

LÍMITES EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

FERMÍN CAMACHO DE LOS RÍOS
Elche - España

LÍMITES EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Límites y Medios para cuantificar la indemnización: A.- Relación de causalidad entre el acto lesivo y el daño; B.- Valor objetivo y subjetivo del daño; C.- Daños mediatos e inmediatos; D.- Conocimiento e intencionalidad del acto dañoso; E.- Sujetos indemnizables, la legitimación activa; F.- Lugar y tiempo en la indemnización; G.- Límites artificiales a la cuantía indemnizatoria.

I.- INTRODUCCIÓN

Cualquier hecho doloso o culposo que provoque un daño a un tercero, obliga a quien cometió el acto a asumir el deber de indemnizar por acto lesivo ¹. La realización de un hecho dañoso es pues el origen de algunos efectos que están íntimamente conectados con el mismo; el Derecho debe, pues, establecer un marco limitativo y de concreción dónde se encuadre la indemnización por el daño ².

El resarcimiento de los daños puede básicamente revestir dos modalidades: o constituir en la restitución del estado existente previo a la constatación del hecho dañoso, que podríamos denominar reconstrucción natural, esto es la simple repara-

¹ La consideración jurídica del *damnum* sólo contemplaba inicialmente la apreciación de índole patrimonial; este es el criterio para la regulación de la responsabilidad por daños en el derecho clásico, sólo será posible la indemnización de los daños de naturaleza patrimonial: como sanción de los daños jurídicos ideales o morales sólo se establecía la responsabilidad por *iniuria*. Vid. PACCHIONI, “*Del risarcimento dei danni morali*”, en Riv. Dir. comm. 1914 vol. II, pp. 244 y ss.; PUGLIESE, *Studi sull’iniuria*, Milano 1941, pp. 11 y ss.; DAUBE, *On the use of the term “damnum”*, en Studi in onore S. Solazzi, Napoli 1948, pp. 98 y ss. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell’iniuria in età repubblicana*, Milano 1977, pp. 31 y ss.; ALBANESE, voz “*Damnum iniuria datum*”, en NNDI 5 (1960).

² La doctrina que ha estudiado la cuestión del límite de la indemnización ha sido sumamente abundante y fructífera, al punto que aun en nuestros días es un argumento de agudas polémicas, como bibliografía básica tradicionalmente consultada, entre otras obras, vid. : MOMMSEN, “*Zur Lehre von dem interesse*”, en *Beiträge* II 1855; COHNFELDT, *Die Lehre vom interesse nach röm Recht*; 1865; CONSOLO, *Tratt. del risarcimento dei danni*, Torino 1914, MARCHI, *Il risarcimento del danno morale sec. il dir. Rom.*, Roma 1904; PACCHIONI, “*Del risarcimento dei danni morali*”, en Riv. Dir. comm. 1914 vol. II, pp. 240 y ss.; RATTI, “*Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*”, en *BIDR* 40 (1932), pp. 169 y ss.; ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933 y reimp. 1958; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano 1938, VOICI, *Risarcimento del danno e processo formulare*, Milano 1938; MARTON, “*Un essai de reconstruction du Développement probable du système classique romain de responsabilité civile*”, en *RIDA* 3 (1949), pp. 188 y ss.; SARGENTI, “*Problemi della responsabilità contrattuale*”, en *SDHI* XX (1954), pp. 127 y ss.; Idem, “*Rischio contrattuale*”, en *ED* 40 (1989), pp. 1126 y ss.; LUZZATTO, “*Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*”, en *BIDR* 63 (1960) pp. 47 y ss.; DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustiniana*, Bari 1962, Idem, *La responsabilità contrattuale nel sistema della Grande Compilazione*, Bari 1981; Idem, “*Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto postclassico*”, en *Studi De Francisci* IV (1955), pp. 369 y ss.; CANNATA, “*Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*”, en *SDHI* XXXII (1966) pp. 63 y ss.; TAFARO, “*Ricerche sulla responsabilità contrattuale*”, Bari 1984; Idem, “*Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e “bona fides”*”, en *Studi Biscardi* VI (1987), pp. 311 y ss.;

ción de la cosa dañada, o bien, cuando la anterior hipótesis no resulta practicable, a través de una compensación económica por un importe equivalente a la lesión que ha generado el daño, esto es, a través de una indemnización pecuniaria ³.

Se debe tomar en consideración que no todos los hechos que generan la producción de un daño obligan de forma ineludible a su indemnización. Sólo se deben indemnizar los actos dolosos o culposos, condición que obviamente presupone un comportamiento voluntario y consciente del autor. Pero aun mas, se debe exigir la presencia de un nítido ligamen de causalidad; esto es, entre la conducta (ya sea por acción u omisión) del actor y el evento, y entre este evento y la constatación del daño ⁴. Este último requisito es imprescindible para requerir la indemnización, y también en la praxis, con frecuencia, el más delicado de dilucidar. La causalidad no puede ser presunta, aun en el supuesto de que la hipótesis proceda de una actuación antijurídica. Entre el comportamiento y el daño debe poderse establecer una relación causa –efecto constante o regular; el resultado dañoso ha de ser pues considerado como un resultado común y lógico, no fuera de lo ordinario, esto es, la consecuencia jurídica que se verificaría en la mayor parte de los casos donde se actuara de idéntica forma.

Por cuanto se refiere a la cuantía de la indemnización como es conocido debe comprender el daño emergente y el lucro cesante⁵; tanto las perdidas inmediatas o coetáneas con el hecho, es decir, la disminución de patrimonio relativa a bienes o a situaciones ventajosas de las que disfrutaba el dañado antes de que se verificara el hecho lesivo, como los beneficios no percibidos, consistentes estos en la falta de adquisición de bienes o ventajas de las que el perjudicado habría tenido disponibilidad si no hubiese sido verificado el acto dañoso ⁶.

D.46,8,13 “*In quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrare potui*”

En este marco general en torno a la indemnización se podría encuadrar también la “*compensatio lucri cum damno*”; a su tenor la cuantía de la indemnización debe aminorarse en atención a aquellas ventajas que ocasionalmente puedan ser coetáneamente derivadas del acto dañoso, y que tengan como destinatario beneficiado el propio dañado reclamante de la reparación .

³ El concepto de indemnización por daños ha de ser considerado de forma bien distinta al concepto de *poena*. La finalidad de esta última no es la reparación del daño sino más bien punir y castigar a aquel que lo cometió. A este tenor, tómesese en cuenta que a diferencia del actual derecho penal la cuantía correspondiente a la pena o multa, tenía como destinatario el sujeto perjudicado y no el Estado, ya que su configuración jurídica era aún de carácter privado y no público. Considérese además la manifiesta evolución operada en la responsabilidad por daños a lo largo de la historia del Derecho Romano, evolución que va traer consigo pasar del predominio de la *poena* a la indemnización económica o material, en definitiva, una equiparación cada vez más acusada entre la responsabilidad delictual y contractual. Vid. BRASIELLO, *Atto illecito, pena e rarsarcimientto del danno*, Milano 1957, pp.41 y ss..

⁴ MOMMSEM, “ *Zur Lehre von dem interesse*”,opus cit. pp.137 y ss.

⁵ MOMMSEM, “ *Zur Lehre von dem interesse*”,opus cit. pp.31 y ss.;

⁶ TAFARO, “*Id quod interest*”, en *Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.2, 1971, pp.359-376 , p. 373 .; HONORE, *The editing of the digest titles*, en *ZSS*, vol.103, 1973, pp.262-304,p. 299.

II.- MEDIOS Y LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN

A fin de determinar la cuantía a resarcir de los daños las fuentes utilizan una multiplicidad de expresiones: *id quod interest*, *quanti ea res est*, *damnum*, *indemnitas*; expresiones que, sin duda, tienen un significado complejo y diferente.

Por cuanto se refiere a la primera de las expresiones, probablemente la más generalizada, ésta se puede interpretar de la forma siguiente: cuando un hecho dañoso es imputable a una tercera persona, el daño que se produce debe ser resarcido por parte de aquel al que se le puede imputar la causa; será este sujeto quien esté obligado a hacer recuperar el patrimonio a la situación que se hubiese lógicamente computado si el hecho que ha generado el daño no hubiese tenido lugar. En otros términos, el obligado responde al perjudicado de las consecuencias directas e indirectas del hecho dañoso; esta responsabilidad se traduce pues en la necesidad de incluir en el patrimonio de aquél, un valor que represente el “interés total” del perjudicado, o sea, no solo el valor efectivo del bien afectado, o de la prestación no realizada, sino más genéricamente todo lo que represente el interés (*quanti alicuius interest*).

