La pretendida fórmula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio

por Javier PARICIO
(*Zaragoza*)

a D. Antonio Teixeira

SUMARIO: I. — Introducción. II. — Las diversas hipótesis. III. — Imposibilidad de una fórmula *in ius* que no hiciera referencia a un *oportere ex fide bona*. IV. — *¿Actio commodati in ius* de buena fe?. V. — Observaciones finales.

I. — Ninguna duda puede plantear el hecho de que la primera defensa jurídica del comodante (1) surgió en el ámbito del dere-

(1) Sobre el comodato el estudio globalmente más amplio es el de PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milán 1954 (un resumen del mismo autor en la voz *Comodato*, *NNDI*, III, págs. 688 y ss.; también del mismo, *Sulla duplicità formulare dell «actio commodati»*, en *Labeo* 2 (1956) págs. 89 y ss.; sin añadir en ellos relevantes novedades a su estudio anterior). Otros estudios sin pretender enumeración completa: SEGRÈ, *Sull'età dei giudizii di buona fede di commodato e di pegno*, en *Studi Fadda* 6 (1905) págs. 331 y ss.; DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum*, en *BIDR* 19 (1907) págs. 5 y ss.; A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, en *SDHI* 19 (1953) págs. 134 y ss.; LUZZATTO, *Commodati...vel contra*, en *Labeo* 2 (1956) págs. 357 y ss. (dura crítica a PASTORI); A. D'ORS, «*Creditum*» *y* «*contractus*», en *AHDE* 26 (1956) págs. 183 y ss. = *ZSS* 74 (1957) págs. 73 y ss.; SCHERILLO, voz *Comodato*, en *ED*, VII, págs. 981 y ss.; MICHEL *La gratuité en droit romain*, Bruselas 1962, en especial págs. 95 y ss. (pese a ser un gran libro no tiene primordial interés, según creo, para el tema aquí abordado); POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, en *Labeo* 19 (1973) págs. 161 y ss.; MASCHI, *La categoria dei*

cho honorario mediante la concesión de una acción especial *in factum*; lo más probable es que la fórmula fuese insertada en el Edicto en la segunda mitad del siglo I a.C., precisamente en el período en que mayores innovaciones introdujeron los pretores (2). Por tanto la misión pretoria fue en este caso, como en tantos otros, la de buscar cobertura jurídica a una situación desprovista de ella en el *ius civile* (*supplendi iuris civilis gratia*).

Esta fórmula sancionaba simplemente la obligación de restituir la cosa que el comodatario había recibido en uso (3) y, si no era devuelta, en virtud de la *condemnatio*, la *litis aestimatio* vendría referida al valor de la cosa en el momento de la sentencia (*quanti ea res erit*). Por lo demás, en caso de que el comodatario restituyese la cosa deteriorada, *non videbitur reddita*, y podía ejercitarse la *actio commodati in factum* (4).

Suele admitirse también de modo casi general en la doctrina la existencia de una acción *in ius* (mayoritariamente entendida de buena fe), y que tiende a colocarse de manera imprecisa bien a finales del siglo I d.C. o bien a comienzos del siglo II, habiendo llegado algún autor a suponerla posterior a la redacción definitiva del Edicto (?), hacia finales del siglo II d.C. (5). Como todo ello resulta mucho más problemático en las fuentes,

contratti reali, Milán 1973. Para una mayor bibliografía véase KASER, *RPR*, I², págs. 533 y s.; y también los trabajos citados en otras notas del presente estudio.

(2) Antiguamente — salvo que se hubiera acudido al camino indirecto de la fiducia (*cum amico*) — estaría insertado solamente en las relaciones de *amicitia* y con la única sanción (no jurídica) de la *fides*.

(3) La fórmula probable no sería muy diferente de ésta: «*Si paret A^m^. A^m^. N^o^. N^o^. rem de qua agitur commodasse eamque A^o^. A^o^. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m^. N^m^. A^o^. A^o^. condemnato. Si non paret absolvito*». Cfr LENEL, *EP*³, § 98; título edictal XVII, *de rebus creditis*. Esta fórmula fue creada a imitación de la *condictio*, y daba lugar a un *iudicium stricti iuris*.

(4) D. 13.6.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.*

(5) *Vid.* SEGRÈ, cit., págs. 369 y ss.

vamos a centrar el presente estudio en observar hasta qué punto puede tenerse certeza en la existencia de la mencionada acción *in ius* y, en su caso, cómo pudo ser su fórmula.

