

## TÍTULO 19

### *Quemadmodum actiones per infitiationem duplentur*

T. No existe una rúbrica semejante en el Edicto. Ahí, después de las acciones divisorias (Lenel §§ 79-82), aparece la rúbrica *De fideiussore et sponsore* (Lenel §§ 83-88), la cual aparece también en PS 1,20. Como la primera sentencia del título 1,19 de PS se refiere a la *actio depensi*, Schulz<sup>872</sup> ha conjeturado, a mi ver con razón, que las dos sentencias de este título estaban relacionadas originalmente con el Edicto *De fideiussore et sponsore*, en el inciso *ad legem Publiliam*, que contenía la fórmula de la *actio depensi*. Por su parte, Liebs<sup>873</sup> no propone modificaciones a este título.

O. Posclásico. El intento de dar un tratamiento común a todas las acciones con litiscrecencia al doble por causa de *infittatio* es ajeno por completo al derecho clásico.

Au. V pudo introducir la rúbrica, siguiendo las primeras palabras de PS 1,19,1, *quaedam actiones si a reo infittientur duplantur*, y sacar del título siguiente (*de fideiussore et sponsore*) estas dos sentencias.

1,19,1 *Quaedam actiones si a reo infittientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relict, damini iniuriarum legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est.*

S. La condena de algunas acciones crece al doble cuando el demandado se resiste sin razón (*infittatio*) a la reclamación del demandante, como en las acciones *iudicati, depensi, ex testamento*, o en la acción de la Ley Aquilia. Y también sucede en la acción *de modo agri* cuando el comprador ha sido engañado por el vendedor respecto de la medida del fundo.

<sup>872</sup> Schulz, *SZ*, 47, 1927, p. 45, con apoyo en Lenel, p. 217.

<sup>873</sup> Liebs, *PS*, p. 148.

O. En general clásico.<sup>874</sup> La enumeración de las acciones que tienen litiscrecencia por causa de *infittatio* coincide, salvo la mención de la *actio de modo agri*, con la que ofrece Gayo en dos lugares diferentes (*Gai* 4,9 y 171); ahí se mencionan las mismas cuatro acciones pero, a diferencia de PS, la acción de la ley Aquilia aparece en el tercer lugar y la *ex testamento* en cuarto lugar. Esta ligera variación puede ser un indicio de que la sentencia no proviene de estos textos de Gayo.

Llama la atención que la sentencia se refiera a la acción de daños de la ley Aquilia llamándola '*actio*' *damni iniuriarum Legis Aquiliae* en vez del nombre usual *damni iniuriae Legis Aquiliae* que sí aparece en Gayo (4,171). El uso del plural *iniuriarum*, en vez de *iniuriae* puede sugerir que la sentencia se refería en esa expresión, además de a la acción de daño, a la *actio iniuriarum* por lesiones a la integridad corporal o moral de una persona libre; pero más parece resultado de un descuido del autor, pues Gayo no cita la acción de injurias entre las que crecen por *infittatio*.

La frase final de la sentencia (*item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est*) puede entenderse en dos sentidos. Uno es que la sentencia afirme que la *actio de modo agri* también crece al doble por *infittatio* y que luego (a partir de *cum*) explique el supuesto en que procede tal acción, esto es que el vendedor haya engañado al comprador. El otro sentido es que la frase final de la sentencia indique que la condena en la *actio de modo agri* es al doble cuando el vendedor ha engañado al comprador respecto de la medida del fundo. Conforme a esta última lectura, la frase final tendría un contenido discordante con la primera parte de la sentencia, pero concordaría con otra sentencia (PS 2,17,4), que en un contexto de responsabilidad del vendedor por la evicción y por los defectos de la cosa afirma que el vendedor que engaña al comprador en la medida del fundo (*de modo mentiatur*) responde por el doble del precio pagado en exceso.

