

II

LA PRIMITIVA PROTECCION PROCESAL DEL «COMMODATUM»

(A propósito de una reciente monografía de Zannini) *

1.—Revisar los resultados doctrinales sobre la historia del *commodatum* romano y, más concretamente, desde su origen hasta la protección «independiente» pretoria, es el propósito de P. Zannini en esta nueva monografía. La tarea, como sucede casi siempre cuando nos enfrentamos con cuestiones de orígenes, resulta ardua y conlleva indudables riesgos; el jurista se debe mover entre una densa bruma que difumina los contornos y, en esas circunstancias, cualquier afirmación categórica puede resultar peligrosa.

El autor divide su investigación en tres grandes capítulos: I.—«Comodato e *fiducia cum amico*» (pp. 9-66), II.—«*Actio commodati in factum* e genesi dell'editto» (pp. 67-114) y III.—«La tutela del comodato prima dell'intervento del pretore» (pp. 115-167). Entre otras de menor importancia, las conclusiones principales a que Z. cree poder llegar son las siguientes: *i*) la *fiducia cum amico* no pudo ser utilizada con función de comodato, *ii*) la *formula in factum commodati* sería introducida en el Edicto a finales del siglo II a. C., *iii*) antes de esa protección pretoria el comodante pudo acudir a la *legis actio per conditionem* y, más antiguamente aún, a la *legis actio per sacramentam in rem*.

En nuestra recensión seguiremos puntualmente el orden establecido por el autor, si bien —y como simple observación de matiz— cabría indicar que la distribución del a. tal vez no sea la más idónea; en ese sentido quizá hubiera sido mejor el comenzar con una introducción explicativa, pasar luego a la posible protección del comodato antes de la tutela autónoma pretoria (incluyendo los capítulos I y III) y dejar para el final el capítulo II.

2.—En el cap. I se procede a una revisión de los dos textos fundamentales sobre la *fiducia cum amico*: Gayo 2.60 y Boecio, *in Ciceronis*

(*) PIERLUIGI ZANNINI: *Spunti critici per una storia del «commodatum»* [«Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino», XIII] (Giuffrè, Milano 1983), 174 págs

topica 4.10.14, respecto a los cuales el a. concluye que están bien lejos de hacernos pensar en la función de comodato. Ciertamente, del fragmento de Gayo 2.60:

Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint¹; et si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio

sólo cabe desprender que la *fiducia cum amico* pudo ser utilizada con función análoga a la de depósito «para que nuestras cosas estén seguras en su poder» (y, sobre todo, a casos particulares de depósito: depósito miserable); nada hace pensar en la función de comodato. El pasaje gayano parece claro, la *fiducia* podía ser: *cum creditore* (con finalidad de garantía) y *cum amico* (con finalidad de protección). Menos decisivo resulta el testimonio de Boecio, pese a coincidir con la descripción de Gayo, dado que el *velut* ejemplificativo no excluye otras posibilidades, al menos en principio.

El a. rechaza así como argumento el inciso «*quo tutius nostrae res apud eum sint*», que sólo vendría referido a la función de depósito. esto, pese a la observación anterior, vendría a coincidir con el testimonio de Boecio, *in Cic top.* 4.10.14.

Luego (pp. 36 ss.) pasa el a. a comentar los textos donde los compiladores, presumiblemente, sustituyeron la originaria referencia a la *fiducia* por el binomio *depositum vel comodatum*. El autor reconoce, tal y como había puesto de relieve la romanística crítica, que los justinianos procedieron a esa sustitución, pero esto no sería suficiente para justificar que la *fiducia cum amico* se usara indiferentemente con finalidad de custodia o de préstamo de uso. Para él (p. 64) no cabe admitir que la *fiducia cum amico* se utilizó con finalidad de comodato sólo porque los compiladores suplieron la mención de la *fiducia* por la de depósito o comodato, a menos que se quisiera entender que los bizantinos operaron dicha sustitución no para adecuar los textos clásicos al derecho vigente sino para reconstruir en el plano histórico la normativa del depósito y comodato.

