

Una pseudogeminación de hurto al acreedor por esclavo pignorado

por Rafael DOMINGO
(Universidad de Navarra)

El hecho de encontrarse en el Digesto redacciones coincidentes no llama la atención de un romanista, pues -aunque sean contrarias las opiniones sobre el origen y la evolución de estas *leges geminatae*- su existencia es de todos conocida (1). Sin embargo, me parece que sí puede despertar el interés de los participantes en este Congreso el volver sobre el problema que plantea D. 13, 7, 31 en relación con D. 47, 2, 62, 1, a propósito del hurto al acreedor por el esclavo pignorado. Ambos fragmentos, que transcribo a continuación, pertenecen al libro octavo de las *Quaestiones* de Africano.

1) Vid. el reciente trabajo de GARCÍA-GARRIDO, *Redacciones coincidentes ("leges geminatae") y casos jurisprudenciales semejantes ("capita similia")*, en *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors* (Eunsa, Pamplona 1987) 517-537.

D. 13, 7, 31 :

Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere : quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat.

D. 47, 2, 62, 1 :

His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinquant.

De la comparación de ambos textos cabe deducir que se trata de una repetición, pero, por otra parte, es poco verosímil pensar que Africano en el libro octavo de sus *Quaestiones* plantee dos veces el mismo problema, dando además soluciones parcialmente contradictorias.

Salvo contadas excepciones como la de MAC CORMACK (2) -que considera que no existe una prueba concluyente para desconfiar de la mención que del *pignus* se hace en estos fragmentos citados-, la *communis opinio* de la romanística es que, tanto D. 13, 7, 31 como D. 41, 2, 62, 1, trataban originariamente de la *fiducia*, y que fueron los compiladores

2) Geoffrey MAC CORMACK, *The Thievish Slave*, en *RIDA*. 19 (1972) 345-365.

quienes los interpolaron para referirlos a la prenda (3). Incluso se ha llegado a decir que ambos textos no son sino dos versiones de un único original (4), cuya reconstrucción, según opinión de Contardo FERRINI, podría ser la siguiente :

His etiam illud consequens esse ait, ut, et si servus, quem creditori fiduciae causa mancipaveris, furtum ei fecerit, liberum tibi sit servum pro noxae dedito relinquere. Quod si sciens furem mancipaveris, etsi paratus fueris pro noxae dedito apud creditorem relinquere, nihilominus agendo contraria fiduciae consequetur, ut ei damnum decidas. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum amico fiduciae causa servus mancipio datus furtum ei faciat (5).

Dos objeciones me inducen a dudar de que la opinión de FERRINI, así como las de FREZZA, LENEL, etc., sean correctas. La primera es que todo el libro octavo de las *Quaestiones* de Africano pertenece a la "masa sabiniana", por lo que cabe pensar que no fueron aportados estos fragmentos por las distintas comisiones, a pesar de la diversidad de soluciones que ofrecen

3) Vid., por ej., GÖPPERT, *Zur Fiducia cum amico contracta*, en *SZ.* 13 (1892) 317-356; EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, en *SZ.* 30 (1909) 146-147; SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, en *Scritti vari di diritto romano* (Giappichelli, Torino 1952) 61-113; THOMAS, *Pro Noxal Surrender*, en *Labeo* 17 (1971) 16-32.

4) Sin pretender ser exhaustivos, vid. RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, en *BIDR.* 19 (1907) 5-84; FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, en *Opere III* (Milano 1929) 81-203; LENEL, *Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, en *SZ.* 51 (1931) 1-53; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni II* (CEDAM, Padova 1963) 47 ss.

5) FERRINI, *op. cit.*, pp. 107-108, n. 1.

los textos comentados. La segunda es la clara inexistencia de geminación, ya que las palabras utilizadas en D. 13, 7, 31 y en D. 47, 2, 62, 1 son diferentes. Así, por ejemplo, el fragmento 31 dice *si servus pignori datus creditori furtum faciat y pro noxae dedito apud me relinquere*, en tanto el párrafo 1 del fragmento 62 hace uso de otros términos para expresar las mismas ideas : *si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit y pro noxae deditioe hominem relinquant*, respectivamente.

Hechas estas advertencias, podemos preguntarnos : ¿cómo es posible que dos textos de un mismo libro, pertenecientes a la misma masa, con un supuesto que resulta idéntico, pero, al mismo tiempo, con redacciones diferentes, hayan sido incluidos en dos títulos distintos del Digesto ?