Antes de pronunciarse por uno u otro sentido es preciso aclarar cuál era el objeto original de la *actio de modo agri*. Según Kaser,<sup>875</sup> Levy y D'Ors, la acción originalmente se dirigía a exigir al vendedor, que había declarado

<sup>874</sup> La Rosa, R., *La represione del furtum in età arcaica*, Napoli, 1990, pp. 18 y 51, cita esta sentencia como testimonio de las acciones que en derecho clásico tienen litiscrecencia al doble por *infittatio*.

<sup>875</sup> Kaser I, p. 133. Levy, VR, p. 230. D'Ors, DPR § 496, n. 1.

en su *nuncupatio* que el fundo tenía una cabida mayor de la que realmente tuvo, que resarciera al comprador el valor simple del precio pagado en exceso, y que sólo en caso de *infittatio* podía el vendedor reclamar el doble, de conformidad con la regla de las XII Tablas (6,2) que decía que quien se resistía a cumplir lo que ha declarado (*nuncupatio*) en un acto de enajenación por *mancipatio* quedaba condenado a pagar el doble. En cambio, para Lenel o Arangio Ruiz,<sup>876</sup> entre otros, la *actio de modo agri* se dirigía originalmente a exigir al vendedor el doble del precio pagado en exceso, de suerte que era una acción más bien penal que de resarcimiento.

Me parece mejor fundada la opinión de que la *actio de modo agri* se dirigía originalmente por el valor simple del precio pagado en exceso y que era, en consecuencia, una acción de resarcimiento, y no una acción penal que castigaba el engaño. Si hubiera sido una acción penal no se podría entender la afirmación de Ulpiano (18 *ad ed.* D 19,1,34) de que la responsabilidad por la medida del fundo se exige por la *actio empti*, la cual, como es sabido, servía, en este tipo de casos, para reclamar el precio pagado en exceso por una mercancía que resultó defectuosa, es decir tenía una función de resarcimiento y no penal.<sup>877</sup>

Partiendo de este punto de vista, podría afirmarse que la frase final de la sentencia es de origen clásico y tiene el primero de los sentidos apuntados arriba, es decir que indica que la *a. de modo agri* acrece al doble por *infittatio* y luego explica (desde *cum*) el supuesto en que procede esta acción;<sup>878</sup> esta explicación era necesaria para los destinatarios de PS, ya que la *a. de modo agri* había dejado de practicarse desde que la venta de fundos se hacía sin *mancipatio*.<sup>879</sup> El que en tal explicación se diga que el supuesto de procedencia era el engaño y no la declaración (*nuncupatio*) que hacía el enajenante sobre la medida del fundo, como se supone era el supuesto original, es mera consecuencia de la evolución que llevó a susti-

<sup>876</sup> Lenel, § 74. Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, trad. de J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1973, p. 224.

<sup>877</sup> Sin embargo, Modestino (1 *de poen.* D48,10,32,1) señala una responsabilidad del vendedor por el doble de lo que hubiera cobrado de más por haber usado medidas falsas. Véase *infra ad PS* 1,20A,1.

<sup>878</sup> Behrends, O., “La *mancipatio* nelle XII Tavole”, *IURA* 33, 1982, p. 58, considera que este es el sentido de la sentencia, si bien aparece incorrectamente citada como PS1,19,2.

<sup>879</sup> La *mancipatio* dejó de practicarse en occidente desde fines de la época clásica (Kaser II, p. 274), aun cuando la palabra siga apareciendo en textos jurídicos de esa época y posteriores, como en PS donde aparece tres veces en las PS (1,7,8. 2,17,3. 2,25,2).

tuir la *mancipatio* con la compraventa, y, por lo tanto, la responsabilidad del enajenante por su *nuncupatio* con la responsabilidad del vendedor por el engaño, exigible por la *actio empti*.<sup>880</sup>

*Au. A.*, quien todavía entiende lo que significa la *infittatio*, a diferencia de la *interpretatio* y otros textos del derecho vulgar<sup>881</sup> que la entienden como una simple negativa (*negatio*). La mención de las diferentes acciones por su nombre correcto, salvo el de la acción de daño,<sup>882</sup> también indica la autoría de *A.*, especialmente de la *actio de modo agri*, que ya era entonces una acción antigua y que no mencionan otras obras contemporáneas de PS, como *FV* o la *Col.*,<sup>883</sup> ni el Código Teodosiano,<sup>884</sup> de modo que la referencia a la *actio de modo agri* parece como una peculiaridad, entre las fuentes postclásicas, de las PS.<sup>885</sup>

