

# MISCELANEA

## I

### PROCEDIMIENTOS TECNICOS PARA LA CREACION JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO EN ROMA

Al comentar la monografía de E. Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la Ley Aquilia* (Pamplona, 1973), en una recensión tan sólo descriptiva de su contenido<sup>1</sup>, había dejado intencionadamente para un momento posterior el análisis de conjunto de los resultados de sus investigaciones, que han concluido con la publicación de un amplio estudio sobre las acciones útiles<sup>2</sup>. Por la misma época, y al margen de los estudios de E. Valiño, me ocupé del examen de la *actio communi dividundo utilis* en un trabajo publicado<sup>3</sup> sin haber podido recoger la problemática general del tema, pero que presenta ahora la utilidad de ofrecer un contraste con los resultados de Valiño, que se ocupa de esa acción en la parte final de su estudio<sup>4</sup>. Pero, sobre todo, creo que merece la pena reflexionar sobre el contenido de esta monografía desde el punto de vista de los procedimientos técnicos que operan en Derecho romano para el progreso jurídico, encaminado siempre a dotar de protección procesal a nuevas situaciones de conflictos de intereses que requerían soluciones que no venían dadas convenientemente por los recursos procesales en el momento en que se producían.

1. Es sabido que el medio especialmente utilizado por la Jurisprudencia para formar nuevo derecho es la analogía, operando, en vía lógica e interpretativa, mediante extensiones y equiparaciones basadas en una razón de semejanza<sup>5</sup>; es verdad que, sobre todo en la época antigua, la Jurisprudencia se sirve de la técnica del acto

---

1. AHDE, 1973, pág. 442 y ss.

2. VALIÑO, E., *Acciones útiles* (Pamplona, 1974).

3. *Estudios en Homenaje al profesor Santa Cruz*, Valencia, 1974.

4. Páginas 400 y ss.

5. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano*, AHDE, 1957-58, págs. 310, núm. 18.

aparente para aplicar principios e instituciones jurídicas a fines que les son originariamente extraños, e incluso a veces desviados de su finalidad; pero la actividad jurisprudencial no podía ofrecer, en vía de *interpretatio*, un recurso procesal ante un conflicto de intereses cuyo supuesto de hecho o de derecho tropezara abiertamente con principios o requisitos exigidos por el *ius civile* para la procedencia de alguna de las fórmulas de acciones civiles derivadas de las antiguas *legis actiones*: la remoción de ese impedimento necesitaba un acto de *imperium*, cuyo contenido era inspirado al pretor por los juristas; técnicamente, la nueva situación queda jurídicamente tutelada con el recurso procesal procedente del *ius civile* e imperativamente adaptado por el pretor mediante una ficción en la fórmula que remueve el impedimento de hecho o de derecho que impedía su aplicación <sup>6</sup>.

Las acciones con ficción son, pues, pretorias y en modo alguno pueden atribuirse a la labor de *interpretatio* de los juristas, aunque sí, desde luego, a su iniciativa. Por otro lado, la fórmula ficticia se basa en una *intentio in ius* (*in rem o in personam*), y no *in factum*: *actio in factum* es, en época clásica, una acción pretoria que no tiene una fórmula *in ius concepta*, por oposición a las acciones o fórmulas *in ius*; tales acciones son muy frecuentemente edictales, pero también podían darse como decretales, es decir, improvisadas para un caso y sin modelo edictal; para aplicar acciones *in factum* a casos similares, pero nuevos, por tropezar con algún requisito exigido para su viabilidad, no resulta lógico pensar que el pretor acudiera a las ficciones, pues lo más práctico es que diera una *actio in factum* distinta <sup>7</sup>. Resulta, pues, de esto, que las fórmulas pretorias con ficción presuponen acciones civiles, alguno de cuyos requisitos remueven. Tenemos, así, acciones civiles que se pueden "utilizar" en supuestos distintos de los previstos, gracias a la ficción introducida por el pretor en la fórmula, y de ahí el nombre de *actiones utiles* con que aparecen técnicamente designadas estas acciones <sup>8</sup>.

