

derecho civil. Este procedimiento consistía en una ficción, viniendo en definitiva á expresar la fórmula en su redacción, como se daría si tal hecho ó tal cualidad de derecho civil existiese en el pleito. Es preciso no confundir estas ficciones con las que había ya introducido el pretor á propósito de ciertas acciones de la ley; éstas son de distinto género: « *Habemus adhuc alterius generis fisiones in quibusdam formulis* », nos dice Gayo, y nos da varios ejemplos de ellas (1): 1.º El del poseedor de bienes (*bonorum possessor*), que el pretor pone en lugar de un heredero (*loco heredis*), aunque no lo sea, y al que ó contra el cual da las acciones que nacen de la herencia por medio de una fórmula fundada sobre la hipótesis ficticia de que fuese verdaderamente heredero (*ficto herede*), por ejemplo, para darle una *rei vindicatio*, « JUDEX ESTO: SI AULUS AGERIUS LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET », etc., ó para darle una acción *in personam*: « TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE (2): — 2.º El ejemplo *bonorum emptor*, con el cual obraba el pretor lo mismo, porque tampoco era, como hemos dicho, más que un sucesor pretoriano (3): — 3.º El que estando en camino de adquirir una cosa por usucapion, hubiese perdido la posesion de ella, y á quien el edicto permite, aunque no sea propietario, vindicar esta cosa por medio de una fórmula fundada en la hipótesis ficticia de que había concluido la usucapion (*fingitur rem usucepisse*): « JUDEX ESTO: SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, etc. » (4). Esta acción se llama *Publiciana in rem actio*, del nombre del pretor *Publicius*, que fué el que la introdujo el primero (t. I, pág. 430): — 4.º El ejemplo de los extranjeros, á quienes ó contra quienes el pretor llega á dar acciones del derecho civil, fundando la fórmula en la hipótesis fingida de que eran ciudadanos romanos (*civitas romana peregrino fingitur*); por ejemplo, para la acción de hurto contra un extranjero: « JUDEX ESTO: SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMÆI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AURÆÆ, QUAM

(1) Gay. Com. 4. § 34.

(2) Gay. Com. 4. § 34. Cótéjese Ulp. Reg. 28. 12.

(3) Gay. Com. 4. § 35; y Com. 3. §§ 80 y 81.

(4) Gay. Com. 4. § 36.

OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, etc. » — Lo mismo para la acción de la ley *AQUILIA* (1). Así es como mientras que respecto á los extranjeros la única fórmula regularmente posible era la primitivamente creada para ellos, la fórmula *in factum*, el pretor consiguió con una ficción aplicarles aún las fórmulas civiles que fijan una cuestión de derecho (*in jus*): — 5.º En fin, el ejemplo de los casos en que, cuando nuestro deudor ha sufrido la *capitis-minucion* mínima, como una mujer en consecuencia de la *coemptio*, un hombre por adrogacion, acontecimiento que destruye su personalidad y extingue, por consiguiente, las acciones que teníamos contra él individualmente, el pretor nos conserva en el uso de estas acciones por medio de una fórmula apoyada en la supuesta hipótesis de que esta *capitis-minucion* no había tenido lugar (*fingitur capite deminutus deminutave non esse*) (2).

Esta clase de acciones se llaman por los jurisconsultos romanos acciones ficticias (*fictitiæ actiones*) (3). Por lo demás, se ve que son acciones que por medio de la ficción que contienen están redactadas en derecho (*in jus*), y no en hecho (*in factum*). — Cuando se dan por analogía con las acciones existentes extendidas por este medio á personas ó á casos fuera de su esfera, no por eso dejan de llevar la calificación general de acción útil (*utilis actio*) (4). El procedimiento para darles extension es distinto, pero su carácter de utilidad es idéntico. Y aún ha sucedido algunas veces que el pretor ha usado para el mismo caso del uno y del otro procedimiento; es decir, ya de una fórmula ficticia, ya de una fórmula *in factum* (5).