A la consideración jurídica del *id quod interest* han influido significativamente diversas circunstancias: tanto las distintas modalidades del procedimiento, así como la distinción entre los negocios de derecho estricto y negocios de buena fe⁷. Las distintas tipologías de la fórmula tienen una influencia decisiva: en las fórmulas con *intentio certa* la condena se orienta al valor común del bien “*quanti ea res est*”; mientras que en las fórmulas con *intentio incerta*, se puede admitir el valor subjetivo del daño, de manera que en la condena se deberá estimar el valor no ya genérico del bien sino el valor subjetivo para la persona del acreedor “*id quod interest*”⁸. En ciertos supuestos la cláusula “*quanti ea res est*” puede ir más allá del valor meramente objetivo, llegando a estimar en la condena una cuantía que podría asumir el “*id quod interest*”. Será pues por medio de los *iudicia bona fidei*, que tienen en su condena la posibilidad de atemperar el rigor con la equidad, donde se garantice con mayor énfasis el “*id quod interest*”: “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”.

En cualquier caso, si bien el planteamiento teórico del principio parece consolidado, su aplicación en la práctica generó con frecuencia innumerables problemas. El derecho contempló pues la necesidad de establecer unas determinadas reglas que, si bien no se adaptaban perfectamente a todos los casos de reintegración patrimonial, eran sin embargo más cómodas y eficaces en la gestión ordinaria de los negocios. Así mismo, se debe tomar en consideración que también la causa que generó el daño, desde las diferentes perspectivas que ofrece su heterogénea naturaleza, puede ser también tomada en cuenta a la hora de valorar de forma distinta la indemnización. El dolo de quien ha producido el daño hace que se pueda exigir al sujeto doloso el máxi-

⁷ VOICI, “*Risarcimento del danno e processo formulare*”, *opus cit.* pp. 21 y ss.; HONSELL, “*Quod interest*” im “*bona fidei iudicium*”, en *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1969 pp. 14 y ss. .

⁸ MEDICUS, “*Id quod interest*”, Köln 1962, pp. 6 y ss.; DE ROBERTIS, “*Quanti res est- id quod interest*” nel sistema della grande *Compilazione*, en *SDHI* 32 (1966) pp. 114 y ss.; HONSELL, “*Quod interest*” im “*bona fidei iudicium*”, *opus cit.* pp. 34 y ss..

mo importe de la indemnización ⁹(en estos supuestos el derecho pretende que se produzca una plena reintegración patrimonial al perjudicado); cuando sin embargo el hecho dañoso nace de una actitud culposa se suele restringir en alguna medida el alcance del “*id quod interes*”.

Frecuentemente también encontramos en las fuentes, tanto en los edictos como en la redacción de la fórmula de algunas acciones, la expresión “*quanti ea res erit*”, que se puede interpretar como la directa valoración de la cosa (*vera rei aestimatio*) ¹⁰. Esta consideración posteriormente vino a ser interpretada de forma más amplia y genérica, de modo que la palabra *res* significó no ya la cosa, como objeto de la relación jurídica, sino la misma relación jurídica; a través de esta nueva interpretación se pretendió incluir no sólo el valor del bien, sino el interés que tenía el sujeto en la satisfacción plena de dicha relación jurídica. Será esta última hipótesis la que faculta para que al momento de la indemnización se deba contemplar no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante ¹¹.

Sobre la equivalencia de las expresiones “*quanti ea res est*” y “*quanti ea res esse paret*”: D. 50, 16, 179¹²; sobre otras expresiones equivalentes a las dos primeras ¹³, “*quanti ea res aestimatur*”: D. 23, 3, 1, 20 y D 50, 16, 193.

En todo caso, y al margen de la cuestión terminológica, el problema más espinoso es establecer los límites y el alcance de la indemnización, tomando en consideración la amplia variedad de circunstancias que podían concurrir en la casuística.

A este tenor se orienta la interpretación de diversas fuentes, veamos las más significativas y los requisitos que de ellas dimanar:

A.- Relación de causalidad entre el acto lesivo y el daño

Una condición esencial a la hora de determinar la obligación, y el montante mismo de la indemnización, es dilucidar una relación causal entre el acto que se pretende lesivo y el daño efectivo.

Como indica D.50.17.23.1 no existe responsabilidad, y por tanto, no es procedente la indemnización, cuando el hecho dañoso no es resultado de una actuación ejecutada por una persona, sino que se genera por una causa extraña a la misma: “

⁹ DUQUESNE, “*L'in integrum restitutio ob dolum*”, en *Mélanges Fournier*, pp. 185 ss.; LUZZATTO, voz. *Dolo (civile, diritto romano)*, ED; BRUTTI, “*Studi Senesi*”, 80 (1968), pp. 261 ss.; Idem, “*La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*”, 2 vols., Roma 1973, pp.42 y ss.; MAC CORMACK, “*Juristic use of the term “dolos”: contract*”, en *ZSS* 100 (1983), pp. 520 ss.; Idem, “*Dolus in Republican Law*”, en *BIRD* 88 (1985), pp. 1 ss.; Idem, “*Dolus in the law of the classical period*”, *SDHI* 52 (1986), pp. 236 ss.

¹⁰ KASER, “*Quanti ea res est*”, München 1934, pp. 6 y ss.; TAFARO, *La “interpretatio” ai “verba” “quanti ea res erit” nella giurisprudenza romana*, Napoli 1980, pp.7 y ss..

¹¹ BELOW, *Die Haftung für “lucrum cessans” im röm. recht*, München 1964, pp.11 y ss.; BLAHO, “*Lucrum cessans im römischen und gegenwärtigen tschekoslowakischen Recht*”, en *Studia iuridica U.W.* 12 (1985), pp. 107 y ss..

¹² DE ROBERTIS, “*Quanti res est - id quod interest*” nel sistema della grande compilazione, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.114-128, p. 114

¹³ DE ROBERTIS, “*Quanti res est - id quod interest*” nel sistema della grande compilazione, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.114-128, p. 114-119.

casus a nullo praestatur” . Así como tampoco se debe indemnizar cuando el hecho fue ejecutado como ejercicio legítimo de un derecho reconocido, ya que, aún siendo un hecho dañoso no por ello ha de considerarse jurídicamente lesivo: D.50.17.55 “ *qui iure suo utitur neminem loedit*” .

Además puede ocurrir, en la heterogénea casuística, que la responsabilidad derivada del hecho pueda ser modificada parcial o totalmente, esto es, cuando el nexo de causalidad entre el daño y el acto lesivo se encuentra en cualquier modo influenciado: por el concurso de situaciones de fuerza mayor, por el supuesto de la imputación del hecho a una tercera persona o simplemente a causa de la culpa o negligencia de la propia víctima del daño. En cuatro categorías se pueden agrupar estas circunstancias limitativas de la responsabilidad:

1.- Concurrencia de diversas causas o hechos dañosos .

Este sería el supuesto en el que existiendo un acto por el cual ya se habría podido producir el daño, sin embargo no lo ha generado directamente hasta sus últimas consecuencias, ya que un nuevo acto dañoso posterior ha ocultado, por su intensa gravedad, la actuación previa. La duda se presenta pues en conocer la valoración indemnizatoria exacta de cada uno de estos actos lesivos. Las fuentes cuando tratan sobre este argumento ponen de manifiesto algunas divergencias entre los juriconsultos.

D. 9.2.51pr.

Iulianus 86 dig.

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege aquilia agi possit. respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege aquilia teneri.

Este pasaje informa, en referencia a la *lex Aquilia*, que se debe entender que quien había realmente matado al esclavo es aquel que con su propia mano lo ha herido, de forma tal que la herida producida ya es suficiente para producir la muerte, muerte que no ha de ser necesariamente inmediata con el acto dañoso¹⁴. Pudiéndose

¹⁴ LABRUNA, (Luebtow, *untersuchungen zur "lex aquilia de damno iniuria dato"*), en *IURA* vol.23, 1972, pp.180-193,p. 192.;BRETONE, "Interpretatio" e "constitutio" in *D.1.3.11.*, en *IURA* vol.24, 1973, pp.208-213,p. 210.; BIRKS, "A point of aquilian pleading", en *IURA* vol.36,1985, pp.97-107,pp.104-105.: MACCORMACK, "Aquilian studies", en *SDHI* vol.41, 1975, pp.1-78,pp.26-29.: PUGSLEY, "Causation and confessions in the *lex aquilia*", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 5, 1970, pp.163-174,p. 166; Idem, "On the *lex aquilia* and culpa", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol.50, 1982, pp.1-17, p. 9.

concluir que cuando alguien ha herido a un esclavo, de manera tal que en cualquier caso habría muerto por causa de dicha herida, y si un tercero después con una nueva herida ha acelerado la muerte, ambos deben ser considerados como autores finales del hecho dañoso

D.9.2.51.2

Iulianus 86 dig. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque personafiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intelligatur. quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur...

Según JULIANO el segundo hecho dañoso no debe ocultar la responsabilidad derivada de la primera acción lesiva.

Para la *lex Aquilia* la estimación del daño tiene diversas modalidades respecto de los dos actores: el primero deberá responsabilizarse del pago en una cuantía correspondiente al máximo precio del esclavo en el año anterior, contando desde ese momento 365 días, a la constatación del hecho dañoso “*qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus*”; el segundo sujeto que hiere deberá responsabilizarse del máximo precio del esclavo en el año inmediato de la constatación de la muerte “*, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit* “. Ahora bien, si en el entretiem po de uno y otro acto dañoso, hubiera tenido lugar la institución de la herencia, en la valoración de la segunda herida se tendrá que tomar en cuenta la pérdida sufrida por el propietario, ya que el esclavo no habría podido adquirir la debida *hereditas* mencionada en la fuente¹⁵.

