

EN TORNO A LA *OPINIO VETERUM* DE D. 12,5,6 (ULP. 18 *AD SAB.*) Y LA *CONDICTIO EX INIUSTA CAUSA*

[On the *opinio veterum* of D. 12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*) and the *condictio ex iniusta causa*]

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND* 

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El objetivo principal del presente artículo es ofrecer nuestra interpretación de D. 12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*), texto en el cual Ulpiano alude a la *opinio veterum*, continuada luego por Sabino y Celso, según la cual se puede ejercer la *condictio* cada vez que alguien tiene una cosa en su poder por una causa injusta (*condictio ex iniusta causa*). El método empleado consiste en la exégesis de esta fuente en su contexto palingénésico, así como de una serie de fragmentos de distintos juristas que, explícita o implícitamente, aplican la mencionada doctrina de los *veteres* en ámbitos muy variados. El resultado principal de este artículo consiste en demostrar que la doctrina documentada en D. 12,5,6 desplegó una notable fuerza creadora en la *interpretatio prudentium* durante

ABSTRACT

The main goal of this article is to offer our interpretation of D. 12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*), a text in which Ulpian alludes to the *opinio veterum*, later continued by Sabinus and Celsus, according to which the *condictio* can be exercised whenever someone has something under his power for an unjust cause (*condictio ex iniusta causa*). The method used consists of the exegesis of this text in its palingenetic context, as well as other fragments of different jurists who, explicitly or implicitly, apply the aforementioned doctrine of the *veteres* in very varied fields. The main result of this article is to demonstrate that the doctrine attested in D. 12,5,6 displayed a notable creative force in the *interpretatio prudentium* during most of the broad temporal spectrum of Ro-

Recibido: 27 de marzo de 2025 | Aceptado: 7 de julio de 2025 | Publicado: 31 de diciembre de 2025

* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho civil y derecho romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Global Visiting Associate Professor of Law, University of Notre Dame, EE.UU. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220649, del cual el autor es investigador responsable.  <https://orcid.org/0000-0001-8741-2099>.

la mayor parte del amplio espectro temporal de la jurisprudencia romana, aunque muy probablemente se haya mantenido como una posición minoritaria, lo que permite afirmar el carácter clásico de la *condictio sine datione* no furtiva.

PALABRAS CLAVE

Condictio – iniusta causa – Sabinus – veteres.

man jurisprudence, although it probably remained a minority position, which allows us to affirm the classical character of the non-furtive *condictio sine datione*.

KEY WORDS

Condictio – iniusta causa – Sabinus – veteres.

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de la moderna doctrina romanística considera que el supuesto general de ejercitabilidad de la *condictio* – acción estrictamente restitutoria de fórmula abstracta, heredera formal de la antigua *legis actio per condictionem*¹ – consistiría en que el adquirente carezca de *causa retinendi* respecto de una cosa de la cual se le ha transferido el dominio², esto es, cuando ha operado una *datio rei* en sentido estricto³. Dos fuentes de indubitado carácter clásico parecieran sustentar esta doctrina: a saber, un fragmento de las Instituciones de Gayo en que el maestro antoniniano hace hincapié en que la *condictio* supone un *dare oportere*⁴, y un texto

¹ Como es sabido, la *condictio* se remonta a la *lex Aebutia (de formulis)*, en torno al año 130 a.C., si bien encuentra antecedentes un siglo antes, con la introducción en el marco de las *legis actiones* del *agere per condictionem* por medio de la *lex Silia* para exigir el cumplimiento de obligaciones de dinero (*certa pecunia*) y extendido luego en su ámbito de aplicación a la restitución de toda cosa cierta (*omnis certa res*) por la *lex Calpurnia* (Gai. 4,19). Un análisis diacrónico en LIEBS, Detlef, “The history of the Roman Condictio up to Justinian”, en MAC CORMICK, Neil – BIRKS, Peter (eds.), *The legal mind. Essays for Tony Honoré* (Oxford: Clarendon Press, 1986) 163 ss.; últimamente PLATSCHEK, Johannes, “Zur Formel der *condictio* in der Rechtsentwicklung”, en BABUSIAUX, Ulrike – BALDUS, Christian – ERNST, Wolfgang – MEISSEL, Franz-Stefan – PLATSCHEK, Johannes – RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023) 1898 ss.

² Una apretada visión de conjunto últimamente en FARGNOLI, Iole, “Condictio als Rückforderungsklage”, en BABUSIAUX, Ulrike – BALDUS, Christian – ERNST, Wolfgang – MEISSEL, Franz-Stefan – PLATSCHEK, Johannes – RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023) 2010 ss. Desde mediados del siglo XX, esta doctrina ha comenzado a ser puesta en duda. Cf. SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln: Böhlau, 1952) 191 ss.; SANTORO, Raimondo, “Studi sulla *condictio*”, *AUPA*, 32 (1971) 181 ss.

³ El significado técnico-jurídico de *datio* como transferencia de dominio quiritorio sobre una cosa, y no como mera entrega (*datio* en sentido lato), se encuentra ampliamente documentado en fuentes que abarcan la mayor parte del espectro temporal de la jurisprudencia romana. Véase p.ej. Gai. 2,204; 4,4; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 22,1,4pr. (Pap. 27 *quaest.*); D. 32,29,3 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 45,1,75,10 (Ulp. 22 *ad ed.*) y, muy especialmente, D. 50,17,167pr. (Paul. 49 *ad ed.*): “*Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*”.

⁴ Gai. 4,4: “*Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EVM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est,*

del jurista adrianeo Salvio Juliano que vincula el ejercicio de esta acción con un *negotium contractum translaticio* de dominio⁵.

En este orden de cosas, la –aparentemente– única excepción a la *datio* como condición necesaria para el otorgamiento de la *condictio* estaría representada por la así llamada *condictio ex causa furtiva*, es decir, aquella que se ejerce contra el ladrón, quien ciertamente no adquiere el dominio por el hecho de la comisión del delito⁶. Tanto es así que el propio Gayo presenta este caso como una anomalía en el régimen de la acción⁷, al punto que la doctrina recién esbozada no ha dudado en considerar al *furtum* como la única hipótesis de ejercitabilidad de lo que podríamos llamar una *condictio sine datione*⁸, apoyándose también para esto en una generalización del principio *neminem rem suam nisi furi condicere posse*⁹, es decir, que nadie puede ejercer esta acción respecto de cosa propia, circunstancia que

nostra amplius fieri potest [...]". Para la fuente, véase por todos SACCOCCHIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee* (Milano: Giuffrè, 2002) 2 ss., con amplia bibliografía.

⁵ D. 12,6,33 (Iul. 39 dig.): "Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraberetur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse". Cfr. D. 12,1,19,1 (Iul. 10 dig.). Sobre la doctrina de Juliano en torno al *negotium contrahere* como base del *condicere* véase SACCOCCHIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 278 ss., con amplia bibliografía; HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 2003) 27 ss.; CORTESE, Barbara, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici* (Napoli: Jovene, 2013) 17 ss.; por último ROMANO, Giuseppe, "Contraheere e animus contrahendi in Salvio Giuliano", *AUPA*, 65 (2022) 135 ss.

⁶ De hecho, el ladrón se encuentra impedido de usucapir como consecuencia de su mala fe inicial y no solo por tratarse de una *res furtiva* que la torna objetivamente *inhabilis* para efectos de *usucapio*. Cfr. Gai. 2,49.

⁷ Gai. 4,4: "[...] plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadruplici rei recipienda nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamuis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus". La alusión al "odio a los ladrones", lejos de constituir una explicación dogmática del problema, parece ser más bien una excusa. Cfr. D'ORS, Álvaro, "The 'odio furum' of Gaius 4,4", *RIDA*, 12 (1965) 453 ss. Sobre este supuesto de *condictio* véase especialmente PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1988) *passim*, con exégesis de las fuentes principales y amplia bibliografía.

⁸ A juicio de DONATUTI, Guido, "Le causae delle condictiones", *Studi Parmensi*, 1 (1951) 42 n. 36, esta anomalía sería una manifestación de la función creadora de *ius singulare* de la jurisprudencia romana, tesis que parte de la base del –a nuestro juicio, equivocado – supuesto que la *condictio ex causa furtiva* sería el único caso de *condictio sin datio*.

⁹ D. 7,9,12 (Ulp. 18 ad Sab.) *in fine*, citado *infra*, § I.2. Véase también D. 13,3,1,1 (Ulp. 27 ad Sab.): "Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta". Sin embargo, este último texto alude al hurto o robo como ejemplos de ejercitabilidad de la *condictio* respecto de cosa propia, lo que no excluye necesariamente otras hipótesis no delictivas.

pareciera excluir de plano la posibilidad de impetrar una *condictio possessionis*¹⁰ o, en otros términos, una *condictio sine datione*¹¹ fuera de los márgenes del *furtum*¹².

Estoy convencido de que lo anteriormente expuesto no hace justicia a la rica y compleja casuística que se encuentra en las fuentes de que disponemos sobre esta materia. En efecto, el atento análisis de una serie de fragmentos conservados en el Digesto permite sostener que en el seno de la jurisprudencia romana se desarrolló una corriente de pensamiento que, remontándose a la tarda república y encontrando apoyo – entre otros – en Sabino, Casio, Celso, Paulo y Ulpiano, amplió la ejercitabilidad de la *condictio* a todas aquellas situaciones en las que una cosa se encontraba en poder de alguien sin una causa que lo justificara. A este respecto, resulta paradigmático un fragmento de Domicio Ulpiano conservado en D. 12,5,6, en el cual el jurista tardo-clásico (siglo III d.C.), en el marco de su comentario al derecho civil del jurista clásico-temprano Masurio Sabino (siglo I d.C.), recuerda la doctrina de los *veteres* (siglo I a.C.), que habría sido seguida por el propio Sabino y confirmada por el alto-clásico Juvencio Celso (siglo II d.C.), según la cual se reconoce en términos generales la posibilidad de ejercer una *condictio ex iniusta causa* en supuestos fácticos que, al tenor de la información que nos entrega el texto, no era necesario que se encontraran dentro de los límites de la *datio* (en sentido estricto) o del *furtum*¹³.