Ha faltado poco para confundir en las fórmulas *in factum conceptæ*, la acción que bajo el nombre de *actio in factum præscriptis verbis*, ó sólo *actio præscriptis verbis*, ó de *actio in factum*, en una palabra, figura frecuentemente en el derecho romano, especialmente como consecuencia de los contratos innominados, do

(1) Gay. Com. 4. § 37.

(2) *Ibid.* §§ 38 y 80.

(3) Ulp. Reg. 28. 12.

(4) Gay. Com. 4. § 38: « *Actio utilis, rescissæ capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.* »(5) Tal era la revocación de los actos en fraude de los acreedores, revocación que se conseguía ya por medio de la acción *Pauliana*, acción ficticia, según lo que vemos aún en las Instituciones de Justiniano, ya por medio de una acción *in factum*. (Dig. 42. 8 *Quæ in fraud. credit.* 10. pr. f. de Ulp.)

ut des, do ut facias, facio ut des ó facio ut facias. Pero es preciso precaverse bien contra esta confusion. Ya hemos dicho que la accion *in factum præscriptis verbis* tiene una *intentio* concebida, no *in factum*, sino *in jus*, una *intentio* de derecho civil (*civilis intentio*), segun las mismas expresiones de los textos, cuyo objeto es una cosa indeterminada, y que formula, por consiguiente, la pretension de derecho en estos términos: « QUIDQUID OB EAM REM..... DARE FACERE OPORTET »; y de aquí la calificacion para la accion *in factum præscriptis verbis* de *actio civilis incerta*, repetida en una porcion de textos (1). Lo que está concebido en el hecho con esta accion civil es sólo la *demonstratio*, en el sentido de que como se trata de contratos que no tienen en el derecho nombre propio, sino que se forman solamente por los hechos particulares que se han verificado, el pretor en la primera parte de la fórmula no puede indicársele al juez por su sola denominacion legal, como se hacia para la venta, para el arrendamiento ó para la sociedad, sino que es preciso que fije en la *demonstratio* la exposicion preliminar de estos hechos. « *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est. In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellaciones nullo jure civili prodite sunt* » (2). Que es lo que dice claramente y en pocas palabras una constitucion de Alejandro: « *Actio quæ, præscriptis verbis, rem gestam DEMONSTRAT* » (3). La accion, pues, *in factum præscriptis verbis* no es una accion concebida *in factum*, sino una accion *in jus*.

Concluiremos esta materia advirtiendole que la redaccion *in factum* es susceptible en ciertos casos de presentarse con una precision más ó ménos rigurosa; que puede concebirse, ya de un modo que aún se deje al juez la facultad de hacer una apreciacion jurídica ó moral del hecho anunciado, ya de modo que se le incluya estrictamente en la comprobacion de un hecho materialmente determinado, de manera que puede encontrarse en el derecho roma-

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 2. f. de Ulp.: « Julianus scribit *in factum* actionem a prætoribus dandam. Ille (Mauricianus) ait *civilem incerti actionem*, id est, *præscriptis verbis*, sufficere, esse enim contractum, etc. » — Dig. 19. 5. *De præscrip. verb.* 1. § 2. f. de Papin. *In factum civilis actio*. — 6. f. de Nerat.: « *Civile intentione incerti agendum*. » — 15. f. de Ulp.: « *Civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis*. » — Cod. 4. 54. *De rer. permut.* 6. const. de Dioclet. et Maximiano: « *Præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem*. »

(2) Dig. 19. 5. *De præscr. verb.* 2. f. de Cels. y 3. f. de Julian.