En cambio, la idea de que la responsabilidad por el engaño en la medida del fundo es una responsabilidad penal es perfectamente congruente con el derecho vulgar de occidente, como la demuestra la *interpretatio* de esta sentencia, que literalmente dice:

*Aliqua [quae] cum ab his, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur, id est res iudicata, legati per damnationem relictis, id est si quid heres legati titulo dare iussum est et petitum negaverit, vel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire noluerit, vel de modo agri cum a venditore emptor fuerit cir-*

<sup>880</sup> Delos diversos textos que según Lenel § 74 se referían a la *actio de modo agri* (Ulp. 18 *ad Ed.* D 19,1,34. 21,2,14. Paulo 21 *ad Ed.* D18,1,51. Juliano 7 *ad Ed.* D 18,6,11. 19,1,22, ninguno menciona por su nombre la *actio de modo agri*, pero Ulpiano (D 19,1,34) dice que la responsabilidad por la cabida del fundo se exige por la *actio ex empto*.

<sup>881</sup> En GE 2,7,8 *i.f.* se dice que la *negatio* puede consistir en la demora del deudor; Isidor *etym.* 5,26,20 entiende por *infittatio* la negativa del deudor, antes del proceso, a pagar una deuda; en LRB 14,8 el incumplimiento se entiende como *negatio*. Véase Levy VR, pp. 232 y ss.

<sup>882</sup> PS 2,31,23, en un título sobre el hurto, nombra correctamente el supuesto y la acción de daños diciendo que si alguien *damnum iniuriae dedit, actione legis Aquiliae tenebitur*, y en otros lugares nombra claramente la *actio iniuriarum* (como en PS 2,31,35. 5,4,2;6 y 8), pero en otro lugar (PS 5,4,11) la llama impropriamente *actio iniuriae*. La variación en las denominaciones puede ser un descuido propio de *A.*

<sup>883</sup> Véase Levy *Ergänzungsindex*, s.v. *ager*.

<sup>884</sup> Véase *Heidelberger Index*, s.v. *ager*.

<sup>885</sup> Quizá el compilador original tuvo gusto por recoger nombres de acciones antiguas, pues en PS 2,14,1 y 3 hace mención de la antigua *actio auctoritatis* que ciertamente ya no se practicaba en el siglo III.

*cumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum. quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.*

En esta *interpretatio* hay dos cambios importantes respecto de lo afirmado en la sentencia. En primer lugar que señala que las acciones se duplican no por la *infittatio* sino por la *negatio*, y luego explica en qué consiste tal *negatio* en cada acción, salvo en la *actio iudicati* de la cual no dice nada: en la acción por el legado damnatorio consiste en negar lo pedido, en la acción de resarcimiento de daños en no querer resarcir, y en la acción por la cabida del fundo en haber sido engañado el comprador por el vendedor. Esto demuestra un total desconocimiento en el derecho vulgar de lo que era la *infittatio*,<sup>886</sup> y, en lo relativo a la responsabilidad por la medida del fundo, la consideración de esta responsabilidad como una responsabilidad penal derivada del engaño. En segundo lugar la afirmación de que la fuente de la responsabilidad por el doble es la ley Aquilia, afirmación que es también característica del derecho vulgar.<sup>887</sup>

A la vista de este texto, parece razonable la opinión de Levy<sup>888</sup> de que lo que expresa la otra sentencia que se refiere a la *actio de modo agri* (PS 2,17,4) es una regla propia del derecho vulgar de occidente, que entienda esta responsabilidad del vendedor ya no como responsabilidad contractual sino como responsabilidad penal.