Por consiguiente, nuestro plan de trabajo exige, en primer lugar, ofrecer una exégesis del testimonio ulpiano conservado en D. 12,5,6, tanto individualmente como en su contexto palingénésico (I), para luego demostrar la aplicación (explícita o implícita) de la *opinio veterum* en una serie de fragmentos del Digesto en que se concede la *condictio* a quien no ha efectuado una *datio rei* ni ha sido víctima de un *furtum* (II). Finalmente, se ofrecen conclusiones y perspectivas de investigación (III).

¹⁰ Cfr. VOCI, Pasquale, “Condictiones e possesso”, *SDHI*, 71 (2005) 17 ss.; HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis*, cit. (n. 5) 116 ss. Rechaza esta nomenclatura SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 107.

¹¹ Sobre esta figura, véase en general el amplio estudio histórico-dogmático de HEINE, Sonja, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen romischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006) 111 ss. para la fuente objeto de nuestro estudio.

¹² Partiendo de la base de que, a su juicio, el derecho romano clásico no conoció caso alguno de *condictio sine datione*, D'ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el ‘edictum de rebus creditis’”, *SDHI*, 19 (1953) 149 ss., 151, plantea que incluso la *condictio ex causa furtiva* impondría al ladrón una obligación de *dare*, ya que el ejercicio de esta acción por parte de la víctima presupondría una renuncia a la *reivindicatio* y, con ello, la pérdida del dominio. Se trataría, por tanto, de un caso de la así llamada *datio ex eventu*. Cfr. EL MISMO, “Rélicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta ‘condictio’ sin ‘datio’”, *Iura*, 25 (1974) 1 ss.; EL MISMO, “Los precedentes clásicos de la llamada ‘condictio possessionis’”, *AHDE*, 31 (1961) 629 ss.

¹³ Cfr. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 181 ss.; SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 98 ss., 110.

I. D. 12,5,6 Y SU CONTEXTO PALINGENÉSICO

1. La fuente

Los compiladores de Justiniano agregaron al título quinto (*De condicione ob turpem vel iniustum causam*) del libro décimo segundo del Digesto un fragmento extraído del décimo octavo libro del comentario de Ulpiano al derecho civil de Sabino, que reza como sigue:

D. 12,5,6 (Ulp. 18 ad Sab.): “*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*”

Como ya mencionamos, este testimonio contradice la doctrina que considera como únicos supuestos de *condictio* – por así decirlo, extracontractuales¹⁴ – la *datio* o, excepcionalmente, el *furtum*. En efecto, no solo según los *veteres* (o, al menos, una parte de ellos), sino que todavía en plena época clásica de la jurisprudencia romana, según Sabino y Celso, quienes aprobaban esta antigua corriente de pensamiento, se podía ejercitar la *condictio* cada vez que una cosa se encontraba en poder de alguien por una causa injusta¹⁵.

Al respecto, ante todo hay que hacerse cargo de la cuestión relativa a quiénes serían los juristas mencionados genéricamente como *veteres* y, por tanto, a quiénes sería posible atribuir la mencionada *opinio veterum*. Aunque no es posible hablar con certeza de juristas específicos, la doctrina tiende a identificarlos globalmente con quienes operaron en la tarda república, como máximo hasta Labeón¹⁶, si bien se encuentran en las fuentes testimonios de una aplicación por así decirlo dinámica del concepto, con oscilaciones según la época en que escribe el jurista que hace el reenvío a quienes, a sus ojos, ya eran susceptibles de ser agrupados en la genérica descripción de “antiguos”¹⁷. Con todo, en D. 12,5,6 evidentemente debió tratarse de *prudentes* que admitían ser calificados como *veteres* respecto del propio Sabino (y no solo de Celso o Ulpiano), por lo que habría que descartar a sus contemporáneos y remontarse (al menos) hasta el último siglo de la República¹⁸.

¹⁴ Según esta doctrina, la *condictio* “contractual” encontraría su fundamento sin excepción alguna en una *datio*, ya sea por causa de *mutuum*, *stipulatio* o *expensilatio*: respectivamente, *pecunia data*, *stipulata* y *expensa lata*. Así parece desprenderse ya de CIC., *pro Rosc. com.* 4,13: “*Iam duae partes causae sunt confessae; adnumerarse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat [...]*; 5,14: *Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit [...]*”. Cf. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4), 142 ss., con bibliografía.

¹⁵ SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2), 220.

¹⁶ Sobre la compleja identificación de los llamados *veteres*, véase HORAK, Franz, “Wer waren die ‘veteres’? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen”, en KLINGENBERG, Georg – RAINER, Johannes Michael – STIEGLER, Herwig (eds.), *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunther Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992* (Graz: Leykam, 1992) 201 ss.; MANTOVANI, Dario, “Quando i giuristi diventarono ‘veteres’. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza”, *Atti del Convegno ‘Augusto. La costruzione del principato’*. Roma, 4-5 dicembre 2014 (Roma: Bardi, 2017) 257 ss.

¹⁷ Cf. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 99.

¹⁸ SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 100, considera verosímil remontarse a los juristas alto-republicanos, incluso a quienes, en palabras de Pomponio, fundaron el *ius civile*:

Igualmente difícil de resolver con certeza es el problema relativo a si la *opinio* aludida por Ulpiano era doctrina conteste entre los juristas de finales de la República o si, en realidad, representaba solo a una parte – incluso minoritaria – de ellos. De hecho, la expresión *Sabinus probavit veterum opinionem existimantium* admite ser traducida en términos limitativos, en el sentido de “Sabino aprobó la opinión de aquellos entre los *veteres* que consideraban...”¹⁹. Por otra parte, la circunstancia que todavía Alfeno Varo – un *auditor* de Servio Sulpicio Rufo – identifique el *creditum* con negocios translaticios de dominio en una etapa que podríamos denominar como “pre-edictal” del término²⁰, podría ser un argumento a favor de que una parte (por lo demás, una muy relevante) de la jurisprudencia tardo-republicana vinculaba la *conductio* – acción paradigmática del *credere* – con la *datio*²¹, como también parece haberlo hecho en torno a la misma época Cicerón, al menos según el testimonio que nos ofrece un alegato forense en el que el Arpinate se hace cargo de las posibles causas de esta acción²². Así las cosas, si queremos ser cautos, se puede asumir con cierto grado de verosimilitud que la *opinio veterum* atestiguada en D. 12,5,6 debió muy probablemente representar solo a una parte minoritaria de la jurisprudencia tardo-republicana, y es posible que así se haya mantenido durante toda la historia de la ciencia jurídica romana, lo que motivó que Ulpiano, al recordarla, sintiera la necesidad de remontarse a su antiguo origen y explicitar el apoyo que a ella dieron Sabino y Celso²³.

Publio Mucio Escévola, Junio Bruto y Manio Manilio, según se lee en D. 1,2,2,39 (Pomp. *l.s. enhir.*). Sobre el modo de Sabino para relacionarse con sus antecesores, véase STEIN, Peter, “Sabino contra Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano”, *BIDR*, 80 (1977) 61 ss.

¹⁹ Cfr. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 220 n. 69. En este sentido ya HUVELIN, Paul, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* (Lyon: Annales de l’Université de Lyon, 1915), 343. En contra, SACCOCCHIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 99 n. 5.

²⁰ Cfr. ALBANESE, Bernardo, “Per la storia del creditum”, *AUPA*, 32 (1971) 88 ss.; VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino: Giappichelli, 2008) 118 ss.

²¹ Véase D. 19,2,31 (Alf. 5 *dig. a Paul. epit.*), donde el *auditor* serviano identifica el *creditum* exclusivamente con negocios que implican la transferencia del dominio sobre una cosa, como es el caso del *mutuum*, la llamada *locatio conductio irregularis* y el denominado *depositum irregulare*. En todo caso, hay que destacar que en el fragmento no hay alusión alguna (al menos no una explícita) a la *conductio*, ya que el problema se centra en la ejercitabilidad de la *actio onerisaversi*, a propósito de lo cual el jurista se refiere a la configuración de una relación crediticia (*in creditum ire*).

²² CIC., *pro Rosc. com.* 4,13; 5,14, citado *supra*, n. 14. La contradicción entre la *opinio veterum* mencionada en D. 12,5,6 y la doctrina sobre el *creditum* y la *conductio* que nos transmiten Alfeno Varo y Cicerón – contemporáneos de los *veteres* de nuestra fuente – salta a la vista. Sin embargo, no hay que olvidar la circunstancia que Cicerón no se hace cargo en su discurso de la *conductio* y sus posibles causas desde una perspectiva que hoy podríamos llamar sistemática o dogmática, sino únicamente para efectos de proteger el interés de su cliente en un supuesto de hecho concreto, por lo que hay que ser cautos a la hora de sacar conclusiones generalizantes sobre el régimen jurídico de la *conductio* a partir del texto del Arpinate. Cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condicioneis*, cit. (n. 5) 70 ss., 73, HARKE, Jan Dirk, “Das klassische römische Konditionensystem”, *Iura*, 54 (2003) 49 n. 2.

