OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA SIN DESIGNAR LA CALIDAD DE LA MISMA. EL PENSAMIENTO DE JAVOLENO (JURISTA SABINIANO Y MAESTRO DE JULIANO)

Por Yuri González Roldán[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TEXTO DE JAVOLENO. 3. LA POSICIÓN DE PAULO Y LOS PROBABLES CONTRASTES CON NERACIO. 4. LA REFERENCIA DE JAVOLENO A *LA CONDICTIO.*

1. INTRODUCCIÓN

En el artículo 2016 del Código Civil del Distrito Federal (Ciudad de México) se menciona que en la obligación de dar cosa cierta, si no se designa la calidad de la misma, el deudor cumple entregando una de mediana calidad (*res mediae aestimationis*) como en gran parte de las legislaciones de tradición romanística[2]; sin embargo, tal criterio parecería encontrar fundamento en el derecho justinianeo[3] y no en el clásico ya que el jurista Javoleno Prisco (*C. Octavius Tidius Tossianus Iavolenus Priscus*), maestro de Juliano, optó por una idea diferente: conceder al deudor la facultad de entregar la cosa de menor calidad. La finalidad de esta investigación consiste en determinar los problemas que pudieron haber causado tal tesis y la probable discrepancia con los autores de la escuela proculeyana, específicamente el caso de Neracio.

---

1 Universitá degli Studi di Bari 'Aldo Moro

2 Por ejemplo, en el C.C. francés art. 1246 se establece 'Cuando la deuda tenga por objeto una cosa determinada solo por su clase, el deudor no estará obligado para liberarse, a darla de la mejor clase, pero tampoco podrá ofrecerla de la peor'. BGB § 243 'El que debe entregar una cosa específica solo en el género, tiene que dar algo de buena y mediana calidad'. C.C. italiano art. 1178: 'Cuando la obligación tiene por objeto la prestación de cosa determinada únicamente respecto al género, el deudor debe entregar cosas de calidad no inferior a la media. C.C. español art. 1167: 'Si la calidad y circunstancias no se han expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior'.

3 En una constitución en materia de legados del 531 d. C. en C. 6.43.3.1b: *...ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis*...(resulta la elección hecha al mismo legatario en modo que este pueda decidir de obtener no el esclavo mejor o la mejor cosa, sino el esclavo o aquella cosa de valor medio).

Revista 42.indb 131 13/11/18 11:40

2. EL TEXTO DE JAVOLENO

El texto motivo de análisis se encuentra en el libro primero *epistularum* de Javoleno en D. 17.1.52, donde se trata de un problema relacionado al pago de la deuda por parte del fiador:

> *Fideiussorem* [4] *si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo.*

Considero que si el fiador mediante *sponsio* garantizó trigo sin especificar la calidad, el puede liberar al deudor dando trigo de cualquier tipo. No podrá, sin embargo, exigir dal deudor trigo diferente al que entregó (siendo este de pésima calidad con el cual se liberó del estipulante en la *fideiussio*). Y así, si el deudor se encontrara listo para dar al fiador aquello con lo que, dándolo al acreedor, pudo el mismo quedar libre, y el fiador reclamara mediante la *condictio* lo que hubiere dado, esto es, trigo de mejor calidad, pienso que es repelido con la *exceptio doli.*

El fiador mediante una *sponsio* asume la obligación de dar trigo al acreedor sin especificar la calidad del cereal. La cuestión motivo de análisis consiste en determinar si el mismo *sponsor* podría liberar el deudor de la obligación principal entregando cualquier tipo de trigo[5]. El jurista responde en modo afirmativo (*quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo*), pero que en tal caso no sería posible pretender trigo (*triticum*) de calidad superior (*robus* o *siligo*[6]) a la que fue entregada anterior-

---

4 Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, cit, 285, considera que el término usado por Javoleno fue *sponsorem* y no *fideiussorem,* tal criterio podría ser correcto ya que en el texto se usa el verbo *spondere.* Aceptan tal interpolación E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte,* Berlin, 1907, 3 n.3 y en *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht,* Weimar, 1956, 196; S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano,* Napoli, 1935, 87; E. Albertario, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche* en *Studi di diritto romano. Obbligazioni,* 3, Milano, 378 e B. Eckardt, *Iavoleni Epistulae,* Berlin, 1978, 61. Una tesis diferente fue propuesta por B. Biondi, *Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie dell'obbligazione,* en *BIDR,* 65, 1962, 128, el cual piensa que ya en edad clásica la *fideiussio* incorporó la *sponsio* y la *fidepromissio.*

