

TÍTULO 8

De dolo

T. Corresponde al § 40 del Edicto cuya rúbrica decía *de dolo malo*.

O. Clásico.

Au. A. La reducción de la importante materia de dolo a sólo dos sentencias se explica desde la perspectiva del derecho vulgar. En éste el dolo casi desaparece para dejar su lugar al fraude (*fraus*).⁴⁰⁸ La reducción pudo ser hecha por B, en cuyo tiempo (siglo IV) el dolo tiene sólo una importancia secundaria en relación a la restitución por entero⁴⁰⁹ y tiende a confundirse con el *metus*,⁴¹⁰ tal como ocurre en la segunda y última sentencia de este título. Una reducción similar se da en el CT 2, 15 (*de dolo malo*) que contiene una sola constitución del año 319. La poca importancia que tiene el dolo en el derecho vulgar de occidente se refleja en que no hay *interpretaciones* de ninguna de las dos sentencias de este título.

1, 8, 1 *Dolus est, cum aliud agitur, aliud simulatur.*

S. El dolo consiste en simular una cosa y hacer otra.

O. Clásico. El jurista republicano Servio (citado por Ulp. 11 *ad Ed. D.* 4, 3, 1, 2) definió el dolo como la simulación de hacer una cosa, cuando en realidad se hacía otra, con el objeto de engañar a alguien (*machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*). En esta doctrina, lo esencial para configurar el dolo es la simulación. Luego fue superada por Labeón (citado por Ulp. *loc cit.*), quien tuvo en cuenta principalmente el engaño resultante, y así definió el dolo

⁴⁰⁸ Levy, *VR*, pp. 101 y ss., seguido por Kaser II, p. 347.

⁴⁰⁹ Levy, *VR*, p. 103.

⁴¹⁰ *Infra ad PS* 1, 8, 2 *sub O*.

como toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro (*omnem calliditatem, fallatiam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipendum alterum*).

La sentencia define el dolo de acuerdo con la doctrina republicana, lo cual resulta extraño, porque en el tiempo en que fue compuesta ya prevalecía la doctrina de Labeón, como lo dice el mismo Ulpiano en el lugar arriba citado.⁴¹¹ Es posible que en la PS original hubiera, además de la definición serviana de dolo que se nos ha conservado, una definición de dolo acorde con lo que tenían por tal los juristas tardoclásicos, que se perdió cuando se redujo la materia de este título.

En el derecho vulgar se da una definición de dolo, muy distinta de la clásica y de la que recoge PS, que atiende primordialmente al fraude documental. Así, IT 2, 15, 1 dice que hay dolo cuando por alguna escritura o maquinación se cambian cosas previamente definidas, o cuando se hace aparecer a una persona, por medio de documentos o engaños, como consintiendo algo contrario a sus intereses. Aquí ya se ha perdido de vista el dolo como elemento que actúa sobre la voluntad de una persona para hacerle consentir un negocio jurídico, y prevalece el punto de vista de que se trata de maquinaciones, principalmente de manipulaciones de documentos, para aparentar como real lo que no ha sucedido. En consecuencia, se presentan casos de “dolo” como los siguientes: afirmar en un documento como pagado un precio que en realidad no se pagó (éste parece que es el caso más frecuente), dar como convenida una cláusula contractual sobre la que no hubo acuerdo efectivo o como no convenida la que sí fue consentida (IT 2, 15, 1; NV 32, 1; INV 32, 1), o celebrar un negocio por interpósita persona (INV 32, 1).⁴¹²

Au. A, que pudo partir de Ulpiano (2 ad Ed. D 4, 3, 1, 2)⁴¹³ donde da la definición de Servio: *Dolum malum Servius quidem ita definit... cum aliud simulatur et aliud agitur*. La sentencia invierte el orden de esta frase y suprime la partícula *et*. San Agustín (*Sermo*. 4, 22) da una definición de dolo (*quando aliud agitur et aliud simulatur*) que parece provenir de la sentencia, pues conserva el mismo orden y sólo cambia *cum* por *quando* e introduce la partícula *et*.

⁴¹¹ También, por ejemplo, Paulo II ad Ed. D 4, 3, 16 y 20, pr.

⁴¹² Cfr. Hermog, 6 jur. epit. D 49, 14, 46, 2.

⁴¹³ Liebs, PS, p. 141 considera posible, aunque dubitativamente, que ésta sea la fuente de la sentencia.

1, 8, 2 *Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et dolo actione tenebitur.*

S. Qui infunde miedo u obra dolosamente para transferir algo a otro, en uno u otro caso, queda obligado por la acción “*de vi et dolo*”.

O. En el derecho clásico se da la *actio quod metus causa* y la *in integrum restitutio propter metum* para los casos de intimidación y la *actio de dolo*⁴¹⁴ para los casos de dolo. Ambos supuestos son distintos, y para cada uno de ellos existe una acción específica. Por eso se ha intentado hacer una lectura de la sentencia que respetara la distinción entre los dos supuestos y las dos acciones. Así, Girard⁴¹⁵ propone que la sentencia se leyera en conformidad con una afirmación de Pomponio, citado por Ulpiano (11 *ad ed. D. 4, 2, 14, 13*), que dice que es cierto que quien amenaza también esta sujeto por la acción de dolo (*Eum, qui metus fecit, et de dolo teneri certum est*). De acuerdo con esta interpretación, la sentencia diría que quien amenaza queda obligado por ambas acciones, la de dolo y la de intimidación (*Qui [dolum aut] metum adhibuit, ut res ad alium transiret, [uterque] ‘utraque’ de vi et ‘de’ dolo actione tenebitur*).

Me parece que esta lectura no es satisfactoria porque tampoco logra lo que pretende, esto es hacer concordar la sentencia con el derecho clásico. La afirmación de Pomponio no dice que concurren las dos acciones, sino que quien amenaza también puede ser demandado con la acción de dolo. En el procedimiento formulario, la acción de dolo era subsidiaria, como lo dice la cláusula edictal correspondiente (Lenel § 40: *si de his rebus alia actio non erit*), por lo que no podía concurrir con alguna otra acción; en el procedimiento cognitorio, al que suelen referirse los rescriptos, esta regla seguía vigente a principios del siglo III, es decir, después de la muerte de Pomponio, como lo atestigua el rescripto de Caracala (CJ 2,21,2 [211]) que dice que la acción de dolo procede cuando no hay otra. La afirmación de Pomponio puede entenderse como válida (sin tener que conjeturar una interpolación) respecto un caso en que quien fue amenazado reclamó lo que hubiera perdido de un tercero, con la *actio quod metus causa*, y como éste no pudiera restituirlo por haberse perdido la cosa

⁴¹⁴ Se discute la existencia de una *i.i.r. propter dolum* en época clásica, véase *supra ad PS 1, 7, 2 sub O*.

⁴¹⁵ Girard, *Textes de Droit Romain*, 4a. ed., Paris, 1913, *ad locum*.

sin culpa suya (véase Ulp. *II ad Ed. D 4,2,14,11*),⁴¹⁶ entonces resulta admisible que se pueda demandar con la acción de dolo a quien causó la amenaza. Esta posibilidad de ejercer la acción de dolo contra quien causó la amenaza, no implicaba por consiguiente ni confusión del supuesto de dolo con el de intimidación, ni confusión de las dos acciones en una sola acción, como, en cambio, si ocurre en la sentencia.

Por eso, me parece más conveniente indagar el origen de la sentencia en el derecho posclásico. Constantino todavía reconoce una acción propia por causa de dolo que denomina la *actio doli* (CT 2, 15, 1 [319]) y además una acción diferente para recuperar lo que alguien hubiera perdido por causa de alguna violencia o coacción (CT 8, 15, 2 [334]). En esta última constitución hay una nueva doctrina acerca de las enajenaciones coaccionadas, pues, a diferencia de la doctrina clásica que no discute su validez y se preocupa sólo del modo de restituir lo perdido, la constitución dice que son nulas y de ningún efecto (*inritas inanesque*). Puede ser que los supuestos de dolo e intimidación se fueran aproximando por la consideración de que la presencia de uno u otro tenía el mismo efecto, la nulidad del acto. En una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (CT 15,14,8 [389]) se dice que son válidos los pactos o convenciones que se hicieron sin dolo ni coacción (*si dolo metuve caruerunt*), lo que da a entender que serían nulos si hubiera intervenido dolo o coacción. La unificación de ambos supuestos se ven con claridad en una constitución de los emperadores Arcadio y Honorio (CT 15, 14, 9 [395]) que habla de una acción de dolo y violencia e intimidación (*doli ac vis et metus actio*). En una constitución de Valentiniano, 50 años después (NV 32,1 [451]), se presentan diversos supuestos de intimidación, a la que se denomina *violentia*, junto con otros en los que hay algún tipo de engaño, aunque no aparece la palabra dolo, pero el efecto de esos actos es el mismo: que el comprador que, aprovechándose de su cargo público, coaccionó al vendedor, pague el precio que hubiera convenido, y devuelva la posesión de lo vendido al vendedor que sigue siendo considerado su dueño (*dominus*), lo que implica que la venta es nula. La *interpretatio* de esta constitución dice que las escrituras (*scripturas*) que se hubieren hecho por intimidación, fraude o violencia (*aut per metum aut per fraudem... aut violenter extortas*), que son los mismos supuestos a los que se refiere

⁴¹⁶ Así la entiende Albanese, “La sussidiarietà dell’a. de dolo”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 28, 1961, pp. 292 y 293.

la *doli ac vis et metus actio*, son nulas. La sentencia refleja esa aproximación entre *metus* y dolo que se da en la segunda mitad del siglo IV, por lo que es de origen posclásico.

Au. La sentencia de A podía haberse referido sólo a la acción de dolo, con una redacción como ésta: *Qui dolum adhibuit, ut res ad alium transiret, de dolo actione tenebitur*. También es posible que se refiriera, como en la afirmación de Pomponio arriba citada, a que quien infunde miedo puede ser demandado por la acción de dolo, de modo que dijera *Qui metum adhibuit, ut res ad alium transiret, de dolo actione tenebitur*. Las expresiones *adhibere dolum*, lo mismo que *adhibere metum*, son usadas en textos clásicos (véase D 28, 3, 18, 1; en la definición de dolo de Labeón, D 4, 3, 1, 2, se dice *calliditatem, fallaciam, machinationem adhibitam*) que denotan la redacción original de la sentencia; lo mismo la expresión *res transiret*, que es usual en los clásicos, y se repite en PS 5, 2, 5.

En su versión actual, la sentencia es obra de B, que alteró el texto para acoplarlo a la legislación del siglo IV, que contemplaba una sola acción para ambos supuestos.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Albanese, *op. cit.*, p. 294, como trata de entender la sentencia desde el punto de vista de que se refiere a dos acciones, concluye que de ella no se puede obtener nada claro. Brutti, M. *La problemática del dolo processuale nell'esperienza romana II*, Milano, 1973, p. 751, dice que la sentencia puede reflejar un momento histórico en que la tutela procesal contra el dolo y el *metus* se da unitariamente.

TÍTULO 9

De minoribus viginti et quinque annorum

T. Corresponde al § 41 del Edicto.

O. Clásico.

Au. A.

1, 9, 1 Minor viginti et quinque annorum si aliquod flagitum admiserit, quod ad publicam coercionem spectet, ob hoc in integrum restitui non potest.

