

SOBRE UNA PRETENDIDA «ACTIO» ARBITRARIA CONTRA EL USUFRUCTUARIO

SUMARIO: I. Introducción.—II. «Status quaestionis».—III. Análisis del problema.—IV. *Arbiter y arbitrium boni viri*. A. Distintas acepciones. B. El *arbitrium boni viri* en las estipulaciones pretorias.—V. Solución propuesta.

I. INTRODUCCION

En la concurrencia del derecho real de propiedad con el *ususfructus*, el *propriarius* dispone, por los daños que pueda causar el usufructuario, de los siguientes recursos: como acciones penales, de la a) *actio legis Aquiliae*, b) *actio furti*, c) *actio servi corrupti*, d) *actio iniuriarum* y e) del interdicto *quod vi aut clam*. Por otro lado, la *cautio usufructuaria*, que el pretor exige al usufructuario para garantizar el uso y disfrute de la cosa *salva rerum substantia*, y la restitución oportuna de la misma. Nuestro análisis versará sobre los daños causados por las omisiones del usufructuario, es decir, el caso de *qui agrum non proscindit, qui vites non subserit. item aquarum ductus conrumpi patitur* (D.7,1,13,2), omisiones que no preveía la *lex Aquilia*.

II. STATUS QUAESTIONIS

De Ruggiero¹ sostuvo la existencia, a causa de daños por omisión, de una acción especial —*arbitraria*— independiente de la *cautio*. Mediante tal acción arbitraria, el demandante exigiría al usufructuario la observancia de sus deberes. De Ruggiero² trata de demostrar la existencia de dicho juicio arbitral con los siguientes textos:

1. R. DE RUGGIERO, *Sulla cautio usufructuaria*, en *Studi in onore di V. Scialoja*, I (Milano, 1905), págs. 73 y sigs.

2. DE RUGGIERO, pág. 78.

D.7,1,7,2 (Ulp. 17 Sab.): Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, *reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi* Celsus scribit libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat.

D. eod. 7,3: Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium *per arbitrum cogi reficere*, quemadmodum adsesere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse.

D.7,1,9 pr. (Ulp. 17 Sab.): Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur, nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit *cogi eum posse recte colere*.

Contra la opinión de los autores que afirman que los textos anteriores no son más que referencias o aplicaciones concretas de la obligación de usar *boni viri arbitrato*, asumida con la *cautio*, el autor, por el contrario, ve en ellos el juicio arbitral a través del cual el nudo propietario haría efectiva la obligación que tiene el usufructuario de reparar (*reficere*) la casa (*aedes*); con gran sinceridad científica, reconoce la imposibilidad de probar su hipótesis respecto a ninguno de los tres fragmentos³. Los dos últimos, dice, son ambiguos, pero el primero de ninguna manera se podía referir, según el autor, a la *cautio usufructuaria*, por dos razones: el texto no señala que el propietario la haya estipulado y, en segundo lugar, Celso se representa la obligación del usufructuario de reparar la casa como correlativa al derecho de usufructuar (D.7,1,7,2), así como también corre con otras cargas del fundo: *stipendium, tributum, salarium, alimenta ab ea re relicta* (D. eod. in fine). Como en la mente del autor flota la idea de que nada impide se haga el mismo razonamiento para la *cautio ut boni viri arbitrato utatur*⁴, trata de reforzar su tesis con D.39,2,9,5 (Ulp. 53 ad ed.): *Idem (Celsus) ait eum quoque fructuarium, qui non reficit a domino uti frui prohibendum*. Con este texto insiste De Ruggiero en que Celso no podía hacer alusión a la *cautio usufructuaria* en D.7,1,7,2, porque la prohibición del nudo propietario

3. DE RUGGIERO, pág. 78: «Una dimostrazione diretta di ciò non è possibile dare per nessuno dei tre frammenti».

4. DE RUGGIERO, pág. 79.

al usufructuario de continuar en el uso de la cosa (*uti frui prohibendum*) no surge de la estipulación pretoria sino de una acción de naturaleza distinta. En efecto, si el usufructuario no usa la cosa *boni viri arbitrio*, podía el nudo propietario exigir la *cautio* sin esperar la extinción del usufructo; una vez dada aquélla, el efecto ya no puede ser la prohibición de usar, sino el de responder por los daños causados por omisión. Así, pues, concluye De Ruggiero⁵, la sola *stipulatio* no es suficiente para privarle del uso de la cosa, y como éste no es el efecto de la *cautio*, sólo queda como oportunidad procesal la del juicio arbitral. La insuficiencia de la *lex Aquilia* para los daños por omisión impelió a la jurisdicción pretoria a «prometer» una acción especial (arbitraria) para los casos no cobijados por aquélla⁶. La naturaleza jurídica de esta acción la encuentra señalada De Ruggiero en, Bas.16,1,13, que dice así, vertido al latín:

«De praeteritis autem damnis usufructuarius lege Aquilia tenetur, et interdicto quod vi aut clam, et furti actione. Ubi tamen cessat Aquilia, locus est actioni praetoriae: si forte agrum non excoluit, aut aquaeductum corrumpi passus sit».

y el Scholion correspondiente:

«Consultus Iulianus, cur tandem praetor [...] in factum actionem [...] competat ei legis Aquiliae actio, respondit, quia dantur casus, in quibus cessat legis Aquiliae actio, ideo datur a praetore <iudex>, ut eius arbitratu usufructuarius utatur. Qui enim agrum non proscindit, sive non arat, et qui vites non <subserit> sive [...], et qui aquaeductus corrumpi patitur <... non> tenetur lege Aquilia, et proinde praetor (†) ἐνβικρρ actionem dedit».

Los Basílicos hablan de una acción «pretoria», que en el escolio aparece como *in factum*. Al final de éste se llama a esta acción «arbitraria» (de donde la caracterización de Lenel, De Ruggiero y Ka-

5. DE RUGGIERO, pág. 80.

6. DE RUGGIERO, pág. 80.

ser); pero, en realidad, se trata de una lectura conjetural sobre las letras griegas εὐβίη del texto de los Basílicos, por lo que no podemos tener una gran seguridad sobre esta calificación, ni siquiera en la época de los escolios. Bortolucci, por su parte, interpreta estas letras como προίβη = prohibitoria. De Ruggiero afirma que esta acción debía de ser ofrecida por el pretor en la rúbrica del edicto *ut usus fructus nomine caveatur*⁷.

Grosso⁸ acepta la tesis de De Ruggiero y, fijando su atención en el carácter de arbitraria de dicha acción pretoria, a través de la cual se mantendría al usufructuario dentro de los límites de su derecho, es decir, evitando los excesos en la cosa o las omisiones e igualmente señalando la garantía para el futuro, deduce que se trataría de un *arbiter quemadmodum fructuarium utatur fruatur*⁹. A ello se referirían:

D.7,1,13,1 (Ulp. 18 *Sab.*): Cum igitur de usufructu agitur, non solum quod factum est arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet.

D.7,8,22,2 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): Usu legato si plus usus sit legatarius quam oportet, officio iudicis, qui iudicat quemadmodum utatur, quid continetur? ne aliter quam debet utatur.

