

LOS PRECEDENTES CLASICOS DE LA LLAMADA «CONDICTIO POSSESSIONIS»

La romanística crítica parece haber llegado a la opinión establecida de que la *condictio possessionis* no pertenece al sistema clásico de acciones, sino que pertenece al cuadro bizantino de las distintas acciones de recuperación contra el enriquecimiento injusto, y precisamente en concurrencia con los interdictos posesorios, con aplicación específica quizá a los casos de retención de la posesión llamada natural. De todos modos, es evidente que no se pueden eliminar con una censura tan general todos los textos en los que tal *condictio* se fundaba por la doctrina pre-crítica. Es digna de atención, en este sentido, la advertencia de Kaser (*RPR*. I, p. 497) de que tales casos son extensiones de la *condictio ex causa furtiva*, admitidas ya en el derecho clásico. Esta indicación es justa, pero no responde cabalmente al problema de los antecedentes clásicos de la *condictio possessionis*, pues no todos los casos en que tal acción quería fundarse pueden referirse a la *condictio ex causa furtiva*; por otro lado, Kaser, conforme en esto con la opinión común, parte de la idea de que la *condictio ex causa furtiva* es un tipo anómalo de *condictio*, idea ésta que, tal como se entiende corrientemente, me parece extraña a la realidad del derecho clásico. El tema parece digno de una revisión detenida, toda vez que el estudio más amplio sobre el mismo, publicado por De Villa en *Studi Sassaressi*, 1932, p. 137, no me parece haber dado explicación cumplida de este problema en toda su complejidad.

1. El punto de partida para la recta solución de este problema que presenta la *condictio possessionis* me parece estar en la certeza de que la *condictio* y la *reivindicatio* no son acumulables, sino alternativas. En ambas acciones hay identidad de *res*, y por

eso ambas acciones se excluyen recíprocamente por el efecto consuntivo de la *litis contestatio*. En la *reivindicatio* se trata de si esa *res* pertenece *ex iure Quiritium* al demandante; en la *condictio*, si el demandado debe dar al demandante la propiedad de esa *res*. Aquélla es una acción *in rem*; ésta, *in personam*, pero también por ésta se pide la *ipsa res* (D.13,1,7,1). Por eso mismo, cuando el demandante recupera la *res*, quedan excluidas a la vez la *reivindicatio* y la *condictio* (D.47,2,55,3).

Esta alternativa debe tenerse muy en cuenta cuando se trata de dirigir estas acciones contra el *fur*, pues el mito del *oñum furum* (sobre el que he tratado ampliamente en otras ocasiones) ha hecho pensar a veces que contra el *fur* se podían entablar conjuntamente ambas acciones reipersecutorias. Gayo mismo (4,4) no dice tal cosa, pero hace pensarlo; no es la primera vez que el error moderno se funda en una flaqueza de Gayo.

Naturalmente, para el derecho justiniano, la exclusión no depende ya estrictamente de la *litis contestatio*, sino de la satisfacción efectiva. Por eso los bizantinos han desfigurado hasta hacerlo casi ininteligible el lugar donde Pomponio (D.47,2,9,1) aclaraba cómo, según el régimen ordinario de la época clásica en materia de consumición procesal por *litis contestatio*, la *reivindicatio* excluye la *condictio* sólo *ope exceptionis*, en tanto la *condictio* excluye la reivindicatoria *ipso iure* (presupuesto el *iudicium legitimum*).

Así, todos aquellos textos que hablan de *reivindicatio* "et" *condictio* deben entenderse en el sentido de *reivindicatio* "vel" *condictio*, es decir, en alternativa. CJ.6,2,12,1 presenta *vel*, precisando que la *reivindicatio* se da sólo *adversus possidentem*. D.25,2,24, en relación, no con el *furtum*, sino con el delito similar de *amotio rerum* por parte de la mujer, indica claramente la alternativa: *tam reivindicatio quam condictio... que velit actione uti*.

2. La segunda observación preliminar que debemos hacer es ésta: la *condictio* sustituye (pues es alternativa con ella) la *reivindicatio*, y lo mismo puede decirse de la *actio ad exhibendum*, pero, aparte la limitación de esta última a los muebles y otras diferencias notables entre ambas acciones, la razón de la sustitución de la *reivindicatio* es, en uno y otro caso, distinta. La *actio ad exhibendum* suple la reivindicatoria imposible porque el que tiene la cosa mue-

ble reclamada se niega, no sólo a dejársela llevar, sino a defenderla formalmente en una *litis contestatio* del proceso petitorio. No puede haber reivindicatoria porque el demandado no quiere, y en las acciones reales nadie está obligado a defender la cosa que se le reclama. Todo consiste entonces en dar una acción personal contra la actitud dolosa del que se obstina en retener sin defender. Esta es la acción *ad exhibendum*, acción personal, *in factum*, ante la cual no puede ya el demandado obstinarse en su negativa, pues, al ser una acción personal, la *indefensio* ante la misma conduce al embargo de todo el patrimonio del *indefensus* (*missio in bona*). Sobre esta acción y su verdadera función, así como sobre sus límites, ha tratado cumplidamente Jesús Burillo, en *SDHI*. 1961.

La *condictio*, en cambio, sustituye a la *reivindicatio* por otra razón. Esta razón es para todo nuestro tema como el primer fundamento. A saber: cuando un propietario encuentra dificultades para identificar la *res*, incluso para encontrarla, lo que es presupuesto para la identificación, la reivindicatoria que en principio le corresponde se hace imposible, y entonces, en vez de reclamar como propietario, prefiere hacerlo como acreedor, y elige la *condictio* en vez de la *reivindicatio*. Ahora bien: al hacer esto, renuncia de hecho a la propiedad, a la vez que a la acción de la propiedad que es la reivindicatoria, pues quien excluye la reivindicatoria que en principio tiene, excluye su propiedad.

En ambos casos —*actio ad exhibendum* y *condictio*— una acción personal viene a sustituir una acción real imposible. En ambos casos el demandante pierde la propiedad: en la *actio ad exhibendum*, por efecto de la *litis aestimatio*; en la *condictio*, por efecto de la *litis contestatio* (que opera *ipso iure*). Ambas acciones son también incompatibles entre sí, aunque también aquí el mito del *odium furum* parezca acumularlas.