²³ Cfr. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 186, 220. HÄHNCHEN, Susanne, “Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die conductio ex iniusta causa”, *ZSS*, 121 (2004) 394, habla de una “seltener

Pues bien, el embrollo que esta fuente produjo en la doctrina tradicional, firme en la opinión de que el otorgamiento de la *condictio* supone siempre una *datio* (con la única excepción del *furtum*), inevitablemente condujo a una serie de autores a proponer que el texto, tal y como nos fue transmitido, se encontraría interpolado²⁴. Sin embargo, superados los excesos de la llamada caza de interpolaciones a partir de la segunda mitad del siglo XX, la doctrina – no obstante conservar cierta perplejidad sobre su contenido – tiende a considerar el fragmento como sustancialmente genuino, por más que sea legítimo sostener que los compiladores de Justiniano lo insertaron en un contexto específico ajeno al originario (el legado de un usufructo)²⁵, con el objetivo de darle un tono generalizante²⁶. En efecto, si los compiladores hubiesen intervenido en el contenido del texto, no se vislumbra qué los podría haber motivado a introducir una – para tales efectos, innecesaria – remisión a los *veteres*, como tampoco se entiende por qué insertarían el fragmento en el título *De condicione ob turpem vel iniustam causam* (D. 12,5), posición de suyo ya suficientemente problemática atendido su contexto palingénésico²⁷. Por lo demás, la frase con la cual comienza el pasaje (*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium...*) no es ajena al lenguaje ulpiano, según se aprecia en otros fragmentos del mismo jurista²⁸.

Por otra parte, carece en absoluto de apoyo textual la conjectura según la cual la expresión *ex iniusta causa* sería una alteración justiniana, allí donde originalmente debió haber dicho *ex causa furtiva*²⁹. Tal suposición se basa únicamente en prejuicios interpolacionistas, por una parte, y en un desesperado intento para reconducir la fuente a los límites de la doctrina tradicional que veía en el hurto el único caso de *condictio sin datio*, por la otra. De hecho, la propuesta de lectura del

und eher untypische, aber offenbar alte Figur der *condictio*".

²⁴ Se inclina por una completa manipulación justiniana del fragmento, entre otros, DE FRANCISCI, Pietro, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II (Pavia: Mattei, 1916) 379 n. 1.

²⁵ Véase *infra*, § I.2.

²⁶ Así, por ejemplo, WATSON, Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford: Clarendon Press, 1965) 13: "the text has been generalized by being removed from his context". Una intuición similar se aprecia ya en KASER, Max, "Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht", ZSS, 60 (1940) 147.

²⁷ Cfr. SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage*, cit. (n. 2) 276 ss.; SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 220 ss.; SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 102.

²⁸ Especialmente en D. 23,1,9 (Ulp. 35 ad ed.): "[...] et semper Labeonis sententiam probavi existimantis [...]" Véanse también expresiones semejantes, por ejemplo, en D. 4,4,3,4 (Ulp. 11 ad ed.); D. 7,6,1pr. (Ulp. 18 ad Sab.); D. 12,1,11pr. (Ulp. 26 ad ed.); D. 13,5,27 (Ulp. 14 ad ed.); D. 13,6,5,3 (Ulp. 28 ad ed.); D. 15,1,3,9 (Ulp. 29 ad ed.); D. 47,2,43,5 (Ulp. 41 ad Sab.). Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 102 n. 16.

²⁹ Era la tesis defendida, entre otros, por EHRHARDT, Arnold, *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht* (Berlin-Leipzig: De Gruyter, 1930) 44; PFLÜGER, Heinrich Hackfeld, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (München: Dunker & Humblot, 1937) 133; VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1952) 145. PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere*, cit. (n. 7) 25, se inclina por el carácter genuino del fragmento, es decir, sin un hipotético reemplazo de *ex causa furtiva* por *ex iniusta causa*, aunque asume que el fragmento debió aludir (implícitamente) a un caso de hurto.

fragmento en el sentido de la concesión de una *condictio ex causa furtiva* no se hace cargo de la evidente objeción de que no se logra comprender la razón por la cual los compiladores habrían alterado el contenido de un texto que supuestamente se refería al hurto, para insertarlo en el título *De condicione ob turpem vel iniustum causam* (D. 12,5), si ellos mismos dieron al Digesto un título completo dedicado, específicamente, a esta hipótesis de acción (D. 13,1: *De condicione furtiva*)³⁰. A lo anterior se añade que Ulpiano no habría tenido motivos para remontarse a la opinión de los *veteres*, y luego a la de Sabino y Celso, para justificar una regla (la ejercitabilidad de la *condictio* contra el ladrón) que era ampliamente conocida y respecto de la cual no había dudas, al punto de encontrarse en un manual elemental como el gayano (Gai. 4,4) y en otros pasajes del propio Ulpiano³¹, sin que este viera la necesidad de recurrir a citas de sus antecesores para explicar la institución³². En este orden de cosas, si la supuesta versión original del fragmento hubiese contenido la expresión *ex causa furtiva* en vez de *ex iniusta causa*, sostener que Sabino y Paulo perseveraron en el pensamiento de los antiguos sobre este punto, y que el primero lo hizo de manera constante (*perpetuo*), habría sido una banalidad que difícilmente puede atribuirse al jurista severiano.

También privada de sustento textual es la hipótesis según la cual D. 12,5,6 se referiría en realidad a un supuesto de *condictio* con *datio*, probablemente a un *indebitum condicere*³³, por lo que, desde esta perspectiva, no representaría excepcionalidad alguna a la doctrina tradicional. Para ello basta tener presente que, si Ulpiano utilizó la expresión *apud aliquem esse*, de extrema amplitud como él mismo se encarga de aclarar en un pasaje de su comentario *ad edictum*³⁴, mal pudo haber querido referirse a una situación tan concreta como es la adquisición del dominio y, dentro de ella, al pago de lo no debido, respecto de lo cual no hay indicio alguno en el fragmento³⁵.

De lo expuesto precedentemente resulta que en D. 12,5,6 Ulpiano da testimonio fiel de una doctrina que se remonta a los juristas de la República tardía (*opinio veterum*) y que fue seguida de manera constante por Sabino y Celso, según

³⁰ Cfr. SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage*, cit., (n. 2) 276; VAN OVEN, Julius Christian, “La ‘forêt sauvage’ de la *condictio classique*”, *TR*, 22/3 (1954) 300 ss.; WACKE, Andreas, *Actio rerum amotarum* (Köln-Graz: Böhlau, 1963) 110 ss.; SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 222.

³¹ Véase D. 7,9,12 (Ulp. 18 *ad Sab.*); D. 13,3,1,1 (Ulp. 27 *ad Sab.*).

³² Cfr. SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage*, cit., (n. 2) 276; SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 223.

³³ En este sentido, PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*², II (Roma: Athenaeum, 1928) 363 n. 2.

³⁴ D. 59,16,63 (Ulp. 71 *ad ed.*): “*Penes te’ amplius est quam ‘apud te’: nam apud te est, quod qualiter qualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur*”. Una formulación semejante a la de D. 12,5,6 se encuentra, también en el contexto de un comentario *ad Sabinum* (esta vez, de Paulo), sin referencia a una transferencia de dominio ni a un hurto, en D. 25,2,6,5 (Paul. 7 *ad Sab.*): “[...] *Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent*”. Sobre esta última fuente, véase *infra*, § II.1.

³⁵ Cfr. DONATUTI, Guido, *Le cause*, cit. (n. 8) 43 n. 49; SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 223; ASTOLFI, Riccardo, *I libri tres iuris civilis di Sabino* (Padova: Cedam, 1983) 16; SACCOCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 107 ss.; HEINE, Sonja, *Condictio sine datione*, cit. (n. 11) 116 ss.

la cual el hecho que una cosa se encuentre en poder de una persona sin una *causa retinendi* que lo justifique o, para ser más precisos, por una causa injusta (*quod ex iniusta causa apud aliquem sit*), es fundamento suficiente para ejercer en su contra la *conductio (posse condici)*, sin que para ello sea necesario que el demandado haya adquirido el dominio de la *res* o la haya hurtado al demandante³⁶. Luego, resulta evidente que se trata de una corriente jurisprudencial que se aparta del régimen jurídico de esta acción tal como aparece modelado por Salvio Juliano³⁷ y se sintetiza pedagógicamente en el manual gayano³⁸: el de la *conductio con datio*, con la sola excepción del *furtum*. Es muy probable que la *opinio veterum* en este punto se haya mantenido como minoritaria en el seno de la jurisprudencia romana, lo que, sin embargo, en caso alguno autoriza a calificar como espurios una serie de testimonios de su aplicación, no solo por Sabino y Celso, sino también por Paulo y el mismo Ulpiano, como veremos a continuación.

2. Contexto palingenésico

D. 12,5,6 constituye con toda probabilidad la tercera de cinco partes de un más extenso *quintuple fragment*³⁹ extraído del décimo octavo libro del comentario de Ulpiano a Sabino. Hecha la palingenesia del texto, se descubre que este se refería al legado de un usufructo, e incluía los siguientes pasajes (según el nuevo orden dado por los compiladores): D. 7,5,5,1; D. 7,9,12; D. 13,1,1 y D. 13,3,2⁴⁰.

Comencemos por D. 7,5,5,1 (Ulp. 18 ad Sab.): “*Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in assumptione sunt, condici possint. sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti condicione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur*”.

Se trata de un legado de usufructo de una cantidad cierta de dinero o de otras cosas consumibles, figura reconocida por un senadoconsulto de finales de la República o comienzos del Principado⁴¹, según el testimonio del propio Ulpiano⁴². Si bien las fuentes hablan en situaciones como esta a veces de usufructo, otras de cuasiusufructo, el hecho es que el legatario adquiere la propiedad de las monedas (o de las otras cosas consumibles) y, al mismo tiempo, contrae la obligación de restituir otros tantos del mismo género y calidad al término del usufructo. En

³⁶ Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 111.

³⁷ D. 12,6,33 (Iul. 39 dig.). Fuente citada *supra*, (n. 5).