Sin embargo, no se justifica con nitidez cuál fue la razón de semejante sustitución. ¿No estaría suficientemente claro para ellos que la *fiducia cum amico* pudo ser utilizada desde antiguo también con fines de comodato?, y si esto no era así ¿por qué otra razón se procedió a la sustitución?, ¿acaso por la aproximación entre depósito y comodato, sentida de manera muy especial desde la época postclásica? Son muchos los interrogantes que surgen y quizá no quepa una solución tan drástica como la propuesta por el a., máxime cuando no se dan

1. Tiene razón el a. en su crítica de la tesis de Solazzi (pp 11 ss.) No hay razón aparente para considerar glosemática la frase «*quo tutius nostrae res apud eum sint*».

unos argumentos totalmente convincentes; Z. señala que la opinión mayoritaria procede con apriorismos, pero tampoco él parece estar libre de ellos.

Pese a las observaciones del a. (que, desde luego, son coherentes) yo no excluiría por completo que la *fiducia* pudiera ser utilizada, si bien de forma excepcional, con fines de comodato. Ciertamente, el recurrir a la fiducia, que exigía el acto formal de la *mancipatio* —lo que la limitaba a las *res mancipi*— o de la *in iure cessio* e implicaba atribución de la propiedad, resulta desproporcionado para una finalidad de comodato (al igual que con fines de depósito), pero no debemos olvidar la pobreza del derecho primitivo donde los pocos recursos existentes eran utilizados para supuestos diversísimos. La *fiducia* tuvo un ámbito de actuación muy amplio que quizá no resulte oportuno el minimizar; tal vez por ello, y para préstamos de las cosas más relevantes, se acudiera a la *fiducia* por estar tutelada jurídicamente (según parece lo más probable a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*)². Por lo demás, y esto también lo pone de manifiesto el a. en otro lugar (pp. 117 ss.), los préstamos de uso son habituales en la vida social y más aún en las sociedades menos desarrolladas donde los vínculos de parentesco, vecindad o amistad tienen singular preponderancia; la inmensa mayoría de esos préstamos debían quedar, como testimonian las fuentes literarias, fuera del ámbito jurídico y con la única sanción de la *fides*.

Concluyo. Se debe reconocer lo poco idónea que resulta la fiducia para este menester (al igual que utilizada con finalidad de depósito, e incluso de mandato) pero tal vez no quepa excluirla por completo en nuestro caso, al menos para ocasiones excepcionales. El testimonio de Boecio no termina de servirnos, y el de Gayo (pese a que el a. tiene razón en su interpretación) ¿excluye realmente otros supuestos?

Una última observación marginal relativa al conflictivo pasaje de Paulo 18 *ad Ed.*, D. 9.4.22.pr. El autor (pp. 60 ss.) se acoge a la interpretación de Sargenti y defiende el texto como sustancialmente genuino; eso no parece lo más probable, sobre todo si lo estudiamos con los dos párrafos siguientes del mismo fragmento. Creo que Paulo hacía referencia a la *fiducia* y que el inciso inicial del texto cabría reconstruirlo de la siguiente forma: *Si servus [depositus vel commodatus] <fiduciae datus> sit*, tal y como ha puesto de relieve un sector de la doctrina desde Pernice³.

2. El punto es muy debatido. También pudo ser a través de la *legis actio per conductionem* pues la fiducia conlleva la *datio* (atribución de la propiedad), pero si admitimos esto último resultaría difícil de justificar cómo se pasó luego a una acción de buena fe: la *actio fiduciae*; la fiducia no tuvo primero una fórmula *in factum*.

3. PERNICE, *Labeo*, III-1, p. 140 n. 2; cfr. la bibliografía citada por el autor en p. 60 n. 85.

3.—El cap. II lo inicia el a. con la cita completa del controvertido pasaje de Gayo 4.47; el autor reconoce, siguiendo en esto a la opinión doctrinal mayoritaria, que la *formula in factum* fue anterior a la *formula in ius ex fide bona*. Sobre esta supuesta segunda fórmula volveremos luego —*infra* núm. 5—; baste con señalar de momento que, sin duda, la protección pretoria se produjo a través de una fórmula *in factum*.