En el proceso formulario, por consiguiente, *actio utilis* equivale a acción con fórmula ficticia: un detallado análisis crítico de los tex-

6. GARCÍA GARRIDO, *ibid.*, págs 313 y ss.

7. VALIÑO, pág. 24, y D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1973, pág. 94, núm. 3.

8. D'ORS, *ibid.*, pág. 94.

tos en que se presenta aquel término permite a Valiño demostrar, en efecto, que en Derecho clásico sólo las acciones *in ius* aparecen dadas como útiles: *actio de pauperie*, *actio legis Aquiliae vindicationes*, *actio rei uxoriae*, *actio mandati*, *actio tutelae*, *actio certi*, acciones divisorias, *actio aquae pluviae arcendae*, *actio ex testamento*, *actio operarum*, *actio iudicati*, y otras cuya acción básica no nos consta, como es el caso de las acciones útiles de las que disponen los fideicomisarios, el de algunas acciones con función rescisoria, las que se dan a favor o en contra de los *curatores*, y las en favor o en contra de los herederos. No se designan como acciones útiles las acciones con transposición de personas, a pesar de que estas acciones pretorias tengan, al igual que las útiles, una base civil, que presupone un *oportere*, e incluso una ficción (*si liber esset*); cuando se trata de acciones adyecticias que se dan por negocios de esclavos, el fundamento de la no calificación como *utiles* de las acciones con transposición de personas está sencillamente en el hecho bien patente de que se trata de técnicas formularias distintas; pero, además, por lo que se refiere a las acciones adyecticias, su carácter autónomo y propia denominación las convierten en acciones específicas con un alcance distinto de las útiles, y con independencia de que concurra o no en ellas la ficción; la denominación específica hace innecesaria, propiamente, la cualificación de *utiles* a acciones con fórmulas ficticias típicas, como la acción Publiciana y la *Serviana* del *bonorum emptor*, a pesar de que son realmente acciones útiles<sup>9</sup>.

Junto a este primer grupo de *actiones utiles* de carácter formulario, aparece empleado también el término para referirse a las acciones que llamamos cognitórias, es decir, acciones no formularias tramitadas según la normativa de la *cognitio extra ordinem*: este carácter presentan en época clásica, la acción para reclamar el cumplimiento de un fideicomiso, quizá la *querella inofficiosi testamenti*, las acciones entabladas en provincias, etc.; el término *actio utilis* se usa también en relación con las acciones creadas después de la compilación del Edicto por Juliano, acciones tramitadas ya por el procedimiento de cognición oficial. El elemento básico que sigue sirviendo de punto de referencia en este grupo de acciones cognitórias es su analogía con alguna acción formulario, que se toma como fundamento para la re-

9. VALIÑO, págs. 23 y ss.

clamación procesal nueva, tramitada *extra ordinem*; en un primer momento lo que hace que se las califique como útiles es una diferencia en el campo de aplicación o en elementos esenciales respecto a la acción civil. El empleo de *utilis* en estos casos respondía aún a la idea de "acción civil *utilizada* en un supuesto distinto del previsto", lo que en el procedimiento formulario se conseguía con la técnica de la ficción, se logra ahora mediante el recurso a un nuevo procedimiento, que hace innecesaria la ficción. Ahora bien, sustancialmente, lo que ocurría era que una nueva situación, no cubierta por un recurso procesal preexistente, quedaba protegido por extensión del mismo; que la acción tomada como modelo fuera civil o pretoria *in factum* era algo que debía de interesar cada vez menos, a medida que se generalizaba el procedimiento cognitorio; de ahí que el término *actio utilis* se extienda también a acciones *in factum* modificadas, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*. Ahora bien, una *actio in factum* era, en realidad, un recurso procesal dado en ausencia de un específico medio de protección de una determinada situación: acciones útiles e *in factum* podían, pues, llegar a concebirse, lógicamente, como simples expedientes de relleno, de carácter supletorio, que pueden concederse en todos aquellos casos en los que falte una acción especial exactamente aplicable al caso controvertido, y en todos estos casos el nuevo expediente se fundamenta en consideraciones de equidad o de justicia que justifican la aparición de las nuevas acciones <sup>10</sup>.

2. Hasta aquí los resultados de la investigación de Valiño en cuanto a la delimitación conceptual y al ámbito operativo de la técnica del *utiliter agere*. Parece obligado hacer una referencia a las funciones que cumplían las acciones útiles, tema que ocupa la parte central y más amplia del libro <sup>11</sup>, con todo acierto, pues en ello estriba la razón por la que tales acciones fueron ideadas por los juristas y adoptadas por el pretor.

