditio* y la caución de dolo.

A) La «*stipulatio iudicialis de dolo*» en la «*actio quod metus causa*».

Anunciada en el Edicto Perpetuo²¹, la *actio quod metus causa* es una acción penal al cuádruplo, dentro del año en que se ejerció el acto intimidatorio y, después de este plazo, se convierte en una acción *in simplum* para lograr el importe del daño resultante. La acción se dirige no sólo contra el causante de la intimidación, sino también contra cualquier tercero que se hubiese beneficiado con los efectos del acto coaccionado²². Por tanto, también el tercero de buena fe estaría amenazado con la pena del cuádruplo, pero se mitigaría esta severidad teniendo en cuenta que la acción es con cláusula arbitraria y, por tanto, el demandado, ya sea un tercero de buena fe o el mismo causante de la intimidación, podría obviar la sentencia condenatoria de la *condemnatio pecuniaria* con la restitución.

El primer texto que relaciona nuestra *stipulatio de dolo* con la *actio quod metus causa* es D. 4,2,9,5 (Ulp. 11 *ad ed.*):

Iulianus libro tertio digestorum putat eum, cui res metus causa tradita est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere²³.

Cuando se ejercita la *actio quod metus causa* y el demandado quiere restituir, no sólo debe devolver la cosa (*non solum reddere*) mediante una *remancipatio*, sino también *satisdare de dolo*, como seguridad contra un posible deterioro de la cosa. Que esta *stipulatio de dolo* es «judicial» nos lo dice expresamente el mismo Ulpiano en D. 4,2,9,7 que parece ser la continuación del pensamiento de

21. LENEL, *EP.*³ p. 110 ss.

22. Cfr. D. 4,2,9,8 y *cod.* 14.5. Sin embargo, vid. la bibliografía citada por M. KASER, *RPR.* I² p. 245 n. 25.

23. La crítica textual de este pasaje de Ulpiano es inocua, pues fuera de la interpolación justiniana de *traditio* por *mancipatio*, LENEL, *Paling.* I col. 324 n. 2 corrige *tertio* (libro) por *quarto*. Cfr. *Index Interp.* s. l. y *Suppl.* s. l.

Ulpiano en el § 5²⁴, después de haber indicado en el § 6 que la acción real rescisoria y la *actio quod metus causa* no son cumulativas²⁵. Dice Ulpiano (§ 7):

Ex hoc edicto²⁶ 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.

B) La «*stipulatio iudicialis de dolo*» en caso de «*usucapio*» del poseedor demandado por el propietario.

La *litis contestatio* de una acción reivindicatoria no interrumpe la usucapión. Así nos lo dice Paulo D. 41,4,2,21 (54 *ad ed.*):

Si rem alienam emerit 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.

En efecto, si el demandante en la reivindicatoria todavía es propietario de la cosa en el momento de la *litis contestatio* o, en otros términos, si en el momento de la *litis contestatio* el poseedor aún no ha usucapido, el juez pronunciará sentencia a favor

24. Así nos lo hace pensar no sólo el tratamiento de la materia, sino también la expresión *et de dolo sicut dictum est repromittatur*. H. COING, op. cit. p. 101 n. 3, censura la frase *sicut dictum est*. Cfr. *infra* n. 26.

25. D.4,2,9,6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *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.*

26. Por no interesar directamente a nuestro tema, no entro ahora en la discusión acerca de si esta acción penal depende del edicto "*quod metus causa*" (como pretende B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindictio utilis* [Berlín, 1974] p. 123 ss. y 137), o presupone un nuevo edicto, que los compiladores habían eliminado, como sostiene la doctrina dominante.

del demandante, aunque el poseedor haya usucapido después de aquel momento procesal, y esto se explica porque en dicha acción real el juez refiere su sentencia a la situación existente en el momento de la *litis contestatio*. En el caso de que no prevalezca el demandante en su acción, la usucapición consumada después de la *litis contestatio* resultará plenamente eficaz. Más aún: por tratarse aquí de una acción real, operará el mecanismo de la cláusula arbitraria mediante el cual el magistrado ofrecerá la *litis aestimatio* a la declaración jurada del demandante (*iusiurandum in litem*). Por tanto, el demandado vencido podrá retener la cosa a cambio de la *litis aestimatio*, pero al haberse hecho propietario civil de la cosa en virtud de la usucapición consumada después de la *litis contestatio*, convendrá prever un posible acto de disposición sobre la cosa litigiosa. A esta cuestión se refieren dos textos continuos de Gayo D. 6,1,18 (7 ed. prov.):

Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pigneraverit vel manumiserit²⁷.