S. El menor de 25 años que comete un delito penado por las leyes no puede pedir la restitución por entero respecto de lo que hizo para cometerlo.

O. Clásico. Un rescripto de Severo y Antonino del año 200 (CJ 2, 34, 1 que es continuación de 2, 36, 1) expresa la regla de que en los procesos criminales no se ayuda a los menores (*in criminibus quidem eatatis suffragio minores non iuvantur*). Ulpiano (11 *ad Ed.* D 4, 4, 9, 2 posiblemente se refiere a este rescripto cuando dice que se admitió por rescripto (*placet*) que a los menores no se les auxilia respecto de los delitos que cometieron (*in delictis minoribus non subveniri*). No obstante matiza la afirmación diciendo que puede ayudárseles con la restitución por entero respecto de ciertos actos relacionados con el proceso criminal, por ejemplo el menor que habiendo cometido un daño no lo quiso reconocer, y por tal actitud puede ser condenado al doble, puede pedir la restitución para entonces reconocer su culpa y ser condenado por el simple. Trifonino (3 *disput.* D 4, 4, 37, 1) también menciona esa regla diciendo que

es de derecho cierto (*certi iuris*), lo que parece referir a que fue definido por un rescripto, que respecto de los delitos no merecen los menores la restitución por entero.⁴¹⁸

Au. A, quien por su interés en las reglas generales no considera, como es su costumbre, la casuística. *Admitiere* en sentido de cometer una acción ilícita aparece en textos clásicos (por ejemplo, Paulo 11 *ad Ed.* D 43, 16. Pomponio 19 *ad Sab.* D 9, 2, 43. Ulpiano 1 *de omn. trib.* D 26, 10, 1). *Flagitium* con significado de delito también aparece en textos clásicos (por ejemplo Ulpiano 11 *ad Ed.* D 4, 2, 7, 1. 35 *ad Ed.* D 26, 2, 17, 1 que habla de *flagitia admitere*). El uso de la expresión clásica *in integrum restitutio* también apunta a *A* como autor de este fragmento.

IP: Minores aetate, si crimina graviora commiserint, per aetatem se non poterunt excusare. Contiene una doctrina que refleja incomprensión de la *in integrum restitutio* como un recurso por el que se podría recuperar determinada posición jurídica, y lo entiende como un medio para disminuir o excusar de la pena a un menor delincuente, siempre que se trata de delitos que no sean graves. Es interesante constatar que el contenido de esta *interpretatio* coincide con una parte del texto de Trifonino, arriba citado, donde dice, después de afirmar que a los menores no se les concede la restitución por entero respecto de sus delitos, que cuando se trata de delitos no muy graves, el juez, por conmiseración de la edad puede imponerles una pena más leve que la establecida; la frase donde esto se afirma (*nisi... proderit*) parece una interpolación, pues contradice la frase inicial con que se inicia el fragmento de Trifonino (4,4,37 pr), que dice claramente que la restitución por entero no está concedida para la ejecución de las penas. La coincidencia del contenido sería entonces entre la *IP* y el autor de la interpolación.

1, 9, 2 *Qui minori mandavit, ut negotia sua agat, ex eius persona in integrum restitui non potest, nisi minor sua sponte negotiis eius intervenerit*

⁴¹⁸ El texto añade que el juez, por conmiseración de la edad (*miseratio aetatis*), puede imponerle una pena más leve que la establecida; pero esto ya no tiene que ver con la restitución por entero, por lo que parece una interpolación (desde *nisi a proderit*).

S. Quien por mandato encarga a un menor alguna gestión, no puede pedir la restitución por entero respecto de lo que el menor gestione, alegando la minoridad del mandatario, excepto cuando el menor interviene espontáneamente (sin mandato).

O. Clásico. Paulo (11 *ad Ed.* D 4, 4, 23) dice que cuando un mayor encarga una gestión a un menor, no puede concedérsele la restitución por entero por lo que éste haya gestionado, ya que hacerlo sería proteger al mayor; pero que si el menor sufre un daño por las gestiones que realizó, por no poder recuperar del dueño del negocio, que es insolvente, aquello que gastó por el desempeño de la gestión, entonces sí se concede al menor la restitución por entero. Propone además el caso inverso: cuando el dueño del negocio es un menor y el representante con mandato un mayor; entonces opina que se concederá al menor la restitución de lo gestionado por el representante cuando éste gestionó deficientemente y no puede indemnizar al menor de la pérdida que le causó. Concluye Paulo refiriéndose al caso del menor, elegido como representante por un mayor, que fue engañado, y dice que el dueño del negocio tampoco puede pedir la restitución por causa del engaño, porque él eligió a ese menor para que lo representara. La sentencia extrae de esa casuística la regla simple de que el mayor no puede pedir la restitución por entero respecto de los asuntos que gestionó el menor.

La excepción que contiene la frase final de la sentencia (*nisi... fin*) alude a un caso distinto, cuando el menor interviene sin mandato, como gestor de negocio ajeno. Sobre este supuesto trata el siguiente fragmento (24) del Digesto, cuya *inscriptio* indica que procede del libro primero de las Sentencias de Paulo, lo cual, como explico abajo (sub *Au.*) me parece un error. Este texto dice que si el menor interviene espontáneamente, puede pedir la restitución, a fin de que el dueño del negocio no sufra daño y, en consecuencia, no pueda reclamarle al menor responsabilidad por los daños que le hubiera causado con su gestión; pero añade que si el menor no pide por sí mismo la restitución por entero, se le compele para que ceda ese recurso al dueño del negocio, dándole un mandato en provecho propio (*procuratio in rem suam*), para que el dueño del negocio pida la restitución por entero, no a nombre propio, sino como procurador

del menor. El texto continúa discutiendo con detalle otros casos de este mismo supuesto.

En la sentencia, toda esta otra casuística se resume en la formulación de una excepción a la regla general, de modo que en el fondo lo que dice es que si interviene un menor de edad como mandatario, el dueño del negocio no puede pedir la restitución por entero, pero si el menor interviene como gestor sin mandato, el dueño del negocio sí puede pedirla. Ambas reglas eran conformes con el derecho clásico en determinados supuestos, por lo que la sentencia puede considerarse de origen clásico.

Au. A., que a partir de la casuística sobre este punto, formula una regla simple y abstracta. Su afán epitomizador puede explicar que funda dos reglas, relativas a dos casuísticas distintas (mandato y gestión de negocios), en una sola regla y su excepción.

En el Digesto, a continuación del citado texto de Paulo procedente de su comentario *ad Edictum*, se presenta como fragmento 24 un texto que se dice procedente del libro primero de las Sentencias de Paulo. Ya Cuyacio⁴¹⁹ conjeturó que el fragmento procedía en realidad del libro 11 *ad Edictum* de Paulo, pero supuso que las primeras palabras del fragmento, que dicen que si el menor interviene espontáneamente en un negocio de un mayor, debe concedérsele la restitución por entero para que el mayor no sufra daño (*Quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat*), sí eran de las Sentencias de Paulo. En su Palingenesia, Lenel lo coloca como perteneciente al comentario de Paulo *ad Edictum* y pone entre corchetes las palabras iniciales que Cuyacio considera son de las Sentencias. En la edición Krüger-Mommsen del Digesto se conserva la indicación de que es un texto de las Sentencias de Paulo, sin anotaciones al respecto. Sin embargo, los editores de las Sentencias,⁴²⁰ en mi opinión atinadamente, no incluyen esas palabras que Cuyacio consideraba procedentes de las PS, ni tampoco las del resto del fragmento 24.

La atribución a las Sentencias de Paulo de las primeras palabras del fragmento 24, está sugerida, por una parte, por la indicación de que el texto procede de ellas, y también por la similitud de las palabras en el principio del fragmento 24 (*quod si minor sua sponte negotiis maioris inter-*

⁴¹⁹ *Cit.*, por Lenel, *Pal*, I, col. 985.

⁴²⁰ Krüger, *Collectio librorum iuris anteisutiniani* II, Baviera, *Fontes Iuris Romani Antiqui* II. Tampoco Liebs *PS*.

venerit) con las del final de la sentencia (*nisi minor sua sponte negotiis eius intervenerit*). Sin embargo, hay una diferencia de fondo en ambos textos: en el Digesto se dice que el menor debe ser restituido, mientras que en la sentencia se dice que el mayor, en un caso de excepción (*nisi*), es quien debe ser restituido. Esta diferencia podría explicarse diciendo que en la versión del Digesto se transmite el estrato *A* y que en la versión del Breviario se reproduce el estrato *B*. Pero ésta no parece una hipótesis aceptable, porque el contenido de la sentencia reproducida en el Breviario es clásico. Me parece que la diferencia entre ambas versiones, así como la similitud de vocablos, pueden explicarse mejor de esta manera: todo el fragmento 24 del Digesto procede de Paulo 11 *ad Ed.*, y sus palabras iniciales fueron la fuente de la frase final (*nisi... intervenerit*) de la sentencia que transmite el Breviario. Esta hipótesis también evitaría la dificultad, implícita en la conjetura de Cuyacio, de aceptar que un fragmento del Digesto proceda de dos libros distintos y que su procedencia se atribuye a la obra de la que se tomó sólo una parte muy pequeña. La presencia de la *subscriptio* que atribuye el fragmento 24 a las PS puede explicarse como un error de los compiladores originado por haber tenido a la vista la sentencia que transmite el Breviario.

La *Interpretatio* contiene la misma doctrina que la sentencia: si un mayor de edad confiere mandato a un menor, el mayor no puede pedir la restitución por entero por la persona del menor, a no ser que el menor hubiera actuado sin mandato: *Si quis maior annis minori per mandatum negotia sua agenda commiserit, ex persona minoris integri restitutionem accipere non potest, nisi forsitan minor sine mandato voluntarie se causis miscuerit alienis*. La *interpretatio* contrapone, de manera ligeramente diferente que la sentencia, los dos supuestos contemplados. En vez de actuación con mandato y actuación espontánea, la *interpretatio* dice actuación con mandato o sin mandato. Este énfasis en el mandato puede deberse a que la *interpretatio* desconoce la gestión de negocios, entendida en sentido clásico como la administración de un negocio ajeno sin encargo para ello.⁴²¹

1, 9, 3 *Si maior effectus rem, quam minor egit, pacto vel silentio comprobavit, adversus hoc quoque in integrum restitui frustra*

⁴²¹ Levy, *VR*, pp. 296 y ss.

desiderat.

S. Quien siendo mayor de edad ratifica, por medio de un pacto o con su silencio, un negocio que había realizado en su minoridad, no puede obtener luego la restitución por entero respecto de ese negocio.

O. El menor que cumple 25 años tiene un año útil para pedir la restitución total de los negocios que realizó durante su minoridad; pasado ese año, ya no podrá pedir la restitución. De acuerdo con un rescripto citado por Ulpiano (11 *ad Ed.* D 4, 4, 3, 1), si el menor que alcanza la mayoría de edad aprueba lo que hizo en su minoridad (*si quis maior factus comprobaverit, quod minus gesserat*), no puede obtener luego la restitución por entero. Esta regla no parece ser una regla rígida, pues el mismo Ulpiano propone dos casos en los que se concede la restitución, no obstante que de alguna manera el recién mayor aprobó lo que inició cuando era menor, como el de un menor que inició un juicio de tutela, que continuó cuando era mayor, y que resultó en la absolucón del adversario; en este caso Ulpiano, apoyándose en la opinión de Celso, decía que podía concederse la restitución, si se probaba que el menor había sido engañado desde que comenzó el juicio; el otro caso es el del menor que adquiere una herencia y, siendo ya mayor, reclama algún crédito de la herencia (lo que implica aprobar su acto de aceptación de la herencia), y luego quiere pedir la restitución por entero para abstenerse de la herencia, y Ulpiano dice que sí puede dársele, porque se considera que era menor cuando inició el acto.