Pasa luego el a. a un examen de Ulpiano 28 *ad Ed*, D 13,6.1 pr.-1, esencial para determinar la génesis del edicto introductorio; sostiene, creo que con razón, la sustancial genuinidad de ambos párrafos. En su opinión *Paconius* no fue el introductor del edicto y, francamente, conforme al tenor literal del texto recibido, la opinión de Zannini parece correcta. Más difícil resulta el precisar quién era el tal Paconio, pues sólo aparece citado en dos ocasiones: ésta y D. 37.12.3.pr⁴; *Paconius* (o *Pacunius*), según se suele suponer por aparecer citado en el *liber 8 ad Plaut.* de Paulo, sería un jurista del siglo I d. C., pero la hipótesis no es segura y tampoco resulta descabellado el pensar que se trate de *Pacu[n]<v>us Labeo*, padre del gran jurista, y por tanto del siglo I a. C. (y esto a pesar de la opinión contraria del a. en p. 87, n. 26)

Como punto de partida para su argumento establece el a. que «al tempo di Labeone il prestito d'uso era già assunto al rango di un istituto direttamente e stabilmente protetto dal pretore», es decir, que la *formula in factum commodati* ya estaba en el Edicto en esa época. Esto no es puesto en duda por nadie. Sin embargo, creo que yerra el autor en su interpretación de Paulo 29 *ad Ed*, D. 13.6.17.5; según Z., cuando Labeón menciona una *actio commodati contraria* se presupone la existencia de una *actio commodati directa*, pero me parece haber demostrado que toda la opinión atribuida a Labeón en ese pasaje es fruto de interpolación⁵.

El a. se remonta en el tiempo y llega a indicar, en contra de la doctrina común, que la fórmula *in factum* existía con anterioridad a Quinto Mucio Escévola pues sería conocida ya por este jurista. A mi entender, las cosas tal vez no sean así. En efecto, Quinto Mucio trataría del comodato sólo a propósito del *furtum* y, probablemente —cfr *infra* núm. 4—, el comodatario que no devolvía era equiparado al ladrón.

4. Cfr LENEL, *Palíngenesia*, I, col. 803.

5 Cfr. PARICIO, *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato*, en REHJ 8 (1983), en prensa, *passim*; donde se recoge la comunicación presentada en el 2.º Congreso de romanistas españoles celebrado en Madrid (abril, 1983). La contraposición entre D. 13.6.13.pr y D. 13.6.17.5 parece evidente.—Se suele suponer una *actio in factum contraria* para el comodato, *pignus* y depósito (sólo éste llegó a tener más tarde una segunda fórmula de buena fe), pero ello tal vez resulte excesivo pues en esos casos servía la misma *actio negotiorum gestorum contraria (in factum)*. En los *iudicia bonae fidei*: fiducia, tutela, mandato y, luego, *negotiorum gestio* y depósito, la misma acción de buena fe servía en función de contraria.

no demuestran otra cosa los fragmentos de Pomponio *ad Quintum Mucium* (no prueban, desde luego, que el jurista republicano conociera la fórmula *in factum*). El discutidísimo pasaje de Ulpiano 28 *ad Ed.*, D. 13.6.5.3, a pesar del esfuerzo del a. (pp. 91 ss.), para poco sirve— y mucho menos de prueba concluyente—, pues se trata de un pasaje reelaborado; incluso el mismo a. supone que pasó por diversas ediciones.

Prácticamente imposible resulta, al menos con el estado actual de las fuentes, determinar el momento aproximado en que el ignorado pretor de que nos habla D. 13.6.1.1 (*qui edictum concepit*) introdujo en el Edicto la fórmula *commodati in factum*. No se puede ocultar el esfuerzo y la perspicacia de Zannini, pero tengo la impresión de que el edicto introductorio difícilmente puede ser del siglo II a. C.; con las debidas reservas indicaría que debió introducirse en la segunda mitad del siglo I a. C. y la razón quizá se deba buscar en la exigencia de la *contrectatio* para el *furtum* (que, por lo demás, tampoco está muy claro en qué momento preciso aparece). Todo el asunto resulta muy oscuro y, en casos como éste, lo más prudente sería no pronunciarse.

4.—En el tercer capítulo se estudia la probable protección procesal del comodato con anterioridad a la acción *in factum*. Trataremos separadamente los tres puntos capitales.

a) El a. pone de relieve cómo Marco Junio Bruto y Quinto Mucio Escévola entendían que cometía hurto —*furtum usus*— tanto el depositario que usaba la cosa como el comodatario que la utilizaba más allá del límite convenido (Aulo Gelio, *Noct. Att.* 6.15.1-2). Y como sabemos que contra el depositario infiel las XII Tablas establecían ya una *actio in duplum*, la misma que en el *furtum nec manifestum* (Pauli Sent. 2.12.11), cabría considerar también como ladrón al comodatario que no devolvía y sometido a la misma acción. Este argumento (pp. 127 ss.), puesto ya de relieve por un sector de la doctrina, me parece perfectamente defendible.

b) Pero además —y en este punto surgen mucho más problemas, al menos de matiz— el comodatario quedaría sometido también a la *legis actio per condictioem*. El a. respeta la conocida (y discutida) tesis de Albanese, especialmente conflictiva en lo referente a Gayo 4.19 y D. 12.1.1.1.