Se trata aquí de la *revindicatio* de un esclavo que es usucapido después de la *litis contestatio* por el poseedor de buena fe. En caso de que decida restituirlo (para salir absuelto en virtud de la cláusula arbitraria), deberá prestar además la *stipulatio de dolo*, ordenada, naturalmente, por el juez.

Gayo continúa su pensamiento en D. 6,1,20 (7 ed. prov.):

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates

27. La crítica textual de este pasaje sólo indica la interpolación del *tradere* por *mancipare*, y algún autor señala también la posibilidad de la *in iure cessio*; cfr. *Index Interp.* s. l. y *Suppl.* s. l. Dado que los actos de disposición previstos dependen de haberse hecho *dominus* el poseedor demandado, cabe dudar de que Gayo se refiriera al *pignus*, pues éste no requiere la propiedad civil del pignorante, sino sólo la propiedad bonitaria. Así, quizá Gayo se refiera a una enajenación fiduciaria, que sí exige la propiedad civil, y la mención del *pignus*, como es corriente, haya venido a desplazar a la *fiducia*, por interpolación compilatoria.

quoque legataeque, 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 est²⁸.

Gayo vuelve sobre el principio general. El poseedor de buena fe debe restituir los frutos producidos por la cosa después de la *litis contestatio*, momento procesal en que normalmente debe realizarse la *restitutio* por parte del demandado, y así dice que el poseedor debe restituir también lo que adquirió por medio del esclavo (no con sus propios bienes) como herencias y legados, ya que dentro del concepto de *restitutio* se comprenden los accesorios, de tal forma que el demandante obtenga todo lo que debía haber tenido si el esclavo le hubiese sido restituido en el momento de la *litis contestatio*. A este propósito nos da un nuevo ejemplo: si el demandado en la reivindicatoria de una esclava la usucapió después de la *litis contestatio* y, al mismo tiempo, es decir, también después de la *litis contestatio*, la esclava parió, el demandado, si se decide por la restitución, debe devolver tanto a la esclava como al hijo, y debe dar caución de dolo también por una y otro. También en este caso la *stipulatio de dolo* ordenada por el juez tendrá como finalidad el asegurar que el demandado, convertido en propietario, no hizo actos de disposición sobre la esclava o el hijo.

Por otra parte, se puede ver una caución judicial de dolo en otro texto sobre la reivindicatoria (Ulp. 68 *ad ed.* D. 6,1,45):

Si homo sit, qui post conventionem 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.

Se trata de un poseedor de buena fe de un esclavo que pudo haberlo dado en prenda antes de la *litis contestatio*, pero lo quiere

28. Como en el texto anterior, se interpola *traditio* por *mancipatio*; cfr. *Index Interp.* s. 1.

restituirla para evitar la condena²⁹; en este caso, dice el texto, sólo debe dar caución de dolo, mientras que los demás poseedores (de mala fe), y el mismo de buena fe después de la *litis contestatio*, deben dar caución de dolo y culpa. Evidentemente, el texto está profundamente alterado, pero puede considerarse clásica la referencia a una caución de dolo por el poseedor de buena fe, pues pudo dar en prenda la cosa que ahora restituuye.

C) *La «stipulatio iudicialis de dolo» en la compraventa de una «res communis».*

El título 3 del libro 10 del Digesto trata de la *actio communi dividundo*, mientras que el título 1 del libro 19 de la misma compilación jurisprudencial trata de las acciones de compra y venta. A propósito de nuestra caución judicial de dolo, nos encontramos con un pasaje que está colocado en el libro correspondiente a la compraventa (D. 19,1), pero que trata también de la acción de división de cosa común (D. 10,3). En otros términos, se trata de una compraventa de la «cuota» de una «res communis» antes de cuya transmisión se interpone la *actio communi dividundo*. Nos referimos a D. 19,1,13,17 (Ulp. 32 *ad ed.*):

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 debes³⁰.