La posición de Lenel¹⁰ ha variado a través de las distintas ediciones de su *Edictum Perpetuum*, pero sin llegar a una certidumbre sobre la naturaleza de dicha acción. Inicialmente aceptó, tomando también como base los escolios de los Basílicos, la acción arbitraria, pero en la segunda y tercera ediciones habla de una *actio negatoria* cuya *intentio* sería del siguiente tenor: *Si p. N. N. ius non esse uti frui*.

Partiendo de la tesis de De Ruggiero, Bortolucci¹¹ va más allá en sus conclusiones al sostener, en base a la analogía que hace con D.39,2,9,5, que dicha acción es *prohibitoria*¹²:

7. DE RUGGIERO, págs. 81 y sigs.

8. G. GROSSO, *Usufructo*² (Torino, 1958), págs. 274 y sigs.

9. G. GROSSO, pág. 276.

10. O. LENEL, *Edictum Perpetuum*³, págs. 190 y sigs.

11. G. BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto (Sulla cautio usufructuaria)*, en *BIDR*, 21 (1909), págs. 112 y sigs.

12. Vid. supra, pág. 159 y sigs., la interpretación de unas letras no aclaradas del Escolio.

Celsus certe scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisfacere debere. quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. *idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum*: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

En efecto, dice Bortolucci, sólo con una acción prohibitoria sería explicable el *cogi per arbitrum* de D.7,1,7,2, que «indicando il preciso potere dell'arbitro non può avere un senso indeterminato e indicare una costrizione indiretta»¹³; no así con la *actio ex stipulatu*, ya que ésta únicamente conduciría a una condena pecuniaria. La misma acción se extendería, además, a otros casos de omisiones dañosas fuera del *non reficere* y prueba de ello sería D.7,1,7,3: *quemadmodum adserere cogitur arbores*. Tenemos que, así como se daba la *actio prohibitoria* contra el usufructuario que *non reficet aedes*, asimismo se daba esta acción contra el usufructuario *qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur* de D.7,1,13,2. Respecto al *in factum* del escolio, ya citado, lo deduce precisamente de la extensión que dio la jurisprudencia a la acción prohibitoria para los daños por omisión¹⁴ no previstos por la ley Aquilia. Para el posterior desarrollo de nuestro estudio, es importante hacer notar una de las conclusiones a que llega el autor: la cláusula *boni viri arbitrato usurum fruiturum* (D.7,1,13 pr.) o de *modo utendi* surgió posteriormente a la *de restituendo*¹⁵.

Watson¹⁶ hace un nuevo planteamiento del problema al considerar las acciones decretales, y sostiene que, a partir de *denique consultus* (D.7,1,13,2), el empleo que hace Juliano de los términos *legis Aquiliae actio*, *Aquiliae actio* y *lege Aquilia*, no es para referirse a la acción de la ley Aquilia en sentido restringido, sino amplio, y por

13. BORTOLUCCI, pág. 112.

14. BORTOLUCCI, pág. 125.

15. BORTOLUCCI, pág. 126.

16. A. WATSON, D.7,1,13,2 (Ulp. 18 ad Sab.): *The lex Aquilia and decretal actions*, en *IURA*, 27 (1966), págs. 174 y sigs.

ende, excluída la aplicación de la ley Aquilia para el daño omisivo, se daría una de tales acciones *de c r e t a l e s*¹⁷.

Kaser ve en el texto del Digesto una acción reipersecutoria y últimamente una acción arbitraria de indemnización¹⁸.

Por último, otra parte de la doctrina coincide en afirmar que el párrafo 2 de D.7,1,13 hace alusión a la *cautio usufructuaria*, pues de ella venía tratando el jurista, con lo cual sería ésta la que protegería al *nudus proprietarius* por los daños omisivos del usufructuario¹⁹.

III. ANALISIS DEL PROBLEMA

La *cautio usufructuaria* aparece en el Edicto en los títulos XXVII (*de legatis*) y XLV (*de stipulationibus praetoriis*)²⁰. Si bien, inicialmente, sólo la exigía el pretor al legatario de usufructo, más tarde fue extendida por la jurisprudencia a todo usufructo constituido por cualquier causa:

D.7.,9,1,2 (Ulp. 79 *ad ed.*): Illud sciendum est ad fideicommissa etiam aptari eam debere. plane et si ex mortis causa donatione usus fructus constituatur, exemplo legatorum debebit haec cautio praestari: sed et si ex alia quacumque causa constitutus fuerit usus fructus, idem dicendum est.

D.7.9.9,1 (Ulp. 51 *ad ed.*): Illud sciendum est sive iure ipso quis usum fructum habet sive etiam per tuitionem praetoris, nihilo minus cogendum esse fructuarium cavere aut actiones suscipere.

Contenido de la *cautio* es la promesa del usufructuario al nudo propietario de usar convenientemente la cosa (*boni viri arbitratu*) y de restituir la misma (*de usu fructu restituendo*), el mismo titular

17. WATSON, pág. 175.

18. M. KASER, *Das romische Privatrecht* (1950), pág. 379, nota 30 y nueva edición de 1971, pág. 451. Kaser no explica más concretamente su posición ante este problema, pero parece aceptar la primera posición de Lenel, pues destaca el carácter «arbitrario» de la acción.

19. H. SIBER, *Romische Recht* (1928), pág. 115, nota 16, conforme al cual la redacción originaria del texto hablaría de *satisfactionem polliceri*. Según F. SCHULZ, *D.R.C.* (Barcelona, 1960), pág. 375, en cambio, de *cautionem polliceri*.

20. LENEL, *E.P.*³, Tít. XXVII, § 171 y Tít. XLV, § 286.

o sus herederos, al término del usufructo (normalmente vitalicio). La jurisdicción pretoria constreñía al usufructuario que se negaba a prestarla amenazándole con impedirle la entrada en su derecho, mediante una *denegatio actionis*, u ofreciendo al propietario una *replicatio* contra la *exceptio* del usufructuario, e incluso la acción cuya naturaleza tratamos de establecer para los daños causados omisivamente a la cosa, no contemplados por la ley Aquilia.

Ahora bien, al comienzo hemos señalado la *actio legis Aquiliae* como uno de los medios procesales que tutelan la propiedad en lo que respecta a los daños, acción ésta limitada por la exigencia de que el menoscabo fuese causado *corpore corpori*, es decir, con un acto positivo y corporal ejercitado directamente sobre una cosa; a ello se referiría la expresión *damnum iniuria datum* de la mencionada ley: la jurisdicción pretoria extendió las sanciones de aquélla, mediante una *actio in factum* a los casos en que no se causaba tan directamente el daño, es decir, donde la relación corporal no era muy palpable, sino que estaba determinado por la propia conducta negligente. El Digesto presenta una rica casuística sobre este tipo de daños: D.9,2,7,3; 7,6; eod. 8 pr.; 8,1; eod. 9 pr.; 9,2 y 3; eod. 49; eod. 53. En base a estos textos Albanese²¹ ha pretendido asimilar D.7,1,13,2 a una *actio in factum*, pero es precisamente ahora cuando conviene hacer la siguiente observación: los textos que presentan la *actio in factum* porque la ley Aquilia *cessat*, sancionan daños causados por lo que la doctrina moderna denomina *culpa in faciendo*; así tenemos por ejemplo: D.9,2,9,2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait*. El hecho de dejar morir de hambre a un esclavo implicaría, en realidad, un *facere*: impedir que se alimente; mientras que los tres ejemplos señalados en D.7,1,13,2 son de *culpa in omittendo*: *nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur*; contra ellos procedería la acción que investigamos y no la acción por el hecho complementaria de la acción civil por el *damnum*, como aparece en el scholion de Bas. 16,1,13 (cit. supra pág. 159).