Hay un título del CJ (2,45) sobre este punto de la ratificación de lo hecho cuando se era menor. Contiene sólo dos rescriptos de Diocleciano (CJ 2, 45,1 y 2 [293-305]). El primero dice que si entre unos menores se hizo una división, lo que parece aludir a un reparto de bienes hereditarios, y ella constó en una escritura o se hizo sin ella, no podrán pedir la restitución por entero respecto de esa división si no hubo dolo. Aquí podría decirse que el recién mayor, al haber hecho un convenio de división de la herencia, aunque no conste por escrito, ratificó implícitamente la aceptación de la herencia que había hecho cuando era menor. El otro rescripto simplemente menciona como regla general, sin referencia a un

caso concreto,⁴²² lo mismo que la sentencia: que no se concede la restitución total por los actos ratificados después de cumplir los 25 años.

La sentencia, en lo relativo a la regla de no dar la restitución al menor que aprueba siendo mayor lo previamente hecho, coincide con el derecho del tiempo de Ulpiano, y por eso, en este aspecto, puede considerarse de origen clásico.

Pero llama la atención que la sentencia prevea dos maneras de aprobar lo pasado, por “pacto” o por “silencio” (*pacto vel silentio*). Los actos por los que Ulpiano, en el texto arriba citado, considera que ratifican un negocio previo, son la continuación de un proceso judicial y el ejercicio de una acción, actos que no pueden caber en la denominación genérica de “pacto”. En el rescripto de Diocleciano, también arriba citado, el acto ratificante es un convenio de división de bienes, que el propio Diocleciano designa simplemente como “división” (*divisio*), y no como “pacto” o “convenio” de división, que puede constar por escrito o no (*vel scriptura interposita vel sine scriptura*).

La ratificación por el mero silencio también es desconocida en los textos del siglo III. Los textos de entonces no hablan de ratificación o aprobación por silencio, sino de si la petición de la restitución por entero se hace, como dice otro rescripto de Diocleciano (CJ 2,32,1 [294-305]), antes de que venza el plazo establecido (*ante tempus in integrum restitutioni praestitutum... beneficium implorari*). Se entiende que si el interesado no pide la restitución en el plazo establecido (el año útil) pierde el derecho a solicitarla, lo cual no quiere decir que haya ratificado lo que actuó como menor, sino simplemente que caducó su derecho.

Hay algunos rescriptos del siglo III que conceden efectos jurídicos al silencio,⁴²³ pero se refieren a la prescripción posesoria por silencio continuado durante largo tiempo (Gordiano CJ 4,52,1 y 7,36,1 [?]; Diocleciano CJ 7,33,5 [294]), al silencio de un testador por no mencionar en su testamento a una hija cuya existencia desconocía (Felipe CJ 6,21,10 [246]), o al silencio de los acreedores hipotecarios que no hicieron valer su derecho cuando el fisco vendió el bien hipotecado (Diocleciano CJ

⁴²² El texto parece continuación del referido en CJ 2,32,1, pero aquí no se trata del caso de un menor que siendo mayor aprueba algo, sino de darle al menor la restitución por entero respecto del pago hecho por un tutor a su curador.

⁴²³ Búsqueda en CJ por BIA s.v. “silent*”.

8,25,8 [290]). En todos estos casos no puede decirse que el silencio vale como confirmación de un acto previamente realizado.

Por todo lo anterior conjeturo que la frase que refiere a los modos de hacer la confirmación del acto previo, el pacto o el silencio (*pacto vel silentio*), es de origen posclásico.

Apoya esta conjetura, por un lado, la noción ambigua de “pacto” que contiene la sentencia, que parece decir cualquier tipo de convenio, y no el pacto propiamente dicho, cuyo prototipo es la transacción, y al que se refiere el título 1,1 de PS. Esa noción vaga no es del siglo III.

Por otra parte, que el silencio equivale al consentir o confirmar no es una regla clásica.⁴²⁴ La regla de que el silencio confirma un negocio aparece en una constitución de Constantino (CJ 7,32,10 [314]) que dice que la posesión de un bien se vuelve legítima cuando se confirma por el silencio de los adversarios (*silentio ac taciturnitate firmetur*), es decir por la inactividad judicial de los posibles oponentes. En el siglo IV hay otros textos que llaman “silencio” a la omisión de ejercer un recurso judicial, y otros más en los siglos V y VI.⁴²⁵ Se debe mencionar especialmente una constitución de Justiniano (CJ 5,74,3 pr) que dice que si el menor, al cumplir la mayoría de edad, no reclama alguna enajenación u obligación hecha indebidamente durante su minoridad, se confirma con su silencio tal acto (*silentio roboretur*). Esta constitución coincide con la sentencia en lo relativo a la confirmación por silencio, pero es una regla que pudo existir desde los siglos IV o V.

⁴²⁴ En el derecho clásico no se habla del *silentio* como una actitud pasiva general, sino de *non contradicere* en situaciones concretas; el *non contradicere* puede producir determinadas consecuencias jurídicas, e incluso dar lugar a que la jurisprudencia interprete la existencia de una determinada voluntad positiva (p. e. D 24, 3, 2, 2; 23, 1, 12; 17, 1, 18), pero siempre se considera distinto del consentimiento. Una tendencia posclásica llega a establecer, por razón de utilidad pública, que en ciertos casos el *non contradicere* presume la existencia de determinada voluntad afirmativa; así D 50, 1, 2; CJ10, 62, 1 (ambos referidos al padre que no se opone al decurionato de su hijo, y que por no oponerse se presume que consiente). PS 1, 1a, 13, de *B*, responde a esta tendencia: véase, Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, en ST. Bonfante IV, Milano, 1930, p. 461 ss.

⁴²⁵ Por ejemplo: del siglo IV: Graciano, Valentiniano y Teodosio CJ 11,8,7,1 (384); del siglo V: Honorio y Teodosio CJ 11,7,4 (417); CJ7,39,3,1 (424); Teodosio y Valentiniano CJ 12,16,3 (432); Anastasio CJ 7,39,4,1 (491) y del siglo VI: Justino CJ 7,39,7 pr (525), y varias de Justiniano CJ 2,55,5,1 (530); 7,40,1e y 2 (530); 8,55,10,2.

El plazo de un año útil para pedir la restitución parece que se conservaba en tiempo de Diocleciano.⁴²⁶ Constantino (CT 2, 16, 2 pr [315]) lo modificó, señalando que el menor puede pedir la restitución hasta que cumpla 30 años, si ésta tiene que resolverse en Roma, o hasta que cumpla 29, si se resuelve en Italia, o hasta que cumpla 28, si se resuelve en cualquier otra provincia. Posteriormente Justiniano establecerá un nuevo plazo único de cuatro años, que rige en todos los lugares (CJ 2,52,7 [531]).

Au. La sentencia de *A* pudo haber seguido la regla, formulada en el rescripto citado por Ulpiano (11 *ad Ed.* D 4, 4, 3, 1) o en el de Diocleciano (CJ 2,45,2), de que no se concede la restitución al mayor de 25 años que aprueba lo que había hecho antes. El verbo *comprobare* en sentido de ratificar aparece también en Ulpiano (*loc. cit.*) y en Marcelo (21 *dig.* D 46, 8, 17), donde aparece como sinónimo de *ratum habere*; pero en la versión original de la sentencia no cabría la frase relativa a la confirmación por “pacto” o “silencio”.

La redacción que se nos ha conservado, con la frase *pacto vel silentio*, por la que se da a un sentido nuevo a la acción de ratificar, conforme con las tendencias del siglo IV es de *B*.

La *interpretatio* combina el contenido de la sentencia con la disposición de Constantino (CT 2,16,2 pr [315]) respecto de los plazos para pedir la restitución. Dice: *si quis id, quod minor aetate gessit, postquam maior effectus est, id est usque ad impletum vicesimum octavum annum, silentio suo et taciturnitate revocare noluit, de hac re integri restitutionem petere non potest*. Señala que el menor hecho mayor (por el cumplimiento de 25 años),⁴²⁷ quien hasta cumplir los 28 guarda silencio y no

⁴²⁶ En rescriptos de Severo y Antonino (CJ 2,50,1 [197]) y de Alejandro Severo (CJ 2,50,2 [226]) se menciona expresamente al año útil respecto de la restitución de los militares y los ausentes por causa de la república, y también en uno de Diocleciano (CJ 8,50,18 [300-305]) habla del plazo de un año útil para pedir la restitución, no en el caso de un menor, sino en el de postliminio.

⁴²⁷ La frase *id est...* puede leerse como explicativa de la anterior, y entonces significaría que el menor adquiere la mayoría de edad al cumplir los 28 años, pero entonces resultaría confuso el contenido de la IP; diría que si después de cumplidos los 28 años el menor hecho mayor no quiere revocar el acto, no puede pedir su restitución; o sea, que si quiere lo revoca y si no quiere, no. Por eso resulta más lógico leer la frase *id est...* como circunstancial de la siguiente, es decir, definiendo el tiempo durante el cual el *maior effectus revocare noluit*.

pide la revocación de un acto realizado cuando menor, no podrá pedir luego la restitución total.

La *interpretatio* toma del citado decreto de Constantino⁴²⁸ la fecha límite para pedir la restitución, que era los 28 años en cualquier otra provincia que no fuera Italia; toma de la sentencia la idea de que no puede pedirse la restitución cuando el menor ha guardado silencio, es decir si no pide la restitución en el tiempo establecido, pero no dice, como la sentencia, que el silencio ratifica lo actuado cuando era menor. En el supuesto de la sentencia, referido a ratificar (*comprobare*) un acto, se sobrentiende que no ha transcurrido el plazo para pedir la restitución (de un año útil en tiempo de Diocleciano, o de tres, cuatro o cinco según Constantino), por lo que tiene sentido concluir que cuando hay tal ratificación (aunque no haya transcurrido el plazo para pedirla), no se dé la *in integrum restitutio*. En cambio, la *interpretatio* sólo contempla el supuesto de que no se pida la revocación en el plazo establecido, por lo que resulta redundante la frase final que concluye diciendo que no se podrá luego pedir la *integri restitutio*.

Es interesante que la *interpretatio* contenga información, el plazo de 28 años, que no tiene la sentencia, sino que procede de una constitución de Constantino. Lo mismo ocurre con la expresión “silencio y taciturnidad” (*silentio et taciturnitate*) que usa la *interpretatio* y que no está en la sentencia pero sí en otro decreto de Constantino (CJ 7,32,10). Esto puede sugerir que el autor de la interpretación tiene a la vista otra sentencia, también de *B*, que no llegó a nosotros y que contenía esa información.