II. — Resumiendo esquemáticamente las diversas hipótesis presentadas hasta la fecha (y no son posibles más), creo que en síntesis podrían reconducirse a tres grandes grupos:

a) Algunos han sostenido que sin duda la acción *in ius* del comodato existió, pero que su fórmula no hacía referencia a la buena fe; así se expresaba E. LEVY (6) y esa misma opinión viene a mantener en nuestros días KASER (7).

b) La gran mayoría de la romanística, incluso la romanística crítica, acepta en cambio que la fórmula de la pretendida acción *in ius* del comodato sí hacía referencia a un *oportere ex fide bona* (8). [Lo cual « contractualizaría » al comodato; no me es posible entrar a comentar en profundidad este aspecto

(6) Su artículo *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, en *ZSS* 36 (1915) lo comenzaba LEVY con estas palabras: « Die *in ius* konzipierten Formeln der *actiones commodati* und *pigneraticia* hatten den Zusatz *ex fide bona* nicht »; y añadía que lo contrario pretendía demostrarse siguiendo todavía los pasos de los pandectistas. La misma posición seguía algunos años después en *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, II, 1 (1922) págs. 52 y ss.

(7) KASER señala (*RPR*, I², pág. 534) que la fórmula no contenía la cláusula *ex fide bona*, aunque luego añade una matización que en principio causa una cierta perplejidad: « doch wurde sie von den Juristen in wesentlichen Beziehungen den *bonae fidei iudicia* gleichgehalten ». En realidad recoge aquí su teoría ya señada en « *Oportere* » *und* « *ius civile* », *ZSS* 83 (1966) págs. 30 y ss. Ver también del mismo autor, *Restituere als Prozessgegenstand*, Munich 1968, pág. 54 y s.

(8) Considero innecesario exponer aquí una lista interminable de autores que adoptan esta opinión, véase para todo PASTORI, *Il commodato...*, cit., págs. 59 y ss.; 96 y ss.; 138 y ss.; 300 y ss. (aunque su opinión sobre la función de la fórmula de buena fe no es aceptable), o MASCHI, *Tutela. Fedecommesi. Contratti reali*, en *Studi Volterra* 4, págs. 695 y ss. Por el carácter tan peculiar que sobre toda la materia contractual mantiene su libro, puede verse también MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, París 1958, pág. 103. Dentro del género manualístico véase GUARINO, *DPR*⁵, pág. 777.

pero, en mi opinión, uno de los elementos principales (y siempre imprescindible) para poder hablar de contrato en la época clásica es el que esté protegido con acciones de buena fe; por eso es correcto decir que el depósito era un contrato — se le concedió acción de buena fe antes de la redacción definitiva del Edicto — mientras que, si no logramos demostrar lo mismo respecto al comodato, no sería exacto considerar a éste como contrato en el Derecho clásico. Por supuesto que no siempre que hay acción de buena fe puede hablarse de contrato, por eso no serían tales la tutela o la *negotiorum gestio,* aunque el paralelismo de esta última con el mandato resulte innegable (9)].

c) En un sentido completamente distinto, negando la existencia de una fórmula *in ius concepta* en el Edicto pretorio, está la opinión de A. D'ORS (10) que, en cierto sentido, viene completada principalmente por la de CRUZ al advertir que con toda probabilidad el pasaje de Gayo 4.47 — que, como luego veremos, parece el principal apoyo para sostener la acción *in ius* — habría sido alterado por una inexperta mano postclásica (11).

III. — Como ya se ha enunciado, algunos romanistas (por otra parte de indudable autoridad) entienden que la acción *in ius* del comodato no era de buena fe. El mismo KASER no tiene más remedio que reconocer por un lado que la *actio commodati,*

(9) Ya puede entenderse que, respecto a la época clásica, no sigo la distinción de Gayo (3.88 y ss.) sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones; por lo demás no creo que pueda negarse que su opinión está bien distante del resto de los juristas. Pretender que « La discussione di Gaio, più o meno direttamente echeggiata dalla giuriprudenza successiva... » (MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato,* Nápoles 1979, pág. 135) no puede aceptarse sin bastantes reservas, y tampoco puede olvidarse la manipulación que los textos sufrieron en época postclásica y justinianea tan influidas por la mentalidad gayana. En ese sentido parece preferible la distinción de Labeón (D. 50.16.19) para el que *contractus* = *ultro citroque obligatio*; este concepto restringido dista mucho del de Gayo.

(10) A. D'ORS, *Observaciones...*, cit., pág. 181 y ss.; ID., « *Creditum* » *y* « *contractus* », cit., pág. 186 y ss. = *ZSS* 74 (1957) págs. 76 y ss.; ID., *DPR*[4], § 406.