De aquí que JULIANO entienda que no debe sorprender, en virtud del ejemplo antes expuesto, que dos personas por dos heridas distintas sean consideradas como asesinas, ya que ambas heridas podían tener una gravedad mortal.

Diversa solución es la que manifiestan CELSO, MARCELO y ULPIANO, quienes consideran que la primera herida, aunque fuese mortal, no daría lugar a la responsabilidad por asesinato, sino sólo como lesión al no producir directamente la

¹⁵ DONATUTI, “*Due questioni relative al computo del tempo*”, en *BIDR* vol.69, 1966, pp.155-191, p.170.; ANKUM, “*Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*”, en *BIDR*, vol.85, 1982, pp.15-39, p.32.; BIRKS, “*A point of aquilian pleading*”, en *IURA* vol.36, 1985, pp.97-107, p. 105; VISKY, “*Die frage der kausalitaet aufgrund des d.9.2(ad legem aquiliam)*”, en *RIDA*, vol.26, 1979, pp.475-504, pp.475-MACCORMACK, “*Aquilian studies*”, en *SDHI*, vol.41, 1975, pp.1-78, pp.26; PUGSLEY, “*On the lex aquilia and culpa*”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol.50, p.12.

muerte, mientras que el segundo sujeto, quien efectivamente ha producido la muerte, sería considerado como homicida:

D.9.2.11.3

*Ulpianus 18 ad ed. Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et marcello videtur et est probabilius.*¹⁶

Según CELSO si alguien hubiera ejecutado una herida mortal, y antes de su natural fallecimiento un tercer sujeto remata al esclavo, al primer sujeto no se le puede exigir responsabilidad como homicida sino como quien ha realizado una lesión .

D.9.2.15.1

Ulpianus 18 ad ed. Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse iulianus ait. haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere aquilia non posse.

Si un esclavo que ya ha sido herido de muerte perece después por otra causa, el texto habla de naufragios o de otra nueva herida, su hipotética indemnización ha de alcanzar solo al daño de la herida y no el de su muerte.

Tanto en esta última ley como en la precedente se indica que si la muerte se produce después de la herida mortal y por un hecho diferente, el primer sujeto no se ha de considerar como homicida.

La mayor parte de los interpretes de estas fuentes llegan a la conclusión de que el argumento de JULIANO y los otros dos pasajes generan una contradicción insalvable, que hacia que JULIANO pensara de una forma muy distinta a los otros tres jurisconsultos ¹⁷.

Existen también quienes han intentado describir una interpretación conciliadora entre estos pasajes . Desde esta perspectivas ha considerado que en el caso decidido por JULIANO se tenía por cierta la gravísima naturaleza de la primera herida producida, como herida mortal, circunstancia que no se evidencia en los otros dos pasajes, donde el alcance de esta herida no es necesariamente mortal. Aún así, no es

¹⁶ BIRKS , "A point of aquilian pleading", en *IURA* vol.36, 1985, pp.97-107,p.105.; MACCORMACK GEOFFREY,"Aquilian studies",en *SDHI*, vol.41, 1975, pp.1-78,pp.28-29.; PUGSLEY ,"Causation and confessions in the lex aquilia",en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol.38, 1970, pp.163-174,pp.163-169.;

¹⁷ BIRKS,"A point of aquilian pleading", en *IURA*.vol.36,1985,pp.97-107,p. 105.;MACCORMACK,"Aquilian studies",en *SDHI*, vol.41, 1975, pp.1-78,pp.28.29.

fácil admitir esta hipótesis conciliadora, ya que tanto en la L.15.1 y en la L.13 se habla siempre “*servur mortifere vulneratum*”.

Otros autores, quieren encontrar la conciliación en la distinta apreciación de la segunda herida. En el caso de JULIANO no se conoce si la segunda herida había sido o no suficiente para haber producido la muerte, mientras que de la primera herida se tiene la constancia de su naturaleza mortal. Se necesitará pues indicar que el primer sujeto que hiere responde de homicidio, como aquel que, de forma independiente de otras causas, hubiera producido la muerte del esclavo; aunque también el segundo imputado es tenido también como homicida, en cuanto el esclavo murió inmediatamente después de su herida. Esta interpretación se apoyaría en la llamada que realiza JULIANO “*veterum auctoritas per cui cum a pluribus idem servus ita vulneratis esset, ut non appareset cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt*”.

En todo caso, en el supuesto contemplado por los otros tres jurisconsultos se debería indicar por el contrario, que ambas heridas son seguramente mortales, indicando que la segunda de las mismas es la causa más directa de la muerte del esclavo, causa que excluye de la responsabilidad como homicida respecto el primero de los sujetos. Esta interpretación sería valorada al constatar la comparación que se realiza entre la segunda herida y la primera o el naufragio, que son dos causas más que suficiente para producir la muerte, y que evidentemente no tienen ninguna conexión con el primer acto lesivo.

Este segundo modo de conciliar ambas interpretaciones, no explica sin embargo con certeza el pasaje de JULIANO L.51, en el que se lee que tanto el primero como el segundo sujeto habían realmente producido la muerte: no parece pues que JULIANO hubiera fundado su decisión sobre el hecho de que la segunda herida no era en modo seguro mortal.

Aún más sorprende como se hace referencia en la L.15 de la opinión de JULIANO sin observar el hecho de que su opinión era diferente de la de ULPIANO, quien es el autor del texto.

Se puede concluir indicando que no esta muy clara en que consiste la divergencia de opiniones: no se llega a comprender si era una total discrepancia entre JULIANO y los otros tres jurisconsultos o simplemente que no encontramos el método de conciliarlos.

La opinión dominante considera que JULIANO generó una corriente doctrinal que no perduró en el tiempo, después que CELSO y MARCELO hubieran optado por la opinión contraria, concluyéndose con ULPIANO, quien habría establecido ya una segura jurisprudencia en el sentido de que el primer sujeto solo responde de lesión mientras, que el segundo debe ser responsable por la muerte; opinión esta que fue adoptado finalmente por JUSTINIANO.

2.-Cuando de las distintas causas que han generado el daño se debe contemplar la intervención de la propia persona que ha sufrido la lesión.

Ante esta hipótesis, e interpretando D.9.2.52.pr, se puede concluir: que si esta actuación es culposa, bastará este argumento para exonerar completamente de responsabilidad a aquellos terceros que hayan cometido actos culposos bajo su imputabilidad.

En realidad, el texto habla, probablemente de forma abusiva, de una compensación de las culpa y de la responsabilidad derivada de la misma; aunque en una interpretación más ajustada, no se puede afirmar que se trata de una verdadera compensación, ya que una pequeña culpa del sujeto que ha sufrido el daño se hace compensar hipotéticamente también con una más grave culpa por cualquiera de los otros sujetos lesivos ¹⁸.

D.9.2.52.pr

Alfenus 2 dig. Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscienta aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.

El pasaje trata sobre la cuestión de aplicar o no la primera parte de la *lex Aquilia* que se refería a la muerte de un esclavo: si de forma efectiva el esclavo muere inmediatamente después de la herida, no por causa de la ignorancia del médico o la negligencia de su correspondiente dueño, si se tiene responsabilidad por homicidio. En consecuencia, esta precisión de la “*medici inscienta aut domini neglegentia*” actúa como condición negativa para excluir la responsabilidad: en argumento contrario se debe considerar que si la muerte, una vez que se ha producido la herida, era considerada como una consecuencia derivada del hecho que el dueño había omitido su deber de auxilio y cura, dicha culpa exonera al sujeto que hizo el daño de su responsabilidad por homicidio, considerándosele solo exigible la simple responsabilidad por lesión.

Este argumento, deducido de la fuente antes expuesta, viene a ser reiterado en otros pasajes, de entre ellos el más significativo es D.9.2.9.4

D.9.2.9.4

Ulpianus 18 ad ed. Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique aquilia tenebitur:

El texto describe el supuesto donde un esclavo, caminando por un lugar donde otros se entretenían a través del juego del lanzamiento de jabalina, a causa de su probable imprudencia termina herido y muerto; en tal caso, el jurista se plantea la duda sobre la aplicabilidad o no de la mencionada *lex Aquilia*. La respuesta la da ULPIANO al indicar que: “*aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere* “. Si el esclavo ha pasado de forma intempestiva a través de la zona donde se están realizando los lanzamientos no tiene eficacia la *lex Aquilia*, ya que se considera que murió a causa de su propia culpa. Sin embargo, si alguien lanza la jabalina justo en el momento cuando pasa el esclavo de forma consciente del

¹⁸ CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, (Schipani, *Responsabilita' "ex lege aquilia". criteri di imputazione e problema della "culpa"*), LABEO, en *Rassegna di diritto romano*, vol.17, 1971, pp.64-84, pp.68-71.; ROBAYE “*Remarques sur le concept de faute dans l'interpretation classique de la lex aquilia*”, en *RIDA*, vol.38, 1991, pp.333-384, p. 369.; MACCORMACK, “*Aquilian studies*”, en *SDHI*, vol.41, 1975, pp.1-78, p. 46.

hecho, no con intención de asestarle y matarlo, sino para mostrar públicamente la habilidad al evitar el objetivo, la responsabilidad se debe considerar que renace en el sujeto lanzador¹⁹.