3. La *condictio*, que sigo identificando con la *actio certae creditae pecuniae*, tiene tres causas posibles: la *datio*, la *stipulatio* y la *expensilatio*. De las dos últimas no hay que tratar aquí; diré tan sólo que, aunque alguna opinión reciente tiende a no considerar *condictio* la *actio certi ex stipulatu*, tal distingo me parece innecesario. La fórmula es siempre la misma; es decir, las variantes posibles no dependen de la causa, sino de que haga falta una estima-

ción por no ser dinero lo reclamado, de que se introduzcan *exceptiones*, la *adiectio loci*, etc. Se puede presentar la duda de cómo puede intervenir en la *condictio* un extranjero, y si hará falta una ficción, como en otras acciones civiles. Quizá falte la base textual para cualquier respuesta a este problema, pero, en mi opinión, no hacía falta ficción, ni mucho menos una *actio in factum*, porque con ser de *ius civile*, la *condictio* formularia no se funda en el *ius legitimum* decenviral, y el *oportere* de su *intentio* es extensivo a los *peregrini*. También los *iudicia bonae fidei* son del *ius civile* (jurisprudencial) y se extienden a los peregrinos. Entre la *fides* del *creditum* y la *bona fides* del *contractus* no hay a estos efectos, ninguna diferencia.

Centremos nuestra atención en la *datio*: la *condictio* tiene como causa una *datio*. En efecto, todas las *dationes*, es decir, los actos que directa o indirectamente producen la adquisición de la propiedad a favor de otro, pueden fundar una *condictio* cuando esa propiedad adquirida es retenida sin causa. No es la idea de enriquecimiento lo que guía aquí a los clásicos—la *locupletatio* es bizantina—, sino simplemente la falta de causa en la retención. Así, el mutuario retiene sin causa el préstamo que debe restituir; el que cobró indebidamente, el que recibió algo para hacer algo y no lo hace, etc., todos retienen sin causa la propiedad recibida. Contra ellos se da la *condictio*, en cuya *intentio* se enuncia la obligación que tienen de restituir la propiedad: *rem dare oportere*. Una *datio* es la causa del *oportere* y otra *datio* en sentido inverso les liberaría de la *obligatio*. Esa *datio* liberatoria es la *solutio*: sobre ella debe verse ahora el libro fundamental del profesor de Coimbra Sebastián Cruz, *Da "Solutio"*.

Este régimen de la *datio* como causa de la *condictio* es pacífico. La discusión cabe, en cambio, en torno al caso de la *condictio ex causa furtiva*. De ella se dice que es la única, aunque Gayo admite que se puede observar lo mismo en otros casos (2, 79), en la que, por excepción, el demandante sigue siendo propietario, es decir, puede reclamar por la *condictio* sin haber hecho *datio*. Una *condictio* sin *datio*, en efecto, es algo sorprendente, porque la *intentio*, también en el caso de dirigirse contra el *fur*, pues la fórmula es abstracta y siempre igual, se refiere a un *rem dare oportere*, y resulta imposible que esté obligado a *dare* quien no tiene la propie-

dad, y precisamente a quien la tiene. Es un principio general de las obligaciones de dar objetos específicos que la obligación se hace imposible, y el deudor se libera, cuando el acreedor es propietario de aquel mismo objeto; pero aquí, se dice, tendríamos una excepción, y el ladrón estaría obligado a *dare* al que sigue siendo propietario.

En mi opinión, éste no es el punto de vista de los clásicos. Es verdad que quien puede ejercitar la reivindicatoria es el propietario, y que el ladrón no adquiere la propiedad por el hecho del hurto, pero no es menos verdad que quien, pudiendo en principio ejercitar la reivindicatoria, elige la *condictio*, por esa misma elección, excluye la reivindicatoria, es decir, deja de ser propietario, y por eso mismo puede afirmar que el demandado, el *fur*, debe darle la propiedad, porque él ha dejado de ser propietario para convertirse en acreedor de la propiedad. Así, por la misma *litis contestatio* en virtud de la cual pierde la propiedad frente al ladrón, empieza a ser posible su pretensión de que el ladrón está obligado a restituir aquella propiedad (*dare oportere*). Esto equivale a decir que también la *condictio ex causa furtiva* se funda en una *datio*, sólo que en una *datio* que resulta de la *litis contestatio* y no de un acto voluntario de transferir la propiedad. En supuestos como éste, en que la adquisición de la propiedad, la *datio*, resulta de un hecho sobrevenido, hablamos de *datio "ex eventu"* (*Elementos* § 233).

Lo que conviene tener siempre presente es que la *condictio ex causa furtiva* no es una acción especial, sino la misma *condictio* de siempre, con fórmula abstracta referida a un *rem dare oportere*; por tanto, una *condictio rei*, y no una *condictio possessionis*. Porque el *dare oportere* se refiere siempre a una restitución de la propiedad, de la *res*, y no de la *possessio*. Sólo en época bizantina, cuando las fórmulas procesales han desaparecido, cabe pensar en una *condictio* cuyo objeto no sea la *res*, sino la *possessio*, es decir, un *tradere* en vez de un *dare*, por lo que, en consecuencia, puede hablarse de un objeto "incierto", pues el *tradere* es un *facere*, y las obligaciones de hacer son de objeto *incertum*; se habla entonces de *condictio incerti*.

4. Asentados estos principios preliminares, indispensables para explicarnos los precedentes clásicos de la llamada *condictio posses-*

sionis, debemos ver todavía algunas ilustraciones textuales en la casuística clásica, después de lo cual podremos entender mejor aquellos precedentes.

En primer lugar, la unidad de la *condictio*, fundada siempre en una *datio*, aparece con especial claridad en algunos casos en los que sin mutación en los hechos, alternan la *condictio ex causa furtiva* y la *condictio indebiti*.

a) Pago indebido con hurto del cobrador.