(11) CRUZ, *Da* « *solutio* » I, Coimbra 1962, págs. 209 y ss.

a diferencia de la *actio depositi,* no tenía su fórmula en el título edictal *de bonae fidei iudiciis,* y por otro que el propio Gayo (4.62) al darnos el elenco de los *bonae fidei iudicia* no menciona para nada el comodato (12). Estos dos últimos asertos parecen incuestionables (13) por lo que no es necesario entrar en polémica. Ahora bien, si se llega hasta ese punto, resulta difícil de entender por qué KASER no da el paso subsiguiente cual sería negar la existencia de la acción *in ius.* Si, como él entiende, la acción *in ius* existió pero su fórmula no hacía referencia a la *fides bona* (14) ¿ante qué supuesto tan anómalo estamos?

Desde un punto de vista estrictamente técnico no resulta extraño el hablar de una acción personal *in ius* que no fuera de buena fe (tenemos conocimiento de muchas), lo que ocurre es que el caso que ahora comentamos no tiene nada que ver con ello. Ni más ni menos que estaríamos aquí ante el supuesto (verdaderamente único) del surgimiento de una nueva acción — *in ius* — que, en el fondo, vendría a tener la misma función que la antigua acción *in factum,* lo cual iría en contra del principio mismo de economía procesal. El fenómeno del nacimiento de una acción *in ius* posterior a una acción *in factum* no es en sí mismo anómalo, bastaría recordar la *negotiorum gestio* o el depósito, pero en esos casos la nueva acción *in ius* (que nunca termina de desplazar totalmente a la antigua *in factum,* de modo más claro en el depósito) es siempre de buena fe (15). Entender, como KASER, que la *actio commodati in ius* no era de buena fe pero que los juristas la asimilaron a las acciones de buena fe no parece ni necesario ni convincente.

(12) *Vid.* KASER, *Oportere...,* cit., págs. 30 y s. Cfr LENEL, *EP*³, tít. XIX, *de bonae fidei iudiciis*; por supuesto no todas las fórmulas de buena fe aparecían en ese título, ver *infra* n. 42.

(13) Salvo, claro, que intente completarse la lista de acciones de buena fe que nos menciona Gayo con la que nos proporciona Justiniano (I. 4.6.28), lo cual desde una perspectiva histórica es totalmente rechazable.

(14) Véase KASER, *Oportere...,* cit., pág. 31 final y 32.

(15) Entender, como quiere KASER, que el comodato fue finalmente admitido en el ámbito del *ius civile* y que aunque su fórmula *in ius* no hacía referencia a la buena fe fue asimilado por los juristas a los *bonae*

Honestamente pienso que, si la *actio commodati in ius* existió, tuvo que ser de buena fe. Una fórmula *commodati in ius concepta* que no hiciera referencia a un *oportere ex fide bona* resulta, de acuerdo a los textos y según una perspectiva lógica, rarísimo y, por qué no decirlo, casi inexplicable. La alternativa es por tanto, según creo, doble: *actio in ius* de buena fe o inexistencia de la acción *in ius*.

IV. — Por tanto, excluyendo la hipótesis presentada en III, creo lícito plantear el problema en una disyuntiva: o bien nunca existió en el Edicto una fórmula *in ius concepta* para el comodato (y, por tanto, sólo tuvo la fórmula *in factum*) o, si existió, hacía referencia a la *fides bona*.

Un elenco completo de textos del que, aunque fuera indirectamente, pudiera derivarse la fórmula *in ius* (salvo error u omisión) es el siguiente ([16]):

— D. 13.6.3.2 (Ulpiano, *28 ad ed.*)
— D. 13.6.17.3 (Paulo, *29 ad ed.*)

fidei iudicia resulta innecesario. Con arreglo a las fuentes, si no se quieren entender interpolados varios textos (ver *infra* IV), pienso que hay que admitir la referencia de la presunta fórmula *in ius* a un *oportere ex fide bona* en la *intentio*.

(16) Dejo a un lado otros pasajes que, según creo, no demuestran nada a estos efectos. Así ocurre con D. 12.1.1.1 [el famoso texto atribuido a Ulpiano y que tanta controversia ha producido, desde los que lo consideran totalmente glosemático — entre los que me incluyo — hasta los que abogan por su clasicidad; véase de entre la bibliografía más reciente: WIEACKER, *Textstufen klas. Jur.*, págs. 250 y ss. (1960); KASER, *RPR*, I², pág. 530 n. 2; ALBANESE, *Tre studi celsini*, en *Annali Palermo* 34 (1973) págs. 148 y ss. (*Ancora su D. 12.1.1.1...*); A. D'ORS, *De nuevo sobre 'creditum'*, en *SDHI* 41 (1975) págs. 22 y ss.]; D. 12.5.9.pr; D. 13.6.1.pr; D. 13.6.5.2-3; D. 13.7.13.1; y, por supuesto, D. 50.17.23, totalmente manipulado. Tampoco prueba nada Gayo 4.33, *vid.* A. D'ORS, *Réplicas panormitanas VI*, cit. *infra* en nota 24, pág. 12 y s., pero para mí la frase *eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles* o se trata de una desafortunada y equívoca opinión gayana, o estamos ante un glosema (lo que me parece preferible) pues la divergencia entre esa frase y la parte anterior del texto es inaceptable. Respecto a otros fragmentos como *Pauli Sententiae* 5.6.10, véase *infra*.