1, 9, 4 *Si minor minori heres existat, ex sua persona, non ex defuncti in integrum restitui potest.*

S. Si un menor resulta heredero de otro menor, puede pedir la restitución por entero por razón de su propia minoridad y no por la del difunto. El texto no precisa si la restitución por entero se da respecto del acto de la adición de herencia hecho por el menor heredado, o respecto de los ac-

⁴²⁸ Schellenberg, *Die interpretationen zu den Paulussentenzen*, Göttingen, 1965, p. 65, señala la relación de la sentencia con el decreto de Constantino como prueba de que la IP fue compuesta en alguna de las provincias en que se fijó el término del cumplimiento de 28 años, es decir, en una provincia de occidente que no fuera Italia. Ésta es la única IP que parece fundarse en una disposición imperial, *ibidem*, p. 70.

tos que realizó el menor causante. La oposición que presenta la sentencia entre una *i.i.r. ex sua persona* y otra *ex persona defuncti* sería superflua si el texto se refiere al acto de adición de herencia cuya restitución total sólo podía pedirla el menor *ex sua persona*. Por esto me inclino a pensar que la sentencia se refiere a la restitución de los actos celebrados por el causante menor.

O. Clásico. El Edicto (Lenel § 47) contenía una cláusula dedicada a la sucesión del derecho de pedir la restitución por entero, colocada al final del título sobre esta materia. Ahí se concedió al sucesor del menor que tenía derecho de pedir la restitución total el derecho de pedirla en el plazo que le había quedado al difunto, es decir adquiría el derecho *ex persona defuncti*. En este contexto Lenel ubica el texto de Paulo (12 *ad Ed. D* 50, 17, 120) que dice que el heredero no puede recibir más de lo que tenía el difunto.⁴²⁹ Los textos de Ulpiano que comentan esa cláusula edictal (13 *ad Ed. D* 4,1,6 y 4,4,19) no usan la expresión *ex persona defuncti*. Por medio de rescriptos (Severo y Antonino CJ 2,50,1 [197], Gordiano CJ 2,52,2 [238]) este derecho se concedió también a los herederos de personas mayores ausentes que habían tenido derecho a pedir alguna restitución total, y en ambos rescriptos aparece ya la expresión de que el heredero podrá pedir la restitución *ex persona defuncti*.

En su comentario a esa cláusula edictal, Ulpiano (13 *ad Ed. D* 4, 4, 19) observa que a veces el heredero puede tener mayor plazo que el que tenía el causante para pedir la restitución, y propone el caso de que el heredero sea otro menor. Entonces éste, si no pide la restitución en el plazo que le quedaba al causante menor, podrá pedirla en el año útil siguiente al cumplimiento de sus 25 años, pues podrá pedir la restitución respecto de su propia omisión de no pedirla en el plazo que tenía el causante.

En la cláusula edictal, en los comentarios de los juristas y en los rescriptos el caso se trataba desde la perspectiva del derecho a suceder en el derecho a pedir la restitución total, pero en la sentencia el enfoque es distinto. Ya no dice que el menor pueda pedir la restitución total como heredero de un causante que había tenido ese derecho, sino que afirma que la puede pedir por su propia minoridad. Esto es lo que expresa diciendo

⁴²⁹ Uno de los casos más importantes de sucesión de la *i.i.r.* se da cuando el causante no aceptó o repudió una herencia, y entonces sus sucesores ejercitando la *i.i.r.* adquieren el derecho a pedir esa herencia. Véase Biondi, *Diritto Hereditario Romano*, Milano, 1954, pp. 181-186.

que puede pedirla por su propia persona y no por la persona del difunto (*ex sua persona non ex defuncti*). Esto puede ser una generalización del caso propuesto por Ulpiano del menor heredero que si no pide la restitución como heredero del menor causante, la puede pedir, respecto de su propia omisión, por razón de su edad.

Hubo una reglamentación de esta cuestión en la constitución de Constantino que fijó nuevos plazos para pedir la restitución total (CT 2, 16, 2 [312 o 315], reproducido parcialmente en CJ 2, 52, 5). Ahí también se dispuso respecto de la sucesión del derecho a pedir la restitución total. Ahí se dice (§ 2) que cuando un menor sucede a otro menor, el heredero podrá pedir la restitución total, en cuanto cumpla los 25 años, por todo el tiempo que tiene para ello, es decir puede pedirla, como dice la sentencia, a nombre propio y no como heredero; que (§ 3) si un menor resulta heredero de un mayor (ausente) podrá pedir la restitución en el tiempo que le quedaba al difunto, es decir la pide como heredero, y que si (§ 4) un mayor sucede a un menor, podrá pedir la restitución total en todo el tiempo que se le concedería al menor, es decir la pide como heredero.

Au. La sentencia puede ser de A, quien formula una regla general posiblemente a partir del caso propuesto por Ulpiano del menor que sucede a otro menor. Es A quien hace la contraposición entre pedir la *i.i.r ex persona defuncti* o *ex sua persona*, quizá tomando la primera expresión de los rescriptos. Es notable que la constitución de Constantino, si bien en el § 1 concuerda materialmente con el contenido de la sentencia, no usa las expresiones de la sentencia.

La *interpretatio* ya no se cuestiona sobre cómo se adquiere el derecho, sino simplemente procura resolver cuál es el plazo que tiene el heredero para pedir la restitución.⁴³⁰ Como de acuerdo con la constitución de Constantino citada, el menor, en las provincias, tenía el derecho de pedir la restitución hasta que cumpliera los 28 años, la interpretación señala que se debe de tomar en cuenta, para definir el plazo que queda para pedirla, no los 22 años que tenía el heredero, sino los 20 que tenía el heredero: *Si minor minori successerit, non ex persona defuncti ille, qui heres est, sed ex sua agere potest; hoc est, si ille, qui defunctus est, duo-*

⁴³⁰ En cambio, la IT (*ad* CT 2,16,2) no se preocupa de los plazos, sino que dice que el menor heredero podrá pedir la restitución a partir de que llegue al año 26, en el lugar que le corresponda.

deviginti annorum sit et succedens viginti, ex istius, qui successit, aetate tempora computanda sunt.

1, 9, 4^a (ex D 4, 4, 34, pr). *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis nisi locupletotior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.*

S. Literalmente la sentencia dice que si un menor de 25 años da una cantidad en mutuo a un hijo de familia también menor, es mejor la posición de quien recibe y consume el dinero, a no ser que se demuestre al momento de la *litis contestatio* que se hubiera enriquecido. Como de lo que se trata en el caso es saber si hay acción o no en contra de quien recibe el dinero prestado, la sentencia al decir, en su primera parte, que es mejor la posición de quien recibe y consume el dinero, afirma implícitamente que no hay acción contra ese menor; pero en la frase final (*nisi...*) agrega que sí habrá acción si se demuestra, al momento de la *litis contestatio*, que quien recibió el dinero en algo se enriqueció.

O. El caso que presenta la sentencia se relaciona con el senadoconsulto Macedonio (siglo I d. C.), que prohíbe dar dinero prestado a los hijos de familia (D 4, 6, 1, pr), pero también tiene que ver con la posibilidad de dar la *in integrum restitutio* a un menor en contra de otro menor.

Juliano (citado por Ulpiano 29 *ad Ed.* D 14,6,3,2) dice que si un menor presta a un hijo de familia, sin saber que es hijo de familia, no se aplica el senadoconsulto Macedoniano, es decir que el deudor no podrá oponer la excepción del senadoconsulto Macedoniano cuando el menor le exija el pago; añade que si el menor presta sabiendo que el mutuario es un hijo de familia, el pretor, después de examinar la causa, debe ayudarle, lo que podría significar que le daría una réplica para superar la excepción del senadoconsulto Macedoniano que interpusiera el deudor. La misma solución se da a este caso en otros textos, que no consideran importante que el menor hubiera sabido o ignorado que el mutuario era un hijo de

familia. Así, Juliano (en otro libro) y Marcelo (citados por Ulpiano *11 ad Ed.* D 4,4,11,7) dicen que el menor debe ser restituido (lo que significa que tendrá acción para cobrar) porque prevalece la razón de protección a la edad sobre la razón del senadoconsulto. Paulo (*Liber singulari de iuris et facti ignorantia*⁴³¹ D 22,6,9 pr) dice que se auxilia al menor de modo que no se considere que prestó a un hijo de familia, es decir que el deudor no pueda oponer la excepción del senadoconsulto.

Pero el caso que presenta la sentencia es distinto porque se trata de un menor que presta a un hijo de familia que es también menor, de modo que el caso se plantea, no tanto desde la perspectiva de la aplicación del senadoconsulto Macedoniano, como desde la perspectiva de la restitución total. Ulpiano (*11 ad Ed.* D 4,4,11,6) se pregunta en general si un menor puede ser restituido contra otro menor; dice que Pomponio afirmaba que no debía darse la restitución, pero que él piensa que debe darse la restitución a favor del que hubiera sido engañado, y añade que si ambos fueron engañados, y pone como ejemplo el caso de que un menor diera dinero a otro y éste lo perdiera, entonces se seguiría el criterio de Pomponio de que es mejor la condición de quien recibió el dinero y lo dilapidó o lo perdió (*melior est causa... rius qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit*). Esto puede significar que si el menor que prestó el dinero exige su devolución, el que lo recibió podrá oponerle la excepción del senadoconsulto Macedoniano y no pagar. Para que se llegue a este extremo, el criterio de Pomponio requiere que quien recibió el dinero lo hubiera dilapidado o perdido, por lo que no se aplicaría si conservaba el dinero; en este caso, Ulpiano opinaría que se diera la restitución al menor que prestó de modo que tuviera acción para exigir la devolución.

La solución que da la sentencia es, en su primera parte, la misma de Pomponio: es mejor la posición de quien consume (*consumentis*), es decir de quien recibe el dinero y lo consume, es decir, en las palabras del texto de Pomponio, lo pierde o lo dilapida. En esto la sentencia refleja el derecho clásico.

Pero la frase final (*nisi...*) que dice que la solución sería diferente si se demostrara, al momento de la litiscontestación, que el menor que recibió el dinero se hubiera enriquecido, es contradictoria o, al menos,

⁴³¹ Obra que se sospecha no es de Paulo, sino una compilación posclásica semejante a PS. Véase F. Lucrezi, *Il problema del mutuo di denaro erogato al "filius familias"*, Napoli, 1993, p. 162.

oscura porque el menor que recibe una cantidad y no tiene obligación de devolverla siempre se enriquece, aunque la pierda o dilapide, por lo que la frase final vendría a cambiar la regla en el sentido de que es mejor la posición del que da o presta. Quizá la frase final debe interpretarse en el sentido de que el menor mutuuario se enriquece cuando obtiene algo a partir de la cantidad prestada, pero entonces cabría preguntarse si ese menor debe devolver toda la cantidad prestada o nada más el lucro que obtuvo a partir de ella, o ambos.

La cláusula *nisi* al final refleja un contenido peculiar de los compiladores justinianos,⁴³² quienes gustan de usar el criterio del enriquecimiento (*locupletatio*) como regla para dar acción en situaciones especiales.