³⁸ Gai. 4,4. Fuente citada, en lo pertinente, *supra*, (n. 4).

³⁹ HONORÉ, A.M. – RODGER, Alan, “The Distribution of Digest Texts into Titles”, ZSS, 89 (1972) 353 n. 7.

⁴⁰ Este es el orden propuesto por LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II (Leipzig: ex officina Bernhardi Tauschnitz, 1889) 1075 n. 2591.

⁴¹ Ampliamente sobre el problema de la datación del senadoconsulto, CRIFÒ, Giuliano, *Studi sul quasi-usufrutto romano I. Problemi di datazione* (Padova: Cedam, 1977) 17 ss., atribuyéndolo a Julio César. Una síntesis de las distintas posiciones de la doctrina al respecto en LA ROSA, Renato, *Ricerche sul quasi-usufrutto nel diritto romano* (Torino: Giappichelli, 2012) 81 ss.

⁴² D. 7,5,1 (Ulp. 18 ad Sab.).

garantía del cumplimiento de su obligación, debe prestar una *cautio*, sin la cual el heredero puede negarse a cumplir el legado⁴³. En este contexto, puede ocurrir que las monedas (u otras cosas consumibles) hayan sido entregadas al legatario antes del otorgamiento de la *cautio* (*omissa cautio*), en cuyo caso el heredero dispone de la *condictio* (llamada *incerti: condictio cautionis*) para exigirla. Ahora bien, terminado el usufructo, Sabino y Celso se inclinan por afirmar que, igualmente, se puede exigir el cumplimiento de la obligación restitutoria por medio de esta acción (*posse condici*), opinión que Ulpiano califica como no falta de fundamento (*non inarguta*), lo que demuestra que la solución del asunto era dudosa.

El texto no menciona el motivo por el cual la cuestión del otorgamiento de la *condictio* una vez terminado el usufructo habría sido dudosa, al punto que Ulpiano se viera en la necesidad de hacer una referencia explícita a la opinión de Sabino y Celso para, finalmente, aprobarla sin demasiada convicción. En efecto, de una primera lectura del fragmento podría colegirse que ciertamente era posible ejercer la *condictio*, ya que se trataría de exigir la restitución de una cantidad cierta de dinero o de otras cosas consumibles respecto de las cuales se había transferido el dominio. La duda que se advierte en el fragmento, por tanto, debe partir de la base de que, en la especie, no había claridad sobre la concurrencia de los requisitos para otorgar la acción al heredero, los cuales, según la *communis opinio*, habrían sido la *datio rei* inicial, por una parte, y la falta de *causa retinendi*, por la otra.

De esta guisa, muy probablemente la *ratio dubitandi* respecto de la ejercitabilidad de la *condictio* radicaba en que, según una doctrina ampliamente difundida en la jurisprudencia clásica, si el legatario no prestaba la *cautio senatus consulti*, a la *traditio* de la *pecunia* (o de otras cosas consumibles) realizada en cumplimiento de un legado de usufructo no debía atribuirse el efecto translaticio de dominio esperado, adquiriendo con ello la prestación de la *cautio* un valor no solo procesal, sino también sustancial⁴⁴. Lo anterior resulta del carácter esencial de la *cautio* para la configuración del cuasiusufructo⁴⁵, de manera que su otorgamiento siempre

⁴³ Así se desprende de D. 36,4,6pr. (Iul. 38 *dig.*): “*Si pecuniae numeratae usus fructus legatus esset et in testamento cautum, ne eo nomine satis daretur, proprietas non est legata, sed legatario permittendum satisdare et usum fructum pecuniae habere: et propemodum in hac propositione nullae praetoris erunt partes, quia, nisi satisdetur, agi cum herede non poterit*”.

⁴⁴ SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 202 ss., quien sostiene que el traspaso de la propiedad debía entenderse “sospensivamente condizionato dalla prestazione della *cautio*” 211. En el mismo sentido, SALAZAR REVUELTA, María, “Sobre e régimen jurídico del usufructo de cosas ‘quae usu consumuntur’: particular importancia de la ‘cautio ex senatus consulto’”, *SDHI*, 65 (1999) 125 ss.; SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 192; LONGO, Sara, “Alle radici dell’usufrutto di res quae usu consumuntur”, *Studi per Giovanni Nicosia*, IV (Milano: Giuffrè, 2007) 498 n. 49; LA ROSA, Renato, *Ricerche*, cit. (n. 41) 42 ss.; por último BEGHINI, Marta, “In tema di legato di usufrutto di denaro: a partire da Ulp. 18 ad Sab. D. 7.5.5.1”, *TSDP*, 16 (2023) 12 ss.

⁴⁵ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*² (Torino: Giappichelli, 1958) 279, quien, sin embargo, considera interpolado el fragmento en comento en cuanto a la concesión de una *condictio cautionis* (427 ss.). En consecuencia, el pretor podía *denegare actionem* al usufructuario que, pretendiendo hacer valer su derecho, se negaba a prestar la *cautio*. Cfr. BRETONE, Mario, *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano* (Napoli: Jovene, 1962) 112 n. 75, quien igualmente considera justinianea la *condictio cautionis*. En

debía preceder a la *datio rei*⁴⁶ y, de hecho, representaba su *causa retinendi*. En consecuencia, la opinión de Sabino (y luego también la de Celso), que Ulpiano reconoce como no privada de fundamento⁴⁷, se basa en la ya mencionada doctrina de los *veteres*, según la cual se puede ejercer la *condictio* cada vez que alguien tiene en su poder una cosa por causa injusta, aunque no haya adquirido el dominio ni haya cometido un hurto, como es precisamente el caso del legatario que recibe una cantidad determinada de dinero u otras cosas consumibles en *cuausiusfructo* sin haber otorgado la *cautio* exigida por el senadoconsulto⁴⁸.

Lo dicho con respecto a D. 7,5,5,1 encuentra su confirmación en D. 7,9,12 (Ulp. 18 *ad Sab.*): “*Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit, non erit cautio senatus consulti necessaria, sed illa sola ‘boni viri arbitratu usurum fruiturum’. si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. videndum est de condicione, an possit locum habere: et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse*”⁴⁹.

Las “mismas vasijas” no pueden sino ser aquellas que contenían las monedas, es decir, vasijas determinadas y no (técticamente) consumibles. Desde esta perspectiva, por tanto, estamos en presencia de un usufructo (específicamente: un legado de usufructo) propiamente tal, por lo que el heredero conserva la propiedad sobre las vasijas y el legatario debe prestar la *cautio fructuaria* usual⁵⁰, resultando así superflua la *cautio senatus consulti*, por efecto de la cláusula de *arbitrius boni viri*⁵¹. Ante la falta de *cautio fructuaria*, Ulpiano concede al heredero la *rei vindicatio*, ya que está fuera de duda (*nemo dubitat*) que es propietario. En cambio, es dudoso si, en la especie, se podría ejercer la *condictio*, ya que esta acción (se entiende: en ausencia de *datio*) solo procedería contra el ladrón. Si vinculamos este texto con el anterior, resulta que la falta de dudas sobre la solución radica en la circunstancia que se trata de un usufructo regular y de la consiguiente *cautio fructuaria*; en cambio, si se hubiese tratado de un *cuausiusfructo* y de la correspondiente *cautio senatus consulti*, su no otorgamiento habría generado la misma dificultad sobre el efecto translatorio de dominio de la *traditio*. De ahí que D. 7,9,12 sirva como testimonio por así decirlo indirecto de la *quaestio jurisprudencial* relativa a

cambio, admite el carácter clásico de este supuesto de *condictio* VOCI, Pasquale, *Condictiones e possesso*, cit. (n. 10) 19 ss.

⁴⁶ D. 36,4,6pr. (Iul. 38 *dig.*), citado *supra*, n. 43. Véase también D. 7,5,8 (Pap. 17 *quaest.*); D. 33,2,24 (Pap. 7 *resp.*); D. 36,3,1,17 (Ulp. 79 *ad ed.*).

⁴⁷ Es probable que Ulpiano, quien no está plenamente conforme con la solución de Sabino y Celso, aunque le reconozca cierto mérito, haya preferido conceder la *vindicatio*, reservando la *condictio* únicamente a los casos de *commixtio* y *consumptio nummorum*, donde no habría quedado otra alternativa para proteger el interés del heredero. Cf. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 228.

⁴⁸ Cf. SACCOCCHIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 189 ss.

⁴⁹ Cf. D. 7,9,7pr. (Ulp. 79 *ad ed.*)

⁵⁰ D. 7,1,13pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*).

⁵¹ VOCI, Pasquale, *Condictiones e possesso*, cit. (n. 10) 20.

las consecuencias jurídicas de la entrega de dinero u otras cosas consumibles en cuasiusufructo cuando el usufructuario no ha prestado la *cautio senatus consulti*.

En síntesis, si en D. 7,9,12 la ausencia de *cautio fructuaria* da lugar sin dificultades a la concesión de la *rei vindicatio* en favor del heredero, puesto que está fuera de duda que en un usufructo propiamente tal nunca se verificará el traspaso del dominio, en D. 7,5,5,1, en cambio, el no otorgamiento de la *cautio senatus consulti* priva de efecto translaticio a la *traditio* ejecutada por el heredero, correspondiéndole el ejercicio de la *condictio* (no de la *rei vindicatio*) atendida la naturaleza fungible y consumible de las cosas entregadas, a pesar de que no se configuró una *datio*, lo cual exigió a Ulpiano remontarse a Sabino y Celso, seguidores de la doctrina de los *veteres*, para explicar la solución, por más que reconociera que la corriente principal de la jurisprudencia romana adhería al principio, explicitado en esta misma fuente, consistente en que *neminem rem suam nisi furi condicere posse*⁵².