21. B. ALBANESE, *Studi sulla Lege Aquilia*, en *Annali Palermo*, 21 (1960), págs. 21 y sig.

Pasemos ahora a la exégesis de D.7,1,13,2 (Ulp. 18 Sab.):

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri *his actionibus* nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit *actionem polliceri praetorem*, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitrato utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt.

Al decir *nam fructuarium quoque teneri his actionibus*, Ulpiano, con el pronombre demostrativo *his*, parece referirse a la *lex Aquilia* y al interdicto *quod vi aut clam*, lo cual es quizá indicio de que estamos ante un texto interpolado o retocado por los justinianeos, pues fueron éstos quienes extendieron el término *actio* a los interdictos²²; con lo cual estaría interpolado el interdicto *quod vi aut clam*²³. En el mismo sentido se pronuncia Arangio-Ruiz²⁴, para quien el texto genuino sería el siguiente:

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus

22. E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, en *Studi di diritto Romano*, 4 (Milano, 1946), págs. 117 y sig.

23. Albertario hace la observación de que, a partir de *nam fructuarium* tenemos una petición de principio, pues se dice que contra el usufructuario se puede ejercitar la ley Aquilia y el interdicto *quod vi aut clam* «porque pueden ejercitarse contra él estas acciones». Pero quizá esta observación no es decisiva, ya que, Ulpiano empieza por afirmar el *teneri* del usufructuario por los *damna praeterita* por él cometidos, ya que «también el usufructuario» (*usufructuarium quoque*) puede ser demandado, como un extraño cualquiera, mediante la *actio legis Aquiliae*. Vid. ALBERTARIO, op. cit., pág. 141.

24. V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in dir. rom.*, 2.^a ed. (Napoli, 1958), pág. 230 y nota 2.

ait [...]. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquilia actio [...] nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

Pero Arangio-Ruiz no va más allá en sus conclusiones respecto a nuestra acción y se limita a decir de ella que es «peraltro alquanto oscura»²⁵.

Más aún, cabe señalar que a través de todo el texto se trata de la acción de la ley Aquilia y que la referencia a la acción de hurto es en vía de comparación, que en este caso es lógica, como no lo es la referencia al interdicto.

Por nuestra parte, y teniendo en cuenta todas las observaciones anteriores, dejaríamos el texto así:

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur [.], ut Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri <hac actione> nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale commiserit [...] <sed hanc actionem non sufficere quia> sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio [...], nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur. lege Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt.

A la tesis de Bortolucci se pueden oponer serias objeciones a partir del mismo texto aducido por él: D.39,2,9,5, que debe verse juntamente con D. h. t. 10:

25. ARANGIO-RUIZ, op. cit., pág. 230.

Ulp. 53 *ad ed.*

Celsus certe scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisfacere debere. quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

Paul. 48 *ad ed.*

Quamvis alienus usus fructus sit, dominum promittere oportere Cassius ait. nisi proprietarius in totum repromittat vel fructuarius satisfacat, mitti oportet in possessionem eum, cui non caveatur. sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Iulianus scribit. sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet.

Ulpiano presenta tres hipótesis de *uti frui prohibendum*; veamos: a) si el usufructuario no presta la *cautio damni infecti* y, a consecuencia de su negativa, procede una *missio* en el fundo, el *missus prohibebit* el ejercicio del usufructo; b) contra el usufructuario que no realice las reparaciones a que está obligado, y c) si el usufructuario no presta la *actio damni infecti* y el nudo propietario es constreñido a darla, éste puede *uti frui prohibere* al usufructuario. Pero Paulo, refiriéndose precisamente a este último caso —*repromissio* dada por el nudo propietario— no habla de *uti frui prohibere*, sino de *denegandam fructus petitionem*. Esto demuestra, contra Bortolucci, que no se trata de una supuesta acción «prohibitoria», sino simplemente de defender al nudo propietario contra el usufructuario que no ha cumplido con su deber de garantizar el *damnum infectum* y ha forzado con ello a que lo haga el nudo propietario.

La idea de Watson²⁶ de que la acción era decretal no parece muy compatible con la referencia a que era «prometida por el pretor» (*praetorem polliceri*), lo que parece indicar su carácter edictal.

Respecto a la conjetura de Schulz —*cautionem polliceri*²⁷—, hay que reconocer que aquélla depende exclusivamente de la negativa

26. Cfr. nota 16.

27. Menos atendible sería la posibilidad expresada por Siber de que hubiese sido interpolado *satisfactionem* en lugar de *actionem*. Vid. nota 19.

a pensar en una acción especial dada por el pretor —opinión que compartimos—, pero que formalmente nada cabe objetar a la expresión *actionem polliceri* que en el mismo Ulpiano es muy frecuente²⁸. Aunque la conjetura de Schulz favorezca nuestra conclusión sobre la inexistencia de esta acción, quizá no deba excluirse la posibilidad de que Ulpiano, al decir *actionem polliceri*, aludiera a la acción que el pretor procuraba al nudo propietario mediante el trámite de la caución²⁹.

Por otro lado, tenemos D.7,6,5 pr. (Ulp. 17 *ad ed.*):

Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

Encontramos en este texto un empleo simultáneo de la *actio negativa* y de la *prohibitoria*, con un fin tan análogo que es difícil hallar la diferencia entre ambas; quizá la segunda no sea más que una explicación de la primera como manifestación objetiva del *ius prohibendi* de todo propietario que se halla en situación de concurrencia

28. Incluido el que es objeto de nuestro estudio, tenemos los siguientes textos de «*actionem polliceri*» en Ulpiano: D.4,2,14,1; D.4,3,1,4; D.14,1,1,18; 23; D.15,1,3 pr.; D.21,1,19,5; D.25,5,1,1; D.25,6,1,2; D.43,18,1,1; D.29,4,1 pr.; D.47,12,3,11; otras veces se refiere a «*cautionem polliceri*»: D.43,23,1,14; D.50,13,1,12. Cfr. VIR, s. v. *polliceri*, pág. 702, col. 22.

29. Por lo demás, no debe excluirse una crítica más a fondo del texto. Tanto Juliano como Ulpiano parecen referirse tan sólo a la ley Aquilia y al extender los compiladores el texto al interdicto *quod vi aut clam*, se pudieron introducir otros elementos.

con otro derecho real (copropiedad, servidumbre o usufructo). Según Arangio-Ruiz³⁰, la frase *vel sibi ius esse prohibendi* está interpolada; en efecto, depende gramaticalmente del *negat*, lo cual es absurdo. Por lo demás, podemos encontrar otros indicios de interpolación a lo largo del texto³¹ que permiten sugerir esta reconstrucción:

Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, <quia> [...] de suo [...] non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat [...] magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum [...] negat ius esse utendi <fruidi> [...] . [...] <nam> qui agit dominus proprietatis <esse debet> [...].