— D. 17.2.38.pr (Paulo, *6 ad Sab.*)
— D. 44.7.34.1 (Paulo, *de conc. act.*)
— D. 47.2.72.pr (Javoleno, *15 ex Cas.*)
— D. 13.6.18.4 (Gayo, *9 ad ed. prov.*)
— Gayo, 4.47

Antes de pasar a comentar estos textos resulta imprescindible advertir que el comodato en época postclásica y justinianea es sin duda un negocio de buena fe (en el sentido que la buena fe tiene en esas épocas más tardías), por lo tanto no puede extrañar que esos pasajes citados puedan presentar alteraciones.

— D. 13.6.3.2 (Ulp., *28 ad ed.*): *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.*

El texto, desde antiguo, ha venido siendo regularmente considerado como interpolado [*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter*] (17), y el hecho mismo de que hasta los defensores de la fórmula *in ius* con un *oportere ex fide bona* (18) admitan la no genuinidad de la referencia ulpianea a los juicios de buena fe, ahorra mayores comentarios al respecto. El texto de Ulpiano hacía referencia sólo a la fórmula *in factum.*

— D. 13.6.17.3 (Paul. *29 ad ed.*) (...) *Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit* (...).

El texto — todo D. 13.6.17.3 — es tan confuso (19), tan manipulado, que resulta difícil tratar de discernir en él lo que es clásico de lo justinianeo; pienso que estamos ante un pasaje

(17) Véase LENEL, *EP*³, pág. 253 y n. 2; SEGRÈ, cit., págs. 336 y ss.

(18) PASTORI, *Il commodato...*, cit., pág. 83. Sobre el problema que presenta el texto acerca del *iusiurandum in litem*, así como otras posibles alteraciones *vid.* ID., págs. 83 y ss. y referencias.

(19) Por contra SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, en *ZSS* 71 (1954) pág. 204 lo considera clásico.

totalmente transformado por los compiladores, que reelaboraron lo escrito por Paulo. La comparación con la *negotiorum gestio*, tal y como aquí se presenta, resulta extraña e innecesaria (20); la terminología de *actiones civiles* (obsérvese que aquí no se distingue nada) es, por lo demás, probablemente compilatoria en este caso; etc. El texto, tal y como ha llegado hasta nosotros, no pudo escribirlo Paulo y si, como parece, se trata de una reelaboración justinianea, no puede probar nada en favor de la *actio commodati in ius*.

— D. 17.2.38.pr (Paul. *6 ad Sab.*): *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt* (*veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae*) *sive specialia* (*veluti mandati, commodati, depositi*).

De nuevo nos encontramos con otro pasaje curioso. Desde luego debe excluirse en primer lugar que Sabino pudiera haber conocido una acción de buena fe para el comodato (pues, de existir, no puede ponerse en duda que fue más tardía — el que fuera conocida por Paulo no debe descartarse aún en principio —). Pero hay más, y es que todo el texto resulta sospechosísimo, pues no solamente deben entenderse como interpolados los respectivos [*veluti — tutelae*] [*veluti — depositi*], sino que, según creo, la distinción misma entre *bonae fidei iudicia generalia* y *specialia* no debe ser clásica (21); puede pues admitirse lo siguiente: *Quod Sabinus... existimavit* tal vez pudo ser traido a colación por Paulo (?), pero el resto, *sive generalia* — al final, es todo interpolado. Por tanto este texto tampoco sirve para probar nada.

(20) Aunque esto no sea óbice para pensar que, tal vez, la acción de que dispusiera el comodatario para reclamar del comodante los gastos extraordinarios realizados en la cosa no fuera otra que la *actio negotiorum gestorum contraria — in factum —*. Mayoritariamente suele admitirse una *actio commodati contraria*. Sobre este asunto prefiero no entrar ahora.