(3) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. de Alej.

no la redaccion *in factum* de una accion ya *in factum* por su propia naturaleza. Tal sucede en la accion *de dolo malo*. Y efectivamente, aunque esta accion sea pretoriana y esté siempre concebida *in factum*, obligar al juez á que fije esta cuestion de hecho, « si ha habido dolo en el negocio por parte del demandado », es darle la mision de fiscalizar los actos del demandado, de apreciarlos moral y jurídicamente, y de decidir, en fin, si encierra ó no dolo; pero desaparecerá esta apreciacion y se limitará mucho más la mision del juez, si se le señala por cuestion saber solamente si el demandado ha cometido tal acto formalmente determinado en la fórmula; entónces no hay más que comprobar la existencia ó no existencia de este acto, sin tratar de calificarlo ó no de dolo. Este último contexto es el de la accion de dolo mitigada, atemperada (*in factum composita, in factum temporata*). El pretor recurria á ella en ciertos casos, y especialmente respecto á ciertas personas, contra las que no queria dar la accion de dolo, á causa de la infamia que llevaba consigo para el que era condenado por ella (1). La accion *quod metus causa* era susceptible de la misma modificacion, que veremos reproducirse tambien en las excepciones (2).

Acciones de derecho estricto (stricti juris judicia), de buena fe (bonæ fidei).—Acciones arbitrarias (arbitrarie).

La division de las acciones, de que aquí tratamos, está ligada, como la precedente, á la redaccion de la fórmula; pero de un modo mucho más íntimo, y sólo bajo el punto de vista de los poderes que en ella se confieren al juez.

En la más antigua de las acciones de la ley, en la accion *sacramenti*, hemos visto al juez reducido estrictamente á declarar que, segun los principios del derecho quirritario, el *sacramentum* era *justum ó injustum*; y aún bajo el último estado de las acciones de la ley, cuando no le quedaba ya á la accion *sacramenti* ninguna aplicacion en materia de obligaciones, la accion *per conditionem*, que habia recogido su última herencia, le habia sucedido tambien

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 11. f. de Ulp.: « Quibusdam personis non dabitur: ut puta liberis vel libertis, adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellit.... etc., in horum persona dicendum est, *in factum* verbis temperandam actionem dandam, ut *bonæ fidei* mentio fiat. »

(2) Véase el tit. XIII, § 1.

en el rigor. El demandante sostenia en ella que el demandado estaba obligado á transferirle en propiedad una cosa determinada (*dare certam pecuniam ó rem certam*): sobre esto era todo ó nada, la obligacion existia ó no existia, segun los principios del derecho quirritario; no habia medio. — La accion de la ley *per iudicis postulationem* dejaba, por el contrario, al juez cierta latitud de apreciacion, ya en cuanto al objeto de la obligacion ó de las obligaciones recíprocas que comprendia, ya en cuanto á su existencia. Tambien el juez tomaba en ellas frecuentemente el nombre de *arbiter*.

Esta oposicion, respecto á los poderes del juez, entre las acciones de la ley *sacramenti* ó *per condictioem* por una parte, y la *iudicis postulatio* por la otra, ha pasado al sistema formulario, con la particularidad de que lo que resultaba en las acciones de la ley del modo mismo de proceder, ha sido preciso en el sistema formulario obtenerlo por medio de la redaccion de la fórmula.

Si la fórmula civil, es decir, la que fija una cuestion de derecho (*in jus concepta*), no confiere al juez ningun poder particular excepcional, el juez está reducido á la decision de una cuestion de derecho civil, y no puede salirse de los principios de este derecho, ni tomar en consideracion ninguna circunstancia de equidad ó buena fe fuera de estos principios.

Pero si la fórmula civil contiene, añadidas á la cuestion de derecho que establece, estas palabras, *EX FIDE BONA*; ó éstas, empleadas en la accion de fiducia, *UT INTER BONOS BENE AGERE OPORTET*; ó bien éstas, usadas en la accion *rei uxoriae*, *QUOD ÆQUIUS MELIUS*, ú otras equivalentes, se halla investido el juez de un poder más extenso. Aunque la cuestion sentada sea una cuestion de derecho civil, recibe la mision especial de tomar en consideracion todas las circunstancias de equidad, buena fe y justa conveniencia, para decidir de la existencia y de la extension de la obligacion, ó de las obligaciones recíprocas sometidas á su apreciacion (1).