Frente a estas dos hipótesis se necesita examinar obviamente todo el conjunto de circunstancias que se dan al momento del lanzamiento de la jabalina : se sabe que no estaba permitido realizar esta peligrosa acción en cualquier lugar, sino sólo en aquellos que estaban habilitados, y por tanto asegurados, para la práctica del lanzamiento, evidentemente eran sitios donde estaba prohibido y era poco recomendable pasear: Aún así, si se pasa mientras no se están ejecutando los lanzamientos y alguien al ver al sujeto pasar, lanza, confiando en su propia habilidad en no herir a nadie, si aún así el lanzamiento resulta lesivo, se debe considerar que el sujeto es plenamente responsable del lanzamiento de sus consecuencias. A fin de solucionar estos supuestos, se deberá pues, tomar en consideración el examen, caso por caso, hasta que punto el hecho del dañado, su paseo por una zona inicialmente prohibida, puede considerarse como causa de la lesión sufrida.

Abundando en esta hipótesis, se puede contemplar el supuesto descrito en D.9.2.11pr

Ulpianus 18 ad ed. Item mela scribit, si, cum pila quidam ludent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege aquilia teneri. proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

D.9.2.11.1

Ulpianus 18 ad ed. Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur.

Los textos mencionan el caso que un barbero realiza su actividad de afeitarse en una zona donde se estaba jugando al balón, en estas circunstancias un esclavo solicita sus servicios, cuando inesperadamente un balón disparado de forma vehemente va a golpear la mano del barbero, con el desenlace de seccionar el cuello con resultado de muerte; en estas circunstancias se pregunta sobre la aplicabilidad o no de la *Lex Aquilia*, y en su caso, contra quién se debería dirigir su responsabilidad :¿contra el jugador, contra el barbero o contra el propio esclavo, que ha ido a afeitarse a un lugar peligroso?.

A este tenor, PROCULO responde que, la culpa y consecuentemente la responsabilidad, corresponde al barbero : “*et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine*

¹⁹ WACKE, “Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán”, en AHDE, vol.59, 1989, pp.551-579, p. 555.; WACKE, “Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno” en INDEX vol.19, 1991, pp.359-378, p. 361.; CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana (S. Schipani, Responsabilita’ “ex lege aquilia”. Criteri di imputazione e problema della “culpa”)* LABEO, en *Rassegna di diritto romano*, vol.17, 1971, pp.64-84, pp.78-81.

ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur". ULPIANO sin embargo indica que el esclavo es el verdadero responsable que ha ido a hacerse la barba a un lugar peligroso, y como tal, es responsable de aquello que por el riesgo asumido le ha lesionado "*quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*"²⁰.

De aquí podemos concluir que, la responsabilidad será de aquel que juega al balón en un lugar no destinado al efecto, pero si el lugar esta destinado específicamente a esta actividad, el barbero será culpable si va intencionadamente a realizar su actividad en un lugar peligroso, sin embargo, no es menos cierto que, si el esclavo conocía la peligrosidad del lugar y consentía en solicitar los servicios del barbero, evidentemente esta actitud culposa debe exonerar de responsabilidad al propio barbero²¹.

A la vista de los pasajes precedentes se puede deducir que la actitud del sujeto que sufre el daño por causa de un acto propio y consciente puede modificar de forma determinante el alcance de la responsabilidad indemnizatoria, pero aún más, se debe tener en cuenta que las fuentes contemplan supuestos donde se aprecia una exoneración de la responsabilidad frente a la absoluta carencia de diligencia de aquél que ha sufrido la lesión habiendo podido evitarla.

La interpretación de las fuentes referidas a este argumento a generado notables divergencias. Ya sea considerando que el sujeto que ha sufrido la lesión no tiene acción para exigir responsabilidad, si con la normal diligencia hubiera podido evitar el daño que ha sufrido, o bien, atendiendo a que la responsabilidad se debe atemperar entre el dañador y el dañado.

Resulta obvio que el sujeto que sufre la lesión no puede adoptar una actitud inexplicablemente pasiva, como es uso social de regular exigencia que cada cual en sus relaciones con los demás mantenga una actitud razonablemente precavida. Sin embargo, en la práctica resulta extremadamente complicado conocer hasta que grado de responsabilidad es socialmente exigible, de aquí que sea notablemente difícil que los juristas romanos formularan un principio general al respecto; en todo caso, se podría indicar como marco genérico que la negligencia del sujeto dañado no debe ser tan grave como para que se pueda considerar causa necesaria de la lesión.

Si atendemos al ya mencionado D.9.2.52.pr podemos deducir una primera solución a las anteriores dudas. Cuando el propietario del esclavo observa que este llega herido, deberá hacer todo aquello que la lógica y la costumbre exige para restablecer y mejorar su estado, si no actuara de esta manera, seria él quien respondie-

²⁰ LITEWSKI,(Dieter Noerr, "*causa mortis*". *Auf den spuren einer redewendung*),en *SDHI*, vol.53, 1987, pp.438-447,p. 446.;VOCI,("*Diligentia*", "*Custodia*", "*Culpa*". *I dati fondamentali*),en *SDHI*.56, 1990, pp.29-143,p.41.

²¹ WACKE,"*Accidentes en deporte y juego segun el derecho romano y el vigente derecho aleman*",en *AHDE*, vol.59, 1989, pp.551-579.,p. 558; LABRUNA,(*U. Von Luebtow, Untersuchungen zur "Lex aquilia de damno iniuria dato"*)*IURA*,en *RIDA*, vol.23, 1972, pp.180-193,p. 190 ;CANNATA,"*Genesi e vicende della colpa aquiliana (S. Schipani, Responsabilita' "Ex lege aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa")*",*LABEO* ,en *Rassegna di diritto romano*, vol.17, 1971, pp.64-84,p. 81.; GUARINO ,"*Tagliacarte LABEO*",en *Rassegna di diritto romano*, vol.26, 1980, pp.273-273,p. 273.;PUGSLEY ,"*On the lex aquilia and culpa*",en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol.50, 1982, pp.1-17,p. 14.

ra de la muerte y no aquel que inicialmente lo hirió. Aún así, al propietario no se le puede exigir una exagerada diligencia en la cura, como sería el caso de indicar que el esclavo fue atendido por un cirujano mediocre, y por ello falleció, al no ser reclamado el mejor cirujano de la zona. Obviamente, la cuestión que plantea el alcance de la diligencia se debe decidir, no de forma generalista, sino teniendo presente en la práctica caso por caso.

Otras fuentes sumamente ilustrativas, destinadas concretamente al alcance en la diligencia del sujeto perjudicado: D.9.2.28.pr. y D.50.17.203

D.9.2.28pr

Paulus 10 ad sab. Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.

Se trata sobre el supuesto de una excavación, donde se describe la hipótesis en la que alguien excava una fosa y otra persona que estaba paseando cae dentro, la duda que se plantea es aquella que hasta donde debe alcance la responsabilidad de la persona que cavó la fosa y hasta donde alcanza la falta de diligencia de la persona que paseando cae en ella ²². A la vista del texto no se exige una excesiva negligencia “*si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege aquilia obligati sunt,*” aunque de otra parte, tampoco se requiere una amplia diligencia “*at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.*”

En un sentido similar se manifiesta D.50.17.203

“Quod quis esc culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire”

Jurídicamente no se puede considerar que había sufrido un daño aquel que por su culpa lo ha generado. Todo se reduce en sustancia a conocer, si el hecho dañoso tenía o no por causa la culpa de aquel que lo ha sufrido, en consecuencia, si se evidencia dicha culpa, no se tendrá acción indemnizatoria contra el tercero, aunque se demuestre que este participó en la causa original que produjo el hecho lesivo.

3.- Cuando un primer sujeto produce un daño y después, de forma absolutamente independiente, se constata un segundo hecho dañoso procedente de un tercero que destruye por completo la cosa.

D.6.1.27.2

Paulus 21 ad ed.

Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet eius, quod deteriore eum fecerat, quia nihil interest petitoris: sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem aquiliae actio durat.

²² VISKY, “Die frage der kausalitaet aufgrund des d.9.2(Ad legem aquiliam)”, en RIDA, vol.26, 1979, pp.475-504, pp.475-491; PUGSLEY, “On the lex aquilia and culpa”, en Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol.50, 1982, pp.1-17, pp.10-15.

El pasaje informa del supuesto donde, a través de la acción reivindicatoria se requiere la restitución de un esclavo, comprobándose que el esclavo, por causa dolosa del poseedor, “*deterior factus est*” pero después, sin culpa de quien lo posee, este mismo esclavo muere por otra causa distinta. ¿Es suficiente esta última causa como para exonerar al poseedor doloso?²³.