Se vincula indirectamente con este mismo principio el cuarto elemento de nuestro quíntuple fragmento, a saber, D. 13,1,1 (Ulp. 18 *ad Sab.*): “*In furtiva re soli domino condictio competit*”. Aquí, Ulpiano explica que, en caso de hurto, la *condictio* compete únicamente al propietario, es decir, se centra en el problema de la legitimación activa de la acción más que en su causa, lo que parece interrumpir el discurso como venía desarrollándose hasta ahora⁵³. De ahí que se haya planteado que la finalidad con la cual el jurista severiano insertó esta regla habría sido, precisamente, afirmar su superación, en cuanto no encontraría aplicación en el ámbito de la *condictio ex iniusta causa* y la correspondiente *opinio veterum*⁵⁴. De hecho, el texto pareciera ser un puente destinado a motivar lo dicho en el último pasaje de nuestro largo fragmento, con el cual se cierra el marco palingénésico de D. 12,5,6, esto es, D. 13,3,2 (Ulp. 18 *ad Sab.*): “*Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait*”.

Este pasaje, incluido por los compiladores (muy probablemente en forma abreviada) en el título *De condicione triticaria* (que no es otra cosa que la *condictio certae rei*)⁵⁵, contiene dos reglas relativas al desposeimiento de bienes inmuebles. En cuanto a la primera, ya el hecho mismo que se refiera a cosas de esta naturaleza implica descartar de plano que se trate de un *ex causa furtiva condicere*, ya que en tiempos de Ulpiano era ampliamente reconocida la imposibilidad de cometer hurto respecto de inmuebles⁵⁶, a pesar de que ciertos juristas, entre los

⁵² Cfr. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 217 ss.

⁵³ Para la legitimación activa de la *condictio ex causa furtiva* véase PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere*, cit. (n. 7) 35 ss. para esta fuente.

⁵⁴ En este sentido, VOCI, Pasquale, *Condictiones e possesso*, cit. (n. 10) 22.

⁵⁵ Así se deduce del fragmento con el cual se abre el título, donde Ulpiano distingue este supuesto de la *condictio* por una cantidad cierta de dinero (llamada habitualmente *actio certae creditae pecuniae*); D. 13,3,1pr. (Ulp. 27 *ad ed.*): “*Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uitur si certum petetur: qui autem alias res, per triticariam condicionem petet [...]*”.

⁵⁶ D. 47,2,25pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): “*Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse*”.

cuales se contaba Sabino⁵⁷, lo hubiesen admitido en el pasado⁵⁸. En cuanto a la segunda regla, Celso reconoce la ejercitabilidad de una *conductio posessionis* (esto es: *sine datione*) por parte del desposeído⁵⁹. Luego, estamos en presencia de una *conductio* cuyo fundamento no se encuentra en una transferencia de dominio ni en la comisión de un hurto, encontrando entonces plena aplicación la *opinio veterum* de D. 12,5,6.

Así las cosas, leído en su integridad e interpretado armónicamente, este quíntuple fragmento nos ofrece una visión panorámica del problema de la *conductio ex iniusta causa* como supuesto de *conductio sine datione* no furtiva, tal y como lo habría presentado Ulpiano: ante el no otorgamiento de la *cautio senatus consulti* por parte del legatario-usufructuario, lo que priva de efecto translaticio a la *traditio* realizada por el heredero, Sabino y Celso son de la no infundada opinión que aquel puede ejercer la *conductio* para recuperar el dinero u otras cosas consumibles entregadas en cuasiusufructo (D. 7,5,5,1). En cambio, si se trata de un usufructo regular, nadie duda que el heredero puede recuperar las vasijas mediante *rei vindicatio* si el legatario no otorgó la *cautio fructuaria*, pero se duda sobre si se puede ejercer la *conductio*, lo que representa un testimonio indirecto del debate jurisprudencial en torno al efecto de la entrega de dinero u otras cosas consumibles en cuasiusufructo cuando el usufructuario no ha prestado la *cautio senatus consulti*. Lo anterior, a pesar de que en ausencia de *datio*, la *conductio* solo debiera proceder contra el ladrón (D. 7,9,12). Y es que, según la opinión de los *veteres*, aprobada constantemente por Sabino y seguida también por Celso, se puede reclamar con la *conductio* todo lo que se encuentra en poder de alguien por causa injusta (D. 12,5,6). Así, aunque ante la falta de *datio* la legitimación activa de la *conductio* debiera competir, en principio, únicamente al dueño de la cosa hurtada, Celso admite la posibilidad de que también ejerza esta acción el desposeído de un bien inmueble, hipótesis que se encuentra fuera de los márgenes tanto de la *datio* como del *furtum*.

En consecuencia, D. 12,5,6 y los demás fragmentos del Digesto que se encuentran conectados a él palingenésicamente son testimonio fiel de una corriente doctrinaria desarrollada en el seno de la jurisprudencia tardo-republicana, pero que continuó siendo aplicada por Sabino en el siglo I d.C., por Celso en el siglo II d.C., y que Ulpiano en el siglo III d.C. estima como “no infundada”, según la cual se puede ejercer la *conductio* cada vez que alguien tiene en su poder cosas ajenas por una causa injusta, aunque no haya operado un negocio translaticio de dominio, por una parte, ni se haya configurado un hurto, por la otra. Corriente doctrinaria que, a juzgar por el material del que disponemos, parece haberse

⁵⁷ Cfr. GELL., *Noct. att.* 11,18,13.

⁵⁸ Gai. 2,51: “[...] cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtuum fundum fieri posse”. En el mismo sentido, D. 41,3,38 (Gai. 2 aur.) “[...] abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri”. Sobre la doctrina del *furtum fundi* véase ALBANESE, Bernardo, “La nozione di furtum fino a Nerazio”, *AUPA*, 23 (1953) 121 ss.

⁵⁹ En el mismo sentido, D. 47,2,25,1 (Ulp. 41 ad Sab.): “Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessio-nem, quemadmodum potest re mobili subrepta”. Cfr. VOCI, Pasquale, *Condictiones e possesso*, cit. (n. 10) 22.

mantenido más bien minoritaria, pero no por ello privada de aplicación explícita o implícita, según se ve a continuación.

II. APLICACIONES DE LA OPINIO VETERUM DE D. 12,5,6 FUERA DE SU CONTEXTO PALINGENÉSICO

1. Aplicaciones explícitas de la “condictio ex iniusta causa” de D. 12,5,6

Fuera de D. 12,5,6 se conservan en el Digesto una serie de fragmentos en los cuales la concesión de la *condictio* se encuentra explícitamente vinculada a la configuración de una causa injusta de retención en ámbitos que no son reconducibles a una *datio* ni a un *furtum*. Dado que el objeto principal del presente trabajo es ofrecer una exégesis de la *opinio veterum* aludida por Ulpiano en su contexto palingenésico, no es posible realizar aquí un análisis exhaustivo de cada una de estas fuentes, por lo que nos limitaremos a exponer los rasgos principales de algunas de ellas de principal significación.

En primer lugar, D. 12,7,1,3 (Ulp. 43 *ad Sab.*): “*Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel reddit ad non iustum causam*”. Siempre en el marco de su comentario *ad Sabinum*, Ulpiano explica que sería una doctrina conocida (*constat*) que solo se puede ejercer la *condictio*⁶⁰ contra quien tiene una cosa en su poder sin justa causa, o que vuelve a él por causa igualmente injusta⁶¹. La semejanza entre el *pervenire non ex iusta causa* de esta fuente y el *ex iniusta causa apud aliquem esse* de D. 12,5,6 salta a la vista, al punto que se suele considerar ambos fragmentos como la base del derecho romano de la *condictio*⁶².

A continuación, D. 24,1,6 (Gai. 11 *ad ed. prov.*): “*Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet*”. Con toda seguridad, este fragmento fue incorporado por los compiladores como aclaración de lo dicho por Ulpiano en D. 24,1,5,18 (Ulp. 32 *ad Sab.*), que lo precede: “*In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est*”. Según el jurista severiano, en las donaciones que están prohibidas por el derecho civil (se refiere específicamente a la prohibición de la donación entre cónyuges en virtud de la *lex Iulia et Papia*, abolida por Justiniano; de ahí la supresión de la mención explícita del precepto legal), si la cosa todavía existe, puede ser reivindicada. En cambio, una vez consumida, podrá ejercerse la *condictio* en la medida que el demandado se haya hecho más rico⁶³. El fragmento

⁶⁰ En concreto, el jurista se está refiriendo a la *condictio liberationis*, en el marco de una *stipulatio* inválidamente contraída por defecto de su causa. Cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis*, cit. (n. 5) 66.

⁶¹ *Reddit an non iustum causam causam* haría referencia a la *stipulatio* inválidamente contraída.

⁶² Cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6*, cit. (n. 23) 390; SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage*, cit. (n. 2) 275 ss.

⁶³ Sobre este supuesto, véase MISERA, Karlheinz, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten* (Köln-Wien: Böhlau, 1974) 131 ss.

de Gayo, por su parte, precisa que, en caso de *non concessa donatio*, la *condictio* será *sine causa* o *ex iniusta causa*.

La razón por la cual, según Gayo, es posible ejercer en este supuesto fáctico la *condictio*, se vincula con la ausencia de causa o bien, con la causa injusta, para explicar la posesión por parte del cónyuge donatario⁶⁴. Ulpiano, en cambio, parece conceder la *condictio* únicamente en la medida que sea imposible ejercer la *rei vindicatio* por haberse consumido las cosas donadas, como sería el caso, por ejemplo, de una determinada cantidad de monedas⁶⁵. Luego, la *condictio* es ejercitable en una hipótesis en la cual no se ha verificado propiamente una *datio rei*, ya que la vulneración de la prohibición priva de efecto translaticio de dominio a la donación entre cónyuges⁶⁶ (e incluso de la posibilidad de alegar una causa *pro donato* para usucapir)⁶⁷, y ciertamente tampoco se ha configurado un hurto, por lo que se trata de una *condictio sine datione* no furtiva, calificada expresamente por Gayo como *ex iniusta causa*.