(1) CICERON. *Topie*. 17: «Privata.... iudicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia.... In omnibus agitur iis iudiciis in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam *ut inter bonos bene agere oportet*; imprimisque in arbitrio rei uxoriae in quo est: *quod æquius melius*, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset, ei cuius ea negotia fuissent; quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esse alterum alteri præstare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.»

La primera fórmula constituye más especialmente un *iudicium*, y la segunda un *arbitrium*: el primero, segun las expresiones de Ciceron, *directum, asperum, simplex*; el segundo, *mite, moderatum* (1); en el primero el juez llevaba el título de *iudex* propiamente dicho; en el segundo, el de *arbiter*. — En términos más modernos, usados ya en tiempo de Gayo, las acciones de la primera clase se llamaban acciones de derecho estricto (*stricti juris iudicia*); y las de la segunda, acciones de buena fe (*bonæ fidei iudicia*).

Es curioso ver cómo estas dos clases de acciones se han repartido el antiguo dominio de las acciones de la ley en materia de obligaciones. Todas las acciones que han sido calificadas en el sistema formulario de *condictiones certi*, es decir, todas las que formaban antiguamente el dominio de la accion de la ley *per condictioem*, y algunos casos particulares de la *manus injectio*, todas ellas son de derecho estricto (*stricti juris*), y tienen por objeto la persecucion de una obligacion civil unilateral de transferir en propiedad una cantidad de dinero ó una cosa determinada (*certam pecuniam, ó rem certam dare*); su fórmula es *certa*. — Todas las que han sido calificadas de *condictiones incerti*, es decir, una parte del antiguo dominio de la *iudicis postulatio*, son tambien acciones de derecho estricto (*stricti juris*), y tienen por objeto perseguir una obligacion civil y unilateral, de dar una cosa indeterminada ó de hacer alguna cosa (*aliquid incertum dare, vel facere*): su fórmula es *incerta*; mas precisamente á causa de esto, aunque sean de derecho estricto, sirven como de transicion para las acciones de buena fe. En fin, todo el exceso del dominio de la accion de la ley *per iudicis postulationem* constituye las acciones de buena fe (*bonæ fidei*), cuyo objeto es la persecucion de obligaciones civiles, pero bilaterales por lo comun é indeterminadas; su fórmula es *incerta*, con adiccion de estas palabras, *EX FIDE BONA*, ú otras equivalentes.

(1) CICERON, *Pro Rosc.* c. 4: «Aliud est iudicium, aliud arbitrium. Iudicium est pecunia certe, arbitrium incertæ. Ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in iudicio? *directum, asperum, simplex*: SI PARET H. S. 700 DARI OPORTERE. Hic nisi planum facit H. S. 700 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? *mite, moderatum*: QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeat; sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque causæ alter confidit, alter diffidit.» Ciceron no habla aqui, bajo el nombre de *iudicium*, más que de la accion eminentemente de derecho estricto, la *condictio certæ pecuniæ*; y no de la *condictio incerti*, que se ha deducido por extension.

tes. — Así la *intentio* en estos tres casos es : *certam pecuniam, ó aliquid certum dare oportere*, para el primero ; *quidquid dare facere oportet*, para el segundo, y *quidquid dare facere præstare oportet ex fide bona*, para el tercero. *Intentio certa ó incerta* para las acciones de derecho estricto, pero siempre *incerta* para las acciones de buena fe.

La regla general es que las acciones civiles son de derecho estricto, exceptuándose sólo aquellas que por especialidad han sido adjudicadas sucesivamente, siguiendo los progresos del derecho, en otro tiempo á la accion de la ley *per iudicis postulationem*; y más tarde, bajo el sistema formulario, colocadas entre las acciones de buena fe, procediendo tambien, para designarlas, por enumeracion, cuyo número aumenta con el tiempo. Una de estas enumeraciones hallamos en Ciceron (1), y hé aquí la que da Gayo para su época : « *Sunt autem bonæ fidei iudicia hæc : ex empto vendito locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ, commodati* » (2). Todavía hallamos otras con algunos términos más en la Instituta de Justiniano.