1,19,2 *Ex his causis, quae infittatione duplantur, pacto decidi non potest.*

S. No puede decidirse algo por pacto respecto de las causas que sufren litiscrecencia al doble por *infittatio*.

O. Posclásico.

Resulta problemático determinar lo que la sentencia afirma cuando dice que las causas que tienen litiscrecencia al doble por *infittatio* no pueden decidirse por pacto (*pacto decidi non potest*). Después de un análisis del significado de ambas palabras en relación con textos anteriores, se ha concluido<sup>889</sup> que significa simplemente transigir. Podría esta sentencia entenderse en el sentido de que no es lícito transigir respecto de las accio-

<sup>886</sup> Véase Levy, VR, p. 230.

<sup>887</sup> *Ibidem*, pp. 331 y ss., y *supra ad PS 1,13A,6 sub Au*.

<sup>888</sup> *Ibidem*, pp. 230 y ss.

<sup>889</sup> Véase Paoli, J., *Lis infittando crescit in duplum*, Paris, 1933, p. 200.

nes que tienen litiscrecencia al doble. Pero con ese sentido, la regla que da la sentencia estaría en contradicción con otros textos del siglo tercero que admiten la transacción respecto de causas con litiscrecencia, como Ulpiano (*5 de omnibus tribunalibus*, D 2,15,8) que trata de la transacción respecto de un legado de alimentos, que sería exigible por la *actio ex testamento*, una de las acciones que la sentencia anterior afirma que tienen litiscrecencia al doble, y que de acuerdo con esta otra sentencia no podría ser objeto de transacción; o Ulpiano (*7 disput.* D 2,15,7) que permite en un caso especial una transacción que tiene como efecto eliminar la acción ejecutiva, otra de las acciones con litiscrecencia que supuestamente no podrían ser objeto de transacción; o incluso con un texto de época republicana, Cicerón (*Pro Roscio* 11,32) que admite la validez de un convenio por el que se arregló un juicio sobre daños, seguido conforme a la acción de la ley Aquilia, que es otra de las acciones con litiscrecencia al doble.

Además, la regla que da la sentencia así interpretada, no tiene una explicación clara a la luz del derecho clásico. ¿Por qué prohibir la transacción de esas causas con litiscrecencia al doble, si está permitida, por ejemplo, la transacción respecto de acciones que conllevan una pena del cuádruplo, como la *actio quod metus causa*? Paoli<sup>890</sup> intenta explicar que la regla se origina por la antigua forma de pago, en el procedimiento de las acciones de la ley, que era mediante el peso del metal, *per aes et libram*, en la cual no se admitía más que el pago exacto de la cantidad debida; pero no parece aceptable, porque la transacción se da para evitar el juicio y el pago de la sentencia; también se ha dicho<sup>891</sup> que la razón es la fuerza de la cosa juzgada, pero se puede objetar lo mismo que a la hipótesis anterior, la transacción sirve para que no haya juicio ni sentencia ni cosa juzgada, y además, en el siglo III, es posible transigir respecto de causas ya sentenciadas en primera instancia, si pueden ser apelables o están en la etapa de apelación. Kelly<sup>892</sup> ha sugerido que la sentencia no da una regla propiamente sino que es la expresión de un hecho, esto es

<sup>890</sup> *Ibidem*, pp. 217-219 y 228.

<sup>891</sup> Bulow, *cit.* por Paoli, *op. cit.*, nota 889, p. 211. También Beck, *Studi Francisci* IV, Milano, 1956, p. 5, opina que la sentencia es de origen clásico porque entiende que PS 1,19,2 afirma que las causas que ya han crecido al doble por una sentencia que así lo determine no pueden ser objeto de transacción, pero no impide que puedan transigirse las causas antes de dictada la sentencia.

<sup>892</sup> Kelly, *Roman litigation*, Oxford, 1966, pp. 137 y 138.

que el *infitians* que se resiste al juicio no puede, mientras mantenga esa actitud, hacer una transacción; pero no es eso lo que dice la sentencia cuando afirma que no se puede transigir respecto de ciertas causas (*ex his causis*).

