

UNA NOTA COMPLEMENTARIA SOBRE LA PRETENDIDA FORMULA DE BUENA FE DEL COMODATO *

(Contraposición entre D. 13.6.13.pr. y D. 13.6.17.5)

JAVIER PARICIO
Universidad de León

I. En un estudio recientemente publicado¹ trataba de mostrar —aspecto, por otra parte, puesto ya de relieve por un pequeño sector de la doctrina— la práctica imposibilidad de sostener la existencia de una fórmula *in ius* de buena fe para el comodato romano, de acuerdo con los textos jurisprudenciales recogidos en el Digesto². Los juristas siempre se refieren a la fórmula *in factum* y, si en alguna ocasión parecen hacer mención a la fórmula de buena fe, ello se debe a alteraciones de los fragmentos que, en general, no han resultado muy difíciles de probar³.

* Comunicación presentada en las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Romano (Madrid, 1983).

¹ PARICIO, *La pretendida fórmula "in ius" del comodato en el Edicto pretorio*, en RDA. 29 (1983), p. 235 ss.

² Algunos (como Levy y Kaser), han llegado a hipotetizar una fórmula *commodati in ius* que no hiciera referencia a un *oportere ex fide bona*, cfr. KASER, *Das römische Privatrecht* I² (1971), p. 534 y referencias. Este autor tiende a pensar que la *actio commodati* —al igual que la *actio rei uxoriae*, la *actio pigneraticia* y las acciones de división— pese a que no tenían la cláusula de buena fe en su *intentio* fueron consideradas como de buena fe en la época clásica (ver KASER, *Das römische Privatrecht* II² [1975], pp. 333-4, n. 14); esto, que si es cierto para la *actio rei uxoriae* (cfr. I. CREMADES y J. PARICIO, *Dos et virtus* [1983], p. 54 ss.), no parece que deba admitirse para las otras. Ciertamente es este, en el fondo un intento de completar la lista de Gayo 4.62 con la de I. 4.6.28, y tal intento no resulta en verdad feliz; sobre esto *infra*, n. 5.

³ Inconciliables con una *actio commodati* de buena fe resultan D. 44.7.34.1 y D. 47.2.72.pr (cfr. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht* [1972], p. 172, n. 244 y p. 87 ss. con referencias). La mención de D. 13.6.3.2: *sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter*, no suele dudarse que está interpolada (cfr., entre otros, KASER, *Quanti ea res est* [1935], p. 76 s.). La alusión de D. 13.6.17.3: *converti in mutuas praestationes actionesque civiles*, es también compilatoria; todo ese pasaje es reelaborado (con algunas dudas PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* [1951], p. 104). La distinción de

De todos modos, la mayor parte de la romanística continúa hablando —si bien en ocasiones con cierta inseguridad⁴—, de la fórmula *in ius* de buena fe del comodato, basándose sobre todo en el testimonio de Gayo 4.47, donde parece mencionarse de manera explícita dicha fórmula *in ius ex fide bona*. Así, según ese pasaje:

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

Y, tras exponer con todo detalle la fórmula *in ius* de buena fe y la fórmula *in factum* del depósito (en orden inverso al cronológico de aparición, pero según el presumible orden edictal⁵) concluye:

Similes etiam commodati formulae sunt.

Es decir, que si las fórmulas del comodato eran “similares” a las del depósito (de acuerdo siempre con Gayo 4.47) y éste tenía una fórmula *in factum* y otra *in ius* de buena fe, parece que debe concluirse afirmando también la existencia de una fórmula *in ius ex fide bona* para el comodato.