29. *Post conventionem* es itp.

30. La crítica textual de este fragmento no es sustancial. Aparte el *tradere* por *mancipare*, se da por interpolado [*pro evictione*] por

Aunque la lectura del texto nos puede llevar a referir nuestra *stipulatio de dolo* a la acción de división de cosa común, aquélla opera realmente en la compraventa de la parte de una cosa común con la particularidad arriba mencionada³¹.

Antes de pasar a la exégesis del texto, conviene anotar que la *actio communi dividundo* tiene por finalidad producir una división efectiva de la cosa por la atribución de «partes materiales» o «porciones» de la misma que hará el árbitro facultado para ello por la *adiudicatio*. En otras palabras, cuando se interpone por uno de los copropietarios la *actio communi dividundo* y se divide la cosa entre los socios, cada uno de ellos queda con una «parte material» de la misma, en vez de su «cuota». Ahora bien, en el presente supuesto —se trata de un fundo— se conviene dividir dicho fundo, y el árbitro pone fin a la copropiedad mediante la adjudicación efectiva a uno de los socios de la cuota del otro, de forma que llegue a ser propietario exclusivo de la cosa. Antes de que el copropietario vendedor de su «cuota» la hubiese transmitido por *mancipatio* al comprador, el otro copropietario interpone la *actio communi dividundo*. Se presentan, entonces, dos posibilidades: I) si se adjudica al copropietario que interpuso la acción la cuota del copropietario vendedor, éste deberá entregar al comprador tan sólo la cantidad

<*secundum mancipium*>; cfr. *Index Interp.* s. l. Debe compararse este texto con D. 10,3,10,2 (Paul. 23 *ad ed.*): *In commun dividundo iudicio iusto pretio rem aestimare debebit iudex et de evictione quoque cavendum erit.* H. COING, op. cit. p. 102 y ns. 3 y 4, cree que ambos fragmentos fueron retocados en el sentido de eliminar la caución habitual en la mancipación de inmuebles (*secundum mancipium*); para D. 19,1,12,17 agrega, además de las ya anotadas críticas, el *cum ipso* en lugar de *cum eo*, y para D. 10,3,10,2, se adhiere a la crítica de ALBERTARIO, *BIDR.* 31 (1921) p. 7, acerca del *iusto pretio*; como también señala el brusco cambio de sujeto en la parte final: *de evictione quoque cavendum erit*; pero este autor acepta que el fondo es clásico.

31. Aparte del aspecto formal de la colocación del texto en tema de compraventa (D. 19,1), observamos que el mismo está tomado del libro 32 *ad ed.*: *de bonae fidei contractibus* (cfr. LENEL, *Palmg.* II col. 629 ss. y, para nuestro texto, *de actione empti*, col. 633 s.). Más aún, Ulpiano se refiere al libro octavo *dig.* de Celso (por la referencia literal del § 16): *empti venditi*. Cfr. LENEL, *Palmg.* I col. 140; en el mismo sentido H. COING, op. cit. p. 103.

que haya conseguido del otro socio, en virtud de la *condemnatio* judicial, que puede ser una cantidad menor a la que el comprador había pagado; II) si se adjudica al copropietario vendedor la cuota del copropietario que interpuso la acción, aquél debe entregar todo el fundo al comprador, pero de modo que éste le pague todo aquello a que el copropietario vendedor fue condenado a pagar al socio que interpuso la acción. En esta segunda hipótesis, el copropietario vendedor, por la cuota vendida que le correspondía, debe dar al comprador la *cautio* de evicción, pero, por la otra que simplemente le fue adjudicada, solamente debe dar la *stipulatio de dolo*, ya que el comprador debe quedar en la misma posición que si se le hubiese demandado a él directamente por la *actio communi dividundo*. Esta *stipulatio de dolo* aseguraría aquí al comprador por aquella «cuota» no vendida ³².

D) *La «stipulatio iudicialis de dolo» en la «actio redhibitoria».*

A propósito de la *actio redhibitoria* tenemos un texto en la *sedes materiae*, D. 21,1,21,1 (Ulp. 1 *ad ed.*):

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 ³³.

32. Efectivamente, en la *cautio* de evicción el vendedor asegura dos extremos: la entrega de la posesión de la cosa y la indemnización por el dolo (D. 19,4,1 pr.). Como respecto a la «cuota» adjudicada al copropietario vendedor (en la *actio communi dividundo*) no hubo propiamente compraventa, éste no tiene por qué asegurar aquel primer extremo al comprador (la entrega de la posesión), pero sí debe asegurarle el dolo previsible mediante la *stipulatio* especial de dolo.

33. BESELER, SZ. 47 (1927) p. 369, ha criticado en este texto el término *redditur*, por *redhibetur*, que, a la vista de D. 21,1,21 pr., nos parece acertada; luego, da por interpolado el texto desde [*et ideo - fin*], en lo que parece seguirle H. COING, op. cit. p. 102 y n. 1; por nuestra parte, creemos que sólo está interpolado en la parte [*et ideo cautiones necessarias esse*] y que Ulpiano explicaba la utilidad de la caución de dolo en previsión de que el esclavo hubiere sido dado en prenda por el comprador, o hubiere cometido hurto o daño *iussu emptoris*, ya que, en estos

El comprador, al devolver la cosa (en nuestro supuesto se trata de un esclavo), debe prestar por orden del juez la *stipulatio de dolo* al vendedor³⁴.

Pomponio, D. 21,1,46 (18 *ad Sab.*), nos confirma que la caución sólo prevé el supuesto de delito cometido *iussu emptoris*:

Cum mihi redhibeas, furtis noxisque solutum esse promittere non debes, praeterquam quod iussu tuo fecerat aut eius cui tu eum alienaveris

La caución de hallarse libre el esclavo de responsabilidad noxal era la ordinaria en las ventas de esclavos según el Edicto edilicio, pero no tenía lugar en caso de redhibición, precisamente porque, en este caso, el comprador redhibente sólo debía dar la caución de dolo. En este texto de Pomponio, sin embargo, no se habla de esta caución, sino de la de no haber responsabilidad noxal por un delito cometido *iussu emptoris* o con la complicidad de un subadquirente (del que el redhibente habría tenido que recuperar el esclavo para poder proceder a su redhibición). Nos puede quedar la duda acerca de si acaso Pomponio pensaba en una caución referida expresamente a ese caso de responsabilidad noxal, pero quizá se trate de una simple explicación del efecto de la caución de dolo, que abarcaría el dolo del subadquirente, a efectos de la eventual responsabilidad noxal.

E) La «*stipulatio iudicialis de dolo*» en la «*actio rei uxoriae*».

A propósito de una *stipulatio de dolo* en la *actio rei uxoriae*, tenemos el siguiente texto D. 24,3,25,1 (Paul. 36 *ad ed.*):

casos habría dolo del comprador que redhibía; en el supuesto de haber cometido un delito, la posible acción directa contra el dueño *iubens* no excluía la acción noxal por la participación del esclavo; claro está que, si no hubiera habido *iussum*, no podría apreciarse dolo en el comprador redhibente, y el vendedor que recuperaba la propiedad debería soportar él la acción noxal, en virtud del principio *noxa caput sequitur*.

34. Cfr. G. I. LUZZATTO, *op. cit.* p. 368 y n. 2.

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 invitus nobis res nostras alius retinere non debeat³⁵.

De este pasaje se ha ocupado detenidamente G. Provera³⁶. El autor acepta este pasaje como genuino una vez eliminada la referencia a la culpa³⁷; para él la *cautio de dolo* es una caución judicial impuesta al demandado dispuesto a realizar la *restitutio in iudicio* con el fin de evitar la condena. Encuentra una contradicción entre la primera parte del texto y la segunda, donde se afirma que, si el marido se pone dolosamente en la imposibilidad de restituir, será condenado a la suma del *iusiurandum in litem* realizado por la mujer; la motivación sería claramente justiniana: *quia invitus nobis res nostras alius retinere non debeat*. La contradicción está en hacer concordar una *stipulatio de dolo* con el hecho de que el demandado se ponga dolosamente en la imposibilidad de restituir, caso en el cual sería condenado al *iusiurandum in litem*³⁸. Provera trata de explicar esto con una hipótesis: quizá Paulo contraponía el supuesto en el cual, después de la prestación de la *cautio*, la mujer demandaba por comportamiento doloso con la *actio ex stipulatu*, en cuyo caso el monto de la condena sería fijado por el juez, con el supuesto en el cual la mujer ejercitaba la *actio rei uxoriae* cuya condena podía dar lugar a una *litis aestimatio* confiada al *iusiurandum in litem* de la misma.

Creemos que el texto sólo trata de la *actio rei uxoriae*, pues en

35. El texto ha sido objeto de críticas incidentales dirigidas especialmente a su parte final [*quia invitus nobis res nostras alius retinere non debeat*], e incluso desde [*quanti mulier - fin*]; cfr. *Index Interp.* s. 1. La primera crítica es indiscutible: sólo los compiladores podían decir que los objetos dotalés pertenecían a la mujer (*res nostras*); la segunda, en cambio, no es acertada.

36. G. PROVERA, *Contributo allo studio del iusiurandum in litem* (Torino, 1953) p. 49 ss.

37. En esto sigue a H. COING op. cit. 101. Efectivamente, una *cautio de dolo* no puede comprender también la culpa, aunque la *actio rei uxoriae*, por su carácter de buena fe, podía alcanzar la responsabilidad por culpa del marido.

38. G. PROVERA, op. cit. p. 50 n. 72 y p. 116 s. n. 4.

la *actio ex stipulatu* no hay, normalmente, *iusiurandum in litem*³⁹ La *stipulatio de dolo* que ordena aquí el juez tendría como finalidad asegurar la *restitutio* íntegra de los objetos dotales, es decir, que el marido no impuso gravámenes sobre ellos, y especialmente no manumitió al esclavo dotal. La segunda parte del texto, en la que se habla de una condena mediante *iusiurandum in litem* puede ser clásica⁴⁰.

3. CONCLUSIONES GENERALES.

En las acciones en que opera la *stipulatio iudicialis de dolo*, se refiere ésta a la ausencia de un deterioro de la cosa misma que se restituye. Sin embargo, los términos *deterior* y *restitutio* son plurivalentes⁴¹, y es así como el primero puede tener tres significados. Un significado estrictamente físico en el sentido de desmejoramiento de la naturaleza misma de la cosa. El caso que nos puede servir de criterio para la fijación de este sentido puede ser el del usufructo, institución definida por Pando, D. 7,1,1 (3 *ad ed.*) como *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* y en donde el conservar (por parte del usufructuario) la natural entidad de la cosa sería el término antitético del deterioro. Precisamente uno de los extremos que asegura la *cautio usufructuaria* es el aprove-

(39. G. PROVERA, op. cit. p. 50 n. 73, en contra de BIONDI, *L'elenco classico dei bonae fidei iudicia*, en *Ann. Palermo* 6-7 (1917-1920) p. 146 y BESELER, *Romanistische Bausteine, en Studi Albertoni I* (Padova, 1935) p. 439, acepta el *iusiurandum in litem* en la *actio rei uxoriae*, porque, si bien es cierto que en el texto que alega Biondi (D. 15,1,36), el marido era condenado sobre la base del *quanti ea res est*, esto no es incompatible con una condena al *quanti in litem iuraverit actor*, porque el objeto de la *aestimatio* era siempre el mismo, aunque variara la manera de hacer la estimación. Por otra parte, también la acción reivindicatoria se refiere al *quanti ea res est* y, sin embargo, tiene *iusiurandum in litem*.

40. Juliano (16 *dig.*), D. 45,1,53, habla de una *clausula doli* a propósito de la dote, pero se trata, no de una estipulación *de dolo* exigida por el juez de la *actio rei uxoriae*, sino de una cláusula de la *cautio rei uxoriae*. Vid. LENEL, *Paling.* I. col. 364, núm. 276; cfr. H. COING, op. cit. p. 101. Cfr. *supra* n. 16.