(21) El carácter compilatorio del fragmento fue manifestado por la romanística crítica desde antiguo, véase LENEL, *EP*³, § 35 pág. 103 y § 98

— D. 44.7.34.1 (Paul., *de conc. act.*) *Si is, cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius.*

Este texto, a mi entender, no presenta alteraciones sustanciales en el pensamiento de Paulo y tal vez lo único que pudiera haberse añadido sea la frase final *quod est tutius*, y esto resulta, en todo caso, discutible.

La alternativa *actio commodati* — *condictio* (se debe entender *actio commodati in factum* — *condictio* « *furtiva* ») no presenta dificultad especial. Ahora bien, sostener que en el pasaje se está aludiendo a la *actio commodati in ius* no puede admitirse: en efecto, en el caso de que el comodante hiciera elección por la *condictio* (acción *in ius*), el efecto consuntivo procesal produce una extinción *ipso iure*; mientras que, si prefiere ejercitar la *actio commodati in factum*, la extinción operaría *ope exceptionis* (22), que es el modo en que se produce la consunción en todos los litigios que no se apoyan en el *ius civile* sino que sólo se sustentan en el imperio del magistrado.

En el texto se alude a dos modos de extinción: *ipso iure* y *ope exceptionis*; siendo así que el ejercicio de la *condictio* suponía siempre una consunción *ipso iure*, la consunción por excepción tiene que hacer referencia a la otra acción, esto es, a la *actio commodati in factum*, y no puede referirse a la *actio commodati in ius* porque ésta implicaría también una extinción *ipso iure* y en ese caso el texto presentaría una contradicción interna insoluble. Por tanto el presente pasaje pauliano, en lugar de ser un apoyo de la *actio commodati* con fórmula *in ius concepta* resulta que, en el fondo, ignora su existencia.

— Pienso que en sentido paralelo se encuentra D. 47.2.72.pr (Jav., *15 ex Cas.*):

pág. 253; Levy, *Zur Lehre...*, cit. pág. 2 y n. 3. Véase también Pastori, *Il commodato...*, cit., págs. 88 y s., aunque no excluye que la distinción entre juicios de buena fe generales y especiales pudiera deberse a Sabino.

(22) Cfr A. d'Ors, *Observaciones...*, cit., págs. 181 y ss.

Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur.

Al ser la argumentación similar que para el texto anterior no estimo necesario extenderme en ella (23); si se ejercita la *actio furti* (acción *in ius*) la extinción opera *ipso iure*; si se ejercita la *actio commodati* la extinción opera *ope exceptionis*, por tanto tiene que tratarse de una *actio commodati in factum* y no *in ius* porque en caso contrario estaríamos ante una extinción *ipso iure* y el texto de nuevo presentaría una contradicción inexplicable (24).

— He dejado para el final, saltándome el orden lógico al comentar los textos del Digesto, el pasaje de Gayo *9 ad ed. prov.* (D. 13.6.18.4) pues, según creo, es el que mayores problemas parece presentar (25):

Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est...

Hallar en él alteraciones resulta complejo. Es verdad que KASER (26) lo considera genuino, lo que ya no se es si su afirmación engloba por completo todo D. 13.6.18.4 — así parece — o

(23) Debe observarse, sin embargo, que no hay acumulación entre *actio commodati* y *actio furti*.

(24) Observo ahora que D'ORS, *Réplicas panormitanas VI*, en *Revista Derecho Notarial* 88 (1975), separata, pág. 14, trae también a colación este texto. Sobre el aspecto aquí comentado no entra POLÁČEK, *Comodato...*, cit., aunque hable de este pasaje (pág. 172); no menciona para nada D. 44.7.34.1.

(25) No deja de extrañar, sin embargo, que los defensores de la fórmula *in ius* con un *oportere ex fide bona* no pongan mayor énfasis en este texto.

(26) KASER, *RPR*, I², pág. 534 n. 11.

sólo en lo que se refiere al *iudicium contrarium*; pero otros [27] pretenden ver en él alteraciones que, aunque en realidad puedan existir, resultan muy difíciles de probar [28].

En el texto (siempre teniendo en cuenta de que estamos ante un pasaje gayano) se nos habla dos veces de la compensación operada por el *iudex* en el ejercicio de la acción « directa », lo que es, precisamente, uno de los caracteres de los *bonae fidei iudicia*. Por su estructura una crítica formal resulta arriesgada [29] y la única razón para entenderlo interpolado (sin que ello suponga una actuación arbitraria del investigador, máxime teniendo en cuenta la ampliación de la compensación en época justinianea) se fundamentaría en partir del principio de que la referencia a la *(com)pensatio* no puede ser clásica en este caso; un apoyo en favor de la interpolación puede basarse en que, si el pasaje fuera genuino, resulta ciertamente sorprendente la contraposición que aparece en Paulo entre el comodato (D. 12.5.9.pr) y los contratos de buena fe (D. 12.5.9.1), que no tendría razón de ser — y más en época clásica tan tardía — si el comodato hubiera tenido una fórmula de buena fe. El problema, ya puede observarse, no resulta claro (cfr la sede final de observaciones).