Pero debe anotarse que esa afirmación no resulta congruente con otra desprendida del mismo Gayo, 4.62, donde al dar la lista de

D. 17.2.38.pr, entre *bonae fidei iudicia generalia et specialia* y los ejemplos sucesivos es considerada interpolada por la inmensa mayoría de los estudiosos. La referencia a la compensación en D. 13.6.18.4 debe ser justiniana, aunque éste me parece el fragmento más dudoso. La inclusión del comodato entre los contratos de buena fe en D. 2.14.7.1 se debe quizá a error mecánico del transcriptor, que copió [*commo*] *datum* en lugar de <man> *datum* (cfr. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³ (1963), p. 53; D'ORS, *Conventiones y contractus*, en *AHDE*. 46 (1976), p. 137). Por lo demás 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), resulta drástica en un supuesto idéntico. Véase para todo el estudio citado *supra*, n. 1, y referencias bibliográficas allí citadas.

⁴ Así, p. ej., FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (1978), p. 252; o GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*² (1982), vol. 1, p. 308.

⁵ Sobre esto BURILLO, *Las fórmulas de la “actio depositi”*, en *SDHI*. 28 (1962), p. 233 ss., y GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (1976), p. 69 ss. —Aunque el tema no es pacífico en la doctrina, la muy tardía creación de la *formula depositi in ius ex fide bona* (según lo más probable poco antes de la redacción definitiva del Edicto), quizá justificaría el que la *actio depositi* pasase a encabezar el título edictal XIX conforme a la hipótesis de Lenel.

los *bonae fidei iudicia* recoge todos los existentes (también el de depósito) y no cita el de comodato^{5 bis}.

Por tanto, si partimos de la base de que resulta en extremo dificultoso el aceptar la fórmula de buena fe de acuerdo con los

^{5 bis} Durante algún tiempo se pensó que al final de las líneas 5 y 6 (repetidas) del folio 68, verso del palimpsesto veronés (véase la edición de STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis veronensis denuo collati apographum confectit* [1874, reimp. utilizada, 1965], p. 212), debía incluirse *commodati* después de *tutelae*; y así BIONDI, *Iudicia bonae fidei* (1920), p. 176 ss. Eso no puede admitirse; Capocci demostró sobradamente que tras *tutelae* se leía *ruae = r(ei) uxoriae*, cfr. CAPOCCI, *Ad Gai Institutiones IV.62. Rei uxoriae iudicium*, en *BIDR.* 36 (1928), p. 139 ss. La tesis de L. Lombardi según la cual la "r" de las líneas 5 y 6 debe ser leída como "p" y su lectura subsiguiente: *p(raescriptis) v(erbis) a(e)stimatoria*, parece inconsistente y arbitraria; cfr. L. LOMBARDI, "L'actio aestimatoria" e i "bonae fidei iudicia", en *BIDR.* 63 (1960), p. 159 ss. La nueva lectura propuesta por SCHERILLO (voz *Comodato*, en *Edd.*, vol 7, p. 983, n. 27), según la cual el final de la línea 5 daría "c" o "cm" + *dati* —línea 6— = *c(m)dati*, no es aceptable por dos motivos: a) porque la línea 6 repite la 5 con tres letras de diferencia y no puede admitirse una variación tan radical; b) porque se basa en la comparación entre Gayo 4.62 e I. 4.6.28, y esa comparación se vuelve contra él: cierto es que las *Institutiones* de Justiniano se modelaron sobre las de Gayo y en este pasaje también, pero Gayo cita los juicios de buena fe en un orden que no se corresponde ni con el Edictal, ni con el de Sabino, ni con el histórico aproximado de aparición, ni con un orden que pudiéramos entender como lógico; pues bien, ese anárquico orden gayano es seguido al pie de la letra por Justiniano, lo que impide decir que el comodato se citaba en Gayo 4.62; veámoslo gráficamente:

Gayo, 4.62

- *ex empto vendito*
- *locato conducto*
- *negotiorum gestororum*
- *mandati*
- *depositi*
- *fiduciae*
- *pro socio*
- *tutelae*
- *rei uxoriae*

I. 4.6.28

- *ex empto vendito*
- *locato conducto*
- *negotiorum gestororum*
- *mandati*
- *depositi*
- (no se cita al no existir ya la fiducia)
- *pro socio*
- *tutelae*
- (pasa a citarse, con la variación justiniana, en I. 4.6.29).