El hecho de aceptar dolosamente un pago indebido constituye *furtum*, tanto si se trata de un *falsus creditor* (D.47,2,43 pr.) como de un *falsus procurator creditoris* (D. 47,2,81 [80] 6). En consecuencia, la *condictio indebiti* se confunde aquí con la *condictio furtiva*, pero la distinción aparece cuando el pago indebido es realizado, no por el mismo deudor, sino por su *procurator*. En este supuesto (D.13,1,18), el *procurator* puede reclamar por *furtum* contra el *falsus creditor*, y tiene contra él, en consecuencia, la *condictio* que llamamos *furtiva*. Sin embargo, si el deudor acepta la gestión errónea de su *procurator*, esa *ratihabitio* tiene como consecuencia que es él, el deudor, quien puede reclamar por la *condictio indebiti*. La *condictio* pasa así de una persona a otra, pero sigue siendo la misma. Y lo mismo puede decirse para el caso de que el *procurator debitoris* haya pagado indebidamente a un *falsus procurator creditoris*: D.47,2,81 [80] 7. Aquí se añade todavía, pero es válido igualmente para el otro caso anterior, que si el *procurator debitoris* reclama contra el *debitor* por la *actio negotiorum gestorum contraria*, para quedar indemnizado de las consecuencias del error, el juez que quiera condenar al deudor al desembolso del pago en falso, debe garantizar antes que el *procurator debitoris* renuncia a su acción contra el *falsus procurator* que cobró, a fin de que sea el *debitor* quien pueda ejercitar la *condictio indebiti*. Es decir, la acción contra el *debitor* favorable a su *procurator* tiene el mismo efecto que la *ratihabitio*: pasan al *debitor* las consecuencias del pago indebido, de modo que sea el *debitor* quien reclame por la *condictio indebiti*, y no el *procurator* por la *condictio ex causa furtiva*. En relación con esto está el hecho de que cuando el deudor reclama por la *actio mandati* contra su *procurator* que pagó inde-

bidamente, se absuelve al *procurator* que está dispuesto a *condictionem furtivam praestare* (D.46,3,38,1).

En D.47,2,81,7, se excluye al *debitor* de la posible reclamación fundada en el hurto por una razón que parece corresponder a la mentalidad tardía, y hemos de considerar como interpolada:

[*cum Titii (sc. debitoris) nummorum dominium non fuerit neque possessio*].

Es claro que puede reclamar por hurto, en algunos casos, el que no es ni propietario ni poseedor, por ejemplo, el comodatario, pero lo que preocupa al que interpoló esa frase es la distinción entre la *condictio rei* y la *condictio possessionis*. Es evidente, por lo demás, que la simple *ratihabitio* o la condena en la *actio negotiorum gestororum contraria* no tenían la virtud de convertir en propietario o poseedor al *debitor* que puede reclamar por la *condictio*. La interpolación es interesante, porque la misma idea vuelve a aparecer interpolada en otro texto que veremos más adelante (6 b).

b) Restitución al ladrón depositante por parte del propietario depositario.

Se trata de una hipótesis que presenta Trifonino D.16,3,31,1 i.f. Un ladrón deposita el objeto hurtado en manos del propietario, que no se da cuenta de que aquel objeto es suyo. Podemos imaginar que no es el mismo propietario hurtado, sino su heredero, con lo que la hipótesis se hace más verosímil. Naturalmente, se niega rotundamente que haya obligación de restituir aquel depósito, pues es contrario a la buena fe que domina el contrato de depósito en la época de Trifonino. Pero se supone que el depositario ha restituido indebidamente lo que era suyo, y se le concede para la repetición la *condictio*. Evidentemente, el *furtum* no se ha purgado, pues la cosa ha vuelto a su dueño, es verdad, pero sin que éste se dé cuenta de que le pertenece, sino como depositario. En el mismo libro 9 *disput.* de Trifonino se explicaba cómo el dueño debe tener conciencia de la recuperación, para que se purgue el vicio (D.47,2,87 [86]; cfr. 41,4,7,7 y 41,3,4,12). Por otro lado, aunque el texto dice que la *condictio* es *indebiti dati*, resulta extraño que Trifonino hablara así, pues el cumplimiento de la obligación de devolver el depósito no es una *solutio*, que presupone una *datio*. Puede pen-

sarse que esa especificación de la *condictio* como *indebiti* es obra bizantina. Lo que aquí interesa subrayar es que esa *condictio* viene concedida a quien podía ejercitar la *reivindicatio*, pero prefiere, por la dificultad que ésta le ofrece, actuar como acreedor y dar por perdida su propiedad. También aquí hay una *datio* "ex eventu".

5. En segundo lugar, aun sin relación ninguna con el *furtum*, se nos presentan *dationes* "ex eventu" en virtud de una adquisición de la propiedad por parte del accipiente que consume o completa la usucapión sobre la cosa que le fué entregada y retiene sin causa. Esto está en relación con la construcción de la *reconciliatio mutui* o *solutionis*, es decir, de aquellas *dationes* imperfectas (*credendi* o *solvendi causa*) que se perfeccionan posteriormente por la *consumptio*. Sobre tales *dationes* puede fundarse también una *condictio*. Pero esa teoría de la *reconciliatio* refleja una mentalidad medieval y moderna, no romana; para los romanos de la época clásica, en realidad, lo que interesa no es si la propiedad pasa desde un primer momento o sólo hay una *consumptio* posterior, sino simplemente que la *condictio* procede en todo caso de no ser posible la *reivindicatio* por desaparición del objeto. Pero a la *consumptio* se equipara la *usucapio*.

a) Usucapión de la *res mortis causa donata*.

En caso de *convalescentia*, la revocación es mediante *condictio*, aunque el donante no tuviera la propiedad, si el accipiente llegó a usucapir: D.39,6,13 pr. Hubo *datio*, pero por parte de quien no podía transferir la propiedad porque no era propietario: una *datio* "ex eventu". Porque *dare* no quiere decir transferir, sino producir el resultado adquisitivo.

b) Consumición de monedas y usucapión de fundo no manipado.