— Otros datos más tardíos la verdad es que no pueden servir de prueba. El que en las *Pauli Sententiae* 5.6.10 se compare la *actio praescriptis verbis* (o, en su otra tremenda denominación, *actio in factum civilis*) del precario, convertido ya en época postclásica en contrato — de los llamados « inno-

(27) Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (1920) pág. 200; d'Ors, *Observaciones...*, cit., pág. 181 n. 166 y 187.

(28) El hecho de que aparezca *pensatio* no creo que pruebe definitivamente la interpolación. *Pensatio* (= *compensatio*) o *pensare* (= *compensare*) aparecen en varios textos del Digesto (cfr Heumann-Seckel, *Handlexikon*, pág. 416) y no hay razón suficiente para entenderlos de raíz interpolados sólo por eso.

(29) L. Lombardi, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, *BIDR* 66 (1963) págs. 61 n. 48 y 62, señala que el texto es genuino y que resulta imposible sostenerlo interpolado.

minados » —, con la *actio commodati* (30) no significa nada al ser el dato tan tardío. Lo mismo puede decirse de la constitución de Diocleciano y Maximiano recogida en CI. 4.23.2 (31).

— Llegamos así al texto que más claramente parece admitir de manera directa la existencia de la fórmula *in ius*, Gayo 4.47:

> *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati.*

Y, después de mostrarnos efectivamente las fórmulas *in ius* — con cláusula *ex fide bona* en su *intentio* — e *in factum* del depósito (32), se añade:

> *Similes etiam commodati formulae sunt.*

Ante este pasaje, aparte de los que no cuestionan su genuinidad, algún sector de la romanística se muestra escéptica sobre la paternidad gayana del mismo, máxime teniendo en cuenta que en Gayo 4.62 no aparece mencionado el comodato (33) entre los juicios de buena fe (y, casualmente, el único que quedaría omitido sería el comodato).

Dejando aparte la crítica de D'ORS (34), manifestada sobre todo por sus reservas hacia el Gayo veronés « plagado de inexactitudes », las alusiones más concretas a posibles glosemas

(30) *Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod praecarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit...*

(31) Año 293.

(32) La acción *in ius* del depósito debe ser muy tardía, posiblemente de finales del siglo I o comienzos del siglo II (cfr BURILLO, *Las fórmulas de la « actio depositi »*, en *SDHI* 28 (1962) págs. 234 y ss.; 286 y ss.), que se deba al propio Juliano pienso que es indemostrable. Que existiera ya en época de Labeón (como quiere SCHERILLO, *Comodato*, cit., pág. 987) no parece admisible, véase MASCHI, *La categoria...*, cit., pág. 220.

(33) Sobre la reconstrucción definitiva del mencionado pasaje gayano, véase CAPOCCI, *Ad Gai Institutiones IV.62*, en *BIDR* 36 (1928), en especial pág. 142 final; LEVY, en *ZSS* 49 (1929) pág. 472 y s.

(34) D'ORS, *Observaciones...*, cit., pág. 182 y ss.

en Gayo 4.47 son defendidas por SOLAZZI (35) y por CRUZ (36), aunque la crítica de este último resulta más amplia.

SOLAZZI duda que *similes etiam commodati formulae sunt* sea gayano, al igual que para él también sería probablemente un glosema *velut commodati et depositi* en Gayo 4.59 pues en 4.60 sólo se habla del depósito, duda que se extiende a Gayo 4.33 (37).

La crítica de CRUZ — que por otro lado no menciona para nada a Solazzi — conlleva una mayor cantidad de datos. Para él, aparte de que el palimpsesto veronés le ofrece (como a d'Ors) muchas reservas pues estaría plagado de glosemas sobre todo del siglo IV, la frase « *similes etiam...* » de Gayo 4.47 sería glosemática (en cuyo caso, por pura lógica, también lo sería la alusión inicial « *et commodati* »). La argumentación de CRUZ se basa en los siguientes puntos:

i) la expresión « *similes etiam* » suele ser glosema, aunque no siempre lo sea.

ii) cuando Gayo habla de comodato y depósito suele aludir primero a aquél y no a éste como ocurre en 4.47 (38).

iii) cuando Gayo cita un ejemplo precedido de *veluti* suele ser uno y no dos como en 4.47 (39).

iv) cuando Gayo cita las fórmulas de dos acciones distintas cita las dos y no sólo una como en 4.47 (40).

v) se omite la fórmula de buena fe en la lista de Gayo 4.62, que es completa.

