

DIGESTO 19, 5, 12. PROCULUS XI *Epistularum*,  
UNA NOTA CRITICA

*Francisco Samper Polo*

Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Romano  
Pontificia Universidad Católica de Chile

Presentamos a la consideración de los lectores un pasaje del Digesto cuyo contenido, hasta ahora, no ha podido quedar claramente establecido:

Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum, idque et in aliis personis observandum.

Si el marido vendió a su mujer unos fundos y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejase de ser su mujer y él quisiera, se los retransmitiera por el mismo precio, creo que ha de darse la acción por el hecho, y ello ha de observarse también respecto a otras personas.

Se trata de un texto de Próculo, afamado jurista perteneciente al círculo de discípulos de M.A. Labeón, cuya época la podemos fijar a fines de la primera mitad del siglo I.d.C.: él dio nombre a una de las dos grandes escuelas jurisprudenciales rivales que llenan el panorama de la literatura jurídica romana durante el período clásico alto. La traducción proviene del muy autorizado trabajo que cumplió, por encargo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, un equipo de romanistas españoles bajo la dirección de Alvaro d'Ors.

Nuestro fragmento<sup>1</sup> presenta un problema preliminar que conviene sea despejado antes de incidir en la cuestión de fondo: las palabras finales, desde "*idque et... observandum*" (y ello ha de ... personas) muestran señas bastante evidentes de no haber sido escritas por Próculo, sino que más bien contienen una generalización tardía, propia de las escuelas orientales o de los mismos compiladores. Ciertamente, si Próculo hubiera querido dar un sentido general a la solución, no la habría referido en sus comienzos tan específicamente a los cónyuges, y el contexto literario transmitiría punto más, punto menos, expresiones como "*Si aliquis altero fundos... etc.*" (si uno vendió a otro unos fundos...) o algo similar. La generalización, por lo demás, es incongruente, porque ha sido puesto el divorcio como la condición para que opere el pacto de retroventa.

<sup>1</sup> Para una crítica anterior del texto: Beseler, *Μνημοσυνα Παππουλια* Atenas (1934) 61s.

Pero sin duda la dificultad más grave está en la contradicción que advertimos entre el problema que plantea el consultante, y que consiste en una venta de marido a mujer en la que se ha incluido un acuerdo de retroventa condicionado a que el matrimonio se disuelva por divorcio, y la solución propuesta por el jurista, que se concreta en una acción *in factum* en favor del marido y contra la mujer, para que esta asuma el compromiso establecido mediante el pacto. Conforme al esquema de la compraventa consensual, plenamente válido para los tiempos de Próculo, cabría calificar de dos maneras el convenio de retroventa: o bien como un *pactum adiectum*, esto es, accesorio al contrato y modificativo de su contenido, o bien como una nueva compraventa en la que el consentimiento se sujetaba a la condición del divorcio. Si la retroventa era tenida por un *pactum adiectum*, quedaría este cubierto por la propia acción del contrato, y el marido lo haría cumplir a través de la *actio ex vendito*; si se la consideraba más bien como una segunda compraventa condicional, al cumplirse la condición exigiría el marido la obligación de entrega mediante la *actio ex empto*: en uno y otro caso, pues, queda sin explicación la *actio in factum* que se propone en el texto.

En un trabajo de juventud<sup>2</sup>, d'Ors pensaba si acaso Próculo no se refería a una compraventa con pacto *de retroemendo*, sino a un contrato innominado de la categoría "*facio ut facias*" —en este caso "vendo para que vendas"— con una segunda venta *sub condicione*. La inclusión del texto que estudiamos en el Título 19, 5 del Digesto, dentro de la Rúbrica "De las acciones *praescriptis verbis e in factum*", daba cierto apoyo a la conjetura; sin embargo, aparte de que, a pesar de todo, la hipótesis parece cuando menos difícilmente aceptable, ya que el objeto de las dos ventas es el mismo, y lo que estaría bajo condición no es la obligación de vender sino la propia venta, el autor abandonó después la teoría, incompatible por lo demás con su conocida doctrina del *creditum*, uno de cuyos presupuestos es la aparición tardía de los contratos innominados<sup>3</sup>, en todo caso nunca antes de que Salvio introdujera en el Edicto XIX las dos acciones *in factum* que, como alternativas a la *condictio*, sancionaban respectivamente la permuta y la *datio in aestimatum*. En un momento posterior, el mismo d'Ors prefirió otra explicación<sup>4</sup>, que consiste en atribuir la singularidad del texto a una polémica de escuela: los proculeyanos se inclinarían por sancionar el *pactum de retroemendo* mediante una acción *in factum*, frente a la doctrina sabiniana, que prevaleció, según la cual el pacto quedaba cubierto por la propia acción del contrato, otorgándose así, lisa y llanamente, la *actio ex vendito*. Sin embargo, tampoco esta explicación nos parece convincente, por cuanto conduce a admitir la presencia de "pactos vestidos" ya en pleno siglo I d.C., lo cual es ciertamente anacrónico: significaría que los proculeyanos no reconocen el pacto *de retroemendo* como un *pactum adiectum*, complementario de la compraventa, sino que ven en él un negocio que no puede ser tratado ni como compraventa condicional ni como contrato innominado, pero que queda sancionado con la