De lo que al juez está encomendado en las acciones de buena fe por la fórmula misma de decidir sobre la causa, *ex fide bona*, se sigue que debe, sólo por esto, hacer entrar en su apreciacion, ya para la existencia, ya para la extensión de la obligacion, todo lo que la equidad y la buena fe exigen. En consecuencia : — 1.º Todo hecho de dolo, tanto por parte del demandante como por parte del demandado, debe tomarse por él en consideracion, sin que sea necesario al demandante recurrir á una estipulacion especial contra el dolo (*cautio de dolo*), ni á la accion pretoriana *de dolo malo*; y sin que necesite el demandado insertar en la fórmula ninguna excepcion de dolo, ni cualquiera otra deducida de un principio de buena fe. De tal modo que ni la accion ni la excepcion de dolo tienen lugar en este caso. « *Cessat de dolo actio* », dice Ulpiano hablando de la accion de dolo en presencia de una accion de buena

(1) CICER. *De offic.* III. 15. 17 : « Sed quid sint boni et quid sit bene agi magna questio est. Q. quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur *ex fide bonæ*; fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur : in his magni esse iudicis statuere (presertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique præse oporteret. » — Ciceron no parece dar aquí una enumeracion completa y determinada; la de Gayo comprende ademas las acciones *negotiorum, gestorum, depositi et commodati*.

(2) Gay. Com. 4. § 62.

fe (1). « *Judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem* », dice Juliano tratando de la excepcion; « *bonæ fidei iudicio exceptiones pacti insunt* », dice Paulo; « *officio iudicis (exceptio doli mali) continetur* », dice en otra parte (2). — 2.º Todo lo que es de uso comun en las costumbres y en la práctica debe suplirse de oficio por el juez en esta especie de acciones : « *Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire* » (3). — 3.º Si el demandado tiene que reclamar por sí mismo del demandante la ejecucion de alguna obligacion unida á la misma causa, el juez debe tener en cuenta y no pronunciar el fallo contra este demandado, sino despues de hecha la compensacion, sin que sea necesario conferirle, especialmente por la fórmula, este poder de compensacion, porque, como dice Gayo, está comprendido de oficio en su mision de juzgar *ex fide bona* (4). Esto es eminentemente útil á los contratos y negocios que dan origen á las acciones de buena fe : negocios que contienen casi todas obligaciones recíprocas (*ultra citroque*) entre las partes, al paso que en la accion de derecho estricto no se trata nunca más que de una obligacion unilateral (5). — 4.º En fin, los frutos de las cosas debidas, ó los intereses, si se trata de una cantidad en dinero, se cargan, en esta especie de acciones, al deudor desde el momento que ha caido en demora, porque desde entónces ha faltado : « *In bonæ fidei contractibus ex mora usura debentur* » (6).

(1) Dig. 4. 3. *De dol. mal.* 7. § 3. f. Ulp. : « Si (de dolo) non est cantum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto; in ex stipulatu, de dolo actio necessaria est. »

(2) Dig. 30. *De legat.* (1), 84. § 5. f. Julian. — 18. § 5. *De rescind. vind.* 3. f. Paul. — Vatic. J. R. Fragm. § 94. — En la excepcion de dolo están comprendidas todas las que, fundadas en la buena fe, pueden reducirse á una excepcion de dolo : tales son las de violencia de parte de éste. Pero las excepciones sacadas de otra consideracion que las de la buena fe, por ejemplo, las excepciones *rei iudicatae, litis residue, cognitoria, procuratoria, quod facere possit*, no están comprendidas de pleno derecho en la fórmula *bonæ fidei*, y necesitan, por consiguiente, insertarse especialmente en ella, como veremos más adelante.

(3) Dig. 21. 1. *De adilit. edit.* 31. § 20. f. Ulp. — Sabemos ademas que los pactos insertos *in continenti* en un contrato de buena fe hacen parte de él, y que su ejecucion se persigue por la misma accion del contrato.