Naturalmente, cuando se dan monedas, el que sean propias o ajenas poco importa, pues las monedas no se pueden identificar con facilidad (en tanto no se especifican en su continente, con lo que dejan de ser cosas fungibles, es decir, verdaderas monedas). Se da la *condictio* en todo caso, la *condictio* de siempre, aunque para

la mentalidad del bizantino se trate de recuperar la posesión, de donde la tímida interpolación:

[*ut vel possessio eorum (sc. nummorum) reddatur*].

Pero lo mismo ocurre, nos dice Paulo, D.12,6,15,1, cuando se transfiriere sólo la posesión y la usucapición viene a dar luego la propiedad al poseedor: hubo *datio*, y si era de *indebitum*, procede la *condictio*. El texto ha sido atormentado por los compiladores, al eliminar las referencias a la *mancipatio*, pues se trata de un inmueble (*res mancipi*), como prueba el que ellos mismos han sustituido la *usucapio* de que hablaba Paulo por la *longi temporis praescriptio*, que es para los justinianeos la usucapición de inmuebles. En consecuencia, el texto viene a decir algo ligeramente absurdo: que la *condictio* se da cuando se entrega indebidamente, pero incluso (*sed et si...*) cuando la posesión queda consolidada por la usucapición; la secuencia resulta forzada. Lo más probable es que Paulo, a continuación del caso de la *consumptio nummorum*, presentara dos casos: el primero, de una *mancipatio* (*tradidisse* de los bizantinos, como siempre) de un fundo indebido, luego, el de una simple *traditio* del mismo fundo, pero consolidada por la *usucapio*. En ambos casos había *datio*, en ambos *condictio* (*indebiti*); pero la segunda *datio* era “*ex eventu*”.

c) Percepción indebida de frutos.

Los frutos, como las monedas, son malos de reivindicar. Cuando se reclaman, se hace como acreedor, por la *condictio*, y no por la *reivindicatio* de propietario. Cuando, por ejemplo, el colono, terminado el arriendo y sin permiso del arredador, sigue recogiendo los frutos, se da contra él la *condictio* (*indebiti?*, *furtiva?*, no importa: la *condictio* de siempre), pues el propietario no puede reivindicar: D.12,1,4,1 (el comienzo se verá infra sub 7). Si hubo consentimiento, naturalmente, los frutos son retenidos con causa y no hay *condictio* sobre ellos.

d) Retención de los muebles dispersados por la inundación.

Ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt: D.12,1,4,2. Sólo por una vitanda tentación se puede llegar a confundir este supuesto con el de la llamada avulsión del Pseudo-Gayo (*res cott.*:

D.41,1,7,2; cfr. Gayo 2,71, donde no se habla de accesión adquisitiva). Para el evento de recuperar trozos de tierra flotantes quizá tuviera utilidad la *actio ad exhibendum*, que sirve para recuperar las balsas llevadas por el río (D.10,4,5,4), pero no la *condictio*. Como demuestra D.39,2,9,1, se trata de los efectos de una inundación fluvial, que arrastra objetos y los lleva a distintos lugares. En este texto se menciona una ocasión de ese tipo en que se dió un interdicto repentino, para poder recuperar los objetos exportados por el agua, previa caución de posibles daños causados por la operación de rescate. Es claro que también se podría dar la reivindicatoria, y la *actio ad exhibendum*, en su caso. La *condictio* que menciona Ulpiano no puede menos de sorprender, pero hay que pensar que podría tener aplicación para el caso de objetos fungibles o por cualquier otra razón difícilmente identificables: como siempre, en vez de la *reivindicatio*, por parte de un propietario que renuncia a hacer valer su propiedad y prefiere reclamar como acreedor. Aun así, la *condictio* es la de siempre, con una *intentio* referida a un *rem dare oportere*, y no puede decirse que sea una *condictio ex causa furtiva*, pues la retención sin causa de tales objetos llevados por la corriente no constituye propiamente una *contrectatio* furtiva.

6. Entramos ahora en la consideración de los casos en que parece perfilarse una *condictio possessionis* ya en el derecho clásico, aunque también de ellos se puede dar una explicación dentro de los límites de la *condictio* ordinaria.

En cierto modo, el último texto citado —el de los muebles dispersados por la inundación— nos presentaba ya un caso límite. Estos otros que vamos a considerar a continuación pertenecen a una determinada doctrina jurisprudencial minoritaria.

a) Ante todo, la doctrina Sabiniana que admitía el *furtum fundi*. Aulo Gelio nos informa de esta peculiar doctrina (*noct. att.* 11,18,13). No sería una doctrina ancestral, sino una reacción particular, quizá ante la extensión, por las leyes Plautia y Julia, de la prohibición de usucapir las *res furtivae* a los *fundi vi possessi*. Aquella doctrina Sabiniana fué abolida por la jurisprudencia posterior; el mismo Gayo, que pretendía ser un Sabiniano, la declara *improbata* (2,51), *abolita* (D.41,3,38) *sententia*. Con todo, Celso la

mantuvo, y su autoridad hizo que la misma jurisprudencia que disenta mencionara su particular opinión a este respecto. La *condictio ex causa furtiva* era una consecuencia lógica de la admisión del *furtum*, pero aquí, precisamente por ser los fundos perfectamente identificables, la razón de la *condictio* no es fácilmente perceptible. La reivindicatoria podría parecer más ventajosa, pero quizá la exigencia de posesión para la legitimación pasiva podría reducir al propietario al ejercicio de la *condictio*. Con todo, lo excepcional de esta aplicación de la *condictio ex causa furtiva* no debe hacernos pensar que la acción misma tuviera una fórmula especial. La *condictio* sigue siendo siempre la misma: una *condictio rei* y no *possessionis*. Son los bizantinos los que tienden a configurar esta *condictio* como *possessionis*, pero en su conformación de los textos incurrieron en una contradicción que los delata.

Ulpiano 41 *Sab.*—D.47,2,25, tras adherirse a la doctrina dominante, que rechaza el *furtum fundi* (pr.), agrega que Labeón (hay que pensar: contra, Sabino) negaba la *condictio* contra el *vi deiiciens*, pero recuerda que Celso sí la admitía, al igual que en el caso de un hurto de cosa mueble (§ 1); es decir, una *condictio ex causa furtiva*. Los bizantinos, sin embargo, atribuyen a Celso, por interpolación, la *condictio possessionis*:

sed Celsus putat posse condici [possessionem] quemadmodum potest re mobili subrepta.