En términos amplios se expresa Paulo respecto del *ex iniusta causa condicere* en D. 25,2,6,5 (Paul. 7 ad Sab.): “*Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent*”. El jurista tardo-clásico señala que, si el matrimonio se hubiese disuelto por muerte del marido, su heredero podrá reclamar las cosas de la herencia que habían sido extraídas por la mujer mediante la acción de petición de herencia o la exhibitoria, ante lo cual se acude a Aristón para afirmar que también se puede ejercer contra la mujer la *condictio*, puesto que las cosas estarían en su poder por causa injusta (*quia ex iniusta causa apud eam essent*).

Para comprender adecuadamente este pasaje, hay que tener a la vista los dos párrafos inmediatamente anteriores, donde Paulo explica en términos generales que, si el marido hubiese fallecido después del divorcio, su heredo puede ejercer contra la mujer la *actio rerum amotarum* (en virtud de la *amotio rei* en que incurrió la mujer, situación semejante, pero técnicamente distinta, del *furtum*, el cual no es posible entre cónyuges, ya que el consorcio de vida hace que la mujer sea, en

⁶⁴ Cfr. BUONGIORNO, Pierangelo, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana I. Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina* (Lecce: Grifo, 2018) 211.

⁶⁵ Cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6*, cit. (n. 23) 387; LA MISMA, *Die causa conditionis*, cit. (n. 5) 65.

⁶⁶ Por este motivo, el donante puede reivindicar. D. 24,1,36pr. (Paul. 36 ad ed.): “*Si donatae res extant, etiam vindicari poterunt [...]*”. Al respecto, véase por último GASSE, Niklas, *Donatio perfecta. Form und Widerruf der Schenkung im klassischen römischen Recht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2025) 74. Esta consecuencia todavía se conserva en el artículo 675 del Código Civil de Chile: “[1] Para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. [2] Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

⁶⁷ D. 41,6,1,2 (Paul. 54 ad ed.): “*Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio [...]*”. Cfr. D. 24,1,44 (Nerat. 5 membr.).

cierto modo, dueña)⁶⁸, y que también el heredero de la mujer está obligado por esta misma causa, así como en razón de la *condictio ex causa furtiva*⁶⁹.

Ahora bien, atendido que el divorcio es un requisito indispensable para la ejercitabilidad de la *actio rerum amotarum*⁷⁰, en el caso expuesto por Paulo, donde el matrimonio se disolvió por muerte del marido sin que anteriormente se hubiera producido el divorcio, dicha acción no puede tener lugar, por lo que, además de la correspondiente acción real (petición de herencia o exhibitoria, ya que la mujer no ha adquirido el dominio de los bienes sustraídos y la fuente parte de la base de que las cosas se encuentran todavía en su poder: *apud eam essent*), quedaría abierta la posibilidad para el ejercicio de la *condictio* en un supuesto que, como dijimos, técnicamente no correspondería a una *causa furtiva*, pero es muy semejante⁷¹.

El mismo problema plantea Marciano en D. 25,2,25 (Marc. 3 reg.): “*Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divorpii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident*”.

Aquí, la *condictio ex causa furtiva* está igualmente excluida, atendida la imposibilidad de cometer hurto (en sentido estricto) entre cónyuges, y tampoco procede la *actio rerum amotarum* por falta de divorcio. Ante tal situación, Marciano afirma que, por derecho de gentes (lo que, en términos del lenguaje habitual de los juristas romanos, es lo mismo que decir que por derecho natural o por equidad natural), se puede reclamar con la *condictio* las cosas que alguien posee sin justa causa (*qui non ex iusta causa possident*). Luego, Marciano, excluyendo por la naturaleza misma del supuesto de hecho un *negotioum contractum translaticio* de dominio, así como también el hurto, concede una *condictio possessionis ex iniusta causa* o, en otros términos, una *condictio sine datione* no furtiva.

2. Aplicaciones implícitas de la “*condictio ex iniusta causa*” de D. 12,5,6

Adicionalmente a lo expuesto en el acápite anterior, el Digesto contiene algunos textos de los cuales se colige una aplicación implícita de la *opinio veterum* de D. 12,5,6, en la medida que se concede la *condictio* en supuestos en los que no se ha ejecutado un negocio translaticio de dominio ni se ha cometido un hurto. Excedería los márgenes y las pretensiones de este trabajo dar cuenta de cada uno de ellos, por lo que nos centraremos en algunos especialmente representativos.

Ante todo, cabe mencionar la así llamada *condictio Iuventiana*, según se lee en D. 12,1,32 (Cels. 5 dig.): “*Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum con-*

⁶⁸ Véase D. 25,2,1 (Paul. 7 *ad Sab.*), donde Paulo menciona a Sabino entre quienes consideraban que la mujer sí podía cometer hurto, aunque no fuera legitimada pasiva de la correspondiente *actio furti*, lo cual es secundado por Salvio Juliano (*in qua sententia et Iulianus rectissime est*).

⁶⁹ Véase D. 25,2,6,3-4 (Paul. 7 *ad Sab.*).

⁷⁰ Cfr. WACKE, Andreas, *Actio rerum amotarum*, cit. (n. 30) 43 ss., 94 ss.

⁷¹ Cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6*, cit. (n. 23) 388; HEINE, Sonja, *Condictio sine datione*, cit. (n. 11) 125.

traxisti: sed proprius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est". En lo que interesa para efectos de nuestro estudio, en el contexto del error del delegatario sobre la persona del delegante, Celso, si bien reconoce que la *conductio* (en cuanto acción propia del mutuo) no debiera proceder – al menos en principio – ante la falta de un *negotium contractum* válidamente contraído (*subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti...*), juzga sin embargo que sí cabría ejercer esta acción contra quien tiene el dinero en su poder, por ser ello bueno y equitativo (*bonum et aequum est*)⁷². Luego, aunque Celso haga aquí explícita referencia al criterio de lo bueno y justo (una suerte de *tópos* de las decisiones celsinas)⁷³ para resolver la cuestión, es legítimo plantear que el jurista adrianeo haya tenido a la vista (también) la *opinio veterum* de D. 12,5,6, a la que adhería según nos enseña Ulpiano⁷⁴, y que, por tanto, implícitamente haya pensado que, en la especie, se configuraría una hipótesis de *conductio ex iniusta causa* al no presentarse un *negotium contractum* translatio de dominio válido según lo exigía su contemporáneo Salvio Juliano⁷⁵ (y, muy probablemente, la corriente jurisprudencial mayoritaria)⁷⁶ ni, por cierto, tampoco un hurto. Lo dicho debió motivar las dudas de nuestro jurista al respecto⁷⁷, al punto de tener que justificar su decisión en la equidad como criterio superador de la rigidez del modelo tradicional del *condicere*, como también lo hace en otro pasaje⁷⁸.

Si Celso veía en la idea del *bonum et aequum* un fundamento para el otorgamiento de la *conductio* – compatible o, incluso, identificable con la *opinio veterum* de D. 12,5,6 – en casos en los cuales no se configuraba una *datio* ni un *furtum*,

⁷² La comparación con D. 1,1,1pr. (Ulp. 1 *inst.*) es obligada: “[...] ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi”.

⁷³ SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 450. Para el significado de la expresión *bonum et aequum* en la obra de Celso *cfr.* CERAMI, Pietro, “La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche”, *AUPA*, 38 (1985) 96 ss.; HARKE, Jan Dirk, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen* (Berlín: Duncker & Humblot, 1999) 134 ss.

⁷⁴ No solo en D. 12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*), sino también, como ya vimos, en D. 13,3,2 (Ulp. 18 *ad Sab.*) y D. 47,2,25,1 (Ulp. 41 *ad Sab.*). La *opinio veterum* y el criterio del *bonum et aequum* son, para estos efectos, plenamente compatibles. En este sentido, SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 462, a propósito del contraste con D. 12,4,3,7 (Ulp. 26 *ad ed.*), citado en lo pertinente *infra*, n. 78: “Il richiamo alla *naturalis aequitas* significa solo che per Celso figlio anche la regola di D. 12,5,6 doveva essere interpretata alla luce di quel *bonum et aequum* in cui si sostanziaiva il diritto”.

⁷⁵ Véase D. 12,6,33 (Iul. 39 *dig.*), citado *supra*, n. 5.

⁷⁶ Al punto de formar parte de la enseñanza jurídica elemental, según se lee en Gai. 4,4, citado *supra*, n. 4.

⁷⁷ *Cfr.* SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 304 ss.; HARKE, Jan Dirk, *Argumenta Iuventiana*, cit. (n. 73) 137 ss.; SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 431 ss., 453 ss.

⁷⁸ Celso justifica igualmente en la equidad la concesión de la *conductio* en un caso que, para la corriente jurisprudencia tradicional, era altamente dudoso, enfrentándose por ello incluso a la opinión de su padre, lo que es aprobado por Ulpiano, según se lee en D. 12,4,3,7 (Ulp. 26 *ad ed.*): “[...] sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. quae sententia verior est [...]”. *Cfr.* SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 4) 454 ss.; TALAMANCA, Mario, “L’*aequitas naturalis*” e Celso in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12,4,3,7”, *BIDR*, 96-97 (1993-1994, pero 1997), 1 ss.

la decisión conservada en D. 12,1,32 podría estar estrechamente conectada con dos fragmentos de Pomponio, en los cuales se afirma que, por razones de equidad natural, nadie puede enriquecerse a costa del daño ajeno. Se trata de D. 12,6,14 (Pomp. 21 *ad Sab.*): “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detimento fieri locupletiorem*”; y de D. 50,17,206 (Pomp. 9 *ex var lect.*): “*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detimento et iniuria fieri locupletiorem*”.