En mi opinión, la única respuesta que se puede dar a esta compleja pregunta es la de considerar, no que ambos textos, referidos por los compiladores al *pignus*, trataban de *fiducia*, sino que el fragmento 31 trataba originariamente de la *fiducia* y, en cambio, el fragmento 62,1 del *pignus*. Ya Elmar BUND intuyó que la manera de unir el § 1 al § pr. del fragmento 62, así como toda la estructura de este fragmento, permitía pensar que en él se hablaba, no sólo de *pignus*, sino también de *fiducia* (6).

En efecto, como para el compilador la *fiducia* era un recuerdo histórico, me parece probable que extrajera de su sede el texto del fragmento 31 para interpolarlo y pasarlo al título de la acción pigneraticia (D. 13, 7), y que dejara en el título *de furtis*

6) BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians* (Böhlau Verlag, Köln - Graz 1965) 72.

(D. 47, 2) el párrafo que originariamente se refería al *pignus*, dentro de su propio contexto de las *Quaestiones*.

Podría afirmarse lo contrario, es decir, que es en D. 47, 2, 62, 1 donde Africano se refiere a la *fiducia* y que, por tanto, D. 13, 7, 31 debe referirse al *pignus*, pero no me parece acertado este planteamiento por varias razones. En primer lugar, por la extensión de la solución del fragmento 31 al depósito y al comodato, pues al escribir Africano *eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat*, no está sino aplicando a la *fiducia* llamada "*cum amico*" el régimen que acaba de exponer para la *fiducia cum creditore*. De ahí que el mismo Africano -también en el libro octavo de sus *Quaestiones*- plantease soluciones distintas para el caso de un hurto al comodatario cometido por esclavo del comodante (7) y de hurto al depositario por esclavo del depositante (8).

En segundo lugar, es preciso destacar la exclusión de la *noxae deditio* en el caso de que haya *scientia*, pues quien da en garantía un esclavo a sabiendas de que es ladrón se obliga a indemnizar en virtud del mismo contrato, mediante el ejercicio de la *actio fiduciae contraria*.

Por el contrario, que el párrafo 1 del fragmento 62 trate del *pignus* y no de la *fiducia* se deduce sobre todo de la secuencia *aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinquas*, propia de la *actio furti*, a la cual se debió de referir Juliano, a pesar de que en el Digesto no figure al haber sido substituida por los compiladores por la *actio pigneraticia contraria*, que -como

7) Cfr. D. 13, 7, 21, 1 y 47, 2, 62, 6.

8) Cfr. D. 47, 2, 62, 5.

bien observa d'ORS- no existió en época clásica (9). Esta misma *actio furti* se había dado en el caso de hurto de un esclavo común contra uno de los condueños, al que se refiere el § pr. y de ahí el adverbio *similiter* que enlaza el § 1 -referido al *pignus*- con este otro de condominio : en ambos se daba la *actio furti*. Esta sería posible también entre copropietarios, precisamente porque no lo eran más que en una cuota, y por ello podía darse el *furtum* en la medida de las cuotas ajenas.

Una réplica a esta consideración puede fundamentarse en el verbo *relinquere*, pues esta expresión, *prima facie*, sólo tiene sentido en la *fiducia*, toda vez que el fiduciario es ya propietario, y si el fiduciante renuncia simplemente a la *actio fiduciae* viene a "dejar" la propiedad del fiduciario como definitiva. Sin embargo, hay que advertir que *relinquere* no es un término jurídico técnico; de ahí que se explique perfectamente que este verbo se extienda también al caso del pignorante, que no da la propiedad sino tan sólo la posesión pretoria, aunque unida al *ius vendendi*, incluso como elemento natural a partir del siglo II d. C. En el fondo, tanto en D. 13, 7, 31 -donde lo considero interpolado- como en D. 47, 2, 62, 1, *relinquere* significa el hecho de renunciar a una acción y no el abandono de una cosa al modo de una *noxae deditio*.

Unido sin solución de continuidad al párrafo 1 del fragmento 62, debió de estar el párrafo 3, que viene a completar el contenido de este párrafo 1, pero que, debido a las profundas alteraciones de todo el fragmento, quedó desplazado.

9) Vid. Alvaro d'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, en *SDHI*. 19 (1953) 134-201.

Su tenor literal es el siguiente :

Nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praestare cogendus est : id enim bonae fidei convenire.

A pesar de la mención de la buena fe, este texto tampoco hace referencia a la *fiducia*, pues en época justiniana -como es sabido- tanto la acción pignoraticia como la del comodato o la *praescriptis verbis* eran consideradas de buena fe. Además, parece evidente que la última frase del § 3 [*id enim bonae fidei convenire*] está interpolada.