- *commodati*
 - *pigneraticia*
 - *fam. erciscundae*
 - *communi dividundo*
 - etc.
- } no fueron de buena fe en época clásica

Según lo anterior parece, pues, incuestionable que en Gayo 4.62 no pudo citarse *Commodati* tras *mandati*, y que la reconstrucción de Capocci es la única viable. Por lo demás pretender que el copista omitió *commodati* en Gayo 4.62 quizá sea presumir demasiado, cfr. no obstante MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* (1958), p. 93, n. 206.

textos jurisprudenciales del Digesto, y contamos con que en Gayo 4.62 no se recoge el comodato (y el elenco de juicios de buena fe ahí citado es completo) quizá se deba definitivamente admitir una alteración glosemática en Gayo 4.47⁶. Un dato supletorio, pero de un valor incuestionable, que sirve también para negar la pretendida fórmula *commodati in ius ex fide bona* lo proporciona el hecho indiscutido de que la *actio commodati* aparecía recogida en el Edicto dentro del título *De rebus creditis*, y en ese título parece difícil el suponer una fórmula de buena fe⁷.

II. Indirectamente a redundar sobre lo mismo vienen, en mi opinión, dos textos del Digesto (uno de Pomponio y otro de Paulo) que nos pueden llevar a dos conclusiones:

a) que si el comodatario perdió la cosa comodada, pagó su valor y más tarde la cosa por un evento vuelve al comodante, aquél

⁶ Ya apuntada por SOLAZZI, en *Iura* 6 (1955), p. 259 (recensión a Pastori: *Il comodato* . . .) y reelaborada más tarde por S. Cruz, *Da "solutio"* I (1962), p. 209 ss. En mi opinión parece preferible el considerar alterado Gayo 4.47: [*et commodati*] (gl) [*similes etiam commodati formulae sunt*] (gl), que el considerarlo como una inexactitud gayana; ciertamente una inexactitud de tal calibre (inventar una fórmula!) resulta inexplicable de otro modo, por más que admitamos que Gayo es un jurista "distinto" a los demás.

⁷ KASER quizá zanje el problema con demasiada facilidad: para él no habría dificultad en aceptar ahí una fórmula de buena fe, pues no todos los juicios de buena fe estaban en el título *De bonae fidei iudiciis*, así la *actio tutelae* o la *actio negotiorum gestorum* [y también la *actio rei uxoriae*] quedaban fuera de ese título (cfr. KASER, *Das röm. Priv. I*², cit., p. 534, n. 10 final); pero esta explicación no convence. En efecto, partiendo de la reconstrucción edictal de Lenel, tenemos: a) En el título XIX: *De bonae fidei iudiciis*, se encuentran las acciones de los dos contratos formales (depósito y fiducia) y de los cuatro consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento); b) Inmediatamente detrás, en el XX, atraído por el anterior, está la *actio rei uxoriae* —también de buena fe, al menos asimilada a ellas—, que atrae la restante regulación en materia de restitución dotal; el título XXI, *De liberis et de ventre*, es obvio que viene atraído por el *De re uxoria*; y en el XXII está la última acción de buena fe, la *actio tutelae* (junto con las otras acciones de la tutela), atraída por los títulos anteriores. Es decir, hay una enorme lógica: el título XIX atrae al XX y al XXII, el XXI es atraído por el XX; c) La única acción que queda fuera de esta "sistemática" es la *actio negotiorum gestorum*, que podría haber seguido a la de mandato —al que se aproxima— pero, como el supuesto arquetípico de gestión de negocios es la representación procesal, aparece en la primera parte del Edicto (al final del título VIII: *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*). Con todo esto parece absurdo el pensar en una fórmula de buena fe en el título XVII: *De rebus creditis*, donde se recoge la *condictio* y otras acciones *in factum* asemejadas a ella, todas de derecho estricto. Además resulta también sintomático que el depósito (que sí tuvo primero una fórmula *in factum* —de la que ignoramos su ubicación edictal originaria— y luego otra *in ius* de buena fe) fuese llevado al título *De bonae fidei iudiciis* y el comodato permaneciese en el título *De rebus creditis*.

no gozó en época clásica de una específica acción contraria para recuperar la cosa o lo pagado por ella.

b) que el comodato no fue en el derecho clásico, al menos según el tenor edictal, un negocio de buena fe.