2.1. Una primera función es la de hacer efectiva la *restitutio in integrum*: a) producida una *capitis deminutio*, se extinguen *iure civile* las deudas del que sale de su familia; sin embargo, el pretor concedía en determinados casos contra la persona así liberada acciones

10. VALIÑO, págs. 419 y ss.

11. Páginas 33-396.

útiles para superar los inconvenientes de una aplicación estricta de las normas civiles; contra el *capite minutus* se da entonces una *actio utilis rescissa capitis deminutione*, en la que se fingía que no había tenido lugar la *capitis deminutio* o que no se había cambiado de posición familiar, de manera que los acreedores podían verse así satisfechos en sus reclamaciones; b) lo mismo sucede, en algunos casos, para eliminar los efectos civiles que no pudieron impedirse a causa de la ausencia del interesado; una *actio utilis* en la que probablemente se finge que no hubo ausencia, viene a hacer efectiva la *restitutio in integrum ob absentiam*; c) a la *restitutio in integrum ex lege Laetoria* sigue también la concesión de acciones útiles en favor del *minor* e igualmente tras d) la *restitutio in integrum* decretada a causa de una *alienatio iudicii mutandi causa*; e) o la *restitutio in integrum ob metum*; f) cuando el pretor quiere dejar sin efecto un juicio anterior otorga una *restitutio in integrum litis contestationis*, en la que se funda la acción útil con la ficción de que no había tenido lugar la *litis contestatio*; g) una *restitutio in integrum beneficio principis* podía dar lugar también a una *actio utilis*, pero muy probablemente, de tramitación *extra ordinem*.

2.2. Otra importante función de la técnica de las acciones útiles es la de hacer posible, mediante el típico recurso de la ficción, la extensión de la legitimación en acciones formularias: así sucede; a) con la *actio legis Aquiliae*, cuya legitimación se extiende activamente en favor de ciertos titulares de intereses con la ficción de ser propietarios, en tanto que se acude a acciones *in factum* en los casos que no encajaban en el esquema de aquella acción<sup>12</sup>; b) se acude también a la ficción de propietario para extender la legitimación activa en las *vindicationes* en favor del superficiario y del acreedor pignoraticio, materia en la que Valiño sigue las conclusiones de D'Ors<sup>13</sup>; c) se dan también, con la ficción *si heres esset*, acciones útiles contra los herederos y en favor del sustituto pupilar cuando *iure civile* el pupilo había perdido la capacidad por haber fallecido en cautiverio; d) en otros casos, las acciones se extienden pasivamente, como ocu-

12. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la Ley Aquilia*, 1973

13. *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, *Iura*, 20, 1969, páginas 77 y ss.

rre, entre otros supuestos, con la *actio tutelae*, otorgada como útil algunas veces contra el tutor cesante, que no podía ser reclamado por la *actio tutelae* ordinaria porque ésta contenía en su fórmula la mención *si tutelam gessit*; e) finalmente, se dan casos de extensión de la legitimación recíproca en la *actio familiae erciscundae* para el reparto de bienes hereditarios entre quienes no son herederos *iure civile*, e igualmente en la *actio communi dividundo* entre algunos tipos de no propietarios civiles, con la ficción de que lo eran.

2.3. Mediante la ficción de que el negocio había sido realizado por el *dominus negotii*, las acciones útiles venían a facilitar la representación directa, excluida por el *ius civile* y, también por ello, la acción directa; con esta función aparece concedida como *utilis* la *actio certi* y en las acciones derivadas de estipulación; del mismo modo, se hace posible el traslado de la *actio iudicati*, cuando intervienen representantes procesales; al ámbito del procedimiento cognitorio pertenece la *actio ad exemplum institoriae* contra el *dominus negotii* que había nombrado a un *procurator*, que no tenía la condición de *institor*, para la realización de ciertos negocios; esta acción experimentó una notable extensión para hacer posible el principio de la representación directa en la *cognitio extra ordinem*, en cuyo seno se crearon otras *actiones utiles* con función de representación.

2.4. Existen una serie de supuestos de concesión de acciones útiles con función de traslado: así, a) en los casos de venta de herencia y de constitución de dote, la *hereditatis petitio* aparece concedida como útil; la razón de la necesidad de la calificación como *utilis* de esta acción cognitoria en los dos casos indicados está en que el adquirente de la herencia no era, en sentido estricto, ni *possesor pro herede* ni *possesor pro possessore*, por lo que debió estimar la Jurisprudencia que no podía darse contra él la acción normal, sino que tendría que tratarse de una acción modificada; la acción se presenta así trasladada pasivamente contra estos adquirentes de la herencia en favor de quien se cree heredero; b) a favor y en contra del fideicomisario se dan también aquellas acciones que *iure civile* correspondían al heredero; se trata de acciones ficticias, análogas a las que se dan en favor y en contra de los *bonorum possessores*; c) con la ficción *ac si debitor fuisset* concede el pretor acciones útiles en favor y en

contra del *curator bonorum*; d) la idea del traslado de acciones, que aparecen concedidas como útiles, está presente, finalmente, en las acciones derivadas de una cesión de créditos, a partir de la *actio utilis* concedida por Antonino Pio al *emptor hereditatis*, ya por el cauce de la *cognitio extra ordinem*.