PAULO considera que no se hará la *aestimatio* del hipotético deterioro del esclavo, ya que, “*quia nihil interest petitoris*”. Esta conclusión se argumenta considerando que, cuando se reclama una cosa a través de la acción reivindicatoria, no se puede solicitar más allá del valor de la propia cosa, de aquí que no se tome en consideración por parte del *petitor* el probable deterioro que dicho bien haya previamente sufrido.

Esta argumentación que es sumamente eficaz para las acciones de naturaleza real, como es el caso de la reivindicatoria, no parece sin embargo aplicable según el jurista, en referencia a la articulación de la acción correspondiente de la *lex Aquilia*. Si el daño que sufre el esclavo procede de una herida realizada por el poseedor, este podrá ser atacado por el propietario del mismo, en virtud del capítulo tercero de la *Lex Aquilia*. En este sentido, se ha de tener en cuenta que, este incremento de responsabilidad del poseedor, no depende de su posición como legitimario pasivo de la reivindicatoria, sino que obedece al supuesto descrito como castigo de quien hiere al esclavo ajeno. A este tenor, y como consecuencia lógica de la exigencia de esta nueva responsabilidad, se le exigirá al poseedor doloso que pague como indemnización una suma de dinero equivalente al máximo valor que hubiese tenido el esclavo a los treinta días previos a la realización del hecho dañoso; en todo caso, la hipotética muerte posterior del esclavo, en nada exonera de la responsabilidad por esta acción, acción que ya el propietario tenía como legitimario activo dentro de su patrimonio antes de la muerte del esclavo.

Desde esta perspectiva causal, resulta imprescindible identificar como, en dependencia con la distinta naturaleza de la relación jurídica, se puede en la praxis constatar la posible influencia que un hecho posterior pueda condicionar en el alcance de la responsabilidad respecto de un acto lesivo previo. En este sentido, las fuentes informan de algunos ejemplos : D. 25, 1,4 y D. 5, 3, 36.3.

D.25.1.4*Sed hoc si differ quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exustas sit impensas conquiritur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit.*

Pasaje que describe el supuesto en el que el marido no había realizado los gastos correspondientes al mantenimiento de los bienes dotales, y por esta causa, dichos bienes habían sufrido un grave deterioro, mas al ser estos bienes deteriorados posteriormente por causas de un incendio, al marido se le exonera de cualquier responsabilidad indemnizatoria, siempre y cuando se demuestre que, obviamente, no participó ni dolosa ni culposamente en el segundo y destructivo hecho lesivo²⁴.

²³ DE ROBERTIS, “*Quanti res est - Id quo d interest*” nel sistema della grande compilazione ,en SDHI, vol.32, 1966, pp.114-128,p. 121.; MACCORMACK, “*Culpa*”, en SDH , vol.38, 1972, pp.123-188,p. 154.; VOCI, “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”. I dati fondamentali), en SDHI, vol.56, 1990, pp.29-143,p. 48.; STURM, “(Sandro Schipani, Responsabilita’ del convenuto per la cosa oggetto di azione reale)”, en ZSS., vol.103, 1973, pp.440-453,p. 442.

²⁴ Una interpretación similar a la ofertada en esta pasaje se puede localiza en D.18.4.21 y D.44.7.45

Hipótesis que se reitera en D. 5, 3, 36.3

Paulus 20 ad ed.

Si praedo dolo desisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba senatus consulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit. sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor. itaque et si pluris venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo.

Si a la hora de reclamar la restitución de un bien contra quien había dejado de poseerlo de forma dolosa (que inicialmente debe ser considerado como si aún estuviera poseyendo), a fin de evitar la reclamación reivindicatoria, se comprueba que la cosa que ha sido destruida hubiese sufrido de igual suerte su extinción aun estando bajo su posesión, y a fin de no exigir más al poseedor de buena que al de mala fe a la hora de la indemnización, la fuente advierte que se debe no deben ser tratados con igual severidad “*quin non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor*“, de manera que aunque la cosa en el interim hay sido vendida por valor mayor, deberá ser el propio actor quien elija entre la propia indemnización o por la entrega del precio a fin de evitar que el poseedor doloso pueda obtener algún lucro. En todo caso, el texto pone de manifiesto que si se demuestra que no se participó en el acto lesivo que genera la destrucción final del bien el poseedor de buena fe puede ser exonerada en su responsabilidad indemnizatoria²⁵.

4.- Cuando el que ha generado el daño, tiene capacidad de probar que la lesión se habría igualmente producido, aún sin tomar en cuenta su actuación.

Si un hecho ha producido un daño y, posteriormente se constata un nuevo hecho dañoso de tal gravedad que el bien ineludiblemente hubiera sufrido en cualquier caso su destrucción con independencia del primer acto lesivo, no por ello ha de quedar sin exigencia la responsabilidad del primer acto lesivo, ya que desde su ejecución la acción correspondiente a su reparación ya se encontraba dentro de la esfera patrimonial del sujeto dañado, con independencia de la destrucción final del bien.

Como conclusión se puede aceptar un principio general, en cuanto se refiere a la relación causal entre un acto lesivo y su indemnización, ha de existir un ligamen nítido entre acto y resultado, ligamen que ha de contemplar además otras causas colaterales que pueden modificar y hasta exonerar al autor inicialmente responsable del acto.

De D. 43.24.7.4 se puede deducir una regulación específica sobre el tema, más específicamente en la articulación del interdicto “*quod vi aut clam*”:

²⁵ SCHRAGE *Mora debitoris dans le droit savant avant accurse*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol.57, 1989, pp.87-104,p. 100.; KASER,“(Nochmals ueber besitz und Verschulden bei den “*Actiones in rem*”)”, en *ZSS* vol.111, 1981, pp.77-146,pp.123-130.

D.43.24.7.4

Si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque es pervemisset, simpli litem aestimandam: si pervemisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iminia actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dore videtur aequae perituris aedibus.

“Quod si nullo incendio id fecerit, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne, aestimari oportere LABEO ait”

Se describe el supuesto en el que, a fin de alejar un incendio, se ha debido destruir parte de la casa del vecino para impedir una mayor propagación de las llamas. La cuestión surge si el vecino que ha sufrido el daño ataca con el interdicto “*quod vi aut clam*”²⁶, ¿podrá el que es reclamado por dicho interdicto liberarse de su responsabilidad indemnizatoria oponiéndose al demostrar que el acto lesivo tuvo como finalidad defenderse del incendio e impedir su propagación?

Aunque GAYO parece no decidirse con seguridad en torno a la cuestión, SERVIO ofrece una solución: si es un magistrado el que decide la destrucción de la casa, obviamente con la finalidad de que no se generen mayores daños, no se le puede exigir responsabilidad por medio del interdicto, al entenderse que ha actuado en virtud de su poder discrecional; caso distinto si es un privado el que realiza el derribo, donde la responsabilidad debe ser matizada.

Si el particular alcanza a demostrar que la casa que él ha derribado en defensa de la propia, hubiera estado igualmente asolada por el incendio con independencia de su actuación, evidentemente, tal sujeto no podrá ser atacado por medio del interdicto “*quod vi aut clam*”. Aún más, según la interpretación del texto ni siquiera podrá ser articulada la acción de daño injusto, ya que, no se puede admitir que alguien ha generado tal daño cuando, en cualquier caso e ineludiblemente la cosa estaba abocada a perderse.

La *lex Rhodia* ofrece otro ejemplo nítido para responder a esta hipótesis:

D.14.2.10.1

Labeo l pith. a paulo epit. Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriore, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis perit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum

²⁶ CAPOGROSSI, “L’ interdetto “*Quod Vi Aut Clam*” e il suo ambito di applicazione” en *INDEX*, vol.21, 1993, pp.231-280, p. 269.; CANNATA, “Genesi e vicende della colpa aquiliana “(S. Schipani, Responsabilita’ “*Ex Lege Aquilia*”. Criteri Di Imputazione E Problema Della “*Culpa*”)” LABEO., en *Rassegna di diritto romano*, vol.17, 1971, pp.64-84, pp.69-78.; ROBINSON, *Fire prevention at rome*, en *RIDA*, vol.24, 1977, pp.377-388, pp.380-381.; MACCORMACK, “*Aquilian Studies*”, en *SDHI* vol.41, 1975, pp.1-78, p. 53.

*esset. idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.*²⁷

Es el caso en el que un armador arrienda una nave para transportar mercancías y, sin estar sometido a ninguna necesidad, aún más, sabiendo que el arrendatario no hubiera querido, finalmente, estiba las mercancías sobre una nave de inferior esloro y seguridad. Si con posterioridad la nave naufraga, con la consiguiente pérdida de las cosas transportadas, el armador será responsable del daño generado por la pérdida de las mercancías, ya que PAULO entiende que existe una naturaleza culposa en su actuación. Ahora bien, interpretando una decisión de LABEON, si el armador pudiera demostrar que el daño que se ha sufrido, el naufragio de la nave, hubiera tenido lugar ineludiblemente aunque se hubiera navegado en el buque inicialmente previsto, el jurista considera que debe ser exonerado de la responsabilidad indemnizatoria.