5 Debemos tomar en consideración que el deudor puede entregar trigo de cualquier tipo (purÓj, *triticum*, *frumentum*) pero no otro tipo de cereal como por ejemplo el farro (*adoreum* o *far vennuculum*), cebada (*hordeum*), centeno (*secale*), mijo (*milium*) o avena (*avena*), aunque estos cereales fueran de calidad superior a la del trigo de mala calidad.

6 Plinio, *Nat. hist.* 18.20: *...Siliginem proprie dixerim tritici delicias candore sive virtute sive pondere...E siligine lautissimus panis pistrinarumque opera laudatissima...* (Podría decir que la 'siligine' es la mejor calidad de trigo en razón de su blancura, bondad y peso... de la 'siligine' se obtiene un magnífico pan y son famosos los productos hechos con su masa). Juvenal, *Satirae* 5.70: *Sed tener et niveus, mollique siligine factus Servatur domino* (Pero de 'siligine' trigo tierno y blanco corresponde al señor). También Columella, *De re rustica* 2.6. considera de mayor calidad el *robus*, porque su peso es superior

Revista 42.indb 132 13/11/18 11:40

mente; así, si el fiador dió trigo pálido cuyo interior era blanco al acreedor, no podría pretender del deudor principal que le entregue trigo rojo de excelente calidad porque su precio de mercado sería superior[7]; así, si el deudor se encontrara listo para restituir

---

a la siligine; además, el autor recuerda un tercer tipo de trigo llamado el 'trigo trimestral': *...Tritici genera conplura cognovimus, verum ex iis maxime serendum est, quod robus dicitur, quoniam et pondere et nitore praestat. Secunda conditio est habenda siliginis, cuius species in pane praecipua pondere deficitur. Tertium erit trimenstre...* (Conocemos trigo de diferentes calidades, se debe de preferir por sus semillas el trigo que llamamos 'robus' ya que supera los otros tipos por su peso y blancura, después sigue la 'siligine' que es más ligero y en tercer lugar el trigo 'trimestal'...).Con el *siligo* se produce el pan más nutritivo según opinión de Galeno en su obra sobre la propiedad de la comida 1.2. Sobre este aspecto ver E. Battaglia, *"Artos". Il lessico della panificazione nei papiri greci,* Milano, 1989, 1 ss.