(4) Gay. Com. 4. § 63 : « *Judici nullam.... compensationis rationem habere.... formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.* »

(5) Por eso en esta especie de contratos y negocios tiene cada parte una accion; ya desde el principio, cuando las obligaciones recíprocas nacen desde el instante mismo, como en la venta, el arrendamiento, la sociedad; ya despues del suceso, cuando la obligacion para una de las partes no resulta más que de hechos posteriores, como en el comodato, el depósito, la prenda, el mandato, la gestion de negocios, la tutela, etc.; y es de aquí el distinguir entre la accion *directa* y la accion *contraria*. — Hé aquí por qué dice Ciceron que en la mayor parte de las acciones de buena fe se encuentra *iudicia contraria*.

(6) Dig. 22. 1. *De usur.* 32. § 2. f. Marcian.; 34. f. Ulp.

En las acciones de derecho estricto, por el contrario, el juez no decide absolutamente más que sobre la obligacion unilateral del demandado, y segun los principios estrictos del derecho civil concernientes á ella. Los hechos de dolo por parte, ya del demandante, ya del demandado, ó los de una deuda que oponen en compensacion, deben ser el objeto de acciones separadas y especiales, ó no pueden tomarse en consideracion más que por medio de excepciones insertas en la fórmula. Los intereses de las sumas no se deben si no se han estipulado, y entónces son objeto de una obligacion distinta. Los frutos generalmente, y salvo algunas excepciones particulares, no se conceden más que desde la *litis contestatio* (1).

Todo lo que se acaba de decir no tiene que ver con las acciones reales. En efecto, habiendo sustituido á las acciones de la ley el sistema formulario, ha distribuido entre los *judicia stricti juris* y los *judicia bonæ fidei* el dominio de las acciones de la ley *per conditionem* y *per judicis postulationem*, es decir, la reclamacion de las obligaciones: ¿pero qué ha hecho del dominio de la accion de la ley *sacramenti*, es decir, de las reclamaciones de derechos reales, única aplicacion del *sacramentum* en su última época? El procedimiento formulario para esta herencia, que tambien ha recogido, pero en último lugar, ha creado una tercera especie de accion ó de fórmula, la accion arbitraria (*actio formula arbitraria*). La filiacion histórica de las ideas y de las instituciones viene, en mi concepto, á arrojar sobre esta creacion la más viva claridad. Ya he dicho cuán poco apropiado era el procedimiento formulario, con su condena siempre pecuniaria, á las reclamaciones de propiedad y otros derechos reales, y cómo se consiguió extenderle, pasando del *sacramentum* al procedimiento *per sponsionem*, que no era más que una imitacion de él, y despues, en fin, de ésta á la *formula petitoria*. Así, pues, en la accion de la *sacramenti*, el que obtenia del magistrado la posesion interina estaba obligado á dar á su adversario fiadores para la restitucion de la cosa y de los frutos en caso de perder el pleito (*prædes litis et vindiciarum*). Lo mismo en el procedimiento *per sponsionem*, el poseedor deman-

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 31. pr. f. Paul.—La *condictio indebiti* es de las acciones en que todos los frutos percibidos por el demandado, aun ántes de la *litis contestatio*, deben restituirse. Dig. 12. 6. *De cond. indeb.* 65. § 5. f. Paul.; 15. f. Paul. Algunas otras acciones de derecho estricto que tienen igualmente un carácter restitutorio, están en el mismo caso.