Otro indicio para confirmar este criterio se encuentra en D.8,5,11 (Marcell. 6 *dig.*), texto en el cual las palabras *ius sibi prohibendi esse vel* están fuera de lugar³²:

An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.

30. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. rom.* (Napoli, 1957), pág. 251, nota 1.

31. Así tenemos el *invito se* que, junto con el *negat*, rige la frase final; la explicación *de suo enim, non de alieno* es inútil, pues ya se había dicho que el *dominus ius esse separatum non habet*. Cfr. GINO SEGRE, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, en *Mélanges Girard II*, pág. 522. nota 2.

32. Cfr. *supra*, nota 30.

Igualmente en D.10,3,28 (Pap. 7 *quaest.*):

Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividendo actionem damnum sarciri potest. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Argumento que no deja de tener su importancia, a pesar de lo elemental, es que tanto D.7,1,13,2, como Bas.16,1,13 hablan de una acción pretoria, lo cual estaría en contradicción con la prohibitoria, *in ius*.

La ausencia de *damnum iniuria datum* impide, como dijimos anteriormente, la aplicación de la *lex Aquilia* a los casos planteados en D.7,1,13,2, texto cuyo título trata de la *cautio usufructuaria*, la cual es el resultado de una práctica encaminada a regular las relaciones entre nudo propietario y usufructuario. Las controversias se desenvuelven a partir de la expresión *per arbitrum cogi* de D.7,1,7,2 y 3 en relación con el texto arriba citado y de donde deduce De Ruggiero³³ la existencia de una acción arbitraria. Por la exégesis hecha a D.7,1,13,2, rechazamos las hipótesis de que la redacción originaria del texto fuese *satisfactionem polliceri* o *cautionem polliceri*³⁴; de ser así no se justificaría continuar esta investigación, puesto que la solución estaría dada: dicho tipo de daño por omisión estaría cubierto por la *cautio usufructuaria*. Creemos haber presentado, pues, los argumentos suficientes que nos hacen desestimar las soluciones dadas.

33. Cfr. supra, nota 2.

34. Vid. supra, nota 19.

Antes de proponer una solución a este problema trataremos de analizar la figura del *arbiter*, desde una perspectiva general, para luego referirlo concretamente a nuestro tema, su papel en materia de estipulaciones pretorias y su posibilidad procesal.

IV. «ARBITER» Y «ARBITRIUM BONI VIRI»

A) *Distintas acepciones.*

Según Bortolucci, la presencia del *arbiter*³⁵ en una *actio ex stipulatu* es imposible, pues ésta no puede conducir a más que a una condena pecuniaria³⁶. Esta consideración nos obliga a detenernos en la cuestión de las funciones del *arbiter*³⁷.

Nos encontramos con las siguientes acepciones:

i) «*Arbiter*» en relación con la determinación que debe hacer un tercero sobre un elemento de un contrato u otra relación jurídica³⁸.

Las fuentes literarias nos ofrecen una definición de lo que es un *bonus vir*³⁹, especialmente Catón (234-149 a. J.), *De agri cultura*, 148,1:

Vinum in doliis hoc modo venire oportet, vini in culleos singulos quadragenae et singulae urnae dabuntur. quod neque aceat neque muceat, id dabitur. in triduo proximo viri boni arbitrato degustatu. Si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent.

35. A que se refieren los textos citados supra, pág. 158.

36. BORTOLUCCI, pág. 112.

37. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* (Koln-Graz, 1957), págs. 111 y sigs.

38. Recientemente se ha ocupado de esta acepción G. P. SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II (Milano, 1972), págs. 539 y sigs.

39. HORACIO, *Epist.* I, 16,40: *Vir bonus est quis? Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat, quo multae magnaeque secantur iudice lites, quo res sponsores et quo causae teste tenentur.* Para CICERÓN, en cambio, *boni viri* por excelencia son los *optimates*, como se deduce del *De Legibus*, III, 9,20.

Tenemos aquí un contrato de compraventa de vino en el cual éste debía ser catado por un *bonus vir* para determinar su calidad, quizá demasiado ensalzada por el vendedor o menospreciada por el comprador; indudablemente no se trata aquí de una sentencia de un *arbiter* pronunciada en un proceso sino del parecer de un tercero respecto al objeto de una relación jurídica.

En la compraventa de forraje o pasto, los daños causados por el comprador, sus pastores o su rebaño, y, viceversa, los causados por el propietario del fundo o sus dependientes al comprador, determinan una indemnización cuya cuantía se fija mediante el *arbitrium* de un *bonus vir*; así, en Catón, *De agri cultura*, 149,2:

... Siquid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, *virī boni arbitrato* resolvat. si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, *virī boni arbitrato* resolvetur... si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat ⁴⁰.

En referencia a una compraventa, vemos que los juristas de la primera época clásica (*veteres*) aplican el mismo criterio de Catón; así Ulp. 28 *Sab.*—D.18,1,7 pr.:

Haec venditio servi «si rationes domini computasset arbitrio» condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si *arbitrio viri boni*? nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti

40. Pero también desde esta misma época comienza a notarse que no se designa sólo el concepto anteriormente citado, sino que también apunta al que nosotros estudiaremos más adelante como el parecer de un hipotético hombre justo que debe aplicar el mismo juez en su sentencia. Así tenemos en el mismo CATÓN, *De agri cultura*, 144,2-3: . *Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. Si non erunt redditae, aequom viri boni arbitrato* deducetur. *Siquid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito; id viri boni arbitrato* deducetur ; 145,3: . *Siquid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitrato* deducetur.

sic spondeat «si voluero, decem dabo»: neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. placuit itaque veteribus magis in *viri boni arbitrium* id collatum videri quam in domini. si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest ⁴¹.

Aquí la función del *arbiter* es la fijación de la condición «*si rationes domini computasset arbitrio*» inserta en la compraventa de un esclavo. Ulpiano se pregunta si dicha determinación la debe hacer el *dominus* o un *bonus vir*; acepta la opinión de los juristas republicanos: *placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum quam in domini*, porque, en efecto, “no puede encomendarse a arbitrio del obligado si ha de quedar o no vinculado”.

Siguiendo el precedente de Ofilio y Próculo (Gai. 3,140), Justiniano admite el *arbitrium boni viri*, en la compraventa, para que el precio pueda ser establecido por un tercero (más imparcial que el comprador o el vendedor en la valoración objetiva de la cosa), aunque es difícil creer que esta posibilidad hubiese sido muy utilizada en la práctica; a ello se refiere C. I. 4,38,15:

Super rebus venundandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. 1. Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat “quanti ille aestimaverit”, sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. 2. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo

41. BESELER, *Beitrage* II, pág. 57, hace alguna objeción crítica a este texto: <*Servo sic vendito*> [*condicionalis ... sed*], [*nam ... fin*].

esse venditionem quasi nullo pretio statuo. nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. 3. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus ⁴².

A esta constitución se refiere Justiniano en Inst. 3,23,1 y 24,1. Este problema aparece ya en Gai. 3,140:

Praetium autem certum esse debet, nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est.