7 Columella, *De re rustica,* 2.9.10-13: *...Granum autem rutilum si, cum est diffisum, eundem colorem interiorem habet, integrum esse non dubitamus; quod extrinsecus albidum, intus etiam candidum conspicitur, leve ac vanum intellegi debet. Nec nos tamquam optabilis agricolis fallat siligo, nam hoc tritici vitium est et, quamvis candore praestet, pondere tamen vincitur.* (El trigo rojo se rompe en dos mostrando en su interior el mismo color. Este es considerado bueno sin lugar a dudas mientras que el trigo que es blanco y en su interior pálido es considerado ligero y de baja calidad pero no debe confundirse este último con la 'siligine' que tiene propiedades valoradas por el agricultor. Tal trigo no es de baja calidad si bien su color es más blanco y su peso resulta más ligero). El problema se presenta en el caso en que el trigo entregado por el fiador fuera de origen diferente al que el deudor quisiera restituir porque, si bien el trigo puede cambiar en su aspecto físico y también en su sabor, determinar que un *triticum* de Tracia tenga la misma calidad que el siciliano o del trigo cosechado en Egipto parece una empresa árdua. Sobre este punto, el mismo Plinio, *Nat. hist.* 18.12, destaca el problema: *Tritici genera plura, quae fecere gentes. Italico nullum equidem comparaverim candore ac pondere, quo maxime decernitur. Montanis modo comparetur Italiae agris externum, in quo principatum tenuit Boeotia, dein Sicilia, mox Africa. Tertium pondus erat Thracio, Syrio, deinde et Aegyptio, athletarum tum decreto, quorum capacitas iumentis similis quem diximus ordinem fecerat. Graecia et Ponticum laudavit, quod in Italiam non pervenit. Ex omni autem genere grani praetulit dracontian et strangian et Selinusium argumento crassissimi calami...* (Existen diferentes tipos de trigo producidos por las diferentes poblaciones. Por mi parte no me atrevería a compara ningún otro tipo al que se produce en Italia por su blancura y su peso, calidad por la que se distingue. Solo al trigo de la península italiana producido en zonas montañosas se puede comparar al extranjero. El de mayor calidad se produce en la Boecia, después el de la Sicilia y por último el trigo producido en África. El tercer lugar respecto al peso es el trigo de Tracia, de Siria y así sucesivamente también el egipcio. Tal elenco fue efectuado por los atletas, cuya capacidad de alimentación es igual al de los toros. La Grecia elogia también el trigo del Ponto pero tal no se conoce en Italia. De todas las especies de trigo puede destacarse la 'draconiana', la 'strangia' y el trigo de 'Selinunte' porque la planta tiene rama gruesa). Columella, *De re rustica,* 2.6 después de citar el *robus,* la siligine y el trigo trimestral afirma: *...Reliquae tritici species, nisi si quos multiplex varietas frugum et inanis delectat gloria, supervacuae sunt...* (Enumerar todos los otros tipos de trigo resulta no necesario a menos que uno no tenga interés de citarlos todos para obter una gloria de bajo nivel). También S. Alessandrí, *Un registro di beni confiscati P. Pher. (P. Vindob. Inv. G 257 + 24568 +29781,* Bari, 2015, 25 n.8, respecto al trigo que debe ser pagado como impuesto al fisco menciona "È difficile, tuttavia, credere che l'amministrazione fiscale richiedesse una particolare qualità di grano per il pagamento di canoni o di imposte...". Sobre los diferentes tipos de trigo ver N. Jasny, *The Wheats of classical Antiquity,* Baltimore, 1944, 57 ss e A. Dalby, *Food in the ancient World from A to Z,* London-New York, 2003, 348 ss. Respecto al precio debemos considerer los aspectos citados por Paulo, *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 35.2.63.2 que si bien, se refieren al aceite de oliva, se podrían aplicar también al trigo: *Nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt: nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea quae raro accidat caritate pretia constituantur* (Los lugares y los tiempos producen sin embargo alguna variedad en el precio, porque no se considerará del

Revista 42.indb 133 13/11/18 11:40

al fiador el trigo de la misma calidad entregada al acreedor y no obstante el fiador pretendiera demandar en juicio con la *condictio*, el deudor, mediante la *exceptio doli*, podría defenderse en el proceso.

Resulta evidente que para Javoleno, en una obligación genérica en donde no fuera especificada la calidad, el deudor tendría la facultad de determinar la categoría y el valor del objeto y, en este modo, podría liberarse de la propia obligación entregando la cosa de menor valor al acreedor[8]. Sin meter en duda la autoridad jurídica de Javoleno, parece que el jurista sabiniano no tenía un conocimento profundo de la terminología usada en materia agraria ya que los términos '*pessimo tritico… melius triticum*' no encuentran confirmación en las obras de Catón, *De Agri cultura,* de Varrón, *De re rustica*, de Columella, *De re rustica,* o de Plinio, *Naturalis Historia,* autores que usan palabras técnicas para identificar el trigo de mejor calidad (*granum rutilum* o bien el *siligo*), en confrontación al trigo de peor calidad (blancastro y pálido en su interior); por ejemplo, en Columella, 2.9.10-13: …*Granum autem rutilum si, cum est diffisum, eundem colorem interiorem habet, integrum esse non dubitamus; quod extrinsecus albidum, intus etiam candidum conspicitur, leve ac vanum intellegi debet* (Además existe el trigo rojo que cuando se parte en dos muestra el mismo color en su interior, no tenemos dudas que este sea de buena calidad, por el contrario, el trigo ligero y sin consistencia es de baja calidad). Un experto en agricultura habría usado palabras precisas y menos generales; probablemente Javoleno ignoraba el nombre que identificaba el *triticum* de mejor calidad o simplemente quería utilizar un criterio más adecuado, a su parecer, para esta problemática, sin que hubiera afrontado efectivamente una solución a una *quaestio* solicitada por un privado en la vida real[9]; un responso que hubiera encontrado efectivamente una solución a un problema práctico habría especificado el tipo de trigo en cuestión o su origen; por ejemplo: entregué trigo de la peninsula italiana al acreedor y el deudor principal pretende de restituirme trigo de Tracia ¿Es factible este hecho? ¿El trigo de Selinunte que tiene la semilla muy gruesa podría ser solicitado por el fiador si entregó speudias (variedad de trigo cultivado en Grecia) muy ligero y de poca consistencia? (Plinio *Nat. hist.* 18.12: …*Ex omni autem genere grani praetulit dracontian et strangian et Selinusium argumento crassissimi calami…Levissimum et maxime inane speudian, tenuissimi calami…*).

---

mismo valor el aceite en Roma y en España, ni del mismo precio con continuos años estériles que con frutos abundantes, con tal que tampoco en estos casos se establezcan los precios por circunstancias momentáneas de los tiempos, ni por carestía que rara vez sucede). Además sobre el precio del trigo en Roma ver R. Duncan-Jones, *The Economy of the roman Empire,* Cambridge, 1974, 345 ss.

8 Como corréctamente hacen notar S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano,* 1, Napoli, 1935, 86 ss, y E. Albertario, *La qualitá delle specie nelle obbligazioni generiche* en *Studi di Diritto Romano,* 3, Milano, 1936, 375 ss.

9 También Eckardt, *Iavoleni Epistulae,* cit., 61 ss., incluye el pasaje entre los textos que carecer de la forma del responso.

Revista 42.indb 134 13/11/18 11:40

3. LA POSICIÓN DE PAULO Y LOS PROBABLES CONTRASTES CON NERACIO

La tesis de Javoleno fue aceptada por Paulo, *libro quarto ad Sabinum* en D. 33.6.4, en materia de legados en donde, en el cumplimiento de la disposición, excluye aspectos del producto agrícola que habrían podido ser tomados en cuenta:

> *Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant: et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.*

Cuando se deja en legado una cierta cantidad de aceite sin haberse añadido la calidad, no se suele investigar de que clase de aceite haya usado normalmente el testador o de que clase usen el aceite los hombres de aquella región y por lo tanto, el heredero tiene plena libertad para darle al legatario el aceite de la clase que quiera.

El testador concede en un legado una cantidad de aceite sin especificar la calidad, en tal caso, según Paulo, el heredero podía entregar aceite de cualquier tipo, como pensaba Javoleno respecto al trigo. El aspecto que presenta particular interés es que el jurista severiano excluye elementos que, en su opinión, no tenían importancia: el tipo de aceite usado por el testador o por los habitantes de la región. Como el pasaje de Paulo es un comentario a la obra de Sabino, probablemente la tesis pertenecía al mismo maestro de la escuela sabiniana y, como el jurista severiano excluye elementos que podían considerarse en la evaluación de la calidad del aceite que se tenía que entregar, se puede pensar que este criterio alternativo pertenezca a otro autor que no aceptaba la postura sabiniana. El jurista proculeyano del que Paulo no aceptaba su pensamiento probablemente era Neracio, autor de gran autoridad, no solo bajo el aspecto jurídico, sino también por sus altos conocimientos de economía agraria como hicimos notar en otra sede[10]. Nuestra propuesta no resulta temeraria si tomamos en consideración que Neracio, en la determinación de una prestación, consideraba necesario examinar diferentes elementos como la posición social (*dignitas*), las posibilidades económicas (*facultates*), la costumbre (*consuetudo*) y la ocupación (*artificium*) de la persona que debía recibirla[11]. Este criterio podía ser aplicado por el jurista también a la materia de legados; así, si una persona de alto prestigio social hubiera sido honorada con un legado de vino o de aceite por un amigo latifundista del Sanio, consideramos dificil pensar que Neracio habría aprobado la tesis sabiniana por la que el heredero, entregando la

10 Debemos recordar que Neracio no era únicamente un famoso jurista sino además un experto en economía agraria como tratamos de demostrar en otra investigación, Y. González Roldán, *Il legato dell'instrumentum nel pensiero di Nerazio*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto,* 4, 2014, 135 ss.