Como si la *condictio ex causa furtiva* fuera siempre *possessionis*, lo que no podía decir Celso. Y sabemos que no lo decía, pues en otra referencia de Ulpiano (D.13,3,2) nos encontramos con una aparente reducción de la *condictio possessionis*, según el mismo Celso, al caso de que el *vi deiectus* no fuera propietario, sino tan sólo poseedor. Esta segunda referencia también está retocada por los compiladores, en el sentido de alojar su *condictio possessionis*, aunque en forma contradictoria con la referencia anterior:

posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus. [sed ita si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem] <—> eum condicere Celsus ait.

Esta segunda referencia procede del libro 18 *Sab* de Ulpiano, donde se trataba del usufructo. Esta conexión explica la secuen-

cia del discurso de Ulpiano, y da luz para la crítica del texto. Conviene detenerse un momento en esta secuencia.

Ulpiano se plantea en primer lugar (D.7,9,12) el problema de los accesorios de un fundo en usufructo: los *vasa*, nos dice, permanecen en propiedad del nudo propietario, y no pasan a la del usufructuario como en caso de dinero (cuasiusufructo); así, puede el nudo propietario reclamar esos accesorios por medio de la *reivindicatio* cuando el usufructuario se resiste a dar la caución usufructuaria; y Ulpiano se pregunta si acaso podrá reclamar también por la *condictio*. En el mismo libro (D.7,5,5,1), Ulpiano dice que tal *condictio* es posible en el usufructo de cosas consumibles (*quae in absumptione sunt*), para forzar al usufructuario a dar la caución, y allí nos dice que Sabino, seguido también de Celso, admitía la misma *condictio* cuando el usufructo había terminado, y tales cosas, naturalmente, habían sido consumidas; opinión ésta que parece a Ulpiano *non inarguta*. En la mentalidad de los bizantinos, la *condictio* antes de terminar el usufructo se configura directamente como *condictio cautionis*, y la que se da después como *condictio ipsius quantitatis*, pero para los clásicos la *condictio* es siempre la misma, referida a la *ipsa res*. Entonces Ulpiano se pregunta (frag. 12) si esa *condictio* pueda aplicarse al caso de los accesorios del fundo en usufructo, que no son cosas consumibles. Pero los compiladores nos han privado de la respuesta de Ulpiano, pues han cortado la cuestión con un argumento dogmático:

videndum est de condictione, an possit locum habere: [et proditum est neminem res suam nisi furi condicere posse] <—>.

Ulpiano, sin duda, citaba una vez más la opinión de Sabino-Celso, según la cual esta *condictio* de los *vasa* era posible, y a tal propósito debe referirse el frag. del mismo libro (D.12,5,6):

Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse coerceri: in qua sententia etiam Celsus est.

Probablemente, el mismo Ulpiano admitía esta posibilidad. En efecto, aunque los *vasa* no sean consumibles, su reivindicación, dada la dificultad de identificación que puede ocurrir, e incluso su real

“consumición”, inevitable en el uso de cosas frágiles como los *vasa*, podía resultar difícil, y era más práctico al propietario el poder reclamar esos *vasa* como un acreedor, reconociendo que el usufructuario se había hecho propietario de ellos.

La idea de que tal *condictio* era inadmisibles porque el propietario debe reclamar por la reivindicatoria y sólo puede hacerlo con la *condictio* cuando se dirige contra un *fur* (*condictio furtiva*) vino a perturbar la solución de los clásicos. Tal idea pudo ser sugerida quizá por la proximidad de una referencia, en el mismo libro 18 *Sab.*, a la *condictio furtiva*. En efecto, Ulpiano parece haber enlazado con la cuestión de la acción del nudo propietario contra el usufructuario moroso en la prestación de la caución usufructuaria la cuestión del hurto de las cosas en usufructo. Se nos conserva un resto de ese tema del libro 18 en D.13,1,1: *in re furtiva soli domino condictio competit*. Esto, tratándose del usufructo, quiere decir que la *condictio ex causa furtiva* no corresponde al usufructuario, sino al nudo propietario, en tanto la *actio furti* podía ser concedida al usufructuario conjuntamente con el propietario (Ulp. 42 *Sab.*—D.47,2,46,1). Esto tenía aplicación para el caso de usufructo de cosas muebles, en las que se incluyen naturalmente los accesorios de un inmueble, respecto a los cuales el mismo Ulpiano (D.47,2,25 cit.) admite el *furtum sin dubitatio*. Pero el problema era el de la invasión de un fundo en usufructo.

Este es el punto de la secuencia del libro 18, en que se inserta la referencia a la doctrina Sabiniana del *furtum fundi* (D.13,3,2):

sed et ei qui vi aliquem de fundo deiecit posse fundum condicti Sabinus scribit, et ita et Celsus... (cit. supra).

Como sabemos, Ulpiano no seguía la doctrina del *furtum fundi*, pero la mencionaba como opinión especial de Celso. Sólo que la distinción de Celso, en contradicción, como hemos visto, con otra referencia del mismo Ulpiano (D.47,2,25), no podía ser la que nos presenta el texto compilatorio (entre el caso de una *condictio* del propietario y la de un poseedor), sino, como obliga a pensar la secuencia sobre el usufructo que ofrece el libro 18, entre la *condictio* del propietario y la del usufructuario. Como los compiladores querían utilizar este texto para su título *de conductione triticiaria* (D. 13,3), decidieron dar mayor amplitud al principio de Celso,

sustituyendo el usufructuario por el poseedor, lo que, dada la aproximación bizantina entre ambos conceptos, no les resultaba nada violento. Con ello crearon una distinción entre la *condictio rei* del propietario (*condictio furtiva*) y la *condictio possessionis* a favor del simple poseedor. Pero este aprovechamiento de la distinción de Celso no debe hacernos perder de vista que, en el pensamiento de Celso la *condictio* seguía siendo siempre la misma, en uno y otro caso. La diferencia podía estar tan sólo en el criterio para fijar la estimación de la *condemnatio*, como ocurre en la *actio furti*, donde la *condemnatio* a favor del usufructuario se refiere al valor *de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse*, en tanto a favor del nudo propietario se refiere a *quod interfuit eius proprietatem non esse substractam* (D.47,2,46,1 cit.). Por tanto, diferencias que afectan a la estimación judicial, pero no a la fórmula de la acción, que sigue siendo siempre la fórmula abstracta referida a *rem dare oportere*, es decir, una *condictio rei* y no una *condictio usufructus o possessionis*. Así, lo excepcional de la opinión de Sabino-Celso estaba en la aplicación de la *condictio*, no en el tipo de acción.