<sup>2</sup> *In Diem Addictio*, AHDE (1945) 278s. La idea del contrato innominado está expresada en C. 4, 54, 2. Vid. Arangio, *Compravendita*. II. 403.

<sup>3</sup> Aunque reconoce precedentes clásicos, como D.19, 5, 1, 1 (Labeón), que en realidad no están relacionados con el presente caso. Vid. DPR N° 135.

<sup>4</sup> Vid. DPR N° 163, n. 17

*actio in factum*. Esta hipótesis, la verdad, no tiene más apoyo textual que el propio fragmento de Próculo cuyo significado tratamos de desentrañar, pues la cita a D. 18, 3, 5, donde se dice que Aristón considera el otorgamiento de una acción al vendedor, para obtener la restitución de los frutos cuando el objeto vendido ha sido devuelto como resultado de una *lex commissoria*, es del todo insuficiente y ambigua; tanto, que el *iudicium* a que Aristón se refiere no tiene por qué ser una acción *in factum*, y bien podría aludir a la acción de venta o hasta a la propia Publiciana<sup>5</sup>.

Como no podemos sino dar por inamoviblemente auténtica la referencia a la acción *in factum*, pues no se puede concebir una alteración justiniana <*ex vendito*> [*in factum*],<sup>6</sup> ni que el Emperador haya introducido por propia iniciativa, para la solución del problema que plantea el consultante de Próculo, un tipo de recurso cuyas singularidades sólo se explican por la presencia creadora del Edicto dentro del esquema del *agere per formulas*, no nos queda otro camino que buscar para el texto una explicación que parezca más satisfactoria. Tal vez un primero y firme indicio para encontrar esa salida nos lo proporciona el término que emplea el fragmento para expresar y describir el deber que tiene la mujer de devolver los fundos al marido: la traducción no ha dado el debido realce al significado del verbo “*transcribo*”, que se contiene en la frase “*mulier transcriberet viro*”. El pacto de *retroemendo*, en efecto, impone al comprador la obligación de “volver a entregar” el objeto vendido, como si hubiera una nueva compra, pero el texto no habla de “*tradere*” o “*retradere*”, sino que dice “*transcribere*”, y tal expresión, en nuestro concepto, no la pudo haber empleado Próculo, porque alude directamente a la compraventa escrita, creada por Justiniano el año 528<sup>7</sup>.

La reforma cumplida por Justiniano en materia de compraventa estuvo dirigida a incorporar al poder del derecho romano “legislado” u “oficial”, lo que venía subsistiendo desde antiguo en las provincias orientales del Imperio como una práctica consuetudinaria: la compraventa griega de efecto real, que se perfeccionaba no por el consentimiento sino por el pago del precio, y creaba una acción semejante a la reivindicatoria destinada a reclamar la entrega de la cosa vendida. La nueva forma escrita, que se sobrepone a la consensual genuinamente romana, permitía conservar la apariencia de que lo que se consignaba en el documento era el consentimiento de las partes, pero los griegos podían además dejar constancia de que el comprador daba por recibido el precio, que se pagaba en el mismo acto de la escritura, y así se mantenían dentro de sus antiguas tradiciones jurídicas. Ahora bien, el pasaje atribuido a Próculo no pone el acento sobre la constancia documental del

<sup>5</sup> La posibilidad de que Aristón se refiriera a una *actio in factum* ya había sido adelantada por Arangio, *op. cit.*, 417 ss. En todo caso, D. 18, 3, 5 merece un análisis especial, cuyo alcance excede las dimensiones de este trabajo. Si no me equivoco, el problema que plantea es el de la propia validez de una compraventa bajo condición de pagarse el precio, y de si dicha condición se refiere al consentimiento o al disenso. La devolución de los frutos depende así de si ha habido o no compraventa, esto es, el negocio *bonae fidei* que hace posible para el poseedor lucrar los frutos.