De la interpretación de estas dos fuentes, se puede recabar, como un elemento a considerar a la hora de exigir o exonerar una responsabilidad que, un hecho dañoso no da lugar a indemnización cuando se puede demostrar que, sin contar en la praxis con dicho acto, el resultado final hubiese sido ineludiblemente el mismo. Con una limitación que es indicada en la parte final de D. 43.24.7.4: debe haber una nítida conexión entre el hecho que ha producido el daño y aquel que ha sido destinado evitarlo.

B.- Valor objetivo y subjetivo del daño.

El primer paso para valorar la indemnización ha de ser lógicamente determinar el valor del daño a resarcir. En atención a este valor se pueden localizar dos diferentes perspectivas: el valor objetivo y el valor subjetivo.

Efectivamente, cuando las fuentes hablan del valor de la cosa a la hora de indemnizar los daños, puede surgir la cuestión de si se trata del valor de la cosa desde una estimación objetiva o el valor de la misma en consideración al interés subjetivo del actor. Optar por una u otra interpretación puede generar una estimación bien distinta a la hora de la indemnización.

D. 7. 7. 6 es una fuente útil para dilucidar estas heterogéneas valoraciones de la indemnización.

D.7.7.6pr.

Ulpianus 55 ad ed. Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt, sed mediastini secundum ministerium: et ita mela scribit.

²⁷ LITEWSKI, "Robaye, l'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain", en *SDHI*, vol.54, 1988, pp.385-401, p. 386.; MACCORMACK, "Custodia and Culpa", *ZSS.*, vol.102, 1972, pp.149-219, pp.192-198.

D.7.7.6.1

Ulpianus 55 ad ed. Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet.

D.7.7.6.2

Ulpianus 55 ad ed. Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit.

D.7.7.6.3²⁸

Ulpianus 55 ad ed. Ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio.

La cuestión que se plantea es el modo de calcular el trabajo realizado por un esclavo; será ULPIANO quien responda: para cuantificar su valor se ha de prescindir de la singular habilidad, como elemento subjetivo de interés, que el esclavo hubiese podido tener. Esta valoración objetiva ofrecida por el jurista resulta lógica y racional. Supongamos que se tratase el esclavo de un hijo natural, en este supuesto el ser considerado un hijo natural evidentemente aumenta el valor subjetivo respecto al padre y, en consecuencia, probablemente se partía un mayor precio por su hipotético rescate. Pero se puede decir que su consideración de hijo natural aumenta el patrimonio del padre? Evidentemente la respuesta sólo puede ser negativa y, a este tenor, el hipotético daño no debe contemplar ese ligamen afectivo.

Aún así, existen algunas fuentes que toman en consideración este valor subjetivo²⁹: D. 17. 1. 54³⁰, D. 18. 7. 6 . 7³¹ según las mismas, en la valoración del daño

²⁸ RESZCZYNSKI *Impendere, impensa, impendium (Sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, en *SDHI*, vol.55, 1989, pp.191-252,pp.226-228.

²⁹ WILINSKI, "Litis aestimatio" In den "Bonaefidei Iudicia", en *INDEX. Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.3, 1972, pp.443-453.p. 453.;

³⁰ D.17.1.54pr.

Papinianus 27 quaest.

Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequatur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam). quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest), quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. et verius et utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent.

³¹ D.18.7.6pr.

Papinianus 27 quaest.

Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, sabinus non obstaturam. sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset.

se ha de tomar también en consideración el valor moral que emerja³². En realidad estos textos tratan la cuestión si un interés moral puede servir de fundamento para el nacimiento de una obligación³³, resolviendo esta cuestión de forma afirmativa³⁴; sin embargo en realidad se trata de valorar algo sumamente delicado, como es el interés moral, que es algo que no está dentro del comercio y como tal no se puede estimar con exactitud desde una perspectiva económica.

A fin, de concretar el alcance de la valoración, únicamente considerado en el ámbito comercial, resulta significativa la lectura de D. 9. 2. 33

Paulus 2 ad plaut.

Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. sextus quoque pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.

PAULO indica que la valoración del daño que es tomada en consideración por la ley *Aquilia*³⁵ no entra a estimar el valor subjetivo, *non affectiones aestimandas esse puto* (en el supuesto de índole afectiva) que para el propietario pueda representar el bien, sino única y exclusivamente el valor efectivo y comercial del objeto *sed quanti omnibus valeret*. Esta consideración objetiva del valor del bien es la adecuada a la hora de estimar la cuantía del daño; en el mismo pasaje, corroborando la opinión de PAULO, se describe la decisión de Sexto Pedio que indica *pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*³⁶.

C- Daños mediatos e inmediatos

Si observamos las fuentes se pueden destacar algunos textos claves destinados a este fin, esto es, fijar el alcance específico de la reparación entre los daños próximos o lejanos al acto lesivo, de entre ellos D. 19,1,21.3

³² PACCHIONI, “*Del risarcimento dei danni morali*”, opus cit., pp. 240 y ss.

³³ MINOZZI, “*Studi sull danno non patrimoniale*”, Milano 1907, pp. 17 y ss.

³⁴ MARCHI, “*Il risarcimento del danno morale sec. il dir.*” Rom., opus cit., pp. 21 y ss.

³⁵ ROTONDI, “*Teorie postclassiche sull’actio legis Aquilae*”, en *Scritti*, II, pp. 411ss.; Idem, “*Dalla lex Aquilia all’art. 1151 Cod. Civile*”, en *Scritti* II, pp. 465 ss.; ALBANESE, “*Studi sulla legge Aquila*”, en *Annali Palermo*, 21 (1950), pp. 5 ss.; Idem, “*Note aquiliane*”, en *Annali Palermo*, 23 (1953), pp. ss.; SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”. Criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Torino, 1969, pp. 29 y ss.; MAC CORMACK, “*Aquilian Studies*”, en *SDHI*, 41 (1975), pp. 1 ss.; MAC CORMACK, *2Juristic interpretation of the “lex aquilia”*, en *Studi Sanfilippo*, 1 (1982), pp. 253 ss.; WACKE, “*Defence and necessity in Aquilian Liability*”, en *Estudios Iglesias* (1988), pp. 525 ss.; Idem, “*Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung*”, en *ZSS*, 106 (1989), pp. 469 ss..

³⁶ IMPALLOMENI, (R.H. Below, *die haftung fuer lucrum cessans im roemischen recht*) *IURA*, en *RIDA*, vol.16, 1965, pp.222-231, p. 224.

Paulus 33 ad ed.

Quum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit.

A la hora de resarcir el daño se deben localizar sus efectos más directos “*quae modo ipsam rem consistit*”, expresión que intenta, de forma probablemente vaga y elástica, focalizar las específicas consecuencias negativas.

El pasaje describe ejemplos de los efectos colaterales al daño, ya demasiados lejanos, que no deben tenerse en cuenta con vistas a su indemnización; el texto señala de un lado la hipotética ganancia que se podía haber obtenido negociando con el bien, *neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere*, cuando *Quum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit*³⁷.

En realidad, estos daños no son realmente debidos a la falta de consigna del deudor; la fuente explica esta circunstancia en la hipótesis donde la falta de la entrega del trigo puede llegar a originar la muerte de un esclavo, ya que una parte sustancial de la culpa proviene del mismo acreedor quien, de forma consciente, dejó morir de hambre al esclavo, cuando podía procurarse en el comercio de otro grano similar. Así pues la reclamación alcanzara al valor de la partida de grano, no al del esclavo por esta causa fallecido *non servorum fame necatorum consequitur*.

Otro pasaje que puede ser útil a fin de establecer los límites de la indemnización es D. 39, 2, 40 pr.

Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas; licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cuisque luxuria subsequenda.

El texto informa que se debe realizar una adecuada *aestimatio* “*quia honestus modus servandus est*”, sin tener en cuenta ni las pinturas ni las incrustaciones que estaban insertas en el muro derribado, fuera el que fuera su alto valor “*ut puta ob tectoria et ob picturas; licet enim in haec magna erogatio facta est*”.

³⁷ IMPALLOMENI, (R.H. Below, die haftung fuer lucrum cessans im roemischen recht) *IURA*, en *Rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol.16, 1965, pp.222-231, pp.229-230.; CANNATA, “*Appunti sulla impossibilita’ sopravvenuta e la “culpa debitoris” Nelle obbligazioni da “Stipulatio in dando”*”, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.63-113, p. 95; DE ROBERTIS, “*Quanti res est - Id quod interest*” *Nel sistema della grande compilazione*, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.114-128, pp.118; FRIER, “*Roman law and the wine trade: (the problem of “vinegar sold as wine”)*”, en *ZSS.*, vol.113, 1983, pp.257-295, p. 290.