Au. Pudo haber una sentencia de *A* que no tuviera la frase final *nisi...* En la versión que se nos ha conservado es obra de *D.* También indica la autoría de *D* la referencia al momento de la *litis contestatio*.⁴³³

1, 9, 4^b (ex *D.* 4, 4, 34, 1). *Minores si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulati sunt, integri restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant.*

S. Si unos menores se comprometen a someter un litigio a la decisión de un árbitro, y prometen con la autoridad del “tutor” que pagarán una cantidad en caso de incumplimiento del laudo, podrán pedir la “*integri restitutio*” respecto de esa obligación.

O. El compromiso arbitral se constituye en el derecho clásico por estipulaciones que hacen las partes, por las que se comprometen recíprocamente a pagar una pena en caso de incumplimiento del laudo arbitral. En este aspecto la sentencia refleja bien el régimen clásico.⁴³⁴ Pero el texto demuestra origen posclásico en su mayor parte.

⁴³² El criterio de responsabilidad por enriquecimiento (*locupletatio*) es conocido por los clásicos (por ejemplo en el caso del menor que acepta un pago sin autorización de su tutor, *D* 46, 3, 47; o en el caso de donaciones entre cónyuges, *D.* 24, 1, 7 pr.), pero es favorecido por los compiladores y extendido, como en esta PS, a supuestos no previstos en el derecho clásico. Véase Kaser II, p. 421 y 425; *D’Ors, DPR*, § 359, n. 3.

⁴³³ Véase *supra ad PS* 1,4,2^a.

⁴³⁴ Justiniano modificó el régimen del arbitraje e hizo innecesarias las estipulaciones al conceder excepción o acción con base en un “compromiso” (convenio) arbitral celebrado guardando ciertos requisitos formales, *CJ* 2, 55 (56), 4 y 5. Véase Wenger, *RE*, V. *receptum arbitri, sub V.*

En el derecho clásico los *pupilli* están sujetos a tutela y los *minores* a curatela; pero estas dos instituciones se confunden ya en la legislación imperial de Constantino y sus sucesores, quienes proceden del mundo heleno oriental, en el cual sólo hay una institución protectora para todo tipo de menores de edad.⁴³⁵ Por eso Constantino habla de *tutores* y *curatores* respecto de *minores* (CT 3, 30, 1 [314]), de *curator* respecto de un impúber (CT 3, 17, 1 [319]), y luego introduce una designación que conviene a ambos tipos: *minorum defensores* (CT 3, 30, 2 [316 o 323] y 4 [331]).

Por otra parte, la *i.i.r. minorum* clásica sirve para proteger a los *minores* y no a los *pupilli*. Si un pupilo hace un compromiso arbitral con la autoridad del tutor, el compromiso no puede ser rescindido por la *i.i.r.*, ya que hacerlo equivaldría a proteger al tutor, quien es responsable por los perjuicios que por su culpa cause al pupilo. En cambio, un acto celebrado por un *minor*, aunque lo apruebe el *curator*, es rescindible por la *i.i.r. minorum*, si causa un perjuicio al menor, aun cuando no haya habido dolo de la otra parte (CJ 2, 24, [25], 2 y 3 [223 y 286]). La sentencia original debió referirse por consiguiente a *minores* y *curatores*.

La sentencia muestra origen posclásico al hablar, no de la *in integrum restitutio*, sino de la “*integri restitutio*”, a la que se refieren PS 1,7,1-4.⁴³⁶

El que la sentencia hable de compromiso, con un *iudex*, y no con un *arbiter*, es también indicativo de su origen postclásico. En el derecho clásico se llama *arbiter* la persona que eligen las partes para que solucione en forma extrajudicial un conflicto; el término *iudex* se reserva para quien decide sobre un conflicto que se ha planteado por la vía jurisdiccional establecida, sea el procedimiento formulario, sea el cognitorio. En el proceso posclásico se pierde esta distinción. A veces se llama *arbiter* al juez delegado o al juez encargado de conocer de la recusación de otro juez.⁴³⁷ De acuerdo con esta tendencia, Graciano, Valentiniano y Teodosiano (CT 2, 8, 18 en parte = 8, 8, 3 = 11, 7, 13 [386]) hablan de *arbiter* pedido en juicio, por ejemplo, para conocer de una recusación, o de *arbiter* libremente electo por las partes para resolver extrajurisdic-

⁴³⁵ Bonfante, *Corso I*, Milano, 1925, p. 678.

⁴³⁶ Sobre el origen y significado de la expresión “*integri restitutio*”, véase *supra ad* PS1,7,1 *sub O*.

⁴³⁷ Kaser, *ZPR*, § 83 I.

cionalmente. Este llamar *arbiter* a quien era verdadero *iudex*, pudo dar lugar a que se llamara *iudex* a quien era verdaderamente *arbiter*, como lo hace esta sentencia.⁴³⁸

El verbo *stipulare* en la sentencia está utilizado en sentido posclásico, pues en vez de tener su sentido originario de adquirir un crédito, significa aquí contraer una obligación.⁴³⁹ Esto está de acuerdo con la concepción vulgar que confunde la estipulación con un pacto o convenio⁴⁴⁰ que produce obligación por el solo consentimiento.⁴⁴¹

Au. B. La redacción que tenemos parece casi totalmente obra de *B*, que transforma un texto originalmente referido a *minores* y *curatores* para adaptarlo a las concepciones de su época. *D* no habría quitado la mención al *curator*, sino que sólo hubiera añadido *vel tutor*, como en otros pasajes (por ejemplo CJ 2, 24, 2 y 3). El hablar exclusivamente de *tutor* respecto de *minores* se da también en IT 3, 30, 2.; IT 3, 17, 3 habla de *curatores* y *tutores* pero designa el cargo en forma general como tutela.⁴⁴²

La expresión *integri restituito*⁴⁴³ así como el uso impropio del verbo *stipulare* también son atribuibles a *B*.⁴⁴⁴

La mención de *iudex* en vez de *arbiter* parece ser obra de *D*. *B* bien pudo hacerla, pero no hay textos del siglo IV donde aparezca *iudex* en vez de *arbiter*. Justiniano, en cambio, llama expresamente *iudices* a los árbitros que eligen las partes y cuya decisión se comprometen a seguir (CJ 3, 14, 1); en otro lugar (CJ 2, 46, 3, 1) los llama *iudices compromisarii*.

⁴³⁸ Véase también Justiniano CJ 2, 55, 5 pr.; 3, 14, 1 y 2, 46, 3, 1.

⁴³⁹ Cfr. PS 5, 5^a, 1, que habla según el lenguaje clásico de *promittere*.

⁴⁴⁰ Levy, *VR*, pp. 37 y ss. Véase CJ 8, 37, 10 (472).

⁴⁴¹ Por efecto de esta concepción, la estipulación como tal pierde aplicación, lo cual explica que la palabra *stipulatio* y el verbo *stipulare* aparezcan sólo siete veces en CT., tres en las novelas prejustinianas y seis en las diversas interpretaciones (Levy, *VR*, p. 42). La preservación del verbo *stipulare* en esta PS puede deberse a que se refiere a una situación en que en el derecho clásico era necesaria la estipulación.

⁴⁴² En cambio IT 3, 17, 1 habla sólo de *curator* respecto de *pupilli*, pero en esto sigue a su modelo.

⁴⁴³ Véase *supra ad PS 1, 7, sub O*.

⁴⁴⁴ Cervencia, G., *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*, Milano, 1965, p. 146, considerando que esta sentencia, proveniente del Digesto, es el único texto de origen oriental que usa la expresión "*integri restituito*" conjetura que la sentencia provenía de un "*archetipo comune que doveva aver circolato, almeno fino all seconda metà del IV secolo, nelle due partes imperii*", es decir de *B*.

1, 9,5

Brev.
Minor se in his, quae fideiussit vel fidepromisit vel spondit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat.

D 4, 4, 48 pr
Minor se in id, quod fideiussit vel mandavit in integrum restituendo reum principalem non liberat.

S. El menor, al ser restituido de la garantía que dio de una deuda ajena por medio de *fideiussio*, *fidepromissio*, *sponsio* o mandato de prestar dinero, no libera al deudor principal.

La lectura de la sentencia con el significado⁴⁴⁵ anotado considera que en el texto la expresión *in integrum restituendo* es un gerundio atributivo de *se*, de modo que se lee así: “el menor, al ser restituido”. Levy⁴⁴⁶ piensa que *i.i. restituendo* es un gerundio que tiene como acusativo a *se*, por lo que lee la sentencia así: “el menor, al restituirse”, por lo que entiende que el menor se restituye a sí mismo. Como éste sería un significado extraño, que no parece tener paralelo ni en textos clásicos ni posclásicos, me parece preferible el otro.

En la versión del Digesto, el significado de la sentencia es el mismo, sólo que en vez de mencionar los distintos tipos de garantía personal se refiere nada más a la *fideiussio* y al mandato.

O. De *Brev.*, clásico. Tanto el contenido de la *sententia* (véase Papin. 10 *quaest.* D 46, 1, 48, 1)⁴⁴⁷ como los términos que emplea son clásicos. El *mandatum pecuniae credendi*, que en esta sentencia está correctamente mencionado como una forma de garantía, desapareció en el derecho vulgar de occidente.⁴⁴⁸

La versión proveniente del Digesto es también de origen clásico. La supresión de la *fidepromissio* y de la *sponsio* es una obra típica de D,

⁴⁴⁵ El mismo significado da la versión castellana de Digesto 4, 4, 48, pr, hecha por D’Ors y otros (Pamplona, 1968).

⁴⁴⁶ SZ 68, 1951, p. 389.

⁴⁴⁷ Aquí se discute un caso semejante: si un acreedor tiene dos fiadores, y uno de ellos es menor de edad y obtiene la restitución por entero, se pregunta si el otro fiador asume toda la deuda o sólo una parte; la respuesta distingue si el menor fue añadido cuando ya había un fiador, éste responde por toda la deuda, pero si el menor fue el primer fiador, engañado por el acreedor, el segundo fiador sólo responde parcialmente.

⁴⁴⁸ Levy, VR, p. 198 y 199. Cfr. PS 2, 17, 6 que muestra desconocimiento del *mandatum pecuniae credendi*, por lo que puede atribuirse a B.

quien procura sistemáticamente eliminar toda referencia a otro tipo de garantía que no sea la *fideiussio*.⁴⁴⁹

Levy⁴⁵⁰ opina que la sentencia procede del siglo V, porque la entiende en el sentido de que el menor se restituye a sí mismo. Conforme a esa lectura, la sentencia concordaría con la restitución propia del siglo V en occidente, la “*integri restitutio*”, que es una acción que procede directamente a la restitución de lo perdido. Me parece que esta opinión depende de una lectura incorrecta de la sentencia,⁴⁵¹ y no es congruente con que la sentencia se refiera al *mandatum pecuniae credendi*, desconocido en el derecho vulgar, ni con que use *in integrum restituere*.

Au. De Brev., A, como lo prueba su contenido, la mención de los diversos tipos de garantía⁴⁵² y el uso de la expresión *in integrum restituere*, en vez de la locución *integri restitutio*, propia de B.

De D 4, 4, 48 pr, también A, excepto las supresiones de la *fidepromissio* y de la *sponsio*, y las de *id, quod* en vez de *his quae* que son de D.

Similar a la actitud de Justiniano, que reúne diversas formas de garantía personal en una sola, es la actitud de los autores de la IP que usan un solo verbo, *fidedico*,⁴⁵³ para indicar el acto de prestar la garantía, y un solo término, *fidedictio*, para designar toda la garantía personal (véase también IP 1, 9, 6; y 1, 20): *Si minor maiorem fidedicat, licet ipse teneri non possit, tamen quem fidedixit teneri potest*.