<sup>6</sup> La posibilidad de que esta parte del texto esté alterada y que Próculo verdaderamente se haya referido a la *actio ex vendito*, aparece insinuada por Guzmán, DPR. II, 153 y n. 728.

<sup>7</sup> C. 4, 21, 17.

pago del precio, sino sobre la entrega de los fundos, y eso nos lleva a considerar la vecindad –circunstancial y referida al caso presente– entre la compraventa escrita justinianea y la *mancipatio*, ya caída en desuso pero abolida formalmente por el mismo Emperador<sup>8</sup>: tal como la antigua *mancipatio*, esta compraventa tardía es solemne; en una y otra –la del texto que analizamos– se consigna especialmente a través de la solemnidad la aprehensión del objeto vendido, y una y otra tienen efecto real, pues al constar la entrega en la escritura, su consecuencia habrá de ser el otorgamiento de la reivindicatoria o la Publiciana al comprador. La no infrecuente ecuación interpolacionística *mancipatio=emptio venditio* se puede dar en este texto sin esfuerzo y con gran naturalidad, ya que los compiladores no mencionan aquí cualquier compraventa, sino precisamente la nueva compraventa escrita, cuyas posibilidades permiten desempeñar la función de algo así como una tradición solemne.

Una vez que hemos dado por establecido el problema crítico central del texto, podemos también saber que la mención al precio pierde sentido, ya que en la *mancipatio –nummo uno–* desempeña un papel puramente simbólico, y así con toda naturalidad concluimos que la frase *eodem pretio* (por el mismo precio) fue agregada por los compiladores como complemento necesario al cambio de *mancipatio* por compraventa. Y al llegar a este punto, se nos revela la verdadera dimensión del caso y la sustancia del problema planteado al jurista, al mismo tiempo que comprendemos por qué Prócuro consigna cuidadosamente que las partes interesadas no son personas cualesquiera, sino precisamente marido y mujer: tal como D. 19, 5, 12 salió de la pluma de Prócuro, se refiere a una donación prenupcial, en la que la *causa donationis* se ha concretado a través de la *mancipatio*, acto abstracto idóneo para la dación de *res mancipi*, como son los fundos, y el consultante desea saber si, en caso de divorcio, tiene la posibilidad de un recurso revocatorio.

Sabemos que existe cierto paralelismo entre el régimen de las *donationes ante nuptias* y otra liberalidad prematrimonial, cual es la dote; pero ciertamente las soluciones para ambos casos, cuando ha fallado el matrimonio previsto o ha sobrevenido el divorcio, son radicalmente diversas. Y cuando hacemos un recuento de los escasísimos pasajes del Digesto provenientes del mismo libro de Prócuro de donde proviene el texto que comentamos, hallaremos uno que contiene como un paralelo dotal del problema que nos ocupa:

#### D. 23. 4. 17. Proculus XI *Epistularum*

Atilicinus Proculus suo salutem. Cum inter virum et uxorem pactum conventum ante nuptias factum sit, ut quibus diebus dos data esset, isdem divortio facto redderetur, post quinquennium quam nuptiae factae sunt uxor viro dotem dedit: divortio facto quaero, utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet an “statuto legibus tempore”. Proculus respondit: quod ad diem reddendae dotis attinet,

Atilicino saluda a Prócuro. Como se conviniese antes del matrimonio un pacto entre marido y mujer para que se restituyese la dote, al producirse el divorcio, en los mismos plazos en que se dio, la mujer entregó la dote al marido un quinquenio después de celebrarse el matrimonio; al producirse el divorcio, pregunto si el marido deberá restituir la dote a la mujer al término del quinquenio o en el

<sup>8</sup> C. 7, 31, 1.5 (531)

pacto existimo meliorem condicionem mulieris fieri posse, deteriore non posse: itaque si cautum est, ut propiore tempore, "quam legibus constitutum est", reddatur, stari eo debere, si ut longiore, nec valere id pactum conventum, cuius sententiae conveniens est dicere, si pacto convento cautum est, ut quanto serius quaeque et post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur, si propiore, quam in reddenda dote "constitutum est", data sit, valere pactum conventum, si longiore, non valere<sup>9</sup>

tiempo establecido en las leyes. Respondió Próculo: en lo que atañe al día de restituir la dote, estimo que por el pacto se puede hacer mejor la situación de la mujer, pero no peor; y así, si se convino que sea devuelta en término más corto del establecido en las leyes, debe estarse a ello, y si en término más largo, no es válido el pacto. De cuya opinión se deduce que, si se dispuso en el pacto convenido que toda la dilación que hubo en entregar la dote después de contraído el matrimonio la hubiese para restituir la dote después del divorcio, y se dio antes del tiempo señalado para devolverla, es válido el pacto, pero si se dio después no es válido