Puede advertirse cómo Justiniano extendió su solución de este problema a la determinación de la *merces* en la *locatio conductio*, para la que Gayo 3,143 no daba una solución similar.

En cambio, el *arbitrium boni viri* se da también en la *locatio conductio operis* para la estimación sobre la calidad de la obra, como vemos en D.19,2,24 pr. (Paul. 34 *ad ed.*):

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si *viri boni arbitrium* comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrum tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.

42. La explicación que da D'ORS en *SDHI*, 1960, pág. 325, sobre la reelaboración de esta constitución por el mismo Justiniano en la edición del Código del 534, no afecta a la parte que aquí nos interesa.

La fianza, de tanta trascendencia social y política en Roma, también se vio intervenida por el *arbitrium* de un tercero en el sentido de que se podía dejar a éste el aprobar la solvencia para ser *fideiusor*; así en D.2,8,9 (Gai. 5 *ed. prov.*):

Arbitro ad fideiussores probandos constituto, si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur, perinde ab eo atque ab iudicibus appellare licet;

en D.2,8,10 pr. (Paul. 75 *ad ed.*):

Si ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt, cum potuerit querella ad competentem iudicem deferri, qui ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat,

y D.4,4,7,3 (Ulp. 11 *ad ed.*):

Non solum autem in his ei succurritur, sed etiam in interventionibus, ut puta si fideiussorio nomine se vel rem suam obligavit. Pomponius autem videtur acquiescere distinguuntibus: arbiter ad fideiussores probandos constitutus eum probavit an vero ipse adversarius? mihi autem semper succurrendum videtur, si minor sit et se circumventum doceat.

Si bien es cierto que en ninguno de los tres textos el *arbiter* lleva la calificación de *bonus vir*, el sentido estaría suplido por su función específica de calificar a los garantes.

En materia de constitución de dote, tenemos D.32,43 (Cel. 15 *dig.*):

Si filiae pater dotem arbitrato tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitrato legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantum dotem cuiusque filiae boni viri arbitrato constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.

Cuando un padre dispone dar una dote a su hija según el arbitrio de sus tutores, Tuberón remite ese arbitrio a los mismos tutores pero como si fuesen *boni viri*. Por su lado, Labeón se pregunta por la medida en que debe determinarse dicha dote y señala como criterios que deben tenerse en cuenta los de la *dignitas*, *facultates* y el *numerus liberorum* del testador.

Para la tutela nos encontramos con la siguiente hipótesis: D.26, 7,47,1 (Scaev. 2 resp.):

Quantum autem filio meo diurnum sufficiat, Marina et Ianuaria aestimabunt: quaero, an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum. respondi sumptum boni viri arbitrio faciendum.

En materia de disposiciones de última voluntad, el *arbitrium boni viri* en este primer sentido que analizamos, se da en el legado y en la determinación de alimentos; veamos en qué casos. En el legado, tenemos D.31,1 pr.-1 (Ulp. 9 Sab.):

In arbitrium alterius conferri legatum veluti condicio potest: qui enim interest, «si Titius in Capitolium ascenderit» mihi legetur an «si voluerit»? 1. Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae «arbitrio tutorum», neque condicio inest legato neque mora, cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?

Encontramos en este texto el mismo principio que para la dote (D.32,43): cuando se lega algo al pupilo o pupila «arbitrio tutorum» se entiende que es el arbitrio de un hombre recto.

En el legado de alimentos a una hija en el cual el testador dejó al heredero la facultad de su determinación *arbitrium boni viri*, y en la medida de la dote legada —que era lo único que su padre quiso darle cuando se casó— tal determinación debe ser hecha teniendo en cuenta más el progreso de la edad de la hija que el caudal hereditario; D.34,1,10,2 (Pap. 9 resp.):

Alimentis viri boni arbitrato filiae relictis ab herede filio pro modo legatae dotis, quam solam pater exhereditatae filiae nubenti dari voluit, atque pro incrementis aetatis eam exhibendam esse respondi, non pro viribus hereditatis.

En los textos estudiados observamos la actuación de una persona que fija un elemento de un contrato (*emptio venditio, locatio conductio operis*) u otra relación jurídica (*damnum*, solvencia, dote, legado, tutela); actuación que encuentra su fundamento en una razón ético-social: la imparcialidad, ya en la fijación del precio de compra, ya en la del importe de un daño causado, o en la de la solvencia de un *fideiussor*, y la fijación de la cuantía de una dote, un legado o los gastos de un pupilo.

Ahora bien, en los casos en que se menciona el *boni viri arbitrium*, ese arbitrio del particular tiene una limitación: su determinación debe ser equitativa; de lo contrario, podría darse, en principio, la posibilidad de un control propiamente judicial para que la persona que haga las veces de juez actúe en el litigio con el mismo canon que no aplicó el tercero. Pero quizá no siempre se dé esta posibilidad de control judicial. A pesar de ello, es evidente que la mención del *boni viri arbitrium* se refiere a una medida abstracta de imparcialidad como puede ser la propia de un buen juez. De ahí que la dimensión judicial del *boni viri arbitrium* sea natural en ese concepto y que nos encontremos con esa medida actuada efectivamente por un juez. Dentro de esta manifestación «judicial» del *arbitrium* y del *boni viri arbitrium* podemos distinguir otros tres tipos de *arbitrium* además del que hemos examinado: el del *arbiter* nombrado para el desarrollo de la segunda parte del proceso y cuyo origen se remonta, por lo menos, a la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*⁴³, el del amigable componedor que decide en una controversia que le han sometido libremente las partes (en virtud de un *compromissum*), y el del juez ordinario que aplica en su decisión el canon de un *bonus vir*. Conviene ver separadamente estos tres tipos de *arbitrium*.

43. BROGGINI, cit., pág. 123.

ii) «Arbiter» nombrado para el desarrollo de la segunda parte del proceso.

En la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, cuando el demandado no satisface la pretensión del demandante se procede al nombramiento de un *iudex* o de un *arbiter* si es necesaria una valoración en dinero, o se trata de dividir una herencia o una propiedad común; así D.10,2,30 y 47 tratan de la *actio communi dividundo* y de la *actio familiae erciscundae*, y concretamente tenemos los siguientes textos: para la primera, D.10,3,6,8; eod. 19,1; eod. 26; D.33,31; D.39,1,3,2; D.39,3,11,1 y D.43,3,4; para la segunda, D.10,2,43; eod. 44,7; eod. 44,8; eod. 57.

En las relaciones entre fundos vecinos y concretamente respecto a la *operis novi nuntiatione*, tenemos D.8,2,11,1 (Ulp. 4 *de off. cons.*):

Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat arbitrum accipere poteris.

En este caso, el juez (*arbiter*) tendría como función señalar la altura conveniente del edificio en construcción.

En las relaciones entre fundos rústicos y respecto a las servidumbres de paso (*iter, actus, via*), encontramos también al juez en esa función de *arbiter*:

D.8,3,13,1-3 (Iav. 10 *ex Cass.*): (1) Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glaebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ae servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet. (2) Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. in via aliud iuris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur. (3) Si locus non adiecta latitudine nominatus est, per eum qualibet iri poterit: sin autem praetermissus est aequae latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est: pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.