Cabe notar además que esta interpretación no menciona la necesidad de que el menor sea restituido, lo que parece indicar que considera la garantía (*fidedictio*) dada por el menor es nula por sí misma.

1, 9, 5^a (ex D 4, 4, 48, 1). *Minor ancillam vendidit: si eam emptor manumiserit, ob hoc in integrum restitui non poterit, sed adversus emptorem quanti sua interest actionem habebit*.

S. El menor que vendió una esclava no podrá obtener la restitución por entero si el comprador la hubiese manumitido, pero tendrá contra

⁴⁴⁹ D’Ors, *DPR*, § 48, n. 1.

⁴⁵⁰ *SZ*, 68, 1951, p. 389.

⁴⁵¹ Véase *supra sub S*.

⁴⁵² La *sponsio* se conserva como forma de garantía en CT 8, 18, 1, 3 (315); 1, 32, 4 (379); 3, 15, 1 (392), pero no el mandato de prestar.

⁴⁵³ *Fidedico* aparece con el mismo sentido en *LRB*, 19, 5, y en Justiniano Novel, 4, 1.

éste una acción en la medida de lo que le interesaba no haber perdido la esclava.

O. Clásico. Por regla general el derecho clásico no admitía una *in integrum restitutio* que tuviera como efecto el que se revocara la libertad de un esclavo manumitido. Así lo dice⁴⁵⁴ Ulpiano (11 *ad Ed.* D 4,3,7 pr: *adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere* y D 4,4,9,6: *adversus libertatem quoque minori a Praetore subveniri impossibili est*) y consta en varios rescriptos del siglo III (CJ 2,30,1-3) y en otro de Diocleciano (CJ 2,20,4 [294-305]). Sin embargo, parece que hubo casos en los que podía darse a un menor la restitución respecto de una manumisión: Ulpiano (D 4, 2, 9, 2) admite la restitución contra una manumisión hecha por coacción,⁴⁵⁵ y Paulo (11 *ad Ed.* D 4, 4, 10) dice que puede decretarse por el príncipe en casos graves, y Calístrato (3 *de iur. fisc.*, D 49,14,3,9) la admite respecto de una sentencia en la que se discutía la libertad de un esclavo que pertenecía al fisco sin que interviniera el abogado del fisco. A la vista de estos casos, me parece que no puede entenderse en términos rígidos la afirmación general de Ulpiano de que no hay *i.i.r.* contra la manumisión o contra la libertad; Raggi opina⁴⁵⁶ que los textos citados de Ulpiano fueron alterados por los compiladores de Justiniano para enfatizar la negativa y generalizar la negativa de la restitución total en contra de la libertad.

En los textos citados se añade que el menor engañado para manumitir podía obtener una reparación del daño, por medio de la acción de dolo, según opinaba Juliano (citado por Ulpiano 11 *ad Ed.* D 4,3,7, pr),⁴⁵⁷ o por la acción de gestión de negocios contra los curadores que no cumplieron bien su función (CJ 2,30,1 [197]); en los dos rescriptos de Gordiano (CJ

⁴⁵⁴ También en D 4,3,24; 4,4,9,6

⁴⁵⁵ Zoz, M. G., "Restitutio in integrum e manomissioni coacte", *SHDI* 39, 1973, pp. 115 y ss., afirma que en derecho clásico, no obstante la regla general de no rescindir una manumisión, podía rescindirse la manumisión hecha por coacción.

⁴⁵⁶ Véase Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem.*, Milano, 1965, pp. 183 y ss., considerando la relación entre la apelación y la *i.i.r.* respecto de una sentencia.

⁴⁵⁷ En otro lugar del mismo libro (11 *ad Ed.* D 4,4,11 pr) Ulpiano dice que puede darse la acción de dolo o una "*actio utilis*"; tal acción útil parece una interpolación, pues no hacía falta si procedía la acción de dolo; así Valiño, *Acciones utiles*, Pamplona, 1974, p. 304.

h.t. 2 [241] y 3 [260]) se le da la acción, sin especificar el nombre, y en el Diocleciano (CJ 2,20,4 [294-305]), la acción de dolo.

La sentencia refleja tanto la negativa a conceder la libertad en contra de una manumisión realizada con engaño del menor, así como la posibilidad que éste tiene de resarcirse del daño por una acción.

Au. A, que refleja el régimen jurídico de su momento. Cabe notar el tono mesurado de la sentencia, que no afirma de modo general, como los textos de Ulpiano y los rescriptos citados, que no procede una restitución en contra de la libertad, sino que en el caso contemplado no procede. El que no indique el nombre de la acción para el resarcimiento del menor es algo propio de su tiempo.

1, 9, 5^b (*ex D* 4, 4, 48, 2). *Mulier minor viginti quinque annis si pactione dotis deterior condicio eius fiat et tale pactum inierit, quod numquam maioris aetatis constitutae paciscerentur, atque ideo revocare velit, audienda est.*

S. La mujer menor de 25 años que por un pacto de constitución de dote deteriora su situación económica, si tal pacto fuera de los que nunca haría una mayor de edad, debe ser oída si quiere revocarlo.

O. Posclásico.

La dote se constituye en derecho clásico por la *dictio dotis* o por una promesa estipulatoria; el marido y quien da la dote suelen hacer, antes o después de la constitución de la misma, pactos (*pacta dotalia*). Estos pactos, según Paulo (35 *ad Ed.* D 23, 4, 12, 1), pueden referirse al contenido del derecho sobre los bienes dotales o al régimen sobre la devolución de éstos. El efecto de estos pactos es el propio de todos los pactos en el derecho clásico: dar una excepción (*cf.* PS 2, 22, 2). Con el fin primordial de asegurar a la mujer la recuperación de la dote,⁴⁵⁸ se dictaron disposiciones legislativas que definieron ciertas reglas de la dote, sobre las cuales no era lícito pactar en detrimento de la mujer (*ne mulieris deterior condicio fiet*); así, no podía pactarse un plazo para la devolución de dote mayor que el establecido en las leyes. Como el pacto contrario a estas

⁴⁵⁸ Véase Bonfante, *Corso I*, Milano, 1925, p. 439. García Garrido, *Ius uxorium*, Madrid, 1958, p. 65.

disposiciones no produce efecto alguno,⁴⁵⁹ no era necesario invocar la *i.i.r.* contra él.

La *in integrum restitutio*, en cambio, sí podía otorgarse respecto del acto de constitución de dote, cuando una mujer *sui iuris*,⁴⁶⁰ engañada, da en dote todo su patrimonio (Ulp. 11 *ad Ed.* D 4, 4, 9, 1) o quizá una parte considerable del mismo. También pudo darse a favor de una hija de familia, cuyo padre constituyó su dote, si posteriormente el padre, con el consentimiento de la hija, obtenido mediante engaño, convino algo desfavorable respecto de la dote; en este caso, se da la restitución a favor de la mujer, porque considera que la dote es cosa de ella (Ulp. 11 *ad Ed.* D 4, 4, 3, 5), de modo que se le auxilia a ella como menor y no al padre que constituyó la dote.

La sentencia, en cambio, señala que el pacto que hace una mujer menor de 25 años puede ser revocado si el pacto empeorara su condición y fuera de tal modo insensato que una mujer mayor jamás lo habría aprobado. Estos requisitos ya nada tienen que ver con el régimen de la restitución de los menores de edad, que sólo pide que el menor demuestre que ha sido engañado. La primera causa de nulidad del pacto que da la sentencia, que deteriore la condición de la mujer, tampoco es contenido de una regla propia del derecho clásico, el cual admite, como ha señalado Burdesse, que son válidos algunos pactos aunque deterioren la condición de la mujer, como el pacto de que la mujer asuma el riesgo por caso fortuito que cause el daño o la pérdida de las cosas dotales.⁴⁶¹ La regla general de que todo pacto dotal que deteriora la condición de la mujer es propia del derecho de Justiniano.⁴⁶²

El criterio de que el pacto anulable es aquel cuyo contenido las mujeres mayores de edad jamás aprobarían es también ajeno al derecho clásico, y parece ser un criterio (quizá un recurso retórico)⁴⁶³ para demostrar

⁴⁵⁹ Véase *supra ad PS* 1, 1, 4.

⁴⁶⁰ Si bien la *in integrum restitutio minorum* era una institución destinada a la tutela del patrimonio de varones menores de 25 años, se pudo ir aplicando también a las mujeres en la medida que fue desapareciendo la *tutela mulierum*. Véase D'Ors, *DPR*, § 296. Ulpiano en los textos arriba citados no aclara que la mujer a que se concede la restitución sea menor de 25 años, sino sólo precisa que haya sido engañada (*circumscripta*).

⁴⁶¹ Burdesse, "In tema de *convenzione dotali*", *BIDR* 62, 1959, pp. 181 y 182.

⁴⁶² *Ibidem*, pp. 183 y 184.

⁴⁶³ Willvondeser, R., *Die Verwendung der Denkfigur der "condicio sine qua non" bei den römischen Juristen*, Wien-köhl-Graz, 1984, pp. 78 y 79, considera que la frase de

el engaño, que se propone no para este caso en particular sino como regla general.

La sentencia también demuestra origen posclásico en tanto que habla de una *pactio dotis*, expresión general que parece comprender no solamente los pactos que determinan el contenido de la dote (*pacta dotalis*), sino también el acto formal por el que una mujer constituye la dote, es decir la *dictio dotis*. Al caer en desuso las formas promisorias, la dote se constituye (CT 3, 7, 3 y 3, 13, 4 ambos de 428) por un simple convenio o *pactum* (uno de los llamados *pacta legitima*)⁴⁶⁴ que conste en un documento.

La palabra *revocare* también indica derecho postclásico. De acuerdo a la terminología clásica *revocare* se usaba para significar que una persona por su sola voluntad deshacía un negocio jurídico, por ejemplo un *fideicomisum* (D 34, 4, 19), *precarium* (D 43, 26, 2, 2) *mandatum* (Gai. 3, 59), o una donación. En la sentencia ese término significa la acción que ejerce la mujer para que un juez invalide el pacto, por eso dice la sentencia que la mujer que quiere tal cosa debe ser oída (*audienda est*).

Au. El texto actual parece obra de *D*, que introduce la regla de que el pacto es rescindible porque empeora la condición de la mujer, y el argumento retórico de que el contenido del pacto jamás lo aprobarían mujeres mayores de edad. También coincide la sentencia con el derecho de Justiniano, en el cual la dote se constituye mediante una *pactio*,⁴⁶⁵ la tutela de las mujeres ya no existe, por lo que las menores están sujetas a la *cura minorum*, y, al haberse extendido la posibilidad de revocar todo tipo de donación por ingratitud del donatario, era posible hablar de revocación de la dote o de un pacto dotal.

1, 9, 6 *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.*

S. Quien se obliga para garantizar la deuda de un menor, sabiendo que lo es y previendo las consecuencias de su acto, queda obligado, aunque se auxilie al menor con la restitución total.

esta sentencia que dice *tale pactum, quod maioris aetatis constitutae paciscerentur* es una forma del argumento retórico *conditio sine qua non*.