b) Al mismo Sabino se debe otra aplicación anómala de la *condictio*, que ha servido para construir otro supuesto caso de *condictio possessionis*: lo que podríamos llamar un cuasisequestro. Nos refiere el caso Ulpiano en su comentario al *edictum de rebus creditis* (Ulp. 28 ed.—D.19,5 [*de praescriptis verbis et in factum actionibus!*] 7):

*si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori,
[praescriptis verbis actio] <—> in eum competit...*

La causa del acto es una apuesta (cfr. *sponsio* con ese sentido en D.11,5,3). Podemos imaginar dos partes de la apuesta, que entregan cada una un anillo a un tercero, para que éste restituya los dos anillos al que resulte vencedor. La concesión de la *actio praescriptis verbis* puede atribuirse sin vacilación a los compiladores, que aprovecharon este texto para su título 19,5. El primer problema es el de qué acción daba Ulpiano contra este tercero que no restituye los anillos al vencedor de la apuesta. En el libro 28 ed., Ulpiano trataba de las *actiones commodati y pigneraticia (in personam)*, dos

acciones *in factum* similares a la *condictio*, y luego empezaba con las del edicto de las acciones adyecticias, que no interesan para nuestro caso. Resulta evidente, por tanto, que no se trataba de depósito, ni de aquel tipo de depósito que llamamos secuestro, al que nuestro pensamiento acude tan pronto nos imaginamos el supuesto presentado por Ulpiano. Como ya advirtió Cujas, no se trata propiamente de secuestro porque no se ha hecho conjuntamente por los dos depositantes, sino que cada uno ha dado su anillo separadamente; sin embargo, la diferencia no es muy grande, pues, en todo caso, es evidente que Ulpiano daba para este caso una *actio in factum*, quizá una *actio in factum* especial, distinta de la del *pignus*, y, desde luego, de la del comodato, no muy distante de la *actio in factum* llamada *sequestraria*. La *actio sequestraria* parece haber sido conocida por Labeón (Ulp. 11 *ed.*—D.14,3,9,3); el nombre vuelve a aparecer tan sólo en Pomp. 22 *Sab.*—D.16,3,12,2, y llama la atención que Sabino, en este supuesto similar al del verdadero secuestro, concediera las acciones del *furtum*. En efecto, el texto de Ulpiano que estamos considerando (frag. 7) continúa rechazando también aquí la opinión de Sabino (no se menciona a Celso en esta ocasión), según la cual debía apreciarse un *furtum* en la no restitución de los anillos al vencedor de la apuesta:

... *nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat...*

La mano del interpolador volvió a introducir el argumento de falta de propiedad o posesión, como en el otro texto visto supra (sub 4 a):

... [*quemadmodum enim rei nomine cuius neque possessionem neque dominium victor habuit aget furti?*]...

Una tal salida supone una total renuncia a ponerse en el punto de vista de Sabino. Partía éste de un concepto más amplio de *furtum*, sin *contrectatio* como elemento esencial, y esto explica la antigua inclusión del depósito dentro de la órbita del *furtum*, antes de que el pretor creara una especial acción *in factum* para sancionar el dolo del depositario infiel, antiguamente equiparado al *fur*. La particularidad de la opinión de Sabino estaba en esta no-exigencia de la *contrectatio*, y el problema de si uno de los dos anillos no

procedía de la propiedad del vencedor, eso carecía de especial relieve para la solución del caso. En realidad, la cuestión del dominio no se presentaba, e incluso podemos imaginar que los dos anillos eran iguales, por lo que no cabía sobre ellos, por su misma fungibilidad, más que una relación crediticia y no de propiedad. En todo caso, era evidente que la parte no-vencedora no podía reclamar el suyo, y con ello había perdido su propiedad sobre su anillo, de lo que resultaba que, si no se daba acción al vencedor, el que retenía los anillos podría lucrarse injustamente. Con esto se explica que Sabino admitiera una *condictio*, en vez de la *reivindicatio*, a favor del vencedor, no sólo por el anillo que él había entregado, sino también por el que había entregado su contrincante. Que Ulpiano rechace esta configuración de Sabino se debía a que tenía un concepto más estricto del *furtum*, pero no a escrúpulos de propiedad o posesión, como los que dominan a los compiladores deseosos siempre de recordar la distinción entre *condictio rei* y *condictio possessionis*. Esa *condictio* que daba Sabino era la ordinaria, igual a cualquiera otra, y simplemente un caso más de *condictio ex causa furtiva*, no una *condictio possessionis*, como los mismos compiladores lo reconocen.

El texto termina con una variante hipotética:

... *plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit.*

Quizá se pueda pensar que esta coletilla "*plane...*" no pertenezca a Ulpiano, pero yo no veo motivos de fondo para negar la coherencia de la solución. Si la *sponsio* se considerara inmoral, fallaba la causa, y procedía la *condictio*, como en cualquier *datio ob iurpem causam*, para repetir lo que se había dado, es decir, el anillo propio, pues la reivindicatoria resultaba más difícil. Se podría pensar quizá en la exclusión de la *condictio* por afectar la inmoraliad a las dos partes, según el principio de la *melior causa possidentis*, pero esto no tiene aplicación en nuestro caso, por la razón de que la *condictio* se dirige contra el que no es parte en la *causa sponsionis*, sino que interviene como "tercero".

c) El mismo Ulpiano, 38 *ed.*-D.13,1,12,2, nos refiere una opinión particular de Aristón que presenta una aplicación especial de

la *condictio* a favor de un poseedor, de donde se quiere derivar un argumento en apoyo de la *condictio possessionis*: una *condictio furtiva* a favor del acreedor pignoraticio.