Esta consideración, de la moderada *aestimatio*, ha servido de apoyo para que algunos autores extraigan un principio de carácter general, manteniendo que cuando se trata de la pérdida de cosas cuyo mayor valor es el lujo y el ornamento su hipotética indemnización debe ser moderada “*Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri* “. Sin embargo no consideramos que se pueda generalizar esta limitación de la indemnización; ya que se trata de una especificación que se encuentra recogida sólo en dos textos, referidos ambos a las especialísimas relaciones que surgen a partir de la “*cautio damni infecti*”. Como es conocido, se trataba de un instituto por el que el pretor intervenía de un modo equitativo, tomando en consideración, a la hora de emitir su sentencia, los intereses de ambas partes³⁸, de aquí que en el supuesto antes mencionado, D. 39, 2, 40 pr., la indemnización se calcula sin tener en cuenta sólo los valores excepcionales que pudiese tener el objeto “*non immoderata cuiusque luxuria subsequenda*”³⁹.

D- Conocimiento e intencionalidad del acto dañoso.

En D. 19,1,13 pr. se encuentra otro extremo a tomar en consideración, al momento de localizar y cuantificar la determinación del alcance de un daño y su adecuada indemnización⁴⁰

Ulpianus 32 ad ed.

Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

Frente a la duda sobre el alcance de la indemnización del daño soportado por el comprador ULPIANO, autor del texto, indica que JULIANO “*inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto*”. Si el vendedor no conocía el vicio, la indemnización se limitará a aquella parte del pre-

³⁸ MOZZILLO, (*Contributi allo studio delle “stipulationes praetoriae”*), cit., pp. 54 ss. Sobre Gayo, IV,31 y “*lege agere damni infecti*”, véanse ALBANESE, “*Annali Palermo*”, 31 (1969) (estr.); MAC CORMACK, “*The “cautio damni infecti”: buyer and seller*”, en ZSS, 88 (1971), pp. 300 ss.; GIARO, “*Il limite della responsabilità “ex cautione damni infecti”*”, en BIRD, 78 (1975), pp. 251 ss.; BETANCOURT, “*Recursos supletorios de la “cautio damni infecti” en el Derecho romano clásico*”, en AHDE, 45 (1975), pp. 7 ss.; TAFARO, “*Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale; l’ “actio ex cautione damni infecti”*”, en INDEX 5 (1974-75), pp. 66 ss.; PARICIO, “*Algunas notas sobre la “cautio damni infecti”*”, en *Studi Sanfilippo* 2 (1982), pp. 469 ss.

³⁹ BRANCA, “*Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*”, Padova 1937, pp. 32 y ss.; MAC CORMACK, “*The cautio damni infecti buyer and seller*”, en ZSS 88 (1971), pp. 300 y ss.; GIARO, “*Il limite della responsabilità “ex cautione damni infecti”*”, en BIRD 78 (1975), pp. 251 y ss..

⁴⁰ TAFARO, “*Id quod interest*” (*Heinrich Honsell, quod interest im bonae-fidei-iudicium. studien zum roemischen schadenersatzrecht*) INDEX, en *Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.2, 1971, pp.359-376, p. 367.

cio que se habría pagado de menos siendo consciente de la limitación. Sin embargo, si efectivamente sí tenía conocimiento del vicio “*et emptore decepit*”, deberá resarcir al comprador de todos los daños colaterales que hipotéticamente vengan derivados⁴¹, tal sería el caso si se producía un contagio a otros animales sanos propiedad del comprador etc..

Del análisis de este supuesto, y a fin de establecer una primera y básica limitación al alcance de la indemnización, se puede deducir el principio por el cual el conocimiento o no de la existencia previa de una circunstancia que generase efectos dañosos limita el alcance del resarcimiento. Evidentemente, existirá una mayor responsabilidad, en dependencia con la naturaleza del contrato, cuando la circunstancia dañosa era previamente conocida.

Con objeto de reafirmar la anterior hipótesis se puede consultar a ULPIANO en D. 19, 2, 19, 1

Ulpianus 32 ad ed.

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita cassius scripsit. aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita servio labeoni sabino placuit.

Aunque no se distingue si el arrendador era o no consciente “*Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit*”, se presume que quien arrienda un recipiente para contener el vino debe garantizar que el mismo se encuentra en condiciones óptimas para tal fin y, en consecuencia, se asume esta responsabilidad, sea o no conocido el defecto antes de la locación⁴².

Puede, sin embargo, mitigarse esta rigurosa consideración a través de ciertas circunstancias favorables al *locator*, esto es, en el caso que existiera una absoluta imposibilidad material de conocer los defectos del bien arrendado. A este tenor, el texto es lo suficientemente explícito:

“aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita servio labeoni sabino placuit” .

De nuevo, pues, se marca una diferencia entre aquél que daña consciente o inconscientemente, dada la extensión manifiestamente amplia arrendada para el

⁴¹ PEZZANA, D. 21, 1, 45. “*Contributi alla docttrina romana della “actio redhibitoria”*”, en *RISG* 5 (1951), pp. 275 ss.; Idem. “*Azioni di garanzia per vizi della cosa in dir bizantino*”, en *RISG* 2, pp. 648 ss.; WATSON, *IURA*, 38 (1987), pp. 167 ss..

⁴² PALAZZOLO, “*Evizione della cosa locata e responsabilita’ del locatore*”, en *BIDR* vol.68, 1965, pp.275-321, pp.290-321.; MOLNAR, “*Object of locatio conductio*”, en *BIDR* vol.85, 1982, pp.127-142, p. 128.; VOCI, (S. Tafaro, *la interpretatio ai verba “Quanti ea res est” Nella giurisprudenza romana. L’ Analisi di Ulpiano*) *IURA*, *RIDA*, vol.32, 1981, pp.182-184, p. 183; ALZON, “*Les risques dans la “Locatio-conductio”* en *LABEO*, vol.12, 1966, pp.311-337, p.321.

pasto, resulta poco verosímil pretender que el arrendador sea responsable de la mala hierba que pueda nacer en cada punto; se podría, en todo caso, especificar en el contenido sustancial del contrato de arrendamiento quien debe hacerse responsable de dicho *periculum*, si nada se indicara se debe comprender que dicho riesgo corresponde implícitamente al *conductor*: “*quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes*”

Veamos a continuación la posible contradicción, a la hora de limitar el alcance de la indemnización, entre dos conocidos pasajes D. 18.6.19. y D. 13.4.2.8.

D. 18.6. 19.

Hermogenianus 2 iuris epit.

Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

A la hora de establecer el “*id quod interest*” de la mora, se limitará su posible o no usura, en función de si se extendiera a las mayores rentas que el *negotiator* hubiese podido llevar⁴³. Al vendedor pues cuando el comprador entro en mora se le debe indemnizar por medio de los intereses “*usuras dumtaxat praestabit*”⁴⁴, no mas allá, sin necesidad de contemplar las hipotéticas ganancias que se hubieran podido obtener “*non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit*” .

Una solución, aparentemente contraria, se encuentra en D.13.4.2.8.

Ulpianus 27 ad ed.

“Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuire quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. iulianus labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiectionem pecuniam dederat ^ dederit^ ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem”.

⁴³ GINESTA-AMARGOS, “*Exceptio imminetis evictionis*”, en *BIDR* vol.92-93, 1989 - 1990, pp.311-323, pp.316-319.;

⁴⁴ CERVENCA, “*Contributo allo studio delle “usurae” c.d. legali nel diritto romano*”, Milano, 1969; BRASIELLO, “*voz. Usura (diritto romano)*”, *NNDI*, 20 (1975), pp. 368 ss.; BONINI, “*Ricerche di diritto giustiniano*” Milano, 1968, pp. 259 ss., con literatura en pp. 261, n. 54. Con más rigor que en el Derecho clásico, prohíbe Justiniano el anatocismo, o sea, la transformación de los intereses no pagados en capital productivo a su vez de nuevos intereses (C. 4, 32, 28; C. 7, 54, 3). Prohíbe, además que sigan exigiéndose intereses cuando los ya pagados alcanzan el montante del capital (Nov. 121, 2; Nov. 138). – Sobre la capitalización de los intereses, véase WILLE, *Die Versur*. Berlín, 1984; CERVENCA, *INDEX*, 2 (1971), pp. 291 ss.

Cuando alguien había dado dinero, a través del contrato de “*pecunia traiecticia*”, esperando que el dinero fuera restituido, en nuestro caso, en el puerto de Éfeso, y el dinero sin embargo no llega a ser restituido, y al tratarse en este supuesto de la acción arbitraria de “*eo quod certo loco dari oportet*”, JULIANO y ULPIANO consideran que la indemnización debía también comprender los hipotéticos daños extraordinarios que el acreedor hubiese podido sufrir⁴⁵. Casos como cuándo con dichas sumas de dinero se tuviera que hacer frente a una cláusula penal bajo *pignus* y que, en consecuencia, la falta de pago generase *distracta pignora sunt vel poena commissa*; o bien, en el caso en el que el acreedor debiese utilizar la suma para realizar un pago al Fisco, en donde la falta del desembolso produciría la mora del deudor y, en consecuencia, “*fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est*”⁴⁶.