El contenido de los dos textos es el siguiente:

— D. 13.6.13.pr. (Pomponio, *lib. 11 ad Sab.*): *Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnetur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.*

— D. 13.6.17.5 (Paulo, *lib. 29 ad Ed.*): *Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestae tua venit. Labeo ait [contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere] ⁸.*

Un dato inicial a tener en cuenta es que ambos pasajes corresponden a la masa compilatoria sabiniana, lo que todavía hace más extraña la enorme contraposición de ambos ⁹.

1. Tomando el primero de esos fragmentos (D. 13.6.13.pr), observamos que si un comodatorio pierde la cosa comodada y es condenado a pagar la estimación, el comodante —en el texto se habla de *dominus*— debe dar caución prometiendo que, si la cosa aparece luego, se la entregará. Nótese cómo al indicar que el comodante debía dar caución se está implícitamente reconociendo que el comodatario no tenía aquí, en principio, ninguna otra protección procesal. Si las cauciones sirven para prestar cobertura jurídica a situaciones desprovistas de ella, quiere decirse en este caso que si el comodatario no recibía dicha caución, de la que surgía eventualmente la acción de la estipulación, no disponía de ningún otro recurso procesal para reclamar. Ello lleva en pura lógica a negar la existencia, al menos para este supuesto, de una acción contraria ¹⁰.

El pasaje de Pomponio se refiere al comodatario que hubiese pagado el valor de la cosa tras la celebración de un litigio en el que fue condenado. Si el pago del valor se hubiera efectuado sin

⁸ Sobre el fundamento de esta interpolación, *infra*.

⁹ Resulta raro en cualquier caso que dos textos tan próximos como D. 13.6.13.pr y D. 13.6.17.5 que, además, pasaron por la misma comisión compilatoria presenten una divergencia tan grande. No se acierta a comprender el porqué uno fue alterado y el otro no.

¹⁰ Pero, desde ese momento, el comodante viene a retener sin causa y procedería la *condictio*. Ver *infra*.

proceso previo la situación resultaría por completo idéntica, con la salvedad de que, mientras en el primer supuesto el hacer la caución sería ordenado por el juez antes de condenar, en el segundo sería pedida por el propio comodatario antes de pagar.

2. En el segundo fragmento (D. 13.6.17.5), Paulo nos presenta el caso de un comodatario que pierde la *res* comodada y paga su valor, posteriormente la cosa vuelve a poder del comodante. Para resolver el problema se acude a la autoridad de Labeón, quien habría dicho (?!) que, por la acción contraria, se podía reclamar la cosa o su valor.

Dejando a un lado el que la acción de que dispusiera el comodatario para reclamar del comodante los gastos extraordinarios realizados en la cosa fuera una específica *actio commodati contraria*¹¹ —que, si existió, tuvo que ser *in factum*— o fuese simplemente la *actio negotiorum gestorum contraria*¹² —también *in factum*—, lo que sí interesa resaltar aquí, y este dato no parece haberse tenido muy en cuenta por la romanística crítica¹³, es que toda la opinión atribuida a Labeón está interpolada.

En mi opinión tal conclusión resulta diáfana. En efecto: si los casos expuestos en D. 13.6.13.pr y D. 13.6.17.5, son sustancialmente idénticos, no se acierta a comprender cómo Pomponio, jurista que elaboró su producción científica en la primera mitad del siglo II d.C., desconoce esa pretendida acción contraria, y, en cambio, ésta ya era conocida un siglo antes por Labeón. Al no poder dudar de la genuinidad del pasaje de Pomponio, debe entenderse interpolada la parte final de D. 13.6.17.5: [*contrario - reddere*].