11 Como habría sucedido en relación a las obras que el patrón habría podido obtener de su liberto como se recuerda en su libro primero *responsorum* en D. 38.1.50: *Operarum editionem pendere ex existimatione edentis: nam dignitati facultatibus, consuetudini, artificio eius convenientes edendas.* (La prestación de los servicios depende de la estimación del que los presta, porque se han de prestar los convenientes a su dignidad, a sus facultades, a su costumbre y a su oficio).

Revista 42.indb 135 13/11/18 11:40

cosa de menor calidad habría podido liberarse de su obligación, ignorando el tipo de aceite o de vino usado por el testador o por los habitantes del lugar. Aplicando una *deductio ad absurdum*, el heredero, inclusive entregando un vino no adapto al consumo como el 'Mesogite' producido entre Lidia y Caria que producía mal de cabeza[12] o *ricinus*, aceite no producido por los olivos sino de árboles egipcios que daban a los alimentos un sabor nauseabundo[13], habría cumplido el legado según la tesis sabiniana. Próculo y Neracio consideraban importante la voluntad del testador en la determinación de la prestación que el heredero debía cumplir a favor del legatario[14] y evidentemente, según este criterio, también el vino y el aceite debían haber sido producidos en el fundo del testador o del heredero.

En un texto de Pomponio, *libro quarto* (*quinto*?) *ad Sabinum* en D. 30.13, se recuerda la posición neraciana respecto a un legado obligatorio genérico, en donde parece que, si el heredero decidía de entregar un esclavo perteneciente a la herencia, el legatario podía expresar su proprio parecer respecto a tal decisión: *Cum incertus homo legatus tibi esset, heres Stichum servo tuo tradidit. Neratius respondit, si voluntate domini tradidit vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum liberatum, atque si Stichus legatus esset* (Dejándose en legado un esclavo sin que fuera identificado de preciso, el heredero entregó Estico a tu esclavo, Neracio respondió que si lo entregó con voluntad de su propietario, o si el propietario hubiera ratificado esto, él se encuentra liberado de la obligación como si hubiera sido legado Estico). En nuestra opinión el criterio neraciano indicado en D. 30.13 se aplicaba por el jurista también cuando el deudor quería entregar la cosa de menor valor o calidad; sin embargo, esta tesis parece no ser aceptada por Pomponio, ya que en su libro sexto de su comentario a Sabino en D. 30.45.1, afirma que, si el testador hubiera dispuesto un legado *per damnationem* de un esclavo en modo genérico, el heredero no debía garantizar que el esclavo entregado se encontrara en perfecto estado de salud:

> *Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quo minus eam habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat.*

---

12 Plinio, *Nat. Hist.* 14.9…*Nam Mesogiten capitis dolores facere compertum est*… (Se encuentra comprobado que el vino 'Mesogite' causa mal de cabeza).

13 Plinio, *Nat. Hist.* 15.7…*Proximum fit e cici, arbore in Aegypto copiosa…Coquitur id in aqua, innatansque oleum tollitur….cibis foedum* (Después viene el aceite de higuerilla, árbol frecuente en Egipto…se coce en agua la semilla y se recoge el aceite que nada en el agua. Tal aceite proporciona a la comida un gusto nauseabundo).

14 Por ejemplo en el caso del legado de objetos de 'electro' (metal constituido de oro y plata), si hubieran existido dudas respecto a las cosas que habría debido entregar el heredero, Neracio acepta la tesis de Próculo de considerar la voluntad del testador en D. 34.2.32.5: …*quod si in obscuro sit, inspiciendum est, in utro numero ea vasa is, qui testamentum fecit, habuerit* (Pero si no fuera claro, se ha de ver a cual de los dos tipos de material de estos recipientes se haya referido el que hizo el testamento).

Revista 42.indb 136 13/11/18 11:40

El heredero obligado por un legado de entregar un esclavo cualquiera, no debe prometer mediante estipulación que este se encuentre sano, sino simplemente deberá prometer que no hubiera cometido algún hurto o algún otro delito por el cual existiera una responsabilidad noxal, porque debe ser entregado en modo que sea posible tenerlo consigo mismo. La salud del esclavo no tiene nada que ver con la propiedad del mismo pero ciertamente, del hecho que el esclavo haya cometido un hurto u otro delito, no permite que su propietario lo pueda tener consigo mismo como podría suceder también en el caso del fundo que garantiza una deuda, ya que en tal caso el propietario no podría gozar de la cosa.