La contradicción entre los dos textos, evidentemente con dos soluciones diversas, se debe explicar considerando que, aunque inicialmente no lo parezca, los supuestos de hecho que tratan de regular son significativamente distintos. El hecho de querer que el dinero entregado fuera restituido en un lugar sensiblemente lejano, significa ineludiblemente que ya se ha incluido en el contrato el interés que se tenía para que el dinero fuera efectivamente allí restituido. Se deberá prestar atención a todas las diversas circunstancias que pueden conducir a conclusiones aparentemente contradictorias: en el caso de D. 18.6.20. la indemnización se limitó a la usura, mientras que también se comprendía los daños más lejanos o colaterales⁴⁷.

E- Sujetos indemnizables, la legitimación activa.

Dentro de los límites de la indemnización, subjetivamente ésta se ha de efectuar a la persona que ha sufrido efectivamente el daño; sin embargo, consideramos que este principio general debe ser matizado, ya que puede darse el supuesto en dónde se solicite la indemnización a favor de una tercera persona, esta situación podría concurrir cuando el interés del otro se ha hecho propio de quien lo demanda.

Las fuentes ofrecen dos pasajes que orientan sobre esta hipótesis: D. 2.11.14 y D. 45.1.81.1.

⁴⁵ BISCARDI, “*Actio pecuniae triecticiae*”. *Contributo alla docttrina delle clausole penali*, 2ª. Ed., Torino, 1974; *Idem*, “*Pecunia traiecticia*” e “*stipulatio poenae*”, en *LABEO*, 24 (1978). pp. 276 ss.; PURPURA, “*Ricerche in tema di prestito marittimo*”, en *Annali Palermo*, 39 (1987), pp. 189 ss.; BISCARDI, “*Ancora sulla “pecunia traiecticia”*”, en *LABEO*, 37 (1991), pp. 169 ss.

⁴⁶ KUPISZEWSKI, “*Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: Profili sostanziali e processuali INDEX*”, en *Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.3, 1972, pp.368-381,p. 373.; BISCARDI, “*Pecunia traiecticia*” E “*Stipulatio poenae*”*LABEO*, en *Rassegna di diritto romano*, vol.24, 1978, pp.276-300,p. 286.; DE ROBERTIS, “*Quanti res est - Id quod interest*” “*Nel sistema della grande Compilazione*”, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.114-128,pp.118-121.

⁴⁷ PROVERA, (“*Heinrich Honsell, Quod interest im bonae fidei iudicium*”), en *SDHI*, vol.37, 1971, pp.452-465,p. 463.

D.2.11.14.

Nerva 2 membr.

“Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset “ quanti ea res erit”: ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur”.

D. 45.1.81.1

Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit, potest defendi, non suam, sed eius, enius negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse; idque fortius dicendum, si “ quanti ea res sit” stipulatio proponatur procuratoris.

El supuesto contemplado en ambos textos es aquel del *procurator* que ha iniciado un juicio, y que se ha hecho prometer la “*cautio in iudicio sisti*”, es decir, que la parte contraria se debía presentar en juicio en el día fijado⁴⁸; en el caso de que no interviniera y, en consecuencia, el juicio no pudiera llevarse a cabo, ambos pasajes declaran que el “*id quod interest*” del procurador consiste en que la parte efectivamente se presentara ante el tribunal⁴⁹. Sin embargo, ¿cuál interés tiene el procurador a que el juicio tenga efectivamente lugar?. Los jurisconsultos más antiguos no reconocían ningún tipo de interés; aunque posteriormente se consideró, que si un sujeto se constituye en procurador evidentemente ha hecho suyo el interés de su representado y, en consecuencia, no se ha de indagar sobre cuál es el interés específico que podía tener personalmente el procurador, sino el montante de la indemnización debe dirigirse hacia el interés que tenía su representado para que el litigio se resolviese de forma efectiva en el día destinado al efecto⁵⁰.

⁴⁸ TAFARO, “*Fideiussor iudicio sistendi causa*” en *LABEO* vol.22, 1976, pp.232-252,pp.242-248.; DE ROBERTIS, “*Quanti res est - Id quod interest*” nel sistema della grande compilazione, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.114-128,p. 121..; GIMENEZ-CANDELA, “*Notas en torno al “Vadimonium”*”, en *SDHI*, vol.48, 1982, pp.126-166,p. 139 .

⁴⁹ En el *libellus conventionis*, que era la forma habitual de citar en el procedimiento extraordinario, como un escrito que presentaba al demandado el propio demandante, se le respondía a través del *libellus contradictionis*, en este documento se solía incluir una caución que garantizaba la presencia en juicio, la *cautio iudicatum sisti*, en un principio se dio tres días para la comparecencia ampliándose finalmente a veinte. Vid. PONSSA DE LA VEGA, “*El proceso en contumacia y formas especiales de apelación* “ , en *Sodalitas A. Guarino IV* (1984), pp. 2807 y ss..

⁵⁰ TAFARO, “*Fideiussor iudicio sistendi causa*” en *LABEO* vol.22, 1976, pp.232-252,p. 248.; FREZZA, “*Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell’ alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*”, en *SDHI*, vol.42, 1976, pp.197-245,p. 221.

F- Lugar y tiempo en la indemnización

Dos elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de la valoración del daño son: el lugar y el tiempo en que la prestación debe ser llevada a cabo.

I.- En cuanto al lugar, y tomando en consideración el ya mencionado D. 13.4.2.8 dónde se observa que el actor conviene en parte un lugar distinto a aquél que previamente había sido indicado en el contrato, se debe advertir el interés del acreedor, de manera tal que el deudor podía, por equidad, partir en un lugar distinto al que las partes habían acordado a la hora de celebrar el contrato, ya que había sido devuelto en su totalidad el objeto por el actor.

El hecho de que el cumplimiento se realizara sólo en un lugar o en otro distinto, dependía también de la capacidad que tuviera el juez de valorar el montante de la prestación en una localidad diferente a aquella en que ejerce su *iurisdictio*. A este tenor, en los “*iudicia bonae fidei*”, cuando se articulaba una *actio in certa*, no existían graves dificultades a la hora de ejercitar dicha acción en un lugar distinto a aquel previsto para el cumplimiento. Ya que el magistrado guiado por la buena fe, podía tomar en consideración, a la hora de establecer el valor y cuantía de la *litis aestimatio*, el particular interés que cada una de las partes tuviera, a la hora del cumplimiento, del lugar previamente indicado para su realización. Consecuentemente, cuando la acción era con *intentio certa*, el juez ya no podía tomar en consideración dichas circunstancias del lugar que no fuera aquél en que de forma efectiva se está realizando la causa. Para atemperar esta rigurosa, y en ocasiones injusta circunstancia, el derecho pretorio arbitro la posibilidad de que el acreedor pudiera solicitar una acción especial denominada la *actio de eo quod certo loco (dari oportet)*⁵¹.

Finalmente, si a la hora de la constitución de la obligación no se hubiera establecido por ninguna de las partes el lugar dónde debía de hacerse efectivo el cumplimiento, y según numerosas fuentes como D.12.1.22. o D.13.3.4. , supletoriamente se debería tomar en consideración aquél en el que se hubiere concluido la *litiscontestatio*⁵²; de esta forma el valor indemnizatorio se debía de cotejar con los precios del

⁵¹ BESELER (*Edictum de eo quod certo loco*, 1907, pp. 69 ss; *Beiträge*, 2, pp. 169 ss.; *TR*, 8 (1928), pp. 326 ss.) piensa en el interés objetivo, esto es, en la diferencia del valor económico en uno y otro lugar, de manera que el juez debe condenar al po de una suma que en el lugar del juicio tenga el mismo poder adquisitivo que hubiera tenido la suma a par en el lugar señalado para el cumplimiento a la hora de establecer la obligación . De modo similar, KASER, “*Quanti ea res est*”, opus cit, pp. 127. En general, sobre la *actio de eo quod certo loco*, que ha dado lugar a graves discusiones, véanse además de los estudios citados, los siguientes: BIONDI, “*Sulla dottrina romana dell’actio arbitraria*”, en *Annali Palermo*, 1 (1911), pp. 1 ss.; HUWARDAS, *Beiträge zur Lehre von den “actiones arbitrariae”, insbesondere von der “actio de eo quod certo loco dari oportet” im klassischen römischen Recht* (1932); AMARELLI, “*Locus solutionis*”. *Contributo alla teoria del luogo dell’adempimento in diritto romano*, Milano 1984.

⁵² VOCI,“(S. Riccobono jr., *profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano (sino all’ eta’ degli Antonini)* en *IURA*” vol.16, 1965, pp.210-214,pp.212-213; BUDA, “*Locus solutionis*” (*Francesco Amarelli, “Locus solutionis” contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano INDEX*,en *Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.18, 1990, pp.468-476,pp.469-472.; VOCI,(*Francesco Amarelli, Locus solutionis. Contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano*),en *SDHI*, vol.51, 1985, pp.593-595,p. 594.;APATHY,(*Francesco Amarelli, Locus solutionis. contributo alla teoria del luