

D.9,2,27,14 Y EL ALCANCE DE LA TUTELA AQUILIANA

Horacio HEREDIA VÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presentación*. III. *Problemas textuales*. IV. *Situación palingenética*. V. *El sentido*. VI. *La problemática de la legitimación activa*. VII. *El interdicto*. VIII. *Soluciones a la legitimación activa. A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se hace una revisión exegética del fragmento D.9,2,27,14, correspondiente al libro 18 *al Edicto* de Ulpiano. Se examina la problemática textual y jurídica, así como la literatura que se ha ocupado de este conflictivo fragmento y se ofrece una solución conciliatoria, según las modernas teorías.

II. PRESENTACIÓN

D.9,2,27,14 (Ulp. 18 *ad ed.*) *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.*

La problemática del pasaje es enredada. El libro 18 *al Edicto*¹ de Ulpiano se ocupaba de la *lex Aquilia*. El fragmento en examen pasó naturalmente al

¹ Según la conjetura de Tony Honoré, *Ulpian, Pioneer of the Human Rights*, 2nd ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2002, pp. 7 y 158, el libro 18 *al Edicto* de Ulpiano habría

Digesto en el libro 9 y título 2; concretamente en la ley 27, donde se realiza la interpretación jurisprudencial de los términos del capítulo III de la *lex Aquilia*, i.e. la triada *urere, frangere, rumpere*. Sobre este último verbo se presenta la interpretación por obra de la jurisprudencia extensiva de *rumpere* como *corrumpere*. Esto es lo que da paso al párrafo aquí analizado, el § 14. En este orden de ideas, el sentido contextual que buscaron los compiladores al insertar este párrafo dentro de este fragmento, es explicar o abundar en cómo *rumpere* se amplió hacia *corrumpere*.² Cuál fue la intención de Ulpiano, cuál la de Celso, al plantear este problema, es un asunto distinto.

El fragmento, tal como ha llegado, presenta numerosas dificultades. En virtud de su relevancia, considero que una minuciosa revisión de éste es necesaria, para lo cual será necesario plantear un esquema donde se analicen diversos niveles.

III. PROBLEMAS TEXTUALES

Para comenzar es importante determinar los problemas textuales que presenta el fragmento. D.9,2,27,14 presenta dificultades de diverso orden. En el fragmento Ulpiano cita a Celso.³ No es extraño. En su obra general, Ulpiano cita 59 veces a Celso, haciendo mención de 39 libros. Concretamente, y como ya muchos han advertido, es especialmente citado respecto de la ley Aquilia. En cuanto al estilo, en Celso es frecuente el uso de la *percontatio*, esto es de simular un interrogatorio, al estilo “*quaero, quaesitum est... respondit*”, pero faltaría en este caso el segundo miembro, el “*respondit*”. Otros pasajes similares, tanto de citación directa como indirecta, preservan la estructura mencionada, lo cual revela no una construcción intuitiva, sino deliberada, que además establece

sido compuesto en el período de Caracalla, en algún momento posterior al año 213: “*They were in the main composed under Caracalla’s sole rule (211–7) as the references to joint constitutions of him (imperator noster), (imperator Antoninus) and his dead but deified father (divus pater), (divus Severus) make clear*” (p. 7).

² Sobre el desarrollo y alcance de esta distinción terminológica, véase Schipani, Sandro, *Contributi Romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Col. Studi su origini ed Attualità del Sistema Romano 4, Torino, Giappichell, 2009, pp. 48-51.

³ “*Because he often cites other jurists, one gets the impression that Ulpian was trying to make the older literature superfluous; if that is the case, then he was certainly successful, for the compilers of Justinian’s Digest used his work more than the work of any other jurist; almost half of the Digest (41.56 per cent, to be precise) is made up of fragments from Ulpian’s work.*” Olga Tellengen-Couperus, *A Short History of Roman Law*, London, Routledge, First published in Dutch in 1990 by Kluwer, 2003, p. 105.

un curso lógico del razonamiento.⁴ La misma oración en su estructura, además, presenta una estructura un tanto extraña (*quaerit*+infinitivo+acusativo). Esto ha dado lugar a sospechas múltiples de manipulación e interpolación.⁵ Así, *quaerit* entendido como preguntar, que parecería ser la más ajustada acepción, se topa sin embargo con esta construcción, que se fuerza hacia ‘buscar’, ‘tender’, ‘investigar’.⁶ Falta, pues, en todo caso, la pregunta como tal.⁷

⁴ Sigo de cerca en este párrafo las anotaciones elaboradas en torno al estilo general de Celso por Parra Martín, María Dolores, *La argumentación retórica en Juvencio Celso*, España, Dykinson, 2005, pp. 212-214.

⁵ El índice de Interpolaciones (*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* = I. Itp.) considera un vasto número de sospechas de interpolación. a) Un grupo hace señalamiento en general, tales Lenel, Rotondi, Jörs, Stella Maranca. b) Besseler considera interpolados los pasajes: [*aut avenam*]; [*tu inquinare* – *sed et*] c) Bonfante, a su vez, juzga que la interpolación abarca: [*non solum – sed et*] d) Levy Konk, en cambio, establece correcciones: <*an legis aquilia actione teneraris. Et ait*>; *factum <esse>* e) Pacchioni, por su parte, establece una más amplia interpolación que abarcaría: [*sed et – fin*] f) Kr anota [*agendum – inquietet*] g) De Medio, con Lenel, Patsch, Bonfante, Levy, Beseler, Taubenschlag, señalan [*et si – inquietet*] h) Kann Klagenmehrheit anota [*scilicet – inquietet*] i) Beseler, nuevamente, indica [*ut – habeat*] j) Levy, finalmente, completa de la siguiente manera su anterior sospecha, añadiendo al final: *separatio sit <sed et quod vi aut clam dominum posse agere puto, et si interdicto ante experiatu cavere eum debere amplius non agi>* Las variaciones textuales que presentan los diversos códigos evaluados por Mommsen son varias, pero en rigor no complican la lectura, y más bien son ajustes ortográficos (“*abenam*”, “*inquiet-et-*”, etc.). Las sospechas de remanejamiento del texto son, como se ha señalado, abundantes; algunas concordantes, algunas discordantes.

⁶ Véase, e.g., Grueber, Bernhard Erwin, *The Roman law of damage to property: being a commentary on the title of the digest Ad legem aquilianam (IX.2): with an introduction to the study of the Corpus juris civilis*, Oxford, At the Clarendon Press, 1886. Una traducción semejante se puede ver en *The Civil Law. Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo*. Trans., ed., and comp. with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern By Samuel. P. Scott, A. M., Cincinnati, The Central Trust Company - Executor of the Estate Samuel P. Scott, Deceased Publishers, 1932: S. P. Scott: “Therefore, Celsus makes the inquiry, if you sowed darnel or weeds in the wheat-field of another, the owner of the same can not only institute proceedings under the interdict Quod vi aut clam, (or if the land is leased, the tenant can do so) but he can also bring an action in factum; and if the tenant brings it he must give security that no other proceedings shall be instituted; this, of course, being done in order to prevent the owner from causing further annoyance, for it is one kind of damage to destroy or change something, for the purpose of giving cause for a suit under the Lex Aquilia; and another, when, without changing the substance of the article itself, you mingle something with it, the separation of which would be troublesome”.

⁷ Muy válida estilísticamente, a mi parecer, la reconstrucción que ofrece al final de su trabajo Pampaloni, “Sulla l. 27 § 14, D. ad legem aquilianam 9. 2”, *BIDR*, anno 3, 1890, p.246, que añade “*an legis aquiliae actio sit. Et ait*” Pero denuncias previas de interpolación han dejado el pasaje reducido: “*Et ideo celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinare, an legis aquiliae actio sit. Et ait in factum agendum*”, con lo cual elimina de un tajo “*non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et*”, eliminando el problema de una manera artificial. Sin embargo, se topa con la dificultad de que Albanese, por ejemplo, considera una franca escisión en el pasaje. Celso habría negado la experibilidad.

El segundo problema es el relativo a *segetem*. *Segetes* es sembradío, plantación, mies; por extensión, semilla, y aun fruto, si bien estas dos últimas acepciones son figuradas. El sentido del fragmento varía según se entienda una u otra fórmula, pues de su correcta acepción depende el fundamento de la respuesta.⁸ Otro aspecto relevante, y complicado, concierne a *in factum agendum*. La complicación resulta del gerundivo. La oración parece asimétrica en su sentido, pues ofrecería o bien la posibilidad del interdicto *quod vi aut clam*, y de la acción *in factum*, o bien la posibilidad de aquél y la necesidad de éste. Una posible solución consiste en ver el uso recurrente que tiene la expresión *in factum agendum*. De hecho, en el mismo libro 9, se puede encontrar el D.9,2,11,5, pero en este caso la expresión *in factum agendum* corresponde nítidamente con lo que se esperaría.⁹ Otros casos no son menos claros.¹⁰ Tampoco resulta clara la frase “*et si colonus eam exercuit*”, pues el *eam*, como pronombre en acusativo, no alude a un sustantivo cercano al que reemplace. Faltaría quizá un *actio(nem)*; de otro modo, el *agendum* concuerda con *interdictum*. Un problema deriva también de la solución del segundo período. Celso (?)¹¹ ofrece una disyuntiva, donde aclara que hay dos especies. Por lo que se deduce del texto a) habría una cierta especie de daño (corromper y cambiar la cosa), y en este caso tiene lugar la *lex Aquilia* directa; b) la otra, añadir algo cuya separación es molesta, en cuyo caso, por lógica, no tendría lugar la acción directa sino *in factum*.¹²

IV. SITUACIÓN PALINGENÉTICA

Lenel sitúa los fragmentos antecedentes y los subsecuentes en el orden mismo que tienen en el Digesto (Lenel, *Palingenesia*, t. II, col. 624). Sin embargo, es de notarse que en la reconstrucción de Lenel, el bloque inmediato anterior, se

⁸ De ello depende también el valor y peso que pueden tener las menciones a la acción *in factum* y al interdicto *quod vi aut clam*.

⁹ D.9,2,11,5 (Ulp.18 *ad ed.*) *Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, proculus respondit aquiliae actionem esse: sed iulianus eum demum aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.*

¹⁰ Otro ejemplo es D.47,2,52,20.

¹¹ Masumeci, por su parte, que señala igualmente la división del pasaje, y atribuye la primera parte a Celso, mientras que la segunda correspondería a Ulpiano. Masumeci, “*Molesta separatio, difficilis separatio*”, *cit.*, p. 824.

¹² Así lo juzga igualmente Albanese, pues es: “*innegabile che Celso, nel nostro frammento doveva negare l’esperibilità normale dell’azione ex cap. III, data la mancata lesione materiale della cosa*”. Bernardo Albanese, “*Studi...*”, *cit.*, p.63.

advierde el *ius controversum*, donde Celso disputa con otros, de preferencia con Próculo. (véase *et. t. I*, coll. 260 y 261).

Hay aspectos que pueden resultar desconcertantes en el contexto del fragmento. Esto podría sugerir no una cadena completa más o menos íntegra, sino desperdigada, de párrafos. No es el propósito de este trabajo convalidar o refutar la reconstrucción conjetural de Lenel sobre esta sección. Señalo simplemente las complejidades contextuales que presenta el fragmento.

Los §§ pr. a 3 se refieren al capítulo 1 de la ley Aquilia; el § 4, al capítulo 2; el § 5 establece el texto del capítulo 3; en lo sucesivo, se analiza el alcance del vocablo *urere*, o sea quemar. En adelante, los casos que sirven de ejemplo aparecen. De una manera natural se establece una vinculación con los §§ anteriores relativos al capítulo 1, se habla en los §§ 6 a 12 de daños ocasionados por fuego; el § 13 habla del sentido de *rumpere* como *corrumperere*; el § 14, que es el aquí tratado, expone un caso bastante complejo donde, para señalar el sentido de corromper, se recurre a un caso donde intervienen el arrendamiento, el interdicto *quod vi aut clam*, probablemente el problema de la adquisición de la propiedad de frutos, la acción aquiliana útil, de la caución de no litigar más, y por extensión, se vincula con la cumulatividad o no de la acción aquilia, la concurrencia activa. El § 15 establece que el vino avinagrado puede entenderse como corrompido; el § 16 refiere que “corrompido” abarca los otros dos vocablos, de lo quemado y lo quebrado, que parecería más natural que antecediera al § 14; el § 17 señala que también corrompe el que hiere, se señala que sólo procede la acción de la ley si se devalúa el bien y se precisa que se puede pedir la acción por los gastos médicos efectuados. Los §§ 19 y 20 retoman problemas de semillas: el § 19 plantea la procedencia de la acción si se arrojasen semillas al río; el § 20 señala que mezclar arena con las semillas da lugar a la acción de la ley.

Existen, dentro de esta cadena continuidades y discontinuidades. Así, el tratamiento del *urere* habla primero del esclavo quemado, luego de arboledas y casas, luego de vecinos e inquilinos, luego de arrendamiento de esclavos horneros, de hornos en paredes medianeras, y al final nuevamente de una casa de campo en arrendamiento. El § 13 establece un punto general de la interpretación jurisprudencial de *rumpere* como *corrumperere*. Otra aseveración general se encuentra en el § 20, que habla de la mezcla de semillas con arena; pero de la mezcla de semillas había ya hablado en el § 14. El § 19 y el § 21 hablan ambos de la pérdida de la cosa por arrojarla al río, pero entre ellas se interpone el ya citado § 20. Reaparece el problema de la adquisición de frutos en el § 25. El problema de una posible lesión que no disminuye sino que aumenta el valor, también reaparece en el § 28. Casos que parecen corresponder también a una intervención interdictal se pueden encontrar en §§ 30 y 31. Los problemas de

interpretación se tratarán más adelante. Sin embargo, señalar las dificultades de inteligencia del texto, corresponden a este apartado.

V. EL SENTIDO

El sentido, sea del pasaje, sea de la ordenación justiniana, se define por su contexto: el significado de *corrumpere* al interno de la *lex Aquilia*. Pero D.9.2.27.14 procede de otro modo: inserta un caso donde al parecer lo relevante es la legitimación activa o no de la *lex Aquilia* (o, mejor, de la *actio in factum*) o del interdicto *quod vi aut clam* a efecto de señalar el alcance del vocablo *corrumpere*: la interpretación de molesta *separatio* como *corrumpere* o no, y el *corrumpere* como un *rumpere*.

La frase que contiene la idea rectora de la oración, *Et ideo Celsus quaerit... non solum quod vi aut clam dominum posse agere uel... colonum, sed et in factum agendum*, se puede entender de distintas maneras. Celso busca... ¿qué busca, qué investiga? Que no sólo pueda ejercitar el interdicto *quod vi aut clam*, sino que deba aplicar la acción *in factum*. En este sentido, el autor (¿Celso? ¿Ulpiano?) busca que no sólo el interdicto, sino la acción *in factum* sean los recursos con que cuentan colono y arrendatario. Según se deja ver, distintas posibilidades existen:¹³ a) que el dueño tenga para sí el interdicto y la acción si el cultivo fuera suyo, y si el fundo es arrendado, que b) el inquilino tenga estos recursos, y c) tiene alguno de ellos la acción de la ley Aquilia.

Las posibilidades señaladas aparecen englobadas en el supuesto, o mejor dicho, aparecen como presupuesto. Para comprender adecuadamente la situación, es necesario determinar cuál es la circunstancia jurídica concreta en que se encuentran los protagonistas. Dicho de otro modo, cuál es el fundamento de la acción de cada uno.

VI. LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Los elementos:

1) La acción es *in factum*. La naturaleza de la acción *in factum* es determinada por diversas circunstancias, si bien aquí en principio es porque, como indica el final del texto, no se cumplen los extremos necesarios del *corrumpere*

¹³ Olga Tellengen-Couperus, "The tenant, the borrower and the lex Aquilia", *cit.*, pp. 423 y s., considera 4, pero al final considera que una de las opciones no es tratada en el texto y fija igualmente en 3 las posibilidades.

para que tuviera lugar la acción de la ley Aquilia: no hay una *mutatio* de la cosa, sino una *molesta separatio*.¹⁴

2) El *colonus* al que se refiere Celso debe determinarse de entre un margen de acepciones más o menos amplio.

Colono es muchas veces referido en el Digesto como el arrendatario de finca rural, contrapuesto al inquilino de casa urbana. Pero el colonato, como es sabido, constituye una situación de servidumbre de un colono, en la cual se mantiene ligado forzosamente a la tierra y establece sus relaciones incluso en dependencia a un *dominium* (respecto, por ejemplo, del *connubium*), y que parecería un tipo especial, prevalente sobre todo en el postclásico.¹⁵ Sin embargo, cuando menos un texto del Digesto, cuya autoría corresponde a Marciano, y referido a un rescripto de Marco Aurelio y Cómodo, habla ya de inquilinos ligados a la tierra.¹⁶ Colonia es también el poblado de enviados de Roma, regidos por su *lex coloniae* y gobernados por los *duoviri iure dicundo*. Por su parte, existe la colonia *partiararia*, o aparcería, que según se considere funciona arrendamiento o sociedad. *Colonus*, en fin, es también usado en lenguaje corriente y en el poético para hablar de campesino o de granjero.¹⁷

De ello depende conocer la situación la *merces*, así como la situación de las legitimaciones. Por cuanto hace a las soluciones que plantea el caso, se puede decir que

1) el dueño tiene la acción *in factum*:

A. naturalmente, por ser el propietario del fundo y por consiguiente, de los frutos aún no recolectados; o bien

B. por los frutos ya recolectados, aunque tendría que acreditar su interés en ello.

2) el dueño tiene el interdicto *quod vi aut clam*:

A. Porque la obra se realiza en su suelo.¹⁸

¹⁴ Cfr. I.4,4,16. *Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit. utiles actiones dari solent... sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alieni contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; D.9,2,33,1. In damnis, quae lego Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

¹⁵ Una completa revisión de fuentes sobre el colonato y que parece ver su origen en la época de los flavios puede encontrarse en Fatas, Guillermo, "Consideraciones sobre el colonato", *Memorias de historia antigua*, núm. 2, 1978, pp. 181-198.

¹⁶ 30,112 pr. (Marc. 6 inst.) *Si quis inquilinos sine praediis quibus adhaerent legaverit, inutile est legatum: sed an aestimatio debeat, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt.*

¹⁷ Por ejemplo, Cic. *De Orat.* 2.287.8: *cum optimus colonus, parcissimus, modestissimus, frugalissimus esset.*

¹⁸ D.43,24,11,14. *Idem Iulianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.*

B. por que lo adquiere por vía del inquilino¹⁹ según D.43,24,17 (Paul. 69 *ad ed.*)

C. Porque, según D.43,24,12²⁰ lo haga por el posible interés que tenga sea sobre la adquisición de los frutos, sea sobre parte de ellos.

(Esto podría determinar la naturaleza sea de la *merces*, sea del arrendamiento: ¿colonia *partiaría*?, ¿*politio*?)²¹

3) El colono tendría la acción *in factum* sobre los frutos percibidos. En el caso de los frutos no percibidos la situación puede considerarse al menos dudosa. La pérdida de los frutos merecía una casuística detallada, dependiendo de ciertos criterios que habían determinado su ruindad.²²

Otra posible solución sería que, tratándose de colonia *partiaría*, se considere que la propiedad de los frutos se ejerce en común.

4) El colono tiene el interdicto *quod vi aut clam* por D.43,24,11,14 [*supra*], en virtud de su interés²³ en que dicha contaminación no ocurriese, independientemente de la propiedad de los frutos, y *h. t.* 16.²⁴

Por otra parte, D.43,24,12, parecería apuntar hacia el mismo sentido, pero es necesario considerar que los frutos cobrarían substancia una vez separados de la cosa matriz. En cuanto al caso, la problemática del pasaje se

¹⁹ D.43,24,17 (Paul. 69 *ad ed.*) *Interdictum quod vi aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.*

²⁰ D.43,24,12 (Ven. 2 *interd.*) *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.* Fagnoli, *Studi sulla legittimazione all'interdetto quod vi aut clam*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 51: “la giurisprudenza sottolinea ripetutamente che l'attore deve avere un interesse a che l'*opus vi aut clam* non sia effettuato... In altre parole nella prassi applicativa l'interesse, di cui nel testo edittale non si fa parola, costituisce un necessario requisito per l'utilizzo del rimedio pretorio”.

²¹ Fernández de Buján, “La *deductio mercedis* como forma de ‘garantía’ del conductor”, *RIDA*, núm. 53, 1996, p. 156: “Sabemos que en Roma, el supuesto más frecuente de arriendo de un fundo rústico debió de efectuarse a través de una forma de aparcería, en el que el aparcerero se reparte con el propietario de la tierra, generalmente por mitades, la cosecha obtenida”.

²² D.19,2,15,2 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

²³ Según D.19,2,25,6; C.2,3,9.

²⁴ D.43,24,16 pr. (Paul. 67 *ad ed.*) *Competit hoc interdictum etiam his qui non possident, si modo eorum interest.*

abre en diversas líneas: a) Una de ellas corresponde a la situación concreta del dueño del terreno, y si éste puede ejercitar la acción o el interdicto *quod vi aut clam*. b) Otra, si el fundo es arrendado, busca determinar si el colono puede ejercitar igualmente la acción *in factum* o el interdicto. El fundamento para que el dueño tenga la acción es claro: como *dominus*, parecería fuera de discusión que cuenta con la acción. La acción podría ser *in factum* o útil. La acción *in factum/utile*²⁵ tendría que corresponderle, en virtud de que el daño se ocasiona sin provocar lesión al objeto: el *corpore corpori datum*:

Gai. 3,21,9 *Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, uelut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necauerit, aut iumentum tam uehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet uel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. item contra si quis alienum seruum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, hic quoque corpore suo damnum dedisse eo, quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest.*

Pero para determinar de qué es *dominus*, es necesario determinar cuál objeto ha sido lesionado. Si el campo de cultivo o el cultivo en sí. Si se piensa en el campo, no parece muy claro cómo arrojar semillas dañe, deteriore o arruine el valor del campo en sí.²⁶ Si se piensa en los frutos, por fuerza debe pensarse que al menos formalmente le pertenecerían por encontrarse aún arraigados a la tierra, antes de la *perceptio*, según las reglas habituales de adquisición de la propiedad que podrían esperar al colono. Luego entonces, la situación que resulta del párrafo puede resultar ambigua: ¿El fundamento de la acción es el terreno o son los frutos? ¿Tiene la acción sólo uno y el otro la puede ejercer habiéndosela cedido o bien ejercitándola en procuración? Pero considerado esto así, no se entendería cuál es el fundamento de la acción para el colono, pues ni sería *dominus* de los frutos ni mucho menos del campo. ¿Tiene el arrendatario acción *in factum* complementaria de la “aquiliana” en virtud de la relación contractual que tiene con el arrendador por los daños que le ocasiona el tercero? ¿tiene acción *in factum* por una expectativa de derechos reales? Siendo distinto el problema que al parecer tiende a resolver el pasaje

²⁵ La discusión sobre la naturaleza de la acción en cuanto sea *in factum* o útil es larga y compleja. El estudio que ha devenido clásico es el de E. Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Ed. Universidad de Navarra, 1973.

²⁶ Como se verá más abajo, hay estudiosos que contemplan daños así. Señalo como un asunto de cierta relevancia para algunas teorías, que a decir de Fernández de Buján, los arrendamientos romanos tenían duración promedio de 5 años tratándose de predios rústicos.

en primer lugar (o sea *molesta separatio / corrumpere / rumpere*), la solución que ofrece no clarifica estas dudas. El problema, tal vez derivaría de la caución que debe dar el colono. ¿Cuál fundamento sería el del dueño, si las plantas corrompidas con la adición de la cizaña, serían las mismas por las que a su vez litigaría el colono? Con la propiedad debería transmitirse tal vez la acción. A no ser que, en la propuesta de Corbino, sea como acreedor pignoraticio de la *merces*, de ahí la necesidad de la tutela otorgada sobre los frutos:

D.19,2,24,1 (Paul. 34 *ad ed.*) *Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percipisset.*

D.9,2,30,1 (Paul. 22 *ad ed.*) *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habeat Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*

Tal vez una extensión analógica de la concesión del interdicto. La solución aparece más dudosa. Su interés abarca también el margen de su responsabilidad:

D.19,2,15,2 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Si vis tempestatis calamitosa contigerit, an locator conductor aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriuntur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductoris, ut frui possit.*

VII. EL INTERDICTO

En este punto es elemento fundamental el interdicto. Respecto de éste, si bien parece que el dueño no hubiera podido aplicarlo una vez realizada la cosecha —pues la obra sobre el suelo ya no existiría y el daño se habría transferido—,²⁷ existe un fragmento de Venuleyo en el cual se extiende la asignación del interdicto cuando el interés por el fruto también le corresponde; o sea del interés del dueño en el fruto como tal depende la asignación que se le haga del interdicto. Venuleyo, quizá contemporáneo de Salvio Juliano o de Gayo²⁸ —en todo caso perteneciente a la época de los antoninos ‘*lato sensu*’—,²⁹ anterior a Ulpiano, pudiese aún conservar la opinión transmitida de la escuela sabiniana.³⁰

En mi opinión, la valoración del interdicto es muy valiosa para conocer en qué términos debe entenderse el pasaje. Ahora bien. El interdicto es el *quod vi aut clam*,³¹ que es un interdicto restitutorio. Como medio de protección pretoria, no decidía sobre la propiedad, y en este sentido podía otorgarse al poseedor o al detentador. Es verdad que, perteneciendo primariamente a los poseedores, el arrendador no parecería la primera opción donde recayera:

²⁷ “*The interdictum however is not aplicable unless there is an opus in solo factum as supposed in the above case; it would not lie, for instance, if weeds and teres had been mixed with the corn after it had been already reaped*”. Grueber, Bernard Erwin, *op. cit.*, p. 94.

²⁸ Las dificultades para determinar la identidad de este jurista son varias. Lenel identifica a Venuleyo con Quinto Saturnino (*Pal.*, II, p. 1208, n. 2). Kunkel los diferencia, en cambio, lo mismo que Guarino; Bonfante señala la posibilidad de que sean la misma persona, y así. En torno a estos problemas, con abundante bibliografía y comentarios, puede verse con provecho Fernando Betancourt, *El libro anónimo “De interdictis”*. *Codex Vaticanus Latinus, Número 5766*, Sevilla, 1997, pp. 85 y ss

²⁹ Las dataciones de Kunkel, por ejemplo ponen a Venuleyo entre Antonino Pío y Marco Aurelio, y a Saturnino entre Adriano y Marco Aurelio. Véase Fernando Betancourt, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

³⁰ D.43,24,12 (Ven. 2 *interd.*) *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.*

³¹ Álvaro D’Ors, Jorge Adame, Talamanca, Arangio-Ruiz generalizan diciendo que el interdicto *quod vi aut clam* servía para detener o destruir obras (generalmente edificaciones: demoler) realizadas sobre un terreno ajeno. Los autores en general hacen analogías con la *nutiatio operae novae* y con el interdicto demolitorio. En este caso, el de D.9,2,27,14 la demolición sería incomprensible. La interpretación más amplia de Luigi Capogrossi Colognesi, que refiere a lo que se hace en el suelo ajeno, parece más adecuada: “*secondo la tradizionale interpretazione detenne, esso sia stato costantemente ed esclusivamente associato alla tutela contro turbative arrecaite ad immobili. L’interdetto quod vi aut clam riguardarebbe dunque essenzialmente opere effettuate in solo.*” Siguiendo a Danneau, señala los casos aplicables: “*Tria sunt, quae soli esse intelliguntur: proinde et totidiem, in quibus si quid factum sit, in solo factum interpretatur, et ad hoc interdictum pertinere. Ea sunt solum ipsum, tum superficies, id est res omnis quae supra faciem eminens solo cohaeret, ut aedificia, arbores. Postremo et locus coeli vacuus qui solo emminet*”. Capogrossi Colognesi, Luigi, “L’interdetto «quod vi aut clam» e il suo ambito di applicazione”, *Index*, núm. 21, 1993, p. 231.

D.43,24,11,12 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Ego, si post in diem additionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat: ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, iam interdicto uti possit. ergo et si conduxit, multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit. plane si postea, quam melior condicio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec iulianus dubitaret interdictum venditori competere: nam inter cassium et iulianum de illo, quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere, quod postea contigit.*

La tratadística ha resuelto, al parecer, en todos los sentidos; la interpretación ha sido irregular y tortuosa. Por lo que se permite ver de la Glossa, existía ya cierta perplejidad frente al pasaje. Las notas insisten y reiteran ambos institutos, la acción *in factum* y el interdicto, frente a diversos vocablos que explican. Lo cierto es que desconcertaba que se otorgara la acción sin tener un fundamento *in rem*, sin ostentar un derecho sobre la cosa, tal como el párrafo lo concede al arrendatario. Durante algún tiempo se pensó que el fundamento de tal excepción a la regla consistía en que el arrendatario actúa en atención a una expectativa de derecho real que resulta inminente (de ahí el vocablo ‘*seges*’).³² Por ello, el siguiente punto a deslindar corresponde a las frases “*si lolium aut auenam in segetem alienam inieceris*”.

1. *Si lolium aut auenam in segetem alienam inieceris*

Diversos puntos importantes pueden extraerse de aquí. Uno de ellos, el momento en que ocurre la corrupción. La contaminación, como queda claro del análisis previo, podría ocurrir en dos períodos: cuando las semillas crecen en la tierra o cuando ya están cosechadas.³³ Me parece que en este pasaje se puede inferir valiosa información que permita reconstruir el sentido y motivación del fragmento. En primer lugar, *inicio*. Su sentido es el de ‘arrojar’, ‘proyectar’. Si la cebada o la avena no se mezclaron una vez recolectadas, con sólo arrojarlas, tal vez la separación habría sido sencilla. Por

³² Ferrini, Contardo, “La legitimazione attiva nella actio legis aquilia”, en *Opere*, Milán, Ulrico Hoepli, 1929, Vol. 3, p. 210: “*La spiegazione che valenti romanisti davano di quella eccezione consisteva nell’ accentuare il fatto, che il colono ha diritto a ottenere il dominio sui frutti; che, pertanto, se nel caso nostro non vi ha lesione di un dominio attuale, si lede però un dominio futuro*”.

³³ Corbino ofrece una solución aprovechando este argumento, de la que se hablará más adelante.

cuanto refiere a los demás vocablos, creo que puede ser ilustrativo observar la aparición de los tres términos agrarios en Virgilio:

*intereunt segetes, subit aspera silua
lappaeque tribolique, interque nitentia culta
infelix lolium et steriles dominantur auenae.*³⁴

Considero en este sentido que, sin necesidad de hacer cita de Virgilio, Celso y Virgilio ilustran con las mismas voces el sembradío. Como se sabe, la avena y el trigo suelen crecer en los terrenos del trigo. El caso propuesto así por Celso se concretiza enormemente. La cebada y la avena, por su semejanza con el trigo, son difíciles de separar, cuando crecen juntos. Análogamente, el acto dañoso de plantar conjuntamente el trigo con la cizaña a escondidas, incluso da lugar a una parábola evangélica.³⁵ De esto, por lo menos, puede inferirse que en el área mediterránea no sería insólito que alguno buscara dañar así las siembras, y más que ser un ejemplo extravagante debía ser algo común. El hecho de que se mencione *quo eam tu inquinare*, puede simplemente servir para especificar que no toda intervención extraña en un sembradío daba lugar a la acción, sino que se requería que existiese el daño, o un daño de cierto tipo. No hubiera existido acción si, por ejemplo, el campo de avena cultivado para forraje o el de cebada, fuera mezclado con trigo, pues no parecería que hubiera disminución del precio. Tampoco, al parecer en el caso análogo de D.9,2,27,20 (Ulp. 18 *ad ed.*).³⁶

Así pues, el fragmento que tendría que confirmar esto, y que por su cercanía debería pensarse *quasi* complementario, agrega sin embargo dificultades. Como resulta, la mezcla de arena u otra cosa que se mezcle con el fruto, da lugar a *item*. Ese *item* tiene que verse, pues, en el pasaje precedente: D.9,2,27,19 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Sed et si quis milium vel frumentum meum effuderit in flumen, sufficit aquiliae actio.*

³⁴ *Georg.* 1.152-154.

³⁵ Esta es recordada también por Tellengen- Couperus, cuya posición se discutirá más adelante: “*Simile factum est regnum calorum homini, qui seminavit bonum semen in agro suo: cum autem dormirent homines, venit inimicus ejus, et superseminavit zizania in medio tritici, et abiit. Cum autem crevisset herba, et fructum fecisset, tunc apparuerunt et zizania. Accedentes autem servi patrisfamilias, dixerunt ei: Domine, nonne bonum semen seminasti in agro tuo? unde ergo habet zizania?* 28. *Et ait illis: Inimicus homo hoc fecit. Servi autem dixerunt ei: Vis, imus, et colligimus ea?* 29. *Et ait: Non: ne forte colligentes zizania, eradicetis simul cum eis et triticum.* 30. *Sinite utraque crescere usque ad messem, et in tempore messis dicam messoribus: Colligite primum zizania, et alligate ea in fasciculos ad comburendum: triticum autem congregate in horreum meum.*”

³⁶ D.9,2,27,20 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit.*

Parece fuera de duda que Ulpiano, para el caso de quien arrojase al río *milium vel frumentum*, se concede la acción aquiliana directa; directa es, también, la de mezclar arena que haga la *separatio difficilis*. Las soluciones que se ofrecen a este primer problema son, en general, insatisfactorias. Albanese y Zilotto verían una interpolación en 9,2,27,20: el recurso a la interpolación, no por problemas textuales que oscurezcan el sentido, sino por acomodar el texto a la interpretación personal, adolece de método; Valditara vería el daño directo sobre la semilla a causa de la arena, y es interesante pensar cómo es que la semilla es más dañada por la arena que por el agua, si se pudiese recuperar, por ejemplo; Masumeci, en cambio, considera que *quasi de corrupto* revela una variación en el tipo de daño, siendo la *difficilis separatio* una separación cercana a lo imposible, con lo cual se agravaría la sanción con la acción directa, pero no indica cómo la acción directa agravaba la sanción. La observación, empero, no está exenta de perspicacia. Creo que de otro modo se puede analizar el pasaje. No es propósito de este trabajo dar una solución definitiva en todos los aspectos. Pero *difficilis*, como señala Masumeci, tiene usos y acepciones que lo vinculan con la cercanía a lo imposible. Así, me parece que, si bien hay una diferencia terminológica en el *molesta* y el *difficilis* que afecta a la *separatio* (y que puede determinar la gravedad del daño patrimonial o no que implique), otro aspecto a considerar se encuentra en la determinación objetiva del daño que se presenta en el *inquinare*. *Inquinare* puede ser que sirva como un elemento de valoración o acreditación del daño, por el cual se determinaría que la acción no se fundase en un *quasi de corrupto/difficilis separatio*, sino en una *actio in factum* ya que se trata una molesta *separatio* en razón de que uno, un tercero, *segetem inquinavit*. Vale la pena complementarla, con la observación de una acepción distinta de *molestus*; si bien es general que incluso el pasaje en estudio sea usado para ilustrar la acepción de ‘arduo o ‘trabajoso’, está atestiguado el uso clásico que lo vincula al daño:³⁷ sugestivo, pues, es el valor de *molestus* como *injuriandus* (?) o *damnosus*.³⁸ Aun sin proponer que sirva este ejemplo para ilustrar ese sentido, si podemos correlacionar el verbo *molestus* con *damnosus*, cosa que podrían haber hecho también los juristas

³⁷ Véase Lewis & Short *s.v.* ‘*molestus*’, que trae incluso este pasaje como ejemplo de uso postclásico. OLD no contiene noticias al respecto. No obstante, el *Lexicon Infimae et Mediae Latinitatis* no contempla el adjetivo *molestus*. El Forcellini (*Lexicon totius latinitatis*, ed. facsimilar, Pavía, A. Forni, 1940, t. III, p. 246) en cambio, lo usa como ejemplo de uso ‘*translate*’, y dicho uso metafórico no por fuerza debería ser exclusivo de los poetas. El *Thesaurus Linguae Latinae*, por su parte, contiene el ejemplo, pero precedido por Cicerón y Plinio, con lo cual parece confirmarse su clasicidad.

³⁸ Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, ed. facsimilar, Pavía, A. Forni, 1940, t. III, p. 246. En el *Thesaurus Linguae Latinae*, da, por ejemplo, *damnum afferens, damnosus, noxius, periculosus, perniciosus*.

romanos, y determinar que el momento del hecho dañoso y el de su proyección patrimonial se encuentran desfazados: la molesta *separatio* se determina al momento, no en que el tercero *segetem inquinavit*, sino cuando, para efecto de hacer la cosecha, se debe realizar la molesta *separatio*, momento pues en el cual se habría visto la disminución patrimonial no directamente en el valor de la cosecha, sino en la contratación de los peones que debiesen cernir las semillas para dividir las, y cuando fuese determinable el porcentaje de grano perdido en la operación. Por el contrario, al tratarse de una *difficilis separatio*, o sea una separación cercana al imposible,³⁹ es probable que la acción se hubiese dado o pedido de inmediato, pues la valoración del daño habría sido inmediata. Diversos, pues son los argumentos que me inclinan a pensar que se trata en este fragmento de la mies en el suelo y no del fruto cultivado.

VIII. SOLUCIONES A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como ya fue visto, las soluciones habituales dadas a este fragmento se definían por una interpolación que cancelaba la posibilidad de que el arrendatario hubiese podido accionar. Otros pensaron que el fundamento de la concesión consistía en que el arrendatario actúa en atención a su expectativa de un derecho real sobre los frutos a adquirir, derecho real que, si bien aún no se manifestaba en la realidad, era inminente. Algunos más consideraban que la acción se fundaba en el interés que tuviese el arrendatario en la conservación de la cosa dañada en virtud de lo cual el arrendatario promovía la acción *in factum* como si de una *procuratio in rem suam* se tratara.⁴⁰ Modernamente Olga Tellegen-Couperus⁴¹ considera que un tipo específico de cizaña, muy venenosa y una avena muy difícil y tardada de erradicar, es a la que refiere el pasaje, por lo cual el daño a la cosecha presente corresponde al colono, pero a las cosechas futuras, al dueño;⁴² la solución es ingeniosa, pero habría que pensar también en avena también ponzoñosa y en cizaña también tenaz para entonces armonizar el tex-

³⁹ Al respecto Masumeci cita D.10,2,55 (Ulp. 2 *ad ed.*) *Si familiae erescundae vel communi dividundo iudicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre et adiudicare omnes res.* En honor a la verdad hay que decir que el fragmento es claro al decir “*tam difficilis*”, y no meramente “*difficilis*”, de lo cual puede derivarse una muy flaca prueba a favor de su argumentación.

⁴⁰ Natali, Nunzio, *La legge Aquilia, ossia il Damnum Iniuria Datum*, Roma, 1896 (Ristampa anagrafica: Roma, L’Erma di Bretschneider, 1970), p. 121. Así parece que Natale integra las opiniones de Voet, Windscheid, Castellarì, Noodt.

⁴¹ Olga Tellegen-Couperus, “The tenant, the barrower...”, *cit.*, p. 418, n. 2

⁴² Pues le inutilizaría el terreno por algún tiempo.

to y que por ambas causas tuviesen acciones ambos simultáneamente. Ahora, desde otra perspectiva, si se considera que el dueño del fundo, en su calidad de dueño, antes del año podría haber ejercitado la acción, probablemente porque bajo cierto concepto los frutos estarían aún vinculados al suelo, y siendo dueño de la tierra se derivaba su propiedad sobre los frutos; el colono, por su parte, tendría la acción sobre la cosecha, bajo este criterio, pero no sobre la siembra;⁴³ la actuación y la tenencia simultánea de acciones es explicada por McCormack, quien considera que el colono, en virtud de que da una caución para que el dueño no demande a su vez, actúa en representación del dueño.⁴⁴ Corbino,⁴⁵ por su parte, considera que la dificultad de intelección depende de que la problemática se hace depender de supuestos distintos: la acción, si es por los frutos aún ligados a la tierra es del dueño, pero si es sobre los frutos recolectados, es del colono.⁴⁶ Valditara se pronuncia, en sujeción al pasaje de comodato 9,2,11,9, y da a entender que hay una protección aquiliana al crédito,^{47, 48} resucitando la acción del capítulo II; en el mismo sentido M.F. Cursi, aunque con una argumentación más firme. Valiño, igualmente, considera que se trata de una lesión al crédito; D'Ors es de esta misma opinión⁴⁹. La idea por sí sola aparece como

⁴³ A menos, claro, que se diese sobre la expectativa de dominio, como supuso por ejemplo Mommsen, Ferrini o Natali.

⁴⁴ Geoffrey MacCormack, "CELSUS quaerit: D.9.2.27.14", *RIDA*, núm. 20, 1973, pp. 341-348. El autor, además, con von Lübtow, estimaba que el daño para el agricultor derivaba de que la cizaña o la avena impedían el normal crecimiento a los cultivos

⁴⁵ Corbino, *op. cit.*, p. 162. Con enorme inteligencia, Corbino ha propuesto una solución elegante. Considera que el pasaje hace referencia no a la relación de crédito, sino a las semillas ya recolectadas. No habría, pues, necesidad de considerar un hipotético resurgimiento de la protección aquiliana al crédito una vez caído en desuso el capítulo II de la ley. Las semillas ya cosechadas corresponden, por percepción, al colono, y este es el fundamento de su acción *in factum*. Empero, la misma brevedad de Corbino no permite distinguir en su opinión con toda claridad la raíz de la acción al dueño. Según parece, la dualidad que menciona es relativa a que él mismo considera la posibilidad de dos momentos distintos de experibilidad de la acción *in factum*. Yo considero que el pasaje no en vano refiere al fundo, una vez mencionado el colono. En otra circunstancia, parecería tautológico, salvo que en este caso se establecen los fundamentos de dos consideraciones que pertenecen a dos momentos distintos.

⁴⁶ Alessandro Corbino, *Il danno qualificato e la legge Aquilia*, Milán, CEDAM, 2005, p. 162.

⁴⁷ Valditara, Giuseppe, "Profili del risarcimento del danno dalla Legge Aquilia al diritto odierno", consultado el 15 de octubre de 2010, disponible en la World Wide Web: <http://www.csdri.org/italiano/class_detail.asp?inford=167>

⁴⁸ *Idem*: "Non è peraltro da escludere che già giuristi di età anteriore a quella dei Severi, tra cui Celso e magari lo stesso Giuliano, riconoscessero in alcune circostanze una qualche protezione in favore del danneggiato non proprietario suggerendo la concessione di acciones *in factum*. E' questa per esempio la soluzione che sembra affiorare da D.9,2,27,14 dove pare affiorare fra l'altro la tutela del credito, in specie relativo ad un rapporto di locatio-conductio".

⁴⁹ Aunque supongo que mudó juicio. No pudiendo revisar las diversas ediciones para cotejarlas, expongo la suposición: Valiño reporta que el D'Ors "estima el texto interpolado y,

seductora, pues reintegra el texto a la vida y a la discusión jurídica y pone en crisis ideas preconcebidas sobre un importante instituto.⁵⁰

Conviene también considerar que el pretor pudo haber protegido el interés del arrendatario y el contrato,⁵¹ y que la asignación vendría, sea por la propiedad que se ejerce, sea por el *frui licere praestare del locator*,⁵² pues “Como es bien sabido, la obligación principal del conductor en una *locatio conductio rei* es el abono de *merces* convenida. Ésta debe entenderse como prestación de carácter sinalagmático y, por tanto, correlativa a la obligación a cargo del *locator*, consistente en la cesión del ejercicio del uso y disfrute de la cosa arrendada”.⁵³ Y se hablaría en estos términos de una protección aquiliana del crédito,⁵⁴ que se volcaría a un daño meramente patrimonial.

por consiguiente, dudosos la extensión en favor del arrendatario...” (p. 84, n. 125); ésta sería su opinión hasta 1973, año en que Valiño publicó su estudio. En *Derecho Privado Romano*, 5ª ed. 1983, D’Ors dice escuetamente (p. 437, §367): “Estas acciones *in factum* podían ser concedidas a no propietarios sin necesidad de ficción”.

⁵⁰ Como ejemplo de estas ideas, opina Mommsen que “La ley aquilia, no sin fundamento, equiparaba el empleo abusivo de la adstipulación al daño en las cosas. Si, en otros órdenes, el ejercicio de los derechos que corresponden a los acreedores no podía traer perjuicios para terceras personas, en cambio, cuando a los acreedores a quienes corresponde realmente un crédito equiparamos otra cualquier persona a quienes ellos hayan conferido mandato legal, es claro que el perdón de la deuda realizado por este adstipulador extingue también el derecho de crédito que correspondía al acreedor primero; y como a la época en que la ley fue dada todavía el mandato no producía probablemente acción de ninguna clase, se acudía a este medio a veces para burlar a los acreedores, y por eso, cuando semejante acto hubiera sido ejecutado, se concedía al acreedor principal una acción contra el mandatario para pedirle la reparación del daño sufrido, lo mismo que si se tratara de un caso de daño en la propiedad.” Theodor Mommsen, *Derecho Penal Romano*, España, Jiménez Gil Editor, 1999, p. 515.

⁵¹ Siguiendo la afirmación de R. Fiori, *La definizione della locatio-conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Nápoles, Jovene, 1999, pp. 291 y ss., la tipización que realiza, basada en las definiciones perimetrales que caracterizan el contrato más allá de sus distinciones de otros contratos, le permite fijar el núcleo sinalagmático del contrato de *locatio conductio* en el binomio *uti-frui/merces* (p. 293). Pues, dentro de la discusión de las escuelas “*Cio che accomuna le dottrine dei Sabiniani e i Proculiani è infatti la consapevolezza che nella locatio conductio si attribuisce essenzialmente l’uti-frui (o l’opera)*”. Poco después, comenta que “...va notato che queste conclusioni sono valide non solo per i seguaci delle due sectae, ma per ogni fase dell’elaborazione giurisprudenziale del contratto”. (p. 295)

⁵² Véase Riccardo Cardilli, *L’obbligazione di praestare...*, cit., pp. 233-257 en este caso respecto al *vim praestare del locator fundi*, pero que permite reflexionar en términos de amplitud mayor respecto del *praestare* en el marco del arrendamiento.

⁵³ Fernández de Buján, “La *deductio mercedis*...”, cit., p. 156.

⁵⁴ También con reenvío a Fiori, es la conclusión de M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 240 y ss..