dato estaba obligado á dar fianza para esta misma restitucion (*stipulatio pro præde litis et vindiciarum*). Esta idea expresa de la restitucion de la cosa y de los frutos por el demandado, si el demandante era reconocido como propietario, pasó hasta á la *formula petitoria*, en el sentido de que el juez se encargase de ella, una vez justificada á sus ojos la propiedad del demandante, de prescribir esta restitucion, y de no pronunciar condena pecuniaria contra el demandado, sino en caso de no restitucion por parte de éste; de modo que, restituyendo, debe ser absuelto. En efecto, en el procedimiento *per sponsionem*, no siendo la *sponsio* sino sólo conminatoria y prejudicial, la única consecuencia para el demandado que perdía era estar obligado, él y el fiador, en cumplimiento de su promesa, á restituir, lo cual, no ejecutándose voluntariamente, no podia resolverse más que en una condena pecuniaria. Este mismo efecto se trasladó con ligera alteracion á la *formula petitoria*, tanto por lo ménos como podia consentirlo la simplificacion de la fórmula, y esto por medio de estas solas expresiones, NISI RESTITUAT, puestas en la fórmula á continuacion de la *condemnatio*: CONDEMNATIO NISI RESTITUAT (1); ó en seguida de la *intentio*: «*Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium Serviliæ esse, neque is fundus restituitur*», etc. (2), como lo hemos explicado ya.

Tal es la *formula arbitraria*, que toma su nombre de la orden previa (*jusus ó arbitrium*) que el juez da al demandado de restituir, ó hablando más generalmente, de satisfacer al demandante, cuyo derecho es reconocido (3). El carácter distintivo de esta especie de acciones consiste en este *jusus ó arbitrium* previo.

El juez regula su *arbitrium*, es decir, su decision, por la restitucion que hay que hacer, y más generalmente por la satisfaccion que hay que dar al demandado, segun la equidad y la buena fe (*ex æquo et bono*) (4); y de aquí, sin duda, le vino á esta orden el

(1) Gay. Com. 4. § 47.

(2) CICER. *In. Verr.* II. 12.

(3) Gay. Com. 4. § 163: «*Is cum quo agitur accipit formulam quas appellatur arbitratia: nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituit neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.*»

(4) Adelante, § 31. *in fine*.—Pero sólo en esta parte de la accion tiene el juez el poder de decidir *ex æquo et bono*; pues por lo demás, la accion arbitraria no es una accion de buena fe. El juez no puede decidir en ella *ex æquo et bono* sobre la existencia del derecho; y lo prueba, como lo ha hecho notar muy bien mi colega M. Ducaurroy, en que la excepcion *doli mali* no está sobreentendida en ella, puesto que la encuentra frecuentemente opuesta á la *rei vindicatio*. (T. I, p. 340, § 30 y sig., y Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 13. f. Ulp.)

nombre de *arbitrium*. Puede, si lo juzga conveniente, conceder un plazo para hacer esta restitucion (1).

Es posible que al principio no fuera obligacion el *jussus* del juez más que de un modo indirecto, es decir, puramente por medio de la condena; pero despues pudo ejecutarse por fuerza, áun contra la voluntad del demandado; *manu militari*, dicen los textos, es decir, por el ministerio de los agentes del poder público de que disponia el magistrado. Ya en tiempo de Ciceron parece que era así (2). De este modo, aunque las condenas fuesen siempre pecuniarias en el sistema formulario, conseguia el importante resultado de que al que reclamaba una propiedad ó un derecho real cualquiera se le restituia la misma cosa objeto del derecho. Tal fué la gran utilidad de las acciones arbitrarias, lo cual las hacia hasta indispensables en el procedimiento por fórmulas. Con todo, el principio de la ejecucion forzosa del *jussus* no era cierto en todas las acciones arbitrarias sin excepcion; se aplicaba en todas aquellas en que se trataba de una restitucion de cosa corpórea (3), y tambien en la exhibicion; pero en algunos casos particulares, en que la satisfaccion era de otra naturaleza, la obediencia al *jussus* quedaba al arbitrio del demandado, salva la condena que le alcanzaba por no haber obedecido (4).

Si el *jussus* queda sin ejecucion, ya por resistencia, ya por culpa del demandado, debe ser condenado éste. La condena está redactada en la fórmula de una manera *incerta*: «*QUANTI EA RES ERIT*» Su importe está fijo por el juez, á veces, segun su propia apreciacion; pero en la mayor parte de los casos, con arreglo al juramento deferido al mismo demandante sobre la indemnizacion que puede debérsele (5); lo cual era un castigo de la resistencia del de-

(1) Más abajo, tit. 17, § 3.