III. Por tanto, el análisis sincrónico de estos dos textos nos permite llegar a dos conclusiones finales:

a) Que si el comodatario pagó el valor de la cosa perdida y ésta aparecía más tarde para el comodante, aquél no gozó en época

¹¹ Teoría absolutamente mayoritaria. Cfr. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano* (1954), p. 370 ss., con referencias.

¹² Hipótesis de D'ORS, *Derecho Privado Romano*⁴ § 408 y bibliografía personal citada en ese § y en otros contiguos.

¹³ Así BESELER, en las *Beiträge* no menciona para nada este texto. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Actionen und Personen im klassischen römischen Recht*, vol. II (1922, reimp. util. 1964), p. 101, no entra a comentar este aspecto. PROVERA, *Contributi...*, cit., p. 103, considera el texto como clásico; D'ORS, *Observaciones sobre el "Edictum de rebus creditis"*, en *SDHI*. 19 (1953), p. 189, lo considera parcialmente interpolado, pero no por las razones que aquí se aducen; para él la referencia a la acción contraria suplantó en el texto, por obra de los justinianos, a la acción de dolo que sería la aludida por Labeón.

clásica de una específica acción contraria contra éste; sólo disponía de la correspondiente acción de la estipulación si previamente solicitó garantía estipulatoria.

Aún cabría pensar, como hacía d'Ors¹⁴, en la *actio de dolo*. Esto supondría que, efectivamente, la referencia compilatoria al *iudicium contrarium* en D. 13.6.17.5 habría suplantado a la originaria acción de dolo labeoniana. Tal conjetura parece en principio estimable pues bien conocida resulta, por una parte, la amplia acepción que el dolo tiene para Labeón, y, por otra, el carácter subsidiario de dicha acción. Sin embargo, podría alegarse frente a esto que la extensión de la acción de dolo al presente supuesto sobrepasaría al de cualquiera otro presentado en las fuentes¹⁵, y también que Pomponio conocía bien la opinión de Labeón sobre el dolo (que, incluso sigue: véase p. ej., D. 4.3.1.6) y si la *actio de dolo* hubiese sido ejercitable en este caso no se entendería su postura, recogida en D. 13.6.13.pr, en el sentido de exigir caución.

En cualquier caso la opinión de Labeón, presuntamente recogida en D. 13.6.17.5, fue simplificada y cambiada. Probada pues la interpolación, y admitiendo que el recurso a la *actio de dolo* resulta aquí muy forzado ¿cuál pudo ser la opinión genuina de este jurista? A mi entender, y dando por supuesto que el comodante no había dado caución, Labeón quizá debió decir que procedería contra él una acción *in factum* por el valor de lo que hubiera debido pagar si hubiera dado la caución correspondiente.

Si se mira desde un punto de vista crítico la mención a la acción contraria en D. 13.6.17.5 es fruto de alteración, no del jurista agusteo; la parte final de ese texto fue por completo transformada.

Debería, por fin, anotarse, aunque en ninguno de estos pasajes se menciona tal posibilidad, que también debió ser factible para el comodatario —una vez recuperada la cosa por el comodante— ejercer la *condictio* para recuperar la cantidad pagada. En efecto, inicialmente el comodante tenía causa para retener dicha cantidad, pero tal causa vendría a fallar desde el momento en que recupera la

¹⁴ Cfr. su opinión al final de la nota anterior. Hoy parece mantener que la acción a la que presumiblemente se refería Labeón era la *condictio*: DPR. ⁴ cit., § 408.