En la servidumbre de paso (*iter*) o en la de senda o paso de ganado (*actus*) está gravado todo el fundo sirviente, y por ello el propietario del fundo no puede hacer nada que impida el ejercicio de las mismas; en estos casos de servidumbres constituídas por legado, el paso debía ser determinado con el fin de que las otras partes del terreno quedasen libres de la servidumbre; pues bien, la dirección y la anchura del *iter* y del *actus* podían ser determinadas por un *arbiter* (juez), si el propietario no lo hacía. En la servidumbre de *via*, la anchura está señalada legalmente (XII Tab., VII,6; D.8,3,8). En el fragmento 3 se alude al *officium arbitri* cuando hay duda acerca del *iter* o del *actus* ⁴⁴.

En el procedimiento ordinario, con el principio de la condena pecuniaria, ya es más difícil establecer la diferencia entre *iudex* y *arbiter*, pues cuando la cosa litigiosa no es una cantidad de dinero, se necesita una previa evaluación objetiva; dicha estimación la hace el mismo *iudex*. En esta línea de evolución, el *arbiter* distinto del *iudex* llegó a desaparecer.

iii) «*Arbiter*» o amigable componedor que decide en una controversia que le han sometido libremente las partes.

El *arbiter ex compromisso*, por el contrario, no está basado en el poder del magistrado sino en el acuerdo de las partes (*compromissum*) que eligen a un tercero (*arbiter*) con el fin de que éste decida una controversia en justicia y no ateniéndose a las formas del procedimiento ordinario y la aceptación (*receptum*) del mismo *arbiter* ⁴⁵.

iv) *Arbitrium* como criterio judicial.

Por último nos encontramos —y es el tipo más frecuente— con el *boni viri arbitrium* como medida que debe aplicar el juez ordinario.

44. Otros textos que aluden al *iudex* como *arbiter* son los siguientes: D.6,1,35,1; D.19,1,38,1; D.20,1,16,4; D.39,3,24; D.40,5,37 y D.48,18,7.

45. Ejemplos de esta figura extrajudicial tenemos en D.17,2,76, que la define, D.3,2,13,5; D.44,4,4,2,3; D.44,7,23; es muy frecuente en Dig. Tít. 4,8: 3,1 *in fine*; 3,2; 7 pr.; 9,4; 10; 11,1; 11,2; 11,3; 11,4; 13,1; 13,2; 15; 16; 17; 17,1; 17,2; 17,3; 17,4; 17,5; 17,6; 19; 19,1; 19,2; 20; 21; 21,1; 21,2; 21,3; 21,5; 21,6; 21,7; 21,9; 21,10; 21,12; 23 pr.; 23,1; 23,2; 25; 27 pr.; 27,1; 27,2; 27,3; 27,5; 29; 30; 31; 32; 32,3; 32,5; 32,6; 32,7; 32,8; 32,9; 32,10; 32,11; 32,12; 32,14; 32,16; 32,19; 33; 35; 36; 37; 39; 32,8; 32,9; 32,10; 32,11; 32,12; 32,14; 32,16; 32,19; 33; 35; 36; 37; 39; 42; 43; 44; 47; 49; 50. Vid. VIR, s. v. *arbiter*, pág. 486. col. 5 y sig.

en sus propias decisiones, rectificando incluso, en su caso, las decisiones de un árbitro del tipo primeramente reseñado (i) cuando no se han ajustado verdaderamente a la equidad prevista por los que le nombraron para determinar el contenido de una relación jurídica. Así ocurre en D.17,2,76 (Proc. 5 epist.):

Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constituere: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, *ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

en D. eod. 78 (Proc. 5 epist.):

in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est;

en D. eod. 79 (Paul. 4 quaest.):

Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei;

y en D. eod. 80 (Proc. 5 epist.):

Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.

Los cuatro textos versan sobre el mismo problema. Para nosotros, el primero es el más importante: si, constituida una sociedad, no se señalaban las cuotas sociales, se entendía que éstas eran iguales; también se pregunta el jurista si, habiendo sido confiada la determinación a un tercero, determinó éste las dos terceras partes a uno de los socios y la otra tercera parte al segundo, la sociedad debía valer por esas cuotas o por partes iguales. Próculo responde que ese no es el problema jurídico: la alternativa no es entre las cuotas establecidas por el tercero y cuotas iguales, sino entre cuotas establecidas por el tercero y cuotas que se podrían establecer *arbitrio boni viri*. Ese arbitrio no se refiere, como opinan Grosso y Voci⁴⁶, a un tercero nombrado por las partes, sino al mismo juez que determinará las cuotas con el criterio de un hipotético «hombre justo», aunque se hubiera designado aquel tercero concretamente: *eiusmodi ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa cuius arbitrato fiat*.

Mientras Solinas⁴⁷ trata este caso de sociedad como de «arbitrio» tercero que fija un elemento de dicho contrato (las cuotas sociales), nosotros, por el contrario, lo interpretamos en el sentido de medida abstracta (*boni viri arbitrium*) que aplica el mismo juez. La razón de esto obedece a que el autor trató el problema a resolver, planteado en los textos examinados, prejudicialmente; nosotros lo hacemos partiendo del punto de vista del juicio⁴⁸.

Respecto al contrato de mandato, encontramos un texto en que el juez debe aplicar el criterio del *boni viri arbitrium* para determinar una cantidad incierta:

D.17,1,35 (Nerat. 5 membr.): Si fundum, qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emeris mihi, verum est mandatum posse ita consistere, ut mihi ceteris partibus redemptis etiam tuam partem praestare debeas. sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quanticumque aliorum partes redemeris, sic et tua pars coartabitur, ut non abundet mandati quantitatem, in quam tibi emendum

46. G. GROSSO, *Obbligazioni*³ (Torino, 1947), pág. 100; P. VOCI, *Le obbligazioni romane* (Milano, 1969), pág. 206

47. SOLINAS, op. cit., págs. 544-554.

48. En el mismo sentido aludíamos a los textos catonianos de la nota 40.

totum mandavi: sin autem nullo certo pretio constituto emere tibi mandaverim tuque ex diversis pretiis partes ceterorum redemeris, et tuam partem *virī boni arbitrato* aestimato pretio dari oportet.

En la *locatio conductio operis*, cuando no se había fijado el plazo para la realización de la obra y el arrendatario posteriormente había prometido una indemnización igual al interés del arrendador para el caso de no llevarla a cabo, aquél se obligaba por el plazo que señalara el juez (*arbitrium boni viri*), es decir, por el plazo mínimo necesario para realizar dicha obra:

D.19,2,58,1 (Lab. 4 *post.*): In operis locatione non erat dictum, antequam diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus *vir bonus* de spatio temporis aestimasset. quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit.

Igualmente, tratamos la *locatio conductio operis* en ambos criterios, porque los problemas a resolver en cada uno de ellos obedecen, en un caso, al primer criterio (estimación de la calidad de la obra por un tercero, en D.19,2,24 *pr.*), y en otro, al que ahora examinamos (señalamiento de plazo por el juez para la realización de una obra a la cual no se le había fijado término, en D.19,2,58,1).