No es una casualidad que esta posición se encuentre en su comentario a Sabino ya que tal tesis según nuestra opinión, habría sido afirmada por el mismo Sabino como había sucedido también en D. 33.6.4. El heredero obligado a entregar un esclavo por motivo de un legado *per damnationem*, sin que hubiera sido establecido por el testador el nombre o la actividad que desarrollaba el mismo (*generaliter*), no se encontraba obligado a prometer mediante una *stipulatio* que el hombre se encontrara en perfecto estado de salud (*sanus*); contrariamente el *heres* debía garantizar que el esclavo no hubiera cometido hurto, evitando en este modo una responsabilidad noxal del legatario. Puesto que el heredero no debía garantizar que el esclavo se encontraba sano, por tal motivo, probablemente Neracio solicitaba en D. 30.13, que el legatario pudiera expresar el proprio parecer respecto a la decisión del heredero; así, si el legatario escogía un *servus* que parecía estar en buena salud y contrariamente estaba enfermo, el heredero no habría tenido ninguna responsabilidad respecto al legatario. El presente criterio fue aplicado también por Pomponio en el libro noveno de sus epístolas en D. 30.46, respecto a la promesa verbal: *Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit* (las mismas cosas dichas respecto al legado, se podrán extender a aquel que haya prometido mediante estipulación de dar Estico o un esclavo cualquiera).

La situación se complica si el heredero sabía que el esclavo entregado al legatario o al *stipulans* no sólamente se encontraba enfermo sino en fin de vida. Si fuera factible bajo la perspectiva sabiniana entregar un esclavo moribundo, la aplicación de tal tesis causaría algunas perplejidades ya que, según la visión neraciana, el testador dificilmente habría querido que el legatario pudiera obtener un esclavo del que no pudiera obtener ninguna ventaja económica[15]. Además, debemos recordar que para Neracio probablemente la opción del esclavo que debería ser entregado habría requerido del parecer del honorado, como parece ser indicado en D. 30.13. Si para los sabinianos era posible entregar un esclavo enfermo o en fin de vida, debemos suponer que también

15 Por ejemplo, en el caso de un error de redacción de un testamento Neracio, en lugar de considerar la disposición ineficaz, propone de eliminar la palabra errada, como recuerda Ulpiano, *libro quinto ad Sabinum* en D. 28.5.9.14. No creemos que Neracio hubiera estado de acuerdo que el heredero pudiera entregar al legatario un esclavo moribundo, porque ni siquiera, en este caso la voluntad del testador habría sido respetada ya que el legatario no habría obtenido alguna ventaja económica.

Revista 42.indb 137 13/11/18 11:40

Javoleno, cuando considera en D. 17.1.52, que el deudor podía liberarse de su obligación dando trigo de cualquier tipo, habría podido entregar inclusive trigo dañado[16]. Parece dificil considera que la tesis sabiniana hubiera llegado a tal punto porque Pomponio declara en D. 30.45.1, que la finalidad de entregar el esclavo era que el acreedor lo pudiera obtener en modo efectivo (*ut eum habere liceat*) y si bien el deudor no se encontraba obligado a garantizar que era sano (*sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet*), deberíamos excluir la eventualidad que el acreedor tuviera la facultad de entregar un *servus* en fin de vida, porque el *dominus* no podía obtener una ventaja económica como habría sucedido en el caso del esclavo por el cual su propietario fuera responsable por causa de noxalidad.

De todos estos datos se puede deducir que el pensamiento de Javoleno había prevalecido en edad severiana, por lo cual el deudor habría tenido la facultad de entregar trigo de la peor calidad posible sin que conozcamos la razón por la que no fuera aceptada una tesis diferente[17]; probablemente con este criterio se evitaban controversias inútiles del acreedor respecto a la calidad del trigo, porque además del *robus*, siligine o trigo trimestral, establecer entre estos tipos de *triticum* cual tenía una mayor calidad parece imposible como ya había hecho notar Columella *De re rustica* 2.6: *...Reliquae tritici species, nisi si quos multiplex varietas frugum et inanis delectat gloria, supervacuae sunt...*(Enumerar todos los otros tipos de trigo resulta no necesario a menos que uno no tenga interés de citarlos todos para obter una gloria de bajo nivel).