Al margen de cuestiones de detalle sobre la falta de perfecta correspondencia entre ambos textos y algunas cuestiones puramente formales, lo cierto es que en ambos pasajes se menciona expresamente la equidad natural como fundamento de la repugnancia que el derecho siente respecto de que alguien se enriquezca injustificadamente a costa de otro⁷⁹. En cuanto al primero de los textos, si tenemos en cuenta que este procede del vigésimo primer libro del comentario de Pomponio *ad Sabinum*, que versaba precisamente sobre la *condictio*, y que hay constancia de que el primero adhería a la doctrina tradicional que encontraba en un *negotium contractum* translaticio de dominio el fundamento de esta acción⁸⁰, es verosímil plantear que aquí Pomponio haya dado cuenta de la opinión de Sabino en materia de ejercitabilidad de la *condictio*, no de la suya propia, lo cual representaría un importante testimonio ulterior sobre la identificación entre la *opinio veterum* de D. 12,5,6 y el criterio de la *aequitas*⁸¹. A mayor abundamiento, la circunstancia que el segundo fragmento citado haya sido extraído de una obra que, como indica su título (*Variae lectiones*), constituye un mosaico de citas a otros juristas (entre los que con toda seguridad debió encontrarse Sabino, a quien Pomponio dedicó un extenso comentario, como ya vimos), es altamente probable que el fragmento pomponiano sea, en realidad, un *sabinianum* o que, en cualquier caso, proceda del ambiente de esa escuela⁸².

Por otra parte, encontramos en Paulo un valioso testimonio de la aplicación implícita de la *opinio veterum* de D. 12,5,6 sobre la *condictio ex iniusta causa*, en un fragmento en el cual el jurista tardo-clásico concede la *condictio* al depositante en contra del depositario que, dolosamente, se niega a restituir la cosa objeto del contrato, hipótesis en la cual, evidentemente, debe descartarse que haya operado un *negotium contractum* translaticio de dominio, ya que el depositario adquiere únicamente la *detentio* o *possessio naturalis* de la *res*, y donde tampoco se aprecia que se cumplan los requisitos explicados en otro lugar por el propio Paulo para que se configure un hurto. Se trata de D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*): “*Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non*

⁷⁹ En términos semejantes Paulo, también en el marco de su comentario *ad Sabinum*, afirma que la *condictio indebiti* es “natural”, expresión que debe ser entendida como conforme al derecho natural o a la equidad natural. D. 12,6,15pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): “*Indebiti soluti condictio naturalis est et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem [...]*”.

⁸⁰ Véase D. 12,4,15 (Pomp. 22 *ad Sab.*), donde Pomponio demuestra su adhesión a la doctrina de Próculo, que para estos efectos es la misma que la de Salvio Juliano y, por ende, contraria a la *opinio veterum*.

⁸¹ Cfr. VACCA, Letizia, “Osservazioni in tema di ‘condictio’ e ‘arricchimento senza causa’ nel diritto romano classico”, en D’IPPOLITO, Federico Maria (ed.), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, IV (Napoli: Satura, 2007) 2711 ss., con bibliografía.

⁸² Cfr. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 394 ss.

*enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condicione obligari, verum quod dolum malum admiserit*⁸³. En efecto, según nos enseña Paulo, se puede ejercer la *condictio* contra el depositario que *non reddit*, sin que sea necesario que se configure un supuesto de hurto⁸⁴, toda vez que la mera *infitiatio* del depositario (entendida aquí como negativa dolosa a restituir) no representa de suyo una hipótesis de *contrectatio* ni, por tanto, de *furtum* en sentido estricto del término⁸⁵, aunque se le parezca en cierto modo (*prope furtum*) por tratarse de la detención de una cosa mueble ajena por una causa injusta⁸⁶, de manera que bien puede hablarse aquí de un caso de *condictio ex iniusta causa* o, si se quiere, de *condictio sine datione* no furtiva.

Finalmente, y regresando a Ulpiano, el jurista severiano, nuevamente en el contexto de su comentario *ad Sabinum*, ofrece otro valioso testimonio de la aplicación de la *opinio veterum* todavía en tiempos de la jurisprudencia tardo-clásica, en D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.): “*Res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus percepit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio*”⁸⁷.

La fuente, incluida por los compiladores en el primer título del décimo segundo libro del Digesto, dedicado al *edictum de rebus creditis* (título edictal XVII según la reconstrucción de Lenel)⁸⁸ y, por tanto, a la *condictio* (la rúbrica reza *de rebus creditis si certum petetur et de condicione*), reconoce al deudor pignoraticio

⁸³ Para una exégesis detallada de la fuente nos remitimos a WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “*Ex causa depositi condicere?* Observaciones sobre credere y deponere en el pensamiento de Paulo”, *REHJ*, 42 (2020) 193 ss.; EL MISMO, “Sobre la *condictio sine datione* no furtiva del depositante y del deudor pignoraticio”, en VARVARO, Mario – DE SIMONE, Monica (eds.), *Scritti con Raimondo Santoro*, III (Palermo: Palermo University Press, 2024) 964 ss.

⁸⁴ Sobre el carácter no necesariamente furtivo del *non reddere* véase ampliamente PENNITZ, Martin, “Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl”, *Index*, 46 (2018), 201 ss.

⁸⁵ Así se deduce con claridad de D. 47,2,1,1-3 (Paul. 39 ad ed.): “1. *Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem.* 2. *Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendo causa occultaverit.* 3. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*”; D. 41,2,3,18 (Paul. 54 ad ed.), con expresa remisión a Sabino: “*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur*”.

⁸⁶ En el mismo orden de ideas, con explícita referencia a la *infitiatio* del depositario, D. 47,2,68pr. (Cels. 12 dig.): “*Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in dígito habeat anulum an dactyliotheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit*”.

⁸⁷ Para una exégesis detallada del fragmento nos remitimos a WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “*Res pignori data pecunia soluta condici potest: Observaciones sobre D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.)*”, *REHJ*, 45 (2023) 29 ss.; EL MISMO, *Sobre la condictio sine datione no furtiva*, cit. (n. 83) 984 ss.

⁸⁸ LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig: Tauchnitz, 1927) 231 ss.

la posibilidad de ejercer esta acción contra el acreedor que no restituye la cosa prendada, habiendo ya sido cumplida la obligación principal, o que percibe los frutos de la cosa sin una causa que lo justifique. Creemos que esta fuente, genuina en su sustancia, da cuenta de un supuesto de *condictio sine datione* no furtiva, en consonancia con la *opinio veterum* de D. 12,5,6, toda vez que, si por una parte está fuera de toda duda que en un caso como este no se ha verificado una *datio*, puesto que el acreedor pignoraticio es solo poseedor *ad interdicta* de la cosa recibida en garantía, por otra parte, ni el texto ni el contexto palingénésico del fragmento autorizan a sostener que aquí Ulpiano se habría referido implícitamente a un *ex causa furtiva condicere*⁸⁹.

En efecto, no se advierten diferencias sustanciales entre la negativa del depositario a restituir la cosa cuando el depositante lo exige y la falta de restitución de la cosa pignorada por parte del acreedor después de que la obligación principal ha sido cumplida o la percepción injustificada de frutos. De hecho, no puede ser coincidencia que, a propósito de los frutos, Ulpiano diga que son percibidos por el colono *ex iniusta causa* (... *et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt*), lenguaje que evoca al *quod ex iniusta causa apud aliquem sit* de D. 12,5,6. Luego, si nos remitimos estrictamente a la información que nos entregan las fuentes, D. 12,1,4,1, lejos de tratar un caso especial de *condictio ex causa furtiva*, debió en realidad reflejar la doctrina sabiniana⁹⁰ (representada primero por los *veteres*, y aprobada después por Celso), en el sentido que, así como puede ejercerse la *condictio* cada vez que alguien detenta injustamente una cosa (*quod ex iniusta causa apud aliquem sit*), también el acreedor pignoraticio es legitimado pasivo de esta acción, tanto cuando no restituye la cosa una vez cumplida la obligación principal, como cuando percibe los frutos de la misma sin una causa que lo justifique⁹¹.

En síntesis, se trata siempre de situaciones que, sin constituir propiamente un delito, son de todos modos reprobables y, por tanto (hasta cierto punto y sin llegar a confundirlas), similares al hurto (*prope furtum*)⁹², como ocurre también en los casos en que la mujer sustrae bienes del marido sin que concurran los requisitos para la procedencia de la *actio rerum amotarum*, y donde la *condictio* en su mo-

⁸⁹ Ni la ubicación palingénésica del fragmento (muy probablemente, el cuadragésimo cuarto libro del comentario de Ulpiano *ad Sabinum*, en vez del trigésimo cuarto de la *inscriptio*), ni el lugar elegido por los compiladores justinianos para insertarlo en el Digesto (D. 12,1) ofrecen apoyo a la tesis de que aquí se estaría hablando de la *condictio ex causa furtiva*, materia a la que, como ya vimos, se dedicó un título completo (D. 13,1).

⁹⁰ Igualmente sabiniano parece ser el segundo párrafo del fragmento, D. 12,1,4,2 (Ulp. 34 *ad Sab.*), donde se afirma que “*Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt*”. Aquí, el jurista se limita a señalar que las cosas que han sido arrastradas por la fuerza del río a un fondo de propiedad de otra persona pueden ser reclamadas con la *condictio*. Si evidentemente no se trata de un caso de hurto, tampoco lo es de un *negotium contractum translaticio* de dominio, por lo que no queda otra alternativa más que reconocer que la *res vi fluminis importata* representa un supuesto de *esse apud aliquem ex iniusta causa*. Cf. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 376.