La otra interpretación posible de la frase *pacto decidi*, en relación al contexto de PS, es que se refiriera, no a la transacción propiamente dicha, sino al pacto que las partes podían hacer para liberar al deudor gratuitamente. De acuerdo con esto, PS 1,1,5<sup>a</sup> indicaría la regla general de que no es válido el pacto después de la sentencia, salvo que se haga para liberar al deudor (*donationis causa*), y PS 1,19,2 fijaría la regla específica de que ni siquiera es válido el pacto para liberar al deudor respecto de juicios con litisrecencia al doble. Pero no se ve qué razón habría para impedir el pacto liberatorio en las acciones con litisrecencia al doble.

Por otra parte, no he encontrado<sup>893</sup> ninguna otra fuente jurídica que coincida con lo que dice esta sentencia.

Dada la imposibilidad de entender la sentencia a la luz del derecho clásico, conviene conjeturar un origen posclásico. La afirmación de que las causas con litisrecencia al doble no pueden decidirse por pacto, parece corresponderse con la constitución de los emperadores Valente y Valentiniano, del año 365 (*Cs* 9,1),<sup>894</sup> que señala, sin ninguna limitación que no es lícito pactar respecto de una sentencia (*post sententiam pacisci non licere*). La sentencia, lo mismo que la constitución citada, así como PS 1,1,1 (atribuida a *B*), no distinguen ya entre la transacción y el pacto posterior a la sentencia, sino que simplemente prohíben cualquier convenio respecto de una sentencia. Si bien PS 1,19,2 no se refiere expresamente al pacto posterior a la sentencia, cabe pensar que se refiere implícitamente a él porque las causas a las que se refiere se duplican precisamente en el momento de dictarse la sentencia.

Quizá la razón de prohibir el pacto respecto de las causas que implica condena al doble en contra de quien se resiste infundadamente, es que tal conducta (*infitiatio*) llegó a considerarse un delito, cuya pena era precisamente la condena al doble. Esta concepción parece ya estar presente en CT 2,27,1,3 (421) donde los emperadores Teodosio y Constancio expli-

<sup>893</sup> Además de buscar en los títulos respectivos de D (2,15), CJ (2,4) y CT (2,8), revisé en las fuentes prejustinianeas, buscando en los lugares indicados por el *Ergänzungsindex* s.v. *paciscor, pactum, transactio, transigo*.

<sup>894</sup> Véase *supra* ad PS 1,1,1 *sub O*.

can que la sanción contra quien se niega a pagar una caución se impone a fin de reprimir el *fomes infitiandi* o ánimo rebelde de los deudores; aquí el *fomes infitiandi* aparece cuando menos como una conducta reprimible. Por esta manera de entender la conducta del demandado que se resiste, se pudo concluir que las causas en que se preveía la condena al doble por la *infitiatio* del demandado, eran causas criminales sobre las que no podía haber transacción, como lo dice PS 1,1,7 y Cs 4,2.

*Au. B.*, que pudo añadir esta sentencia, sin hacer distinción entre transacción y pacto (como en PS 1,1,1), y considerando la *infitiatio* como una conducta punible y las causas en que puede castigarse como causas criminales.

El uso de la palabra *infitiatio*, así como la ausencia de alguna explicación de ella, indica que la sentencia es anterior a las fuentes jurídicas del siglo V que en lugar del término clásico usan la palabra *negatio*.

La *interpretatio* dice: *Hae causae, que pulsatorum negatione duplantur, per pactum finiri non potest*. En esta redacción queda claro que el objeto del pacto que se prohíbe es terminar (*finiri*) el litigio, de modo que se refiere a una transacción y no al pacto *post rem iudicatam*, que parece haber sido el supuesto de la sentencia. Es interesante notar el cambio que hace de la palabra *infitiatio* por *negatio*, lo cual parece que se trata de una nota propia del derecho vulgar del siglo V en occidente.<sup>895</sup>

<sup>895</sup> En LRB, 14, aparece el término *inficiente* seguido de una explicación, *hoc est negante*; en RB29 se dice que *inficiente* respecto de quien niega la comisión de un daño; S. Isidoro, *Ethym.* 5b,26,20 dice que *infitiatio es negatio debitae rei*.