16 Trigo dañado por el gusano que se alimenta de este cereal (*curculio*) o por los ratones. Sobre este aspecto Catón, *De Agricultura* CI. 98: *Frumento ne curculio noceat. Frumento ne noceat curculio neu mures tangant, lutum de amurca facito, palearum paulum addito, sinito macerescant bene et subigito bene. Eo granarium totum oblinito crasso luto; postea conspargito amurca omne quod lutaveris. Ubi aruerit, eo frumentum refrigeratum condito: curculio non nocebit.*(Para que el gusano no dañe el grano y los ratones no se lo coman, se hace una mezcla de aceite de oliva, se incorpora un poco de paja, se deja añejar por largo tiempo y se hace una masa. Esta masa densa se pone alrededor del granero y en toda la superficie. Cuando se seca la masa se pone el trigo en una zona fresca en modo que el gusano no lo dañe). Sobre el argumento también Varrón, *De re rustica,* 1.63, explica el modo para evitar el daño de los gusanos en el trigo: *Tuendi causa promendum id frumentum, quod curculiones exesse incipiunt. Id enim cum promptum est, in sole ponere oportet aquae catinos, quod eo conveniunt, ut ipsi ne necent, curculiones. Sub terra qui habent frumentum in iis quos vocant sirus, quod cum periculo introitur recenti apertione, ita ut quibusdam sit interclusa anima, aliquanto post promere, quam aperueris, oportet...*(Para conservar el trigo se elimina aquel que ya se encuentra dañado por los gusanos. Apenas sacado es necesario meterlo a asolearse junto a cubetas llenas de agua en modo que los gusanos encuentren la muerte por si solos. Los que tienen el trigo bajo tierra en las bodegas deben quitarlo después de haber sido abiertas estas porque si se entra inmediátamente resulta peligroso porque uno podría morirse asfixiado).

17 Sobre este punto queremos hacer notar que la tesis propuesta por Javoleno probablemente encontraba origen en Sabino y no era la única en el periodo clásico ya que posiblemente Neracio tenía una opinión diferente. Contrariamente a nuestra tesis ver: E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassichen römischen Recht,* en *SZZ,* 47, 1927, 136; Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano,* 1, cit., 86 ss.; Albertario, *La qualitá delle specie nelle obbligazioni generiche,* cit., 375 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht,* 1, München, 1971, 596 y Eckardt, *Iavoleni Epistulae,* cit., 61 ss.

Revista 42.indb 138 13/11/18 11:40

4. LA REFERENCIA DE JAVOLENO A *LA CONDICTIO*

Otro problema que requiere ser analizado en D. 17.1.52 corresponde a la referencia de Javoleno a la *condictio* con la cual el fiador habría pretendido el trigo pagado al deudor de la obligación principal. Lenel[18] considera que el jurista habría mencionado la *actio depensi* y no la *condictio* y su tesis puede tomarse en consideración porque si el fiador garantizaba mediante *sponsio* el pago del deudor principal (*Fideiussorem si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit…*) el demandante ejercitando la *actio depensi*, podía pretender el doble de la prestación[19]. No obstante tal afirmación, existe la posibilidad que el contenido del pasaje fuera clásico ya que no podemos dejar de subrayar que la *actio depensi* tiene como presupuesto la *infitiatio* del demandado[20], pero en el texto de Javoleno el deudor no niega que el demandante haya sido fiador, es más, reconoce la deuda y se encuentra listo para pagar el trigo de la misma calidad entregado al estipulante (*itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare*). El pretor no puede conceder al demandante la *actio depensi* para obtener el doble del trigo[21], porque la controversia (*lis*) no tiene como fundamento la respuesta negativa del demandado que el demandante fue fiador. El objeto del juicio consiste en determinar únicamente el contenido de la prestación, por ejemplo, el fiador exige cien 'moyos' de trigo africano de primera calidad pero el deudor declara que los cien 'moyos' que debe entregar son de trigo de bajísima calidad.