⁴⁶⁴ Kaser II, p. 363.

⁴⁶⁵ Sin embargo, el hablar de *pactio dotis* como un acto de constitución de dote pudo ser hecho por B, siguiendo CT 3, 7, 3 y 3, 13, 4.

O. Clásico. En un rescripto de Severo y Antonino del año 194 (CJ 2, 23[24], 1) se propone el caso de un menor que vendió un fundo y que prometió, junto con fiadores, responder al comprador por la evicción; el menor obtuvo la *i.i.r.* respecto de esa promesa, por lo que dice el rescripto que ya no está obligado a responder por la evicción, pero añade que los fiadores siguen obligados y que si algo pagaron podrán exigirlo del menor por la acción de mandato, a no ser que la restitución también se diera respecto de la responsabilidad del menor con los fiadores. En el caso contemplado en este rescripto, el acreedor no pierde la garantía, y es el fiador quien puede quedar perjudicado si no puede repetir del menor lo que hubiera pagado al acreedor.

Ulpiano (11 *ad Ed.* D 4, 4, 13 pr) presenta un caso con un punto de vista diferente. Dice que cuando se examina si ha de concederse la restitución, se debe decidir si se ayuda al deudor menor y acaso también al fiador. Aquí, la perspectiva es que el acreedor puede quedar sin garantía, si la restitución favorece también al fiador. Por eso dice Ulpiano que el pretor debe decidir a quién debe favorecer, además de al menor, o favorece al acreedor, y entonces mantiene la fianza, o al fiador, y entonces éste queda liberado. En todo caso, añade Ulpiano, y esto es una diferencia respecto del rescripto citado, el menor restituido no tendrá obligación ni con el acreedor ni con el fiador.

A fines del siglo III, un rescripto de Diocleciano (CJ. 2, 23[24], 2 [287]) trata el caso de una mujer menor que vendió algo con la intervención de un fiador que garantizaba el cumplimiento de alguna obligación contractual, y como lo mujer obtuvo la restitución total, el rescripto concluye que no hay duda (*non est dubium*) que el fiador sigue obligado, pero que si el contrato hubiese sido hecho con dolo, entonces es de derecho reconocido (*manifesti iuris*) que la restitución debe favorecer a la mujer menor y al fiador. En este texto, en vez de la consideración caso por caso que proponía Ulpiano, ya parece campear la regla que el fiador sigue obligado cuando el deudor menor obtiene la restitución total, y sólo cuando interviene otra causa de impugnación del contrato, como lo es el dolo, puede entonces el fiador quedar liberado.

Estos textos demuestran una evolución en el sentido de favorecer la subsistencia de la garantía, no obstante la restitución de la obligación

principal. La sentencia da esa regla que el rescripto de Diocleciano tiene como indudable.⁴⁶⁶

*Au. A,*⁴⁶⁷ quien ofrece la regla vigente en su tiempo. Una peculiaridad de la sentencia es el requisito de que el fiador haya actuado con conocimiento y deliberación (*sciens prudensque*), es decir sabiendo que el deudor era un menor. Eso no lo exigen los otros textos analizados, si bien Ulpiano en el texto analizado dice que es injusto que el acreedor quede sin garantía, cuando él sabía que el deudor era un menor en quien no tenía confianza (*scirem minorem et ei fidem non haberem*), y por eso se procuró un fiador, pero aquí quien actúa como conocimiento es el acreedor y no el fiador. Pero es posible que a partir de esta idea se llegara a concluir que cuando el fiador sabe que el deudor es un menor, y por lo tanto existe la posibilidad de que sea restituido, y aun así asume la responsabilidad, no puede quedar liberado porque el menor sea efectivamente restituido.

La frase *id consulto consilio fecit* parece un glosema para explicar las palabras *sciens prudensque*, que no añade nada nuevo, por lo que cabe conjeturar que fue introducida al texto por *B*.

La *interpretatio* parece haber entendido esa frase de modo diverso: *Qui sciens minorem hoc argumento pro eo fideiussor accesit, ut excusatione minoris aetatis fideiussionem suam in posterum liberaret, minor quidem aetatis beneficio liberatur; sed ad solvendum debitum fideiussor, qui hoc argumento usus est, retinetur*. Aquí se dice que el fiador, que contrajo la obligación con el propósito (*argumentum*) de liberarse de ella cuando el menor fuere liberado, por su edad, sigue estando obligado. El intérprete entendió la frase *id consilio fecit* en el sentido de que el fiador asumió la fianza pensando que sería liberado de su obligación cuando el menor lo fuera. La subsistencia de la obligación del fiador ya no depende, como en la sentencia, de que el fiador conociera que el deudor era menor, sino de la intención del fiador de liberarse de su obligación si el menor fuera liberado, lo cual parece como una sanción por un comportamiento que se estima doloso.

⁴⁶⁶ *Cfr.* la solución diversa, propuesta en PS 1,9,5, en caso de que el menor fuera fiador: el deudor principal nunca se libera.

⁴⁶⁷ Petit, C., *Fiadores y fianzas en derecho romano visigodo*, Sevilla, 1983, p. 54. Considera que esta sentencia corresponde al estrato *B*, por considerar que está ligada con PS 1,9,5 que, en opinión de Levy (arriba analizada) es del mismo estrato. Pero como todo el contenido de PS 1,9,6, salvo el glosema, corresponde al derecho del siglo III, es preferible atribuirla a *A*, al igual que PS 1,9,5.

1, 9, 7 *Minor adversus emptorem in integrum restitutus pretio restituito fundum recipere potest: fructus enim in compensationem usurarum penes emptorem remanere placuit.*

S. El menor que ha obtenido la restitución por entero de una venta, puede recuperar el fundo vendido, si devuelve la cantidad que recibió como precio; pero el comprador puede retener los frutos que hubiere percibido, en compensación de los intereses que pudo producir el dinero que pagó como precio.

O. Clásico. Es doctrina clásica que el *minor restitutus* devuelva el precio que recibió para recuperar el fundo vendido; así, Paulo (11 *ad Ed.* D 4, 4, 24, 4), Juliano (45 *dig.* D 4, 4, 41).⁴⁶⁸ En el procedimiento formulario, la restitución del fundo se alcanzaría mediante una acción vindicatoria útil, por la cual el demandado quedaba obligado a devolver también los frutos que hubiera percibido a partir de la *litis contestatio*, si era poseedor de buena fe, o los percibidos en cualquier tiempo, si era poseedor de mala fe; en el caso, el comprador podía ser considerado poseedor de buena fe, de modo que sólo tendría que restituir los frutos percibidos después de la *litis contestatio*.

Llama la atención que la sentencia diga que el comprador puede conservar los frutos, en compensación de los intereses, pues no se señala una causa por la que el menor debiera pagar intereses. Puede ser que en el procedimiento cognitorio, en el cual el juez tiene la facultad de condenar al pago de intereses, se originara esta idea de que el menor que exige el fundo y sus frutos debe devolver el precio y los intereses. En un rescripto de Alejandro Severo (CJ 8,29,1 [222]) se da esta misma solución, aunque no se trata de un menor; ahí se trata el caso de un acreedor que vendió indebidamente un fundo pignorado a un comprador de mala fe (es decir, que conocía la irregularidad de la venta), y resuelve que el deudor pignorante tiene acción contra el acreedor en la medida de su interés, pero que si éste no es solvente, tendrá acción contra el comprador de mala fe para que, reintegrándole el precio con los intereses, le devuelva el fundo

⁴⁶⁸ La devolución del precio la hace el menor ante el juez que tramita la acción rescisoria y que cuida también que el fundo sea devuelto. Kupisch, *op. cit.*, nota 338, pp. 108 y ss., ha dicho que la devolución del precio la puede exigir el comprador por una acción *in factum* independiente, después de que el juez, y no el pretor, ha ordenado la resolución. Pero véase la certera crítica que le hace D'Ors, *AHDE*, 49, 1979, pp. 216 y ss.

con sus frutos.⁴⁶⁹ A un caso semejante parece referirse Papiniano (2 *resp.* D 6,1,65) donde trata de un comprador que adquirió un fundo indebidamente vendido por un acreedor pignoraticio, y resuelve que el comprador deberá restituir el fundo con los frutos, solo si se le restituye el precio con los intereses.⁴⁷⁰ Gayo (4 *ad ed. prov.* D 4,4,27,1 *i.f.*) en referencia a un caso igual al de la sentencia, de un menor que vendió un fundo en menos de lo que convenía, dice que se debe ordenar al comprador que restituya el fundo con los frutos y que el menor devuelva el precio, mas no los intereses, sino aquello que hubiera lucrado con ese precio. En la obra atribuida a Ulpiano (5 *Opin.* D 4,4,40,1) se trata de un supuesto que cabría en la sentencia: un menor que da en pago los predios de su padre en pago de una cuenta debida por la administración, por su padre, de una tutela; la dación, dice el texto, debe ser revocada por la restitución por entero y deben calcularse los intereses que se debieran por la tutela y compensarse con los frutos que percibió mientras tanto quien recibió el fundo.

La sentencia usa la palabra “compensación” en un sentido que tampoco corresponde al procedimiento formulario. En éste, la compensación es de deudas recíprocas y se da exclusivamente en las acciones de buena fe, en el *agere cum compensatione* de los banqueros y *ope exceptionis* en la acción ejecutiva.⁴⁷¹ En el proceso cognitorio se amplía el uso y el concepto de la compensación, pues se admite en todo juicio y por deudas nacidas de cualquier causa que tengan objeto homogéneo, o como dice PS 2, 5, 3 (posiblemente de A) *compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur*. Se pudo entonces hablar de la compensación de los gastos o frutos que una parte debía restituir con los intereses que debía la otra. Este concepto amplio de *compensatio* fue usado descuidadamente en el derecho posterior, y así la palabra *compensare* llegó a significar, en

⁴⁶⁹ Es interesante que el mismo emperador da otro rescripto (CJ 8,29,3 [223]) en que admite la restitución de la venta inconveniente de unos esclavos pignorados pertenecientes a una mujer, si el acreedor que los vendió no es solvente para indemnizar a la mujer, de modo que se ordena a los compradores que restituyan los esclavos y reciban el precio pagado por ellos; no se dice aquí, como en el otro rescripto, que se compensen los frutos con los intereses, pero tampoco se señala que los compradores sean de mala fe.

⁴⁷⁰ Este texto de Papiniano se relaciona con 2 *Resp.* D 4,1,48, que se refiere a la compensación de gastos con frutos.

⁴⁷¹ D’Ors, *DPR*, §§ 113, 384, 453.

fuentes de los siglos IV y V, rembolsar, saldar cuentas, indemnizar: CT. 1, 32, 2; 3, 8, 2; 7, 6, 2; 7, 13, 6; 8, 5, 58.⁴⁷²

Esta sentencia refleja el derecho del siglo III, y corresponde especialmente con los textos citados de Gayo y del libro de las opiniones atribuido a Ulpiano. Como no proviene del Digesto, constituye un argumento en favor de que la compensación de frutos o gastos con intereses es algo que ya existía en el siglo III, por lo que no debe considerarse una innovación justiniana.⁴⁷³

Au. A., quien, como es propio de su estilo, presenta como una regla general, aplicable a todos los casos en que un menor era restituido, lo que originalmente quizá sólo fue la solución a un caso particular. Llama la atención que la sentencia, lo mismo que el libro de las opiniones atribuido a Ulpiano, habla de los intereses como algo que siempre es debido, a diferencia de Gayo, quien habla sólo del enriquecimiento efectivo proveniente del dinero recibido. La palabra *placuit* que usa la sentencia puede indicar que la regla proviene de un rescripto.