A pesar de las diferencias que existen entre los problemas presentados por uno y otro texto, no nos pueden pasar tampoco inadvertidas sus sugestivas semejanzas, aunque el punto central de la devolución esté concebido en dirección contraria. Aquí se pretende solucionar una cuestión relativa a la restitución de la dote, esto es, a la transferencia que ha de cumplir el marido de los bienes que anteriormente le había dado su mujer; también en este caso el deber de restituir aparece establecido en un pacto y bajo condición de divorcio, y si nuestra conjetura es correcta —y este pasaje la corrobora— ambos textos tratan casos de actos lucrativos, como la dote y las donaciones, y no onerosos, como la compraventa. La semejanza es tal, en definitiva, que nos atrevemos a pensar que en el Libro XI de las Epístolas, de Próculo, aparecían los dos fragmentos uno a continuación de otro, y unidos entre sí por un adverbio como "*rursus*" u otro equivalente.

A estas alturas nos encontramos ya en situación de explicar el significado del texto. Ticio consultó a Próculo sobre un problema actual, pero que proviene de la época de su noviazgo con Seya: como ya hemos advertido, se trata de una donación *ante nuptias*, plenamente válida, no de una donación entre cónyuges, prohibida por el derecho y que tampoco guarda paralelismo con el anterior caso de la dote<sup>10</sup>. Si el contexto literario designa a los interesados como "marido" (*vir*) y "mujer" (*uxor*) es porque lo eran en el momento de la consulta, y el divorcio se planteaba simplemente como una posibilidad futura, pero la dación había tenido lugar antes del matrimonio. En las interpolaciones, esas sutilezas temporales no fueron tomadas en cuenta, por-

<sup>9</sup> A pesar de que el texto presenta algún problema, en lo que a nosotros interesa es sustancialmente auténtico. Fuera de este, la compilación ha conservado un fragmento más de Próculo Ep. XI., en D. 18, 1, 69, pero es del todo impertinente al caso.

<sup>10</sup> De haberse referido el problema a una donación entre cónyuges, tendría la solución propia de una *datio ob causam*: la mujer adquiere los fundos en virtud de la *mancipatio*, que como acto abstracto, tiene por causa "próxima" su propia forma, pero al ser injusta la causa "remota", esto es la donación, procede la *condictio* recuperatoria en favor del marido.

que de haber mediado venta y no donación, carecían de importancia, pero seguramente aparecían bien precisadas en el texto originario. Por cuanto el objeto donado es una *res mancipi*, y conforme con la doctrina romana que hace operar la donación como “causa” y no como negocio específico, el acto *donationis causa* cumplido por los esposos es una *mancipatio*, cuyo efecto consiste en crear el dominio a favor de la esposa. Sin embargo, si posteriormente el matrimonio no se llega a celebrar, o si habiéndose convertido en cónyuges los esposos sobreviene después el divorcio, la donación permanece irrevocable, pues no se considera que haya sido hecha “por causa de matrimonio”, sino por una razón que, aunque no plenamente explícita en las fuentes, responde a criterios similares a los que en el Derecho medieval configuraron la idea de la liberalidad nupcial masculina como *pretium pudoris*. Sólo si en el acto *donationis causa* se hubiera establecido expresamente la condición de celebrarse el matrimonio, sólo en este caso, decíamos, las nupcias se considerarían “causa remota”, y en el evento de fallar, la frustrada esposa retendría indebidamente y procedería la *condictio* recuperatoria<sup>11</sup>.

Muy diferente para la jurisprudencia es la configuración jurídica de la *datio dotis*, que está latente en el fragmento D. 23, 4, 17. La dación dotal es siempre tenida por *datio ob causam*, de la que su causa “próxima” es la propia dote y su causa “remota” el matrimonio. Cuando la causa próxima es suficiente, se produce verdaderamente la *datio* y el esposo adquiere en propiedad los bienes dotales, pero si después el matrimonio no llega a celebrarse, el objeto dado se retiene “sin causa” y, a falta de reivindicatoria, se otorga la *condictio* como acción personal restitutoria. Si ha habido matrimonio pero luego los cónyuges se divorcian, falla igualmente la “causa remota”, aunque en este caso no se otorga la *condictio* crediticia, por cuanto existe un régimen especial de devolución establecido a través de una acción *bonae fidei*: la *actio rei uxoriae*. El fundamento de que aquí se concedan acciones *bonae fidei* o “de causalidad recíproca” reposa en que se ve una cierta correspondencia causal entre lo que el marido ha de devolver y lo que puede retener en razón de los hijos o la mala conducta de la mujer.