Sobre tal aspecto el pretor habría podido conceder al demandante la *condictio triticaria,* acción con la que se podía pretender en juicio todas las cosas cuya consistencia se concretizaba en su peso y medida, muebles o inmuebles[22], pero el demandado acep-

---

18 Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, cit., 286 n. 3, tesis aceptada por Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, cit., 62 ss.

19 Gayo 3.127: *… Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia* (IV/III sec. a.C.?) *propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.* (Y más ampliamente los *sponsores* con base en la ley Publilia, tienen una propia acción en el doble que es llamada *depensi*). Gaio 4.22: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam…* (Algunas leyes posteriormente dieron en otros casos la imposición de la mano por título equivalente al de sentenciado en contra de algunos sujetos; así, la ley Publilia en contra del deudor principal en el interés del cual el fiador hubiera pagado si, en los seis meses sucesivos al momento del pago en su interés, no hubiere restituido la cantidad al fiador).

20 Gaio 4.171: *…Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi…nomine agitur…* (A veces la acción es al duplo contra los que se obstinan en resistir, así en la acción ejecutiva o en la de pago hecho por el fiador) *Pauli Sententiae* 1.19.1: *Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi…*(Ciertas acciones son ejercitadas en contra del demandado por el doble como es el caso de la acción de judicado o en la del pago hecho por el fiador).

21 Ciertamente en D. 17.1.52, faltan elementos para hacer pensar que el demandante hubiera exigido el doble como sucedía con la *actio depensi*, es más, en el texto se observa que su pretensión consistía en la misma cantidad de trigo entregado al acreedor, pero de calidad superior (*fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet*).

22 Ulpiano, *libro vicensimo septimo ad edictum* in D. 13.3.1pr: *Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur si certum peteretur: qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive*

Revista 42.indb 139 13/11/18 11:40

tando la *litis contestatio*, incorporaba en la fórmula la *exceptio doli* porque si bien existía una deuda, la demanda del demandante no correspondía a la verdad. El juez habría debido absolver al *reus* en razón de una *pluris petitio* al demostrarse que la pretensión del demandante era superior a la que efectivamente tenía derecho.

FUENTES DE CONSULTA

Textos literarios

Catón, *De Agricultura* CI. 98

Columella, *De re rustica* 2.6; 2.9.10-13

CORPUS IURIS CIVILIS
Codex
Constitución de Justiniano del 531 d. C. en C. 6.43.3.1b

Digesta
Javoleno, *libro primo epistularum* en D. 17.1.52
Pomponio, *libro quarto* (*quinto*?) *ad Sabinum* en D. 30.13
Pomponio, *libro sexto ad Sabinum* en D. 30.45.1
Paulo, *libro quarto ad Sabinum* en D. 33.6.4
Paulo, *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 35.2.63.2
Neracio, *libro primo responsorum* en D. 38.1.50

GAIUS
Institutiones
3.127
4.22
4.171

Juvenal, *Satirae* 5.70
Plinio, *Nat. hist.* 18.12; 18.20
Varrón, *De re rustica,* 1.63

in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint sive soli...(Aquel que exige judicialmente una determinada cantidad de dinero entregada en contante utiliza la acción 'si será exigida judicialmente alguna cosa cierta'. Aquel que después exigirá judicialmente la restitución de otras cosas, ejercitará la acción llamada *condictio* 'referida al trigo'. En via general se dice que mediante esta segunda acción se pueden exigir judicialmente, a excepción del dinero contante, todas las cosas que se concretizan en su peso y medida, muebles o inmuebles...)

Revista 42.indb 140 13/11/18 11:40

Legislación moderna

BGB § 243

C.C. Distrito Federal (Ciudad de México) art. 2016,

C.C. español art. 1167

C.C. francés art. 1246

C.C. italiano art. 1178

Bibliografía

E. Albertario, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche* en *Studi di diritto romano. Obbligazioni,* 3, Milano.

B. Biondi, *Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie dell'obbligazione,* en *BIDR,* 65, 1962, 128ss.

B. Eckardt, *Iavoleni Epistulae,* Berlin, 1978.

E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte,* Berlin, 1907.

E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht,* Weimar, 1956.

S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano,* Napoli, 1935.

Revista 42.indb 141 13/11/18 11:40

Revista 42.indb 142 13/11/18 11:40