En la *interpretatio* el interés se centra ya no, como en la sentencia, en la restitución del fundo, sino en la posibilidad del comprador de conservar los frutos, por lo cual afirma que el menor no puede recuperar los frutos porque se consideran compensados con los intereses:⁴⁷⁴ *Si minor praedium, quod vendiderat, per integri restitutionem reddito emptori pretio receperit, fructus ab emptore preceptos recipere non potest; sed eos, quanta fuerint, in compensationem usurarum iussum est imputari.* Llama también la atención que el intérprete entiende la expresión *placuit* de la sentencia, como *iussum est*,⁴⁷⁵ es decir, como si fuera una autorización oficial, con lo cual da a entender que la compensación de frutos e intereses de que habla la sentencia tiene una base legal.

⁴⁷² Levy, *VR*, p. 147.

⁴⁷³ Como lo hace Solazzi, *La compensazione nel Diritto Romano*, Napoli, 1960, p. 196.

⁴⁷⁴ Hay otras interpretaciones que igualmente muestran un interés distinto que el predominante en la *PS* respectiva, véase Schellenberg, *Die Interpretationem zu den Paulussentenzen*, Göttingen, 1965, p. 48, n. 349.

⁴⁷⁵ Algunas interpretaciones fundan sus decisiones en la *PS* respectiva, entendida como principio autoritario, a la cual aluden con expresiones como *constitutum est, iussum est, praeceptum est o statutum est*; pero otras, como la arriba citada, parecen aludir, con similares expresiones, a un texto legislativo insinuado en la sentencia, como *IP* 1, 15, 1. Véase Schellenberg, *op. cit.*, nota anterior. p. 41, núm. 268.

1, 9, 8 *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.*

S. El menor heredero de su padre puede alcanzar la restitución por entero de las ventas de cosas que pignoró o fidució su padre, si se hace de modo inconveniente.

O. Tardoclásico.

La sentencia comienza haciendo una equiparación entre fiducia y prenda, como si la posición del acreedor fiduciario —que en derecho clásico es un propietario, y la del acreedor pignoraticio, que en derecho clásico es un poseedor— fuera la misma. Esta equiparación ocurre constantemente en PS: además de en esta sentencia, aparece en la rúbrica del título 2,4 y en las sentencias 2,13,4; 2,17,15; 3, 6, 16; 5,1,1, y 5,26,4. También aparece en CT 15,14,9 (395). Esta equiparación se facilita por la desaparición del procedimiento formulario y la tipicidad de las fórmulas y la consecuente generalización del procedimiento cognitorio, por lo que podría ser ya corriente en el siglo III.⁴⁷⁶

La regla que propone la sentencia, que procede la *i.i.r.* en favor del menor contra la venta de cosas pignoradas o fiduciadas por su padre, resulta peculiar. En derecho clásico el menor puede obtener la *i.i.r.* respecto de un negocio de prenda celebrado por él, y consecuentemente recuperar la cosa pignorada del comprador con una *vindicatio utilis*; así lo atestiguan textos del siglo III.⁴⁷⁷ Pero, en principio, no puede rescindir la venta de prendas otorgadas por su padre, ya que el acreedor obtuvo el *ius vendendi* no del menor, sino de su padre.

Paulo (1 *decret.* D 4, 4, 38) propone un caso donde se ve el principio de una nueva solución; trata el caso de una menor en edad pupilar cuyo padre había comprado un fundo con pacto comisorio, por el que aceptaba que la cosa se tuviera como no comprada si no se pagaba la parte del pre-

⁴⁷⁶ Kreller, H., “Formula fiducia und Pfandedict”, en *SZ*, 62, 1942, p. 167, observando textos en los que se nota esa equiparación, llega a proponer que en el Edicto había una sola cláusula que comprendía las reclamaciones por fiducia y prenda. Un texto interesante donde se nota esa equiparación es Ulp. 35 *ad Ed.* D 22,9,5,3, donde se considera que el fundo que el menor tiene en prenda lo puede tener con derecho de dominio, es decir como si fuera fiduciado.

⁴⁷⁷ Así CJ 5, 71, 1 (212); Marc. 1 *ad form. hyp.* D 20, 5, 7, 1 y Ulp. 11 *ad. Ed.* D 4, 4, 9 pr.

cio restante en un determinado momento; la fecha de pago llegó cuando el padre ya había fallecido, de modo que la menor heredera tenía que cumplir el pago, pero no lo hizo, y el vendedor, después de solicitar el pago a los tutores, vendió el fundo a un tercero. La pupila pidió la restitución por entero, y se le negó en dos instancias hasta que el caso llegó al tribunal del emperador; Paulo comenta que él pensaba que el caso había estado bien juzgado, porque quien había contratado era el padre y no la menor, pero que el emperador, a quien no le gustaba el pacto comisorio, y sabiendo además que los tutores habían actuado mal, decidió otorgar la restitución a la menor. Este texto presenta una tensión entre la opinión de Paulo, fiel a la tradición clásica, y la decisión del emperador que toma una decisión nueva en oposición a dicha tradición.

En este caso es importante considerar una *Oratio* del emperador Severo (citada por Ulpiano, 35 *ad Ed.* D 27,9,1) que prohibió que los tutores o curadores enajenaran los fundos de los menores, salvo que obtuvieran la autorización del pretor, y expresamente excluía de esta prohibición la venta de fundos que el padre había dado en prenda. Considerando esa disposición, el emperador Gordiano (CJ 5,71,2 [239]) resolvió que los menores no necesitaban la *i.i.r.* cuando los tutores o curadores vendían, sin la autorización del pretor, una cosa aunque estuviera dada en prenda; aparentemente la razón de la decisión era que esa venta no valía por ser contraria a la disposición imperial, y por lo tanto el menor podría exigirle responsabilidad a los curadores o tutores. Pero el rescripto de Gordiano añadía, que si la venta la hacían los acreedores fraudulentamente, con perjuicio del menor, y con el conocimiento del comprador, entonces el menor podía obtener la restitución por entero respecto de la venta.

Si bien el rescripto de Gordiano parece considerar la venta de una prenda que el propio menor convino, con las autorizaciones debidas, y sin embargo se le concede la restitución porque la venta se efectuó de modo fraudulento y perjudicial para él, lo mismo podría juzgarse respecto de la venta de una prenda que constituyó el padre: se restituye al

menor, no por la constitución de la prenda, sino por el modo fraudulento en que se hizo la venta.

La resolución de la venta de cosas pignoradas también se dio a favor de personas mayores. En un rescripto de Alejandro Severo (CJ 8,29,1 [222]) se dispone que si el acreedor pignoraticio vendió dolosamente las cosas pignoradas, el pignorante podría exigir que le restituyera lo que fuera su interés, y con esto el rescripto no dice nada nuevo, pero añade que si el acreedor no es solvente y el comprador actuó con mala fe, el pignorante puede entonces exigir del comprador el fundo, con los frutos, devolviéndole el precio que él pago más los intereses; es decir, que puede resolver la venta. Lo mismo dispone otro rescripto del mismo emperador emitido del siguiente año (CJ *h.t.* 3 [223]), y otro de Gordiano (CJ *h.t.* 4 [240]).

Referido al caso de los menores, Diocleciano (CJ 2,28,2 [294-305]) repite la regla de que el menor no puede ser restituido respecto de la venta de cosas pignoradas por su padre; pero añade, siguiendo el rescripto de Gordiano, que si el acreedor actuó sin buena fe (lo cual es menos exigente que decir, como Gordiano, que actuó fraudulentamente), puede demandar a los tutores o curadores que consintieron tal venta o al mismo acreedor. No dice aquí que se rescinde la venta, de modo que el menor pueda recuperar la cosa, pero el caso tampoco contempla la circunstancia, expresamente prevista en las otras decisiones, de que el acreedor no sea solvente para indemnizar al menor.

La sentencia precisa que la restitución procede cuando las cosas se venden *non ita ut oportuit*, lo cual es una expresión poco precisa que puede significar que se venden por un precio evidentemente inferior a su valor, o que se venden sin observar las formalidades requeridas,⁴⁷⁸ pero pueden ser entendidas en el sentido de que el acreedor las vende, como dicen los rescriptos citados, fraudulentamente, con mala fe o sin buena fe, con la connivencia del comprador.

Me parece que la sentencia refleja esta evolución en cuanto a la posibilidad de rescindir las ventas de cosas pignoradas o fiduciadas, que si bien no es conforme con el derecho clásico parece común en el siglo III,

⁴⁷⁸ Cfr. CJ 8,29,4: *non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt.*

por lo que podría considerarse de origen tardoclásico.⁴⁷⁹ La restitución de que habla esta sentencia y los rescriptos citados no tienen el efecto de la *i.i.r.* clásica, es decir, restituir al menor en la posición jurídica que tenía, lo cual en este caso poco le ayudaría, porque el resultado sería que el acreedor pignoraticio o fiduciario recuperaría la cosa y la deuda garantizada quedaría como no pagada. El efecto de la restitución contemplada en esta sentencia es más bien el previsto en los rescriptos citados, esto es, dar al menor acción en contra del comprador de la cosa pignorada o fiduciada para recuperarla, devolviendo la cantidad pagada como precio. En vista de esta finalidad práctica se pueden tratar conjuntamente los casos de fiducia en prenda, que en derecho clásico requerirían un tratamiento separado.

Au. A, que refleja de manera poco precisa, como es su estilo, el derecho vigente en su tiempo, contenido especialmente en los rescriptos imperiales.⁴⁸⁰

La IP explica que la venta es inconveniente cuando es a un precio inferior y que el menor puede, con el auxilio de la “*integri restitutio*”, recuperar la cosa devolviendo el precio: *Minorannis ea, quae pater eius oppigneraverat vel fiduciae causa posuerat, si vilioris pretio, quam oportebat, a creditore distracta convicerit, potest soluto debito ad recipiendam rem suam integri restitutionis auxilium promereri*. Es notable que conserve el término *fiducia*, lo cual no hace siempre, pues suele sustituirlo con *pignus*.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Por eso no parece acertada la conjetura de Hushke (citado por Volterra, *RSDI*, VIII, 1935, p. 114), por la que refiere el texto de la PS. a la *i.i.r.* de prendas constituidas por el mismo menor; ni la de Girard (*Textes de Droit Romain*, 4a. ed., Paris, 1913, p. 386, n. 4) que hace decir al texto que el menor no tiene la *i.i.r.* por venta de cosas pignoradas por su padre.

⁴⁸⁰ En atención a la evolución en el siglo III, no parece probable que la sentencia, como opinaba Burdesse “Di un particolare caso de applicazione della «*restitutio in integrum*»”, *Festschrift Schulz I*, Weimar, 1951, p. 95, fuera obra de los compiladores visigóticos, es decir V.

⁴⁸¹ Lo conserva también en IP 2, 13,7; lo sustituye con *pignus* en 2, 13,4 a 6 (igualmente CE 299 y ET 95); véase Levy, *VR*, p. 183.