Resumiendo, tenemos lo siguiente: el término *arbiter* designa cuatro conceptos: i) en relación con la determinación que debe hacer un tercero sobre un elemento de un contrato u otra relación jurídica; ii) una especie de juez, es decir, aquel nombrado para el desarrollo de la segunda parte del proceso; iii) el árbitro o amigable componedor que decide en una controversia que le han sometido libremente las partes (*compromissum*) y iv) el parecer de un hipotético hombre justo, o mejor dicho, del juez que debe juzgar una conducta según el criterio de un hombre justo.

Este último concepto es el que las fuentes califican de *arbitrium boni viri*; precisamente vemos su empleo más frecuente en forma de ablativo de modo: *boni viri arbitrato*, lo cual significa ejecutar un acto con el criterio de un *bonus vir*, o en otras palabras, realizar una

conducta que juzgada por un «recto varón» sería aprobada por éste ⁴⁹. Sinónimo de *boni viri arbitrium* sería el señalado en D.50,16,73 (Ulp. 80 *ad ed.*):

Haec verba in stipulatione posita «eam rem recte restitui» fructus continent: «recte» enim verbum pro viri boni arbitrio est.

B) *El «arbitrium boni viri» en las estipulaciones pretorias.*

Pasemos ahora a las estipulaciones pretorias, puesto que a propósito de una de ellas, la *cautio usufructuaria*, se plantea el tema en estudio. Vistas cada una de las fórmulas de las distintas estipulaciones, hemos encontrado referencia al *boni viri arbitratus* en las siguientes: en la estipulación referente a la colación de bienes o de la dote, es decir, la *cautio de conferendis bonis et dotibus*, mediante la cual el hijo emancipado se obliga a aportar a la masa hereditaria sus propios bienes o la hija la dote, para ser admitidos en la sucesión pretoria; la fórmula de la estipulación presenta la expresión *boni viri arbitrato collaturum* ⁵⁰; en la *cautio de evicta hereditate legata reddi*, el legatario garantiza la restitución del legado en caso de resultar vencido el heredero en un litigio de sucesión, y dicha restitución debe hacerla el legatario *boni viri arbitrato* ⁵¹; en la *cautio usufructuaria*, ya lo hemos dicho anteriormente, el usufructuario garantiza *boni viri arbitrato* el uso y disfrute de la cosa, y la restitución de la misma: *boni viri arbitrato usurum fruiturum... restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse* ⁵²; también la *cautio ex operis novi nuntiatione*, prestada por aquel que construía o demolía una obra y de cuya actividad se temía un daño a la propiedad vecina o a lugares de uso público, incluye en su fórmula el criterio tantas veces mencionado: *boni viri arbi-*

49. Prueba de lo anterior son los siguientes textos: D.3,3,45 pr.; D.7,9,1,6; D.37,6,2,2; D.37,7,5,1; D.39,1,17; eod. 21,4; D.46,1,33; D.46,7,5,3; D.46,7,12; D.46,7,17 y D.46,7,18.

50. LENEL, *E.P.*, pág. 536.

51. LENEL, *E.P.*, pág. 538.

52. LENEL, *E.P.*, págs. 538 y sig.

*tratu non defendetur, restitui boni viri arbitrato*⁵³; la *cautio iudicatum solvi*, prestada por el demandado, garantiza el cumplimiento de la eventual condena, la defensa correcta en el juicio y la ausencia de dolo; es la segunda de las mencionadas cláusulas la que debe cumplir el demandado según el criterio de un hombre recto: *boni viri arbitrato defendi... dolumque malum huic rei abesse a futurumque esse*⁵⁴. Por último, la *cautio pro praede litis et vindiciarum* mediante la cual se garantiza la restitución de bienes en litigio: *boni viri arbitrato restituetur... si quid deinde deperierit deminutum erit... boni viri arbitrato defensa non erit*⁵⁵.

En las anteriores estipulaciones pretorias aparecen, pues, una serie de prestaciones a cumplir por el promitente calificadas por el *boni viri arbitrium*; dichas prestaciones son:

- a) *bona conferre*: en la *c. de conferendis bonis et dotibus*;
- b) *restituere*: en la *c. usufructuaria*, *c. pro praede litis et vindiciarum* y *c. ex operis novi nuntiatione*;
- c) *defendere*: en la *c. pro praede litis et vindiciarum*, *c. iudicatum solvi* y *c. ex operis novi nuntiatione*;
- d) *reddere*: en la *c. de evicta hereditate legata reddi*, y
- e) *uti frui*: en la *c. usufructuaria*.

Tenemos, por otro lado, las restantes estipulaciones pretorias que presentan características diferentes al grupo anterior, en cuatro modalidades:

- a) En la primera, falta el *boni viri arbitrium*, porque se trata de dar una cantidad. Así, en la *cautio ratam rem haberi*⁵⁶, *cautio si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur*⁵⁷ y *cautio de damno infecto*⁵⁸, aparece un *tantam pecuniam dari o reddi* (en la segunda)⁵⁹;

53. LENEL, E.P., pág. 549.

54. LENEL, E.P., pág. 532.

55. LENEL, E.P., págs. 524 y sig.

56. LENEL, E.P., pág. 541.

57. LENEL, E.P., pág. 537.

58. LENEL, E.P., págs. 551 y sig.

59. Con sorpresa hemos encontrado que en el interdicto de *ripa munita* se menciona expresamente el *boni viri arbitrato* (D.43,15,1 pr. y 3).

b) en segundo lugar, cuando se promete la ausencia de dolo: *dolum abesse*;

c) en la tercera modalidad, cuando se trata de un comportamiento de tercero: *non esse petiturum*;

d) en la cuarta, cuando la nueva fórmula estipulatoria no presenta al *boni viri arbitrium* porque se trata de formalizar una obligación preexistente; así, en la *cautio legatorum servandorum causa*, con la cual el heredero se obliga a cumplir el legado y viene a reforzar una obligación preexistente *ex testamento*; por ello encontramos en su fórmula la mención al *dari fieri oportebit* de las acciones de derecho estricto, como lo es la *actio ex testamento*⁶⁰; análogamente, la *cautio rem pupilli salvam fore*, cuyo fin era garantizar la buena administración del patrimonio del pupilo, aparece referida a la *actio tutelae* y por ello la fórmula estipulatoria misma reproduce la *intentio* y la *demonstratio* de la acción de tutela que es de buena fe: *dare facere oportebit ex fide bona*⁶¹, y se hace innecesaria la mención del *boni viri arbitrium*.

Podemos resumir este apartado diciendo que: se menciona al *boni viri arbitratus* cuando se trata de una obligación de *facere* o *dare* un *incertum* y no se hace mención al *boni viri arbitratus*: a) cuando se trata de *dare pecuniam certam*, b) no obrar dolosamente, c) cuando se trata de un acto de tercero, y d) cuando se refiere la estipulación a una obligación preexistente, en cuyo caso la fórmula de la caución se atiene al carácter de aquélla (*a. ex testamento, a. ex fide bona*).