⁹¹ Cf. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 2) 372.

⁹² D. 47,2,68pr. (Cels. 12 *dig.*), citado *supra*, (n. 86). Cf. VOCI, Pasquale, *Condictiones e possesso*, cit. (n. 10) 25.

dalidad *ex causa furtiva* se encuentra igualmente descartada, ante la imposibilidad de cometer este delito entre cónyuges⁹³.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

La exégesis de D. 12,5,6 en su contexto palingénésico ha demostrado que en el seno de la jurisprudencia tardo-republicana se desarrolló una corriente de pensamiento que, apoyada firmemente por Sabino, aprobada luego por Celso y refrendada finalmente por Ulpiano, contradice aquello que la doctrina mayoritaria de la moderna romanística califica habitualmente como el régimen clásico de la *condictio*, supuestamente fundado en un *negotium contractum* translaticio de dominio, y que reconocería como única excepción la *condictio ex causa furtiva*. En efecto, una serie de fragmentos del Digesto, procedentes de juristas como Pomponio, Paulo, Marciano y el propio Ulpiano, muchas veces – pero no exclusivamente – en el marco de sus comentarios *ad Sabinum*, que explícita o implícitamente aplican la *opinio veterum* en ámbitos tan variados como son la estipulación, el depósito, la prenda, la delegación, la donación entre cónyuges y la sustracción de bienes del marido por parte de la mujer, dan cuenta de que la doctrina documentada en D. 12,5,6 desplegó una notable fuerza creadora en la *interpretatio prudentium* durante la mayor parte del amplio espectro temporal de la jurisprudencia romana, aunque muy probablemente se haya mantenido como una posición minoritaria, lo que permite afirmar el carácter clásico de la *condictio sine datione no furtiva*.

Para terminar, se impone una última consideración: centrar la investigación romanística en la exégesis de fragmentos específicos del Digesto facilita la tarea de tomar distancia del problema jurídico estudiado y respetarlo en su particularidad histórica, convirtiéndose así en un eficaz antídoto contra la siempre presente tentación de ofrecer esquemas ordenadores rígidos de la experiencia jurídica romana, como sería el caso de la construcción de un supuesto “sistema del derecho de la *condictio*” monolítico, sin fisuras. En este sentido, la *opinio veterum* de D. 12,5,6 en torno a la *condictio ex iniusta causa* y la serie de fragmentos que la aplican son un buen ejemplo de ello.

ACERCA DEL ARTÍCULO

Notas de conflictos de interés. El autor declara no tener ningún conflicto de interés acerca de la publicación de este trabajo.

Contribución en el trabajo. En la confección de este trabajo el autor desempeñó todos los roles previstos en *Contributor Roles Taxonomy* (CrediT).

⁹³ Véase D. 25,2,6,5 (Paul. 7 *ad Sab.*) y D. 25,2,25 (Marci. 3 *reg.*), citados *supra*, § II.1.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, “La nozione di furtum fino a Nerazio”, *AUPA*, 23 (1953) 5-207.
 — “Per la storia del creditum”, *AUPA*, 32 (1971) 5-179.
- ASTOLFI, Riccardo, *I libri tres iuris civilis di Sabino* (Padova: Cedam, 1983).
- BEGHINI, Marta, “In tema di legato di usufrutto di denaro: a partire da Ulp. 18 ad Sab. D. 7.5.5.1”, *TSDP*, 16 (2023) 1-23.
- BRETONE, Mario, *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano* (Napoli: Jovene, 1962).
- BUONGIORNO, Pierangelo, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana I. Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina* (Lecce: Grifo, 2018).
- CERAMI, Pietro, “La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche”, *AUPA*, 38 (1985) 5-250.
- CORTESE, Barbara, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici* (Napoli: Jovene, 2013).
- CRIFÒ, Giuliano, *Studi sul quasi-usufrutto romano I. Problemi di datazione* (Padova: Cedam, 1977).
- DE FRANCISCI, Pietro, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innovinati*, II (Pavia: Mattei, 1916).
- DONATUTI, Guido, “Le causae delle condictiones”, *Studi Parmensi*, 1 (1951) 33-169.
- D'ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el ‘edictum de rebus creditis’”, *SDHI*, 19 (1953) 134-201.
- D'ORS, Álvaro, “Los precedentes clásicos de la llamada ‘condictio possessionis’”, *AHDE*, 31 (1961) 629-650.
- D'ORS, Álvaro, “The ‘odio furum’ of Gaius 4,4”, *RIDA*, 12 (1965) 453-467.
- D'ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta ‘condictio’ sin ‘datio’”, *Iura*, 25 (1974) 1-45.
- EHRHARDT, Arnold, *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht* (Berlin-Leipzig: De Gruyter, 1930).
- FARGNOLI, Iole, “Condictio als Rückforderungsklage”, en BABUSIAUX, Ulrike – BALDUS, Christian – ERNST, Wolfgang – MEISSEL, Franz-Stefan – PLATSCHEK, Johannes – RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023) 2008-2016.
- GASSE, Niklas, *Donatio perfecta. Form und Widerruf der Schenkung im klassischen römischen Recht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2025).
- GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*² (Torino: Giappichelli, 1958).
- HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 2003).
- HÄHNCHEN, Susanne, “Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die condictio ex iniusta causa”, *ZSS*, 121 (2004), 385-395.
- HARKE, Jan Dirk, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen* (Berlin: Duncker & Humblot, 1999).
- HARKE, Jan Dirk, “Das klassische römische Kondiktionensystem”, *Iura*, 54 (2003) 49-86.
- HEINE, Sonja, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung*

- im klassischen romischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006).
- HONORÉ, A.M.; RODGER, Alan, “The Distribution of Digest Texts into Titles”, *ZSS*, 89 (1972) 351-362.
- HORAK, Franz, “Wer waren die ‘veteres’? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen”, en KLINGENBERG, Georg – RAINER, Johannes Michael – STIEGLER, Herwig (eds.), *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunther Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992* (Graz: Leykam, 1992) 201-236.
- HUVELIN, Paul, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* (Lyon: Annales de l’Université de Lyon, 1915).
- KASER, Max, “Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht”, *ZSS*, 60 (1940) 95-150.
- LA ROSA, Renato, *Ricerche sul quasi-usufrutto nel diritto romano* (Torino: Giappichelli, 2012).
- LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II (Leipzig: ex officina Bernhardi Tauschnitz, 1889).
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig: Tauchnitz, 1927).
- LIEBS, Detlef, “The history of the Roman *Condictio* up to Justinian”, en MAC CORMICK, Neil – BIRKS, Peter (eds.), *The legal mind. Essays for Tony Honoré* (Oxford: Clarendon Press, 1986) 163-183.
- LONGO, Sara, “Alle radici dell’usufrutto di res quae usu consumuntur”, en *Studi per Giovanni Nicosia*, IV (Milano: Giuffrè, 2007) 477-530.
- MANTOVANI, Dario, “Quando i giuristi diventarono ‘veteres’. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza”, en *Atti del Convegno ‘Augusto. La costruzione del principato’. Roma, 4-5 dicembre 2014* (Roma: Bardi, 2017) 257-325.
- MISERA, Karlheinz, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten* (Köln-Wien: Böhlau, 1974).
- PENNITZ, Martin, “Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl”, *Index*, 46 (2018) 201-225.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*², II (Roma: Athenaeum, 1928).
- PFLÜGER, Heinrich Hackfeld, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (München: Duncker & Humblot, 1937).
- PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1988).
- PLATSCHEK, Johannes, “Zur Formel der *condictio* in der Rechtsentwicklung”, en BABUSIAUX, Ulrike – BALDUS, Christian – ERNST, Wolfgang – MEISSEL, Franz-Stefan – PLATSCHEK, Johannes – RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023) 1898-1905.
- ROMANO, Giuseppe, “*Contrahere e animus contrahendi in Salvio Giuliano*”, *AUPA*, 65 (2022) 121-170.
- SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee* (Milano: Giuffrè, 2002).
- SALAZAR REVUELTA, María, “Sobre e régimen jurídico del usufructo de cosas ‘quae usu consumuntur’: particular importancia de la ‘cautio ex senatus consulto’”, *SDHI*, 65 (1999) 117-144.
- SANTORO, Raimondo, “Studi sulla *condictio*”, *AUPA*, 32 (1971) 181-512.

- SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln: Böhlau, 1952).
- STEIN, Peter, "Sabino contra Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano", *BIDR*, 80 (1977) 55-67.
- TALAMANCA, Mario, "L'aequitas naturalis' e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,7", *BIDR*, 96-97 (1993-1994) pero 1997) 1-81.
- VACCA, Letizia, "Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico", en D'IPPOLITO, Federico Maria (ed.), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, IV (Napoli: Satura, 2007) 2709-2732.
- VAN OVEN, Julius Christian, "La 'forêt sauvage' de la condictio classique", *TR*, 22/3 (1954) 267-307.
- VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino: Giappichelli, 2008).
- VOCI, Pasquale, "Condictiones e possesso", *SDHI*, 71 (2005) 17-33.
- VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1952).
- WACKE, Andreas, *Actio rerum amotarum* (Köln-Graz: Böhlau, 1963).
- WATSON, Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford: Clarendon Press, 1965).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, "¿Ex causa depositi condicere? Observaciones sobre creder y deponere en el pensamiento de Paulo", *REHJ*, 42 (2020) 193-216.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, "Res pignori data pecunia soluta condici potest: Observaciones sobre D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.)", *REHJ*, 45 (2023) 29-54.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, "Sobre la *condictio sine datione* no furtiva del depositante y del deudor pignoraticio", en VARVARO, Mario – DE SIMONE, Monica (eds.), *Scritti con Raimondo Santoro*, III (Palermo: Palermo University Press, 2024) 961-995.