Todo el tema de la *condictio* formularia y de su predecesora *legis actio per condictioem* ha sido objeto de múltiples controversias. Es opinión común en la doctrina que el ejercicio de la *condictio* suponía previa *datio* (atribución de la propiedad) y que el deudor lo que debía era, precisamente, dar la propiedad; el aspecto más debatido es el de la *condictio «ex causa furtiva»*, pero aquí no estamos propiamente ante

una excepción que confirme la regla, sino que la *datio* se produce por la propia mecánica procesal de reclamar con la *condictio*⁶.

Si, como vimos antes, el comodatario fue originariamente equiparado al ladrón, parece lo más probable que cupiese ejercitar contra él (acumulable con la acción penal) la *condictio*, pero por la razón antes aludida y no porque —como señala el a.— la *condictio* tuviese en una determinada época histórica un campo de aplicación más amplio del que se suele admitir. En otras palabras, no porque la noción originaria de *dare* fuera diferente.

Que contra el comodatario ladrón fue posible ejercitar durante toda la época clásica la *condictio* lo prueba suficientemente Paulo *de conc. act.*, D. 44.7.34.1; pero el Pretor otorgó además una acción específica que, asemejada a la *condictio*, aparece en el mismo título edictal que ella (*de rebus creditis*)⁷. Aparte de otras, una diferencia entre ambas acciones estriba en que mientras la *condictio* sólo la podía ejercitar el propietario-comodante (sólo a él se le debía «dar la propiedad», y de ahí que Ulpiano señale que *In furtiva re soli domino condictio competit*: D. 13.1.1), la *actio commodati in factum* podía ejercitarla cualquier comodante.

c) Para el a., finalmente (pp. 159 ss.), en la época más antigua el comodante estuvo también protegido por la *legis actio per sacramentum in rem*. Dejando al margen innumerables problemas de todo tipo que se presentan —de los que sólo parcialmente trata el autor—, cabe aceptar la hipótesis que nos plantea; nada impediría que el comodante (y propietario) cumpliera el rito prescrito reivindicando *in iure* la cosa como propia: si el comodatario se allanaba el comodante la recuperaría a través del *addicere* magistratual, si hacía la *contravindicatio* perdería luego el litigio (se demostraría *iniustum* su *sacramentum* al no poder probar su señorío absoluto sobre la cosa).

5.—Para terminar quisiera detenerme en una cuestión de la que sólo incidentalmente se ocupa el autor (p. 3, n. 6, pp. 69 s., n. 1), si bien muestra con limpidez su opinión; me refiero al tema de la *formula commodati in ius*, sobre el que tuve ocasión de tratar en dos artículos recientes⁸. Zannini considera como «superata» la opinión, cierta-

6. Sobre este punto, D'ORS, *The «odium furum» of Gaius 4.4*, en *RIDA* 12 (1965) pp. 453 ss.

7. El problema en el depósito es más oscuro, pues ignoramos la ubicación edictal originaria de su primitiva fórmula *in factum*. Sólo sabemos que cuando se creó la segunda fórmula *in ius ex fide bona* (su tenor en Gayo 4.47) fue atraído al título *de bonae fidei iudiciis*; al ser ésta la fórmula de buena fe de creación más tardía, pasaría a encabezar dicho título (tesis de Lenel).

8. PARICIO, *La pretendida fórmula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio*, en *RIDA* 29 (1982) pp. 235 ss.; *Una nota complementaria*, cit. *supra* en nt. 5. Tengo la impresión (pese al gran caudal bibliográfico que acompaña su opinión) de que si en este caso el a. se pronuncia de manera tan concluyente ello

mente minoritaria, de quienes entienden que esa segunda fórmula no existió; pero, superada ¿por qué?