Vuelta la atención a nuestro caso, la consulta dirigida a Próculo contiene una hipótesis parecida a aquella *donatio ante nuptias* revocable, establecida bajo expresa condición de matrimonio, pero presenta dos particularidades notables. Ante todo, la condición se ha declarado en la misma *mancipatio* (“*in venditione comprehensum est*”), esto es, técnicamente no procede de un pacto, sino de una intervención nuncupatoria del *mancipio dans*, que así limita el resultado de la adquisición de los fundos y se reserva la facultad de pedir su devolución (“*si ipse vellet*”); además, esa condición puesta mediante la *nuncupatio* no es la llamada “*si nuptias secutas non fuerint*”, que convierte la donación prenupcial irrevocable en una *datio ob causam*, sino el divorcio, la disolución del matrimonio, lo que naturalmente supone que este se llegara a celebrar. Conviene asimismo tener presente que, habiéndose concretado la dación de los fundos a través de la *mancipatio*, pierde toda impor-

<sup>11</sup> FV. 262; D. 24, 1, 32, 22; 39, 5, 11. Mejor *datio ob causam* que *datio ob rem*, porque la donación prenupcial no se da “para que des” (lo ya dado u otro objeto); sino que a través de la condición se establece que es “por causa del previsible matrimonio”. Vid. también CTh 3, 5, 6, que contiene la famosa “ley del ósculo”, como ejemplo de este criterio diferenciador entre dote y donación prenupcial.

tancia la discusión escolar sobre si la condición está conectada al consentimiento o al disenso, polémica entre sabinianos y proculeyanos que atañe a la compraventa y demás contratos consensuales; pero no a los *actus legitimi*.

Parecemos encontrarnos, pues, ante un negocio que guarda cierto paralelismo estructural con la fiducia, ya que se han cedido en dominio *res mancipi* mediante el acto formal de la *mancipatio*, y a través de la *nuncupatio* se establece que la cesión no es definitiva. Pero también aquí resulta indispensable consignar, con todo cuidado, las profundamente significativas diferencias. La *nuncupatio*, en nuestro caso, expresa directamente el deber de remancipar, y no simplemente que el fundo se cede "*fidei fiduciae causa*" dejando la expresión de la causa remota para un *pactum adiectum*. Y sobre todo, los fondos no se ceden "para un fin", para que el cesionario haga algo con ellos y los devuelva, sino "bajo condición", con el propósito inicial de que permanezcan para siempre en poder del *mancipio accipiens*: nos hallamos en presencia de un acto lucrativo, y no simplemente gratuito, como lo es la fiducia llamada "*cum amico*", y todas estas diferencias impiden que la restitución, cumplida la condición, se pueda practicar a través de la *actio fiduciae*. Pero el concepto de Próculo es que el marido no puede quedar desprovisto de acción, aunque se trate de una *donatio ante nuptias*, no sólo por la similitud de esta concreta con la donación prenupcial "revocable" o con la fiducia, sino porque también se la reconoce el viejo principio decemviral "*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*": en pura teoría, dicha acción habría de ser la misma que sancionaba la fiducia precontractual, es decir, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, acción personal declarativa no-delictual de carácter general; mas dicho recurso, anticuado y caído en desuso desde hacía ya largo tiempo en la época de Próculo, resultaba cuanto menos extraño e inadecuado: la creación de una acción *in factum* para remplazo de una vieja *legis actio* "civil" tiene más de un precedente en la historia del Derecho romano<sup>12</sup>, y Próculo propone para el caso la misma solución.

Ya podemos, entonces, proponer una conjetura fundada y coherente sobre lo que habría sido el texto originario de que procede D. 19, 5, 12.

<Rursus> si vir uxoi suae fundos [vendidit] <mancipaverat> et in [venditione] <nuncupatione> comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, [eodem pretio] mulier [transcriberet] <remanciparet> viro, in factum existim iudicium esse reddendum [idque et in aliis personis observandum]

<Viceversa> si el marido [vendió] <ha bía mancipado> unos fundos a su mujer y en la [venta] <nuncupación> se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejase de ser su mujer y él quisiera, se los [retransmitiera] <remancipara> [por el mismo precio], creo que ha de darse acción por el hecho [y ello ha de observarse también respecto a otras personas].

<sup>12</sup> Así la *a. depositi in factum*, que remplaza al precedente civil preclásico de la *a. furti*; o la *a. iniuriarum* o "*aestimatoria*".