41. Vid. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, s. v. *deterior*, p. 142; id., s. v. *restituere*, p. 515.

chamiento de la cosa *arbitrio boni viri* ⁴², es decir, en sentido negativo, que el usufructuario no deteriorará la cosa en usufructo. Por ello, era conveniente, tanto para el nudo propietario como para el titular del usufructo el hecho de hacer constar documentalmente (D. 7,9,1,4), al inicio del usufructo, el estado actual en que se encontraba la cosa. Naturalmente, en este caso el deterioro físico de la cosa quedará asegurado por la *actio ex stipulatu* de la *cautio*, pero, no sólo el deterioro causado activamente por el usufructuario, sino también el causado por omisión ⁴³. Ahora bien, creemos que, en este sentido de deterioro físico, no se plantea nuestra *stipulatio iudicialis de dolo* ni para la acción penal ni para la acción rescisoria del edicto *quod metus causa* (A), pues, tanto en una como en otra, aquél ya quedaba incluido en la misma acción. Pero también la expresión *deterior* se toma en sentido moral en lo referente a la corrupción de esclavos, que consistía en encubrir o persuadir dolosamente a un esclavo o esclava ajenos a hacer algo que pervierte al esclavo o esclava (D. 11,3,1 pr.); pervisión que puede traducirse en toda una serie de modalidades, como hacer que el esclavo haga o se proponga hacer algo inmoral (D. 11,3,1,3), o hacer malo al esclavo bueno, o hacer peor al malo (D. 11,3,1,4), o persuadir al esclavo a que injurie, hurte o huya, o que seduzca al esclavo de otro, a que empeñe su peculio, o que se haga mujeriego o vagabundo (D. 11,3,5), etc., y que se sancionaban mediante la *actio servi corrupti* (acción penal al duplo). En fin, este deterioro en sentido moral, junto con el físico, podía dar lugar a la *actio redhibitoria* de un esclavo cuando el vendedor no los había declarado expresamente en la venta (D. 21,1,23 pr.). Sin embargo, tampoco en este sentido se dirige nuestra *stipulatio iudicialis de dolo*, ni siquiera en la *actio redhibitoria* (D), pues aquel deterioro moral o físico no declarado por el vendedor da lugar precisamente al ejercicio de la acción para la resolución de la compraventa o la disminución del precio, mientras que en nuestro caso, el juez impone al comprador la *stipulatio de dolo* para asegurar al vendedor que, mientras aquél tuvo al esclavo en su poder, no le impuso un gravamen

42. Sobre este elemento de la *cautio usufructuaria*, vid. F. BETANCOURT, *Sobre una pretendida "actio arbitraria" contra el usufructuario*, en *AHDE*. 43 (1973) 378 ss.

43. Como ya lo establecimos en nuestro trabajo cit. en n. 42.

(prenda) ni mediante su autorización (*iussu emptoris*) el esclavo cometió un hurto o daño, cargando así entonces el vendedor, por dolo del comprador, con el gravamen o con la acción penal correspondiente. Por tanto, excluido también este segundo sentido nos queda el sentido jurídico de *deterior*, es decir, el desmejoramiento de la situación jurídica (no física ni moral) de una persona o cosa ⁴⁴, como ocurre en la *usucapio* fallida por la *litis contestatio* de la reivindicatoria (B) en que el poseedor restituye la cosa (en nuestro caso un esclavo o esclava, ésta última también había parido después de la *litis contestatio*), pero además presta la *cautio de dolo*, por orden del juez, para asegurar que no le impuso gravámenes (pignoró) ni manumitió al esclavo o esclava (o su hijo); lo mismo ocurre en la *actio redhibitoria* de un esclavo (D) en que se asegura, no sólo la ausencia de gravámenes impuestos por el comprador que lo restituye, sino también la ausencia de delitos (hurto o daño) *iussu emptoris*, y lo mismo ocurre en la compraventa de una *res communis* (C). Por otra parte, en la *actio rei uxoriae* (E) se asegura mediante la *cautio de dolo* la efectiva restitución de los bienes dotales.

Ahora bien, la *stipulatio iudicialis de dolo* se relaciona con el concepto de *restitutio*, concepto que, como el anterior, también tiene múltiples significados en derecho romano, pero que en relación con *deterior* debemos circunscribir a la devolución física o jurídica de la cosa ⁴⁵. En efecto, Ulpiano D. 6,1,13 (16 *ad ed.*) nos dice en su primera parte:

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. .