V. SOLUCION PROPUESTA

De Ruggiero ve en D.7,1,7,2 y 3 una acción arbitraria (*cogi per arbitrum, per arbitrum cogi reficere*) mediante la cual se coacciona al demandado a *reficere* o *adserere* el edificio o los árboles, respectivamente⁶². Pero no podemos olvidar que presupuesto del usufructo

60. LENEL, *E.P.*, pág. 539.

61. LENEL, *E.P.*, pág. 541. Vid. A. D'ORS, *D.P.R.* (Pamplona, 1968), página 398.

62. Cfr. *supra*, nota 2.

es siempre la *cautio correspondiente*, y no es necesario buscar una solución fuera de ella. Al respecto es interesante traer a colación D.39,2,18,2 (Paul. 48 *ad. ed.*):

Ei, cuius usus fructus aedium est, de vitio earundem aedium caveri non oportet, etsi alias vicinas habeat, quia reficiendi habet facultatem: nam qui viri boni arbitrato uti deberet, reficiendi quoque potestatem consequitur. ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri a fructuario aedium nomine, quas vicinas fructuario habeat, quia habet cum fructuario actionem, ut viri boni arbitrato is fruatur.

En el presente texto cabe destacar que tampoco se dice expresamente que el nudo propietario haya estipulado la *cautio*; claro, ésta siempre se presume y, en segundo lugar, de las dos hipótesis planteadas, es la última la que más nos interesa en cuanto que se da una extensión de la *cautio usufructuaria* a daños causados en cosa distinta a la usufructuada, perteneciente también al nudo propietario, en lugar de exigir la *cautio damni infecti*. He aquí una aplicación de la ley de economía procesal que es posible precisamente por la referencia al *boni viri arbitratus* de la misma *cautio usufructuaria*. Esta referencia permite flexibilizar la acción de derecho estricto (*a. ex stipulatu*), sin que ésta deje de ser tal para convertirse en acción de buena fe. Por consiguiente, son inmotivados los escrúpulos de Bortolucci ante la *a. ex stipulatu*.

Se trata, no de extinguir el derecho, sino simplemente de hacer que el titular cumpla con su deber de refaccionar, cultivar o usar, y el medio más expedito de lograrlo es a través de la caución. Cuando en los textos arriba mencionados se habla de *arbitrum*, lo interpretamos, de acuerdo con nuestro criterio, en el sentido de que el mismo juez coaccionará al demandado considerándole incurso en la estipulación si no se comporta según el criterio de un recto varón (*arbitrium boni viri*), como único criterio objetivo de que dispone el juez ante una prestación de conducta positiva del promitente. En efecto, de la estipulación pretoria nace una acción de derecho estricto que puede ser o la *actio certi* cuando se trata de obligación de *dare* cantidad o cosa determinada, o una *actio incerti* cuando la promesa es de *facere*

o de *dare incertum*⁶³. Ahora bien, en el apartado anterior creemos haber demostrado que las estipulaciones cuyas fórmulas presentan el *arbitrium boni viri* son aquellas pertenecientes a la *actio incerti*, llamada «*ex stipulatu*». Aunque es cierto que el ejercicio de la *actio ex stipulatu* no conduce más que a una condena pecuniaria —éste es el principal argumento que se puede oponer a dicha acción—, si consideramos la cláusula *boni viri arbitrium usurum fruiturum* como criterio objetivo que el juez señala al usufructuario para considerarlo o no incurso en la estipulación, no vemos ninguna dificultad u obstáculo al principio de la condena pecuniaria; no hay necesidad, pues, de pensar en una acción arbitraria.

Podría apoyarse esta interpretación del *cogi per arbitrum*, en que parece decirse que el *arbiter* impondrá al usufructuario una norma de futura conducta, lo que no sería compatible con una *condemnatio* pecuniaria, en D.7,1,13,1 (Ulp. 18 *Sab.*):

Cum igitur de usu fructu agitur, non solum quod factum est arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet.

Pero interpretamos este párrafo en el sentido de que, siendo condenado el demandado por la *a. ex stipulatu*, si vuelve a incurrir en los términos de la estipulación, será condenado de nuevo; en otros términos, que el *arbiter*, al condenarle, viene a fijarle límites para que no vuelva a incurrir en la estipulación. En efecto, el propietario puede ejercitar la *a. ex stipulatu* antes de que se extinga el usufructo, ya que la fórmula de la *cautio usufructuaria* contenía distintas cláusulas, algunas de las cuales podían ser contravenidas en cualquier momento.

Decía así⁶⁴ la fórmula estipulatoria:

Cuius rei usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatum est, ea re boni viri arbitratu usurum fruiturum te et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde ex-

63. A. D'ORS, op. cit., pág. 398.

64. LENEL, *E.P.*, págs. 538 y sig.

tabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse, spondesne? spondeo⁶⁵.

Queda integrada así la *cautio usufructuaria* por tres cláusulas: la *de utendo*, la *de restituendo* y la *de dolo*. Ya habíamos señalado que una de las conclusiones a que llega Bortolucci es la mayor antigüedad de la cláusula de restitución, dirigida normalmente contra los herederos del usufructuario por la naturaleza misma del *usus fructus*; indudablemente una más refinada sensibilidad jurídica hizo sentir la necesidad de garantizar también durante el usufructo la conservación de la cosa sin que el ejercicio de la acción correspondiente implicara la extinción del derecho, pues sólo se trataría de colocar al titular en los límites de sus poderes respecto a la cosa; así es como surge la *stipulatio ut boni viri arbitrato utatur*, la cual se puede hacer valer contra el mismo usufructuario; así se dice en D.7,9,1,5 (Ulp. 79 *ad ed.*):

Utilius autem visum est stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non viri boni arbitrato utatur, committatur stipulatio statim, nec expectabimus, ut amittatur usus fructus.

Esto se explica precisamente en razón de la oportunidad procesal para hacer valer la cláusula *de utendo*, como también la *de dolo*, sin tener que esperar la extinción del usufructo, y la *de restituendo* al finalizar el usufructo. Más claro es el fragmento D.7,9,1,6: *quarum prior statim committetur quam aliter fuerit usus, et saepius committetur, sequens committetur finito usu fructo*. La única objeción que queda al ejercicio de la *actio ex stipulatu* sería la consumición de la misma por la *litis contestatio*, pero aquella se puede evitar o bien con una *fictio*, de no haber tenido lugar la *litis contestatio*, o bien con una *praescriptio pro actore*.

FERNANDO BETANCOURT
Universidad de Navarra

65. La base de dicha reconstrucción se puede encontrar en los textos del Digesto y otras fuentes, con la particularidad de que la mayor parte de ellos tratan las cláusulas de la *cautio* separadamente. Para la cláusula de restitución D.7,5,6 pr.; eod. 7; eod. 9; D.7,9,8; eod. 9,3; D.33,2,24 pr.; D.35,3,9; D.36,3,1,17; D.39,2,20; Ulp. Reg. 24,27; C.I.3,33,1; para la cláusula de uso (*boni viri arbitrato*): D.7,1,13 pr.; D.7,9,1,5; eod. 12; Paul. Sent. 3,6,27; C.I.3,33,4; C.I.6,61,8,4. Sólo tres textos reúnen las dos cláusulas: D.7,9,1 pr.; eod. 1,6 y D.12,2,30,5. A estas dos se añade la cláusula de dolo, D.7,9,5 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): *Huc stipulationi «dolum malum abesse afuturumque esse continetur»*.