En el libro 30 *ed.*, Ulpiano trataba de la *fiducia* y no del *pignus*, y por eso D.13,7,22 pr. no hace más que probar, lo que es indiscutible, la *condictio ex causa furtiva* a favor del fiduciario, que es propietario. Que aquí se mencionaba también la *condictio*, al lado de la *actio furti*, me parece cierto. Que en D.47,2,80, donde se formula abreviadamente (por lo demás, tanto para la *fiducia* como para el *pignus*) la misma regla de que el *debitor* que comete hurto de su garantía no recupera lo que tuvo que pagar por el hurto, no se hable más que de *actio furti*, eso no prueba nada en contra de la presencia de la *condictio* en el frag. 22 pr. de Ulpiano. Es más, aun aceptando la crítica de las expresiones *consequi ex actione* como impropias de un clásico, subsiste siempre en nuestro texto una referencia ineliminable a la *condictio* (... *vel condictio- ne*). Queda todavía un motivo de sospecha en el frag. 22 pr., pero que no afecta al tema de la *condictio* de una manera directa; me refiero al inciso ... *etiamsi culpa creditoris furtum sit*. Tal como está, resulta ilógico, pues que el acreedor deba imputar a su crédito todo lo que cobre por razón del *furtum* de la garantía (siempre, como ya se ha dicho, que no la hurte el mismo deudor) sería todavía más natural en el caso de un hurto sufrido por su culpa, y la conexión *etiamsi...* resulta ilógica. Pero esto tiene una explicación: los compiladores, que han puesto el *pignus* en lugar de la *fiducia*, quieren recordar que la antigua responsabilidad por *custodia*, propia del *pignus*, ha sido modificada por aplicación de los criterios generales de la *culpa*. Ahora bien: si el acreedor pignoraticio puede reclamar por hurto, es porque responde, ahora, en los límites de su *culpa*. Los compiladores han querido recordar que todo el problema de la imputación de lo cobrado por el hurto se presenta tan sólo cuando puede reclamar por hurto, es decir, cuando responde por haber incurrido en *culpa*. La interpolación es similar, pero menos elegante que la de D.47,2,14,12: *si conduxerit quis habebit furti actionem, [si modo culpa eius subrepta sit res]*. Pero esto no afecta al tema de la *condictio*.

El problema está en que el frag. 12,2 nos presenta una *condictio ex causa furtiva* a favor del acreedor pignoraticio, cuando sa-

bemos, incluso por el mismo Ulpiano 29 Sab.-D.47,2,14,16, que, en todos estos casos de responsabilidad por *custodia*, el que responde por *custodia* dispone de la *actio furti*, pero no da la *condictio*, que corresponde exclusivamente al propietario: *condictio autem ei demum competit qui dominium habet*.

Se ha pensado eliminar la dificultad suponiendo que el frag. 12,2 también se refería originariamente a la *fiducia* y no al *pignus*, pero, aunque tal sustitución por obra de los bizantinos es siempre posible, me parece increíble que Ulpiano hubiera de citar una opinión de Aristón, recogida por Neracio, para decir algo tan normal como que el propietario fiduciario dispone de la *condictio ex causa furtiva*. En mi opinión, el texto de Ulpiano debe referirse al *pignus*, lo cual nos obliga a enfrentarnos con la dificultad, es decir, a explicar la opinión especial de Aristón contraria a la regla común de que es el propietario deudor y no el acreedor pignoraticio quien puede reclamar por la *condictio ex causa furtiva*. Para ello conviene tener presente la secuencia de todo el texto (D.13,1,12).

Ulpiano empieza (pr.) por referir la regla que "elegantemente" daba Marcelo, de que el propietario conserva la *condictio* (respecto al que responde de *custodia* y puede por ello ejercitar la *actio furti*) siempre que no haya perdido la propiedad por su voluntad: *si res mihi subrepta tua remaneat, condices, sed et si dominium non tuo facto amiseris, aequè condices*. A continuación (§ 1), Ulpiano refiere un ejemplo "elegantemente" resuelto por el mismo Marcelo: si el propietario ha entrado en un *iudicium communi dividundo*, se considera que pierde su derecho, y por ello la *condictio*, tan sólo si fué él quien promovió el juicio, pero no cuando fué provocado por otro condueño: *si provocasti... amiseris conditionem, si provocatus es, retineas*. En este momento se inserta el § 2, que es el que nos interesa especialmente:

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum cui pignori res data sit, [incerti] conditione acturum, si ea subrepta est.

La conexión con el § 1 me parece que puede aclarar el punto de vista de que depende esta opinión. Se trata de ver cuándo el propietario ha perdido voluntariamente su propiedad sobre la cosa hurtada. En nuestro caso, el pensamiento de Aristón es éste: el

propietario deudor parece haber perdido voluntariamente su derecho a disponer de la cosa, ya que ha hecho entrega de ella no en propiedad, pero sí con concesión al acreedor de la disposición de la cosa (*ius vendendi*). Sobre todo si nos ponemos en el momento en el que, por no haberse pagado la deuda vencida, el propietario no tiene ya más derecho que a reclamar el *superfluum* del precio de la venta. Si en ese momento se produce el *furtum*, puede parecer natural que no sea el deudor quien reclame por la *condictio*, sino el acreedor, que es quien tiene toda la disponibilidad de la cosa y queda tan sólo obligado a la devolución del *superfluum*, con imputación de lo que obtenga por la *actio furti* y la *condictio*. De este modo se cubría mucho mejor la función de garantía que debe cumplir el *pignus*. Desde este punto de vista, la concesión de la *condictio* al acreedor resulta muy natural, aunque constituya una excepción al principio general de que el que responde por *custodia* sólo tiene la *actio furti*; la excepción vendría justificada por el especial fin de garantía que caracteriza al *pignus*. Pero no sabemos cuál era la opinión de Ulpiano a este respecto. Llama la atención que después de haber elogiado dos veces la *elegantia iuris* de Marcelo, no elogie la opinión de Aristón, pero esto no basta quizá para presumir su discrepancia. Es posible que Ulpiano hiciera alguna reserva, por ejemplo, que aceptara la solución de Marcelo tan sólo para el momento posterior, al vencimiento de la deuda, pero el texto ha sido cortado precisamente en el punto donde estas declaraciones de Ulpiano podían seguir, y nos quedamos sin saber si Ulpiano admitía alguna excepción al principio general de que sólo el propietario dispone de la *condictio ex causa furtiva*.