Así, para él, la introducción en Gayo 4.47 de « *et commodati* » y « *similes etiam commodati formulae sunt* » sería obra de un escoliasta y la causa remota sería la semejanza que ofrecen entre sí el depósito y el comodato.

(35) SOLAZZI, Recensión a Pastori « *Il commodato...* », en *IVRA* 6 (1955) pág. 259.

(36) CRUZ, *Da* « *solutio* », cit., pág. 209 y ss.

(37) *Vid.* SOLAZZI, cit., pág. 259 y n. 5.

(38) Ver Gayo 3.206-207; 4.59 (cfr CRUZ, *Da* « *solutio* », cit., pág. 210).

(39) Ver Gayo 4.23; 4.34; 4.35; 4.37; 4.40; 4.41; 4.42; 4.46; etc. (cfr CRUZ, *Da* « *solutio* », cit., pág. 210 y s.).

(40) Ver Gayo 4.40; 4.41 (cfr CRUZ, *Da* « *solutio* », cit., pág. 211).

Ante todo esto ¿qué decir?. Desde luego en la crítica de interpolaciones no queda otra remedio que actuar con cautelas pues en muchas ocasiones resulta extremadamente difícil hacer afirmaciones categóricas. En el caso de Gayo 4.47 yo no afirmaría por completo que las dos referencias al comodato sean forzosamente glosemas, pero sí opino también que existen datos más que suficientes para dudar de su genuinidad. Por otra parte el hecho de que Gayo no cite entre los *bonae fidei iudicia* el comodato resulta sintomático pues si nos decía que las fórmulas del comodato eran similares a las del depósito, y resulta que el depósito sí aparece mencionado en la lista de 4.62, no se explica por qué no habla ahí del comodato (salvo, claro es, que la fórmula *in ius* de buena fe del comodato no existiera y la referencia al comodato en 4.47 no fuera gayana, y esto último sinceramente me parece lo más probable). Otra posibilidad sería el pensar que Gayo hubiera olvidado referir en 4.62 el comodato, pero ello nos llevaría ya a presumir demasiado; aunque, quien sabe, puestos a presumir cualquier cosa podría ser...

Por lo demás, el que en Gayo 4.47 se señale que las fórmulas del comodato son « similares » o « semejantes » a las del depósito — y no se diga que son « iguales » o « idénticas » — no puede plantear problemas especiales conjeturando erróneamente que precisamente por ello podría caber una fórmula *commodati in ius* pero que no hiciera referencia a la buena fe (como sí lo hacía la fórmula *depositi in ius*). Si se acepta la fórmula *in ius* del *comodato,* y se toma como genuino Gayo 4.47, el adjetivo « similares » es el correcto y no lo sería « iguales » porque ambas fórmulas serían en todo caso similares, nunca iguales. A mi juicio, una acción que en su fórmula hace referencia a un *oportere ex fide bona* no puede ser similar — porque la diferencia es enorme — a una que no lo hace. En fin, que si la fórmula *in ius* del comodato existió tuvo que mencionar la buena fe (de modo « similar » a como la mencionaba la fórmula del depósito una vez admitido en el *ius civile*).

V. — Cuando el juez romano no veía claro el asunto controvertido podía abstenerse de pronunciar la sentencia (*iurare sibi non liquere*) evitando así el riesgo de la *actio si iudex litem suam fecerit*. Quizás esa sería la postura más sencilla para mí ante el problema aquí tratado pues decantarse por una u otra postura no resulta fácil. No obstante creo que como puntos estables pueden proponerse en principio los siguientes:

a) que los juristas — incluso los últimos juristas clásicos — elaboraron sus comentarios tomando como referencia la fórmula *commodati in factum*, y no la pretendida fórmula *in ius*.

b) que, si la fórmula *in ius* existió, tuvo que hacer referencia en su *intentio* a un *oportere ex fide bona* (41). En tal caso el comodato habría llegado a ser un contrato en la época clásica (*vid. supra II*), y la misma *actio commodati in ius* hubiera servido al comodatario en función de contraria para reclamar del comodante los gastos extraordinarios realizados en la cosa y los daños que ésta le hubiera producido.

c) que, como base para aceptar la fórmula *in ius*, tal vez sirve de más apoyo D. 13.6.18.4 (¿itp?) que Gayo 4.47 (casi con toda seguridad glosemático); pero, en todo caso, los argumentos en defensa de la acción civil son muy endebles.