(2) «*Non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum*», dice CICERON, despues de referir la fórmula arbitraria de accion petitoria en el pasaje citado en la nota 1.—Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 9. f. Ulp.: «*Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere*».—68. f. Ulp.: «*Qui restituere jussus judici non paret, contentens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit.*»

(3) Véase la nota precedente.

(4) Tal es el caso de la accion arbitraria *de eo quod certo loco*, de que hablamos más adelante.

(5) Dig. 22. 3. *De in litem jurando.* 5. f. Marcian.: «*In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonae fidei iudicis in litem juratur. § 1. Sed iudex potest praefinire certam summam usque ad quam juretur; licuit enim et a primo non deferre. § 2. Item etsi juratum fuerit, licet iudici vel absolvens, vel minoris condemnare.*—Dig. 6. 1. *De rei vind.* 68. f. Ulp.: «*Qui restituere jussus, iudici non paret, siquidem dolo fecit quominus possit (restituere), is quantum adversarius sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit*

mandado. Si la ejecucion del *jussus* no ha tenido efecto más que por lo principal, por ejemplo, si se ha restituido la cosa, deben solamente ser el objeto de la condena los frutos y demas accesorios (1). En fin, si el *jussus* se ha cumplido por voluntad ó por fuerza, de modo que satisfaga completamente al demandante, el demandado debe ser absuelto: con lo cual termina la mision del juez.

La fórmula arbitraria, como acabamos de ver, por su origen y sus resultados forma un género aparte, destinado especialmente á las acciones *in rem*: al paso que la *stricti juris* y la *bonae fidei* constituyen otros dos géneros peculiarmente propios de las acciones *in personam*. Han venido, sin embargo, á unirse á las acciones reales, que son todas arbitrarias (2), por excepcion, en calidad de tales, dos acciones civiles *in personam*, en las cuales hay tambien una restitucion ó una exhibicion que hacer, puntos eminentemente susceptibles de aplicacion de un *arbitrium* previo, y que por otra parte presentan cierta analogía con el derecho de propiedad; y son la accion *ad herendum*, preliminar para llegar á la *rei vindictio* (3); y la *finium regundorum*, en que el juez puede tener que dar á las partes el *jussus* ú orden previa de hacer las restituciones necesarias de derribar árboles ó edificios para el restablecimiento de límites (4). Debe, en fin, añadirse á ésta la accion *de eo quod certo loco*, cuya fórmula, aunque introducida últimamente por el pretor, tenía una *intentio* civil (*in jus concepta*), pero levemente modificada; de modo que constituia una accion arbitraria de una naturaleza enteramente particular, de la cual volverémos á hablar (5).

En suma, hé aquí la reparticion de los casos regidos ántes por las acciones de la ley entre las acciones formularias:

quominus possit: non pluris quam (quanti) res est, id est, quanti adversarii interfuit condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet»—Dig. 10. 4. *Ad exhibendum.* 3. § 2. f. Ulp.: «*Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusjurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante.*»

(1) Página precedente, nota 2, al fin.

(2) Adelante, tit. 17, § 2.

(3) Adelante, § 31.

(4) Dig. 10. 1. *Finium regund.* arg. 2. § 1. f. Ulp.; 4. § 3. f. Paul.; 8. § 1. f. Ulp.

(5) Dig. 13. 4. *De eo quod cert. loc.* 2. pr. f. Ulp.; 3. f. Gay.; 5. 7 y 19. f. Paul.—Abajo, § 31.—Tambien hallamos en Gay. (Com. 4. § 47) una fórmula en que la accion de depósito, que por su naturaleza es una accion de buena fe, está redactada de modo que se convierte al mismo tiempo en una accion arbitraria, lo cual sucede tambien en una accion de comodato.