En todo caso, lo que sí resulta evidente es que estamos ante un caso más de aplicación especial de la *condictio*, pero no de una *condictio* especial. Se trata una vez más de la *condictio rei (ex causa furtiva)*, cuya *intentio* iba referida como siempre a un *rem dare oportere*, aunque el acreedor no fuera aquí el propietario. Aquella *condictio* excluía la reivindicatoria, en este caso la del deudor, con lo que podía decirse que éste quedaba definitivamente expropiado. También en este caso podía hablarse de *datio*, aunque hecha por quien no era propietario, como puede ocurrir en otros casos, pues la *datio* no es la transferencia de la propiedad, sino el acto que

produce la exclusión de la reivindicatoria en beneficio del que no era todavía propietario.

d) Finalmente, nos encontramos en Ulp. 34 *Sab.*—D. 12,1,4 (citado) pr. con una *condictio* concedida al deudor contra el acreedor pignoraticio que no restituye la prenda, una vez cobrada la cantidad que se le debía:

Res pignori data, pecunia soluta, condici potest.

Tampoco en este caso tenemos motivos para sospechar que se trataba de *fiducia* y no de *pignus*. Evidentemente, la concurrencia de la *condictio* con la ordinaria *actio in factum* contra el acreedor pignoraticio puede llamar la atención, pero el hecho se explica por un precedente clásico.

Según nos dice el mismo Ulpiano (37 *ed.*—D. 47,2,52,7), que aprueba tal opinión, Mela había sido del parecer de admitir que había *furtum* por parte del acreedor pignoraticio que no restituía. Naturalmente, para ello debía apreciarse dolo en la no-restitución, y así se dice en el texto de Ulpiano: *si celandi animo retinet*. Se trataba, pues, de un caso más de *condictio ex causa furtiva*, que presuponia el *furtum*, y, por ello, el dolo. Sólo que en el frag. 4 pr. la referencia aparece tan abreviada que la necesaria conexión con el *furtum* ha desaparecido, y la *condictio* parece darse en todo caso. Para los bizantinos, que habían reducido la responsabilidad del acreedor pignoraticio a la *culpa*, esa *condictio* presentaba ventajas del todo nuevas, y valía la pena de independizar tal *condictio* del supuesto de dolo, es decir, del *furtum*.

7. Hasta aquí la *condictio* clásica que sirve de precedente a la *condictio possessionis* de los bizantinos. Para éstos la *condictio* ha perdido su fórmula, y se ha convertido en una acción general contra el enriquecimiento injusto, cuyo objeto es variable. Será éste la *ipsa res*, incluso, por fuerza de la tradición clásica, en caso de *furtum*, pero puede ser ahora la simple devolución de la posesión. lo que constituye un *tradere*, es decir, una *facere*, que se integra dentro de las obligaciones de objeto *incertum*, como *condictio incerti* que viene a ser la *condictio possessionis*. Para tal construcción, los bizantinos pudieron aprovechar, aunque no muy cohe-

rentemente, una serie de supuestos en los que la *condictio* ordinaria se daba a favor de un simple poseedor o contra el que no había recibido más que la posesión. Una vez conseguida esta nueva *condictio*, su extensión a nuevos supuestos totalmente desconectados de todo precedente clásico resultaba muy fácil. Señalaremos, para terminar, tan sólo dos:

a) El derecho clásico conocía la *retentio propter res donatas* a favor del marido que debía restituir la dote (*Ep. Ulp.* 6,9), pero Justiniano ha suprimido todas estas retenciones: *Taceat in ea re retentionum verboritas!... ex qua causa ob res donatas retentio introducatur cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iure mederi?* (CJ.5,13,5,5a, *decisio* del 530). Consecuentemente, cuando el marido realiza estas retenciones, debe darse una acción de repetición. Los compiladores han aprovechado un texto de Gayo (D.24,1,6) para introducir con ese fin la *condictio* contra el marido poseedor, una *condictio possessionis*:

[quia] quod [ex non concessa donatione] <propter res donatas> retinetur, [id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet] <—>.

El texto de Gayo (11 *ed. prov.*, donde trataba de *re uxoria*) debía de hablar de la *retentio propter res donatas*, pero resulta difícil reconstruir su tenor exacto; no hablaría de la *condictio*, toda vez que tal retención era lícita. Sí, en cambio, preferimos suponer que no se trata aquí de la *retentio propter res donatas*, sino de las donaciones (prohibidas entre cónyuges) retenidas después del divorcio, entonces la *condictio* sería sí posible, pero como alternativa con la reivindicatoria, y no sería una *condictio possessionis*.

b) El derecho justiniano ha convertido el precario en un contrato innominado, sancionado por la *actio praescriptis verbis*, a la vez que por la *condictio possessionis*, de objeto *incertum*. En efecto, en los contratos innominados que consisten en el cambio de una prestación por otra, la *actio praescriptis verbis* sirve para exigir el cumplimiento de la contraprestación, en tanto la *condictio* (*ex pac-*

nitentia) sirve para recuperar lo que se dió a causa de la contraprestación no cumplida; pero en el caso del precario la contraprestación consiste precisamente en la devolución de la cosa dada en precario, por lo que la *actio praescriptis verbis* y la *condictio incerti* se confunden. Los compiladores aprovecharon un texto de Juliano (D.43,26,19,2) para introducir esta *condictio possessionis*:

... [*cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*].

Creo que todo este final es insiticio, pues parece poco verosímil que Juliano volviera a hablar aquí del interdicto, del que acaba de hablar como expediente natural a favor del *precario dans*.

ALVARO D'ORS