¹⁵ Cosa distinta sería que el comodante hubiera tenido un comportamiento doloso (p. ej., que supiese dónde estaba la cosa y pese a ello exigió el pago del valor), en cuyo caso sí procedería la *actio de dolo*, pero siempre subsidiariamente.

cosa; así, procedería la *condictio* como en cualquier otro supuesto de *datio ob causam*¹⁶.

b) Que, de forma indirecta, estos dos textos sirven también para negar el pretendido carácter de buena fe del comodato. Ciertamente, siendo una característica esencial de los juicios de buena fe la reciprocidad, esto es, que surjan (al menos de modo eventual) acciones civiles de buena fe a favor de cada una de las partes¹⁷, no se explica cómo Pomponio —si el comodato era un negocio de buena fe— no menciona la *actio commodati in ius* en función de contraria, que hubiera cubierto por completo los intereses del comodatario, en el supuesto previsto en D. 13.6.13.pr¹⁸.

Si Pomponio no recoge la fórmula de buena fe (como no la recoge ningún otro jurista, salvo el controvertido pasaje de Gayo 4.47) se debe con toda probabilidad a que no existía en su época, y esto es tanto como decir que no estuvo prevista nunca en el Edicto, pues Pomponio fue contemporáneo de Salvio Juliano, y después del año 130 d.C. no se crearon nuevas fórmulas¹⁹.

¹⁶ Un supuesto paralelo viene previsto en Ulpiano 32 *ad Ed.*, D. 12.7.2: *Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse. Ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem, an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit; nisi forte quasi sine causa datum sit putamus condici posse, etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.* Aquí se presenta el caso de un batanero que perdió los vestidos recibidos para limpiar, pagó el precio de los mismos y luego volvieron al propietario; Casio entendía que no sólo podía ejercitar la *actio conducti* de buena fe, sino también la *condictio*. La opinión posterior de Ulpiano (por lo demás algo confusa en el texto) parece dar a entender lo mismo; desde luego un pago indebido no lo hay pues cuando pagó lo debía, pero sí falta la causa para retener la cantidad pecuniaria desde el momento en que los vestidos aparecen para el *locator*.

¹⁷ Esto es común a todos los juicios de buena fe. Suele decirse que a este principio falla la *actio rei uxoriae* que sólo puede ser ejercitada por la mujer, no disponiendo el marido de acción contraria; esta excepción, según creo, es sólo aparente pues la *actio rei uxoriae* era en sí misma recíproca y, de hecho, las *retentiones* (que son excepciones, sólo que al ser la *actio rei uxoriae* una acción de buena fe no era preciso el insertarlas en la fórmula) cumplen las veces de acciones contrarias aunque no sean tales acciones. La *actio rei uxoriae* vino a subsumir todo el antiguo mecanismo de restitución dotal (que incluía sobre todo: la *actio ex stipulatu*, ejercitable por el constituyente cuando había exigido al entregar la dote la *cautio rei uxoriae*, y las acciones —“contrarias”— *de moribus y rerum amotarum* que, en el nuevo régimen, aparecen suplementadas por las *retentiones*). Sobre todo esto, con diversas matizaciones, véase I. CREMADES y J. PARICIO, *Dos et virtus*, cit.

¹⁸ Que a esa acción se haga mención en D. 13.6.17.5, no puede aceptarse pues, aun aquellos romanistas que admiten la acción *in ius* de buena fe del comodato, no conceden que pudiera existir ya en época de Labeón.

¹⁹ Sobre algunos aspectos de este tema, *supra*, notas 5 bis y 6.

P.D. En el debate abierto tras la exposición oral de esta comunicación se alegó que, en Gayo 4.62, probablemente no se da una lista completa de los juicios de buena fe sino sólo ejemplificativa. Es posible. Pero lo que no puede negarse es que Gayo señala: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec . . .*, en el sentido de excluir todos los no señalados a continuación, y no deja de ser extraño que el único sobre el que tenemos dudas (el de comodato) quede fuera del elenco gayano; por lo demás debe excluirse también el que la *actio pigneraticia* hubiera llegado también a tener una fórmula de buena fe añadida a su antigua fórmula *in factum*.