(41) Las ventajas que en su caso hubiera proporcionado la acción *in ius* de buena fe resultan palmarias: el juez, en el momento de la sentencia, hubiera podido compensar los gastos extraordinarios realizados en la cosa por el comodatario y los daños que a éste le produjo; se hubiesen sorteado las graves consecuencias de una *pluris petitio* por parte del comodante pues esos riesgos desaparecían en las acciones de buena fe; la consumición procesal hubiera operado *ipso iure* y no *ope exceptionis*; probablemente la responsabilidad del comodatario cabría no llevarla hasta el extremo de la custodia si, por un pacto, las partes hubieran establecido disminuirla; etc. Desde luego la teoría de PASTORI mantenida en *Il commodato...*, cit., en especial págs. 136 y ss., y luego en *Labeo* 2, pág. 89, sobre la función de la fórmula de buena le resulta insostenible. Véase LUZZATTO, *Commodati...*, cit., pág. 357 y ss.

Además los dos textos citados que podrían fundamentarla (los demás no sirven para nada) son de Gayo que — dejando aparte el que puedan haber sufrido alteraciones — es el menos fiable de todos los juristas clásicos, por ser el más « peculiar ».

d) que, si la fórmula *in ius* existió, continúa sin resultar explicable la omisión del comodato en Gayo 4.62 y también la no atracción del comodato al título edictal XIX (42). En ese caso ¿en qué título del Edicto estaba? ¿una fórmula de buena fe en el título *de rebus creditis*?

MASCHI dice que con argumentos lógico-jurídicos se puede demostrar la existencia de una fórmula *in ius* de buena fe para el comodato (43), pero creo que, igualmente con argumentos lógico-jurídicos (¡y críticos!), puede ser negada la fórmula *in ius* porque, se mire como se quiera, el aceptar la fórmula *commodati in ius* tal y como nos han llegado las fuentes es todo menos claro. En mi opinión — y sin ningún ánimo de dogmatismos — creo sostenible que el comodato no tuvo una fórmula *in ius* de buena fe en la redacción definitiva del Edicto debida a Juliano y, por tanto, no la tuvo nunca (44). Con todo,

(42) El que otras acciones de buena fe (vgr. la *actio negotiorum gestorum*, la *actio tutelae* o la *actio rei uxoriae* — asimilada a ellas, Gayo 4.62 —) no tengan sus fórmulas correspondientes en el título edictal *de bonae fidei iudiciis* tiene su explicación, pero no en el caso del comodato si hubiera tenido una acción de buena fe, pues hubiera sido atraido, como el depósito, al título XIX (esto no quiere decir que el depósito estuviese antes de contar con una fórmula *in ius* y *ex fide bona* en el título *de rebus creditis* — es discutible donde estuvo situada su primitiva fórmula *in factum* — pero, desde luego, no junto a los *bonae fidei iudicia*). Por lo demás una fórmula de buena fe en el título *de rebus creditis* no puede admitirse sin desagrado.

(43) MASCHI, *Tutela...*, cit., pág. 679.

(44) Según nuestros datos no parece probable que después del año 130 d.C. se introdujeran en el Edicto nuevos recursos procesales. Otra cosa diferente es, según creo, que los ya existentes fuesen utilizados para supuestos análogos; así (por poner un ejemplo que tiempo atrás me ocupó) en el caso de que una obra nueva amenazase con producir un daño futuro, el que temía el daño pudo acudir a la *operis novi nuntiatio*

no tengo ningún reparo en aceptar que reunía los requisitos para haber llegado a tenerla (como le sucedió al depósito, aunque ambas instituciones tuvieran un origen diferente) y si no logró finalmente alcanzarla se debió a que a partir del año 130, mientras no se demuestre lo contrario, no se crearon nuevas fórmulas. Cuando a partir del siglo III (no se puede fijar una fecha, pero convencionalmente podríamos tomar el año 240) la *cognitio extra ordinem* absorbió por completo al procedimiento formulario y en adelante todo fue ya procedimiento cognitorio, la asimilación entre depósito y comodato se afianzó y esa sería la razón que haría alterar convenientemente los textos clásicos hasta el punto de crearnos la ilusión que el comodato tuvo ya, en el Edicto pretorio, una fórmula *in ius* de buena fe.

para forzar al constructor a hacer la *cautio damni infecti* en lugar de recurrir al antiguo sistema coactivo de las *missiones* pretorias (cuyo carácter coercitivo pasaba a ser suplido por el interdicto « demolitorio »); este expediente tal vez surgiera, por influencia jurisprudencial, en época inmediatamente posterior a la redacción definitiva del Edicto (cfr PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el Derecho romano clásico*, Barcelona 1982, págs. 40 y ss.), pero debe observarse que para ello no era preciso insertar ningún recurso nuevo en el album edictal, servían los ya existentes.