2.5. A través del procedimiento cognitorio se admite, a partir de Diocleciano, la primera corrección al principio clásico que privaba de acción al tercero en cuyo favor se hizo una estipulación; los bizantinos interpolan una serie de textos en esta dirección para reconocer acciones útiles con el fin de otorgar protección a convenios en favor de terceros.

2.6. También se emplea a veces el recurso de la *actio utilis* en función de acción de regreso, como medio de indemnización del valor de lo que ha perdido el ex-propietario, con el fin de corregir el enriquecimiento injusto, o para la restauración de acciones extinguidas o de ejercicio imposible.

2.7. Muy interesante es la función que se logra mediante las acciones útiles para extender el ámbito de la acción básica; así, a) al cuasi-usufructuario concede el pretor una *vindicatio usufructus utilis*, en la que quizá aparecería la ficción de que podía legarse el usufructo de todas las cosas o bien que el usufructo de dinero o de las cosas consumibles *legari posset*; b) la *actio de pauperie* es concedida como útil cuando el deterioro en una cosa ajena fue causado, no por un *quadrupes*, sino por otro animal; c) la *actio negotiorum gestorum* se extiende como *utilis*, en la *cognitio* a supuestos en que faltaba el *animus aliena negotia gerendi*; d) desaparecida la *res communis*, no procede la *actio communi dividundo*, pero se da como *utilis* con la función de obtener las *prestationes*; e) las extensiones de la *actio legis Aquiliae* como *utilis* a supuestos de daños causados *non corpore* no son clásicas, pues en tales casos se concedían acciones *in factum*; carácter post-clásico tienen también las extensiones útiles de acciones *in factum*, proceso iniciado ya en la *cognitio extra ordinem*.

2.8. Las acciones ordinarias aparecen también como útiles con función de dispensa de prueba; se trata de casos de normal aplicación del juramento hecho por el demandante sobre aquellas materias

de modo que esamos ante acciones pretorias, pero decretales y de- tiene como consecuencia que el pretor mande fingir al juez que tenga por probado el objeto del *iusiurandum*. Se acude a la ficción, en otros supuestos, para dar una *actio utilis* contra los magistrados municipales que omitieron exigir la *cautio rem pupilli salvam fore* a los tutores por ellos designados, si, finalizada la tutela, los tutores no fueran solventes y el impúber no pudiese cobrar el total de la caución; se trata de una acción subsidiaria, que deriva de un senadoconsulto de la época de Trajano, y que contenía la ficción de que el mismo magistrado había dado él caución; se trataría de la *actio incerti (ex stipulatu)* dada como útil, que aparece también en otros casos de caución no prestada o insuficiente con función sustitutiva. También cumplen una función de este tipo, aunque de distinto signo, una serie de acciones cognitivas, que sustituyen en la época post-clásica a los interdictos, y que se dan como si hubiese habido previamente un interdicto; la confusión del *ius civile* y del *ius honorarium* y la tendencia a superar la estructura clásica de pluralidad de ordenamientos hace que los interdictos "directos" o "útiles" se sustituyan por acciones útiles.

3. Resta sólo someter mi estudio sobre la *actio communi dividundo utilis* a las conclusiones de Valiño que acaban de ser expuestas. El examen de los textos de D. 10.3 en los que se alude a un *utiliter agere communi dividundo* me llevó a la conclusión inicial de que el término *actio utilis* se empleaba en ellos en relación con dos distintos recursos procesales: la *actio communi dividundo* civil y la *a. c. d. utilis* expresamente prevista en el Edicto; la existencia de un edicto especial *De utili communi dividundo iudicio*, defendido por Lenel, me pareció razonable, y es aceptada también por Valiño<sup>16</sup>; pero no creo que deba atribuirse su introducción en el Edicto a Juliano; esa *actio utilis* edictal contiene una ficción de *dominium*; se trata, pues, de una acción creada sobre la base de la *actio communi dividundo* civil, de la que se diferenciaba en la ficción de *dominium*; es difícil no pensar que esta acción se introdujo para asimilar el régimen de división de las situaciones de cotitularidad dominical a las de cotitularidad bonitara; la *a. c. d. utilis* edictal aparece, por tanto, como en cierto modo complementaria de la *actio Publiciana*, también