Las soluciones que propone Juliano a los supuestos de hurto al fiduciario por un esclavo dado por el fiduciante (D. 13, 7, 31) y al de hurto al acreedor pignoraticio por el esclavo pignorado (D. 4, 2, 62, 1) son, por tanto, diferentes.

En el fragmento 31, la exigencia de *scientia* como requisito para que indemnice el fiduciario es congruente con el contenido del mismo contrato de *fiducia*, ya que la ausencia de la mala fe en el fiduciante impediría el ejercicio de la *actio fiduciae contraria* : el esclavo ya no es del fiduciante y, por eso, no debe indemnizar por el hurto sufrido por el propietario de ese esclavo. Así, pues, las dos referencias a la noxalidad han de ser suprimidas, ya que responden a una unificación en el régimen de la *fiducia* y del *pignus* por parte de los compiladores, cuya tendencia a introducir

el régimen de la noxalidad dentro de las acciones contractuales es conocida (10).

Diferente es la solución que da Juliano al segundo caso planteado en D. 47, 2, 62, 1 y 3 sobre hurto al acreedor por esclavo pignorado. Aquí, haya o no *scientia* por parte del pignorante, se dará la *actio furti*, que es *ad duplum* y con posibilidad de abandono noxal, pues el esclavo pertenece al pignorante y no al acreedor. Ahora bien, si hay *scientia*, el párrafo 3 dice que se puede dar además (*amplius sit quod...*) una acción para exigir la indemnización por el hurto. Se trata de una acción alternativa con la de hurto, que, en mi opinión, no puede ser otra que la *actio de dolo*. Esta acción la ejercitará el demandante cuando lo hurtado valga más que el esclavo, pues con esta acción se evita la posibilidad de *noxae deditio*. Naturalmente, si existe complicidad entre el pignorante y el esclavo, el acreedor pignoraticio tendrá la *actio furti* directamente contra el dueño.

Se dirá que esta concurrencia electiva de la *actio de dolo* y la *actio furti* contradice el principio de subsidiariedad de la *actio de dolo*, pero conviene tener presente que la subsidiariedad de esta acción no consiste en que sólo deba darse cuando otra acción no sea posible (*si alia actio non erit*), sino también cuando la acción posible es insuficiente y produce unos efectos para el actor menos favorables que la propia acción de dolo (11). En efecto, la *actio*

10) Vid. BIONDI, *Iudicia bonae fidei* (Palermo 1920) y *Actiones noxales* (Cortona 1925) 127.

11) Vid. Alvaro d'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido : Una revisión de Ulp. D. 4, 3, 7 pr. y 4, 4, 11 pr.*, en *SDHI*. 46 (1980) 31-43.

furti era posible, pero resultaba menos segura, a causa del posible abandono noxal, cuando el daño sufrido era superior al valor del esclavo; esto, aparte de que el que sufre el hurto puede no querer retener como suyo un esclavo ladrón. Esta solución alternativa no la tenía, sin embargo, el fiduciario, que no podía ejercitar la *actio furti*, y tenía, en cambio, la acción contractual para exigir del fiduciante de mala fe la indemnización del daño.

A la luz de estas breves observaciones, la reconstrucción que ofrecemos de los textos de Africano que hemos comentado sería la siguiente :

D. 13, 7, 31 :

Si servus <fiduciae causa> [pignori] datus creditori furtum faciat [liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere] <furti agere non licet, sed> [quod] si <debitor> sciens furem [pignori] <fiduciae causa> mihi dederit, [etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus] habiturum me [pigneraticiam] <fiduciae> actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum <fiduciae causa> depositus vel commodatus servus furtum faciat.

Por su parte, el texto original de D. 47, 2, 62, 1 y 3 podría ser éste :

His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit <furti>

agendo [contraria pigneraticia] consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinuas, nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praestare cogendus est [id enim bonae fidei convenire] (12).

Así, pues, se trata, en este aparente geminación, de que los dos casos de *pignus* y *fiducia*, que Africano distinguía, han sido unificados en términos de *pignus*, con extensión del régimen de *noxae deditio*, sólo posible en el caso de *pignus*, pero luego separados para que figuraran en título de *furtis* y en el de la *actio pigneraticia*. El supuesto especial de *scientia* quedó también unificado, por aplicación de la *actio pigneraticia contraria* en lugar de la *actio de dolo*, propia del caso de *pignus*, y la *actio fiduciae (contraria)*, propia del caso de *fiducia*.

12) BUND, *op. cit.*, pp. 72-73, observa que no se deduce de la cita de Juliano que a éste deba atribuirse el giro *similiter...hominem relinuas*, pues la frase *consequens est (esse), ut... similiter* resulta demasiado singular de Africano para atribuírsela a Juliano.