La argumentación para negarla, siempre discutible, cabría centrarla en cuatro puntos:

i) El elenco de los *iudicia bonae fidei* que nos transmite Gayo 4.62 es completo y en él no se cita el de comodato; una omisión resulta muy improbable (sería casualmente la única), y basta observar I. 4.6.28 —lista que está copiada de Gayo 4.62⁹— para comprender que desde *commodati* se citan las nuevas acciones de buena fe.

ii) Mientras de D. 16.3 se desprenden con nitidez las dos fórmulas del depósito, no cabe decir lo mismo respecto a D. 13.6 para el comodato.

iii) Si admitimos la *formula commodati in ius ex fide bona* debemos colocarla en el título edictal de *rebus creditis*, donde no resultaría justificable una fórmula de ese tipo, y quedaría sin explicar por qué el depósito, en cambio, es atraído al título *de bonae fidei iudiciis* cuando se le concedió la fórmula *ex fide bona*, y el comodato no.

iv) La referencia a las dos fórmulas del comodato en Gayo 4.47 se debe probablemente a una corrupción del texto por la aproximación, sentida de forma muy especial en la época postclásica, entre depósito y comodato. El paralelismo entre ambos no es frecuente en las fuentes más antiguas, si no me equivoco la vez primera en que aparece —y no de forma directa— es en el citado pasaje de Quinto Mucio recogido por Aulo Gelio (6.15.2) sobre el *furtum usus* de depositario y comodatario. Algo más habitual es dicho paralelismo en las obras de juristas posteriores, pero habría que revisar hasta qué punto muchos de esos pasajes son fidedignos, y en qué medida nos sirven a estos efectos. En todo caso, la diferencia edictal entre ambos es enorme, pues mientras uno aparece en el título *de rebus creditis*, el otro está con los demás juicios de buena fe; no resulta descartable el que los juristas no operasen una aproximación depósito/comodato sino, más bien, mutuo/comodato y mandato/depósito. El depósito se asimilaría al mandato (ambos son encargos de confianza, y no es infrecuente que en el mandato se entreguen cosas para el cumplimiento del encargo: p. ej., documentos) y por ello al depósito se le concedería una fórmula de buena fe: en cambio, el comodato permanecería asemejado al mutuo (las fuentes así lo testimonian en diversas ocasiones) y su fórmula asimilada a la de la *condictio*.

no se debe a especial profundización en el problema, sino a que adoptó sin más la opinión tradicional.

9. En I. 4.6.28 desaparece la *actio fiduciae* porque la fiducia había desaparecido tiempo atrás; tampoco se cita la *actio rei uxoriae* (que cerraba el elenco en el palimpsesto veronés) por la nueva concepción justiniana, el tema se aclara en I. 4.6.29

En resumen, que si prescindimos de Gayo 4.47 y de D. 13.6.18.4 (también gayano), textos ambos muy sospechosos, parece perfectamente posible negar la existencia de una fórmula de buena fe para el comodatado. Me parece que, pese a la opinión del a., el tema no puede considerarse superado.

6.—En esta recensión crítica me he limitado a tratar los puntos más importantes abordados por el autor y a efectuar algunas observaciones sobre los mismos. Permítaseme una última de carácter general. La Historia, y la Historia jurídica también, se debe hacer partiendo siempre de los textos. Pese a que no esté de más el hipotizar posibles soluciones de orden lógico-jurídico, da la impresión en nuestro caso de que las fuentes nos muestran los préstamos de uso más antiguos como situados al margen de la esfera jurídica. Bastaría recordar el conocido pasaje del *De agri cultura* de Catón sobre los *officia villici*, todo un canto a lo que deba ser un *bonus villicus* (un *bonus vir*, en último término) para percatarnos de ello¹⁰; los préstamos aparecen ahí todavía sin una cobertura jurídica y por ello Catón «recomienda» no prestar a nadie sino a las pocas personas con que se mantienen intercambios habituales (servicios mutuos).

Como decíamos al principio, cuando tratamos cuestiones de génesis las oscuridades son siempre grandes y el jurista-historiador nunca puede sentirse dueño del aspecto estudiado pues su reconstrucción resultará, como mucho, aproximada. De cualquier forma, independientemente de la posición que cada cual tome frente a esta interesante monografía, no se puede ocultar que estamos ante una obra muy honesta, seria y perfectamente documentada, tanto en el plano de fuentes como en el bibliográfico; en este último resulta en verdad admirable el esfuerzo del autor. Pese a que cabe discrepar en ciertos aspectos particulares, se trata de un libro muy meditorio.

JAVIER PARICIO

10. Catón, *De agri cultura* 5.3: *Villici officia*