44. Así, respecto a las personas, se dice que en el derecho romano la *condicio feminarum deterior est quam masculorum* (D. 1,5,9), y con referencia a las personas *in potestate: melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* (D. 50,17,133). Con mayor abstracción aún, respecto al riesgo por insolvencia se habla de un deterioro (D. 12,1,35), e igualmente de que la *litis contestatio* no suele deteriorar la situación de aquellos que la han hecho, sino que con más frecuencia la mejora (D. 50,17,86).

45. Tengamos presente que, en nuestro tema, se trata de una restitución judicial y no pretoria.

Y nos preguntamos, ¿cuándo no se tiene por restituida una cosa a pesar de entregarse? A esta pregunta nos responde el mismo Ulpiano en dos pasajes, uno a propósito del comodato y otro en relación con el depósito ⁴⁶, de formulación idéntica:

D. 13,6,3,1 (28 *ad ed.*)

Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur

D. 16,3,1,16 (30 *ad ed.*)

Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agri depositi potest cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse.

Si una cosa comodada o depositada se devuelve o restituye (*reddere - restituere*) pero deteriorada (*deterior*) se puede ejercitar la *actio commodati* o la *actio depositi*, respectivamente, porque aquello que se devuelve deteriorado se tiene por no restituido por dolo (*res deterior reddita non est reddita*), a no ser que el comodatario o el depositario indemnice el importe del deterioro; pero debemos tener en cuenta que estamos ante deterioro físico.

El anterior principio también es aplicable a los casos que hemos examinado de nuestra *stipulatio iudicialis de dolo*, sólo que en éstos se va a asegurar la *restitutio* (jurídica total) por orden del juez a través de una *stipulatio* entre las partes. Por tanto, en términos generales y dentro de nuestra *cautio de dolo* judicial, quien debe restituir una cosa que ha adquirido en propiedad debe dar caución en previsión de los actos de disposición que puede haber hecho sobre ella para prevenir así el posible deterioro jurídico. Por otro lado, la facultad que tiene el juez de imponer propiamente al demandado (en los casos A, B, C y E) o al demandante (en el caso D) esta *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

46. Cfr. *supra* nn. 7 y 8.

tipo de caución⁴⁷ para lograr un efectivo y completo cumplimiento de aquélla. Esto no significa que amplexemos la discrecionalidad del *iudex*, como ocurre en los *iudicia bonae fidei*⁴⁸, pero sí que en las acciones de derecho estricto (*stricti iuris*) también puede el juez asegurar al demandante (en los casos A, B, C y E) o al demandado en el caso D) una mayor responsabilidad por el dolo previsible del demandado (en los casos A, B, C y E) o del demandante (en el caso D) a través de la *stipulatio de dolo*, aunque también sin ésta la conducta dolosa de uno y otro quedaría sancionada por la subsidiaria *actio de dolo*.

FERNANDO BETANCOURT
Facultad de Derecho
San Sebastián

47. Son muchas y muy variadas las estipulaciones que puede ordenar el *iudex*. Entre ellas tenemos las siguientes: *c. de servo persequendo* (D. 6,1,21); *c. de servo restituendo* (D. 4,2,14,5 y 11; D. 6,1,21 *in fine*); *c. si alter fundum evicisset* (D. 6,1,57); *c. de debito restituendo* (D. 5,3,16 pr.); *c. de indemnitate* (D. 3,5,30,1); *c. de re restituenda* (D. 6,1,10-11); *c. pro parte* (D. 10,2,25,10); *c. quod eo nomine eis absit* (D. 27,3,3); *c. de possessione restituenda* (D. 6,1,27,4); *c. inter eos communicentur comoda et incommoda* (D. 10,2,19); *c. de pecunia solvenda ubi promissa est* (D. 13,4,4,1). Cfr. *VIR.*, s. v. *caveo* col. 641 l. 24 ss. y s. v. *cautio* col. 699 l. 37 ss.

48. En este sentido F. CASAVOLA, *NNDI*. VI s. v. *dolo* p. 149 y G. I. LUZZATTO, op. cit. p. 368.