14 Páginas 401 y ss.



ficticia, y podría ser muy bien contemporánea o en poco posterior a ésta. Ahora bien, el *in bonis habere* era una situación posesoria tutelada por una acción en todo similar a la reivindicatoria; en consecuencia, la *a. c. d. utilis* edictal pudo ser posteriormente extendida por la Jurisprudencia a otras situaciones de cotitularidad real, en la medida en que fueron quedando individualmente protegidas por *vindicationes* ficticias: así sucede con i) el vectigalista, protegido desde Juliano con una *vindicatio utilis* “como si fuese propietario”, ii) el acreedor pignoraticio, al que se otorgó una acción con ficción de propiedad, iii) el *missus in possessionem* “*rei retinendae gratia*”, protegido por la acción Publiciana. En todos estos casos la Jurisprudencia opera rigurosamente a través del método de la analogía, extendiendo la *actio communi dividundo utilis* creada por el pretor a situaciones que podían quedar comprendidas en el supuesto originariamente previsto en el Edicto, lo que ocurría desde el momento en que las nuevas situaciones posesorias eran dotadas de una protección similar a la del propietario bonitario. La idea de la *vindicatio* sirve de punto de referencia suficiente en la época post-clásica para extender la *a. c. d. utilis* en supuestos de cotitularidad en el derecho de usufructo (D. 10.3.7.10), de servidumbre (D. 43.20.4), de uso (D. 10.3.10.1) y de superficie (D. 48.18.1.8). Para los juristas bizantinos procede la acción divisoria, con carácter general, *inter quos aliquid commune est, ut id dividatur*, ya se trate de una cosa o de un derecho, y tanto en caso de cotitularidad dominical como una situación de concurrencia posesoria; de todos modos, parece querer reservarse la *actio communi dividundo* directa para los supuestos de concurrencia de titularidades dominicales de cualquier tipo, protegidas por una *vindicatio rei*, en sentido amplio, mientras que la *actio utilis* se da, como acción complementaria, en situaciones de concurrencia de simples poseedores, conforme al concepto de posesión justiniana.

Carácter distinto presenta el otro grupo de textos en que se menciona una *a. c. d. utilis*: la edictal perseguía extender la legitimación activa; ahora, en cambio, se quiere ampliar el ámbito de la acción divisoria. La función que cumple en estos casos la *actio utilis* es la de hacer posible la exigencia recíproca de las *praestaciones* cuando éstas subsisten, habiéndose extinguido la relación de cotitularidad entre los condueños y siendo inviable la *actio negotiorum gestorum*.

Admite Valiño la procedencia de la *a. c. d. utilis* con ese fin en los casos en que es preciso dividir y distribuir las *praestationes* entre los antiguos comuneros *post interitum rei communi*<sup>15</sup>, pero no en los de enajenación de cuota<sup>16</sup>; piensa Valiño que la acción que entonces procedería sería la delictual de D. 4. 7., aplicable en todo caso de enajenación *iudicii mutandi causa*, y que se debe a los justiniáneos la transformación de esa acción en útil; creo, sin embargo, que sigue siendo preferible la opinión de Riccobono<sup>17</sup>: la *actio communi dividundo* podía darse como *utilis* por el contenido de las *praestationes* tanto en caso de disolución material de la *communio rerum* (por desaparición de la *res communis*) como en el de disolución jurídica respecto al condómino que enajenó su cuota, con independencia de que pueda proceder la acción delictual de D. 4. 7 si hubo el *fraus* que exige el edicto *de alienatio iudicii mutandi causa*.

La fórmula de la *actio communi dividundo* dada como *utilis* presenta la forma de una reclamación relativa a *quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportere*, con la variante de la ficción de subsistencia de la *communio*, en la que se apoya la pretensión de las *praestationes* recíprocas; se trata de extensiones útiles de la *a. c. d.*, de modo que estamos ante acciones pretorias, pero decretales y debidas a la Jurisprudencia de la época de Adriano. Es lógico pensar que la misma necesidad que llevó a estas extensiones útiles de la *a. c. d.* se plantearan en relación con la *a. c. d. utilis* edictal; la fórmula de esta acción, ahora decretal, añadiría a la ficción ya presente en ella la de la subsistencia de la situación de cotitularidad bonitaria o las demás admitidas analógicamente por la Jurisprudencia. Estas ideas quizá sirvan para completar las paralelas del trabajo de Valiño, brillante culminación de varios años dedicados al estudio de este importante tema.

Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO

15. Páginas 323 y ss.

16. Páginas 329 y ss.

17. *Dal Diritto romano classico al Diritto moderno. A proposito di D. 10. 3.14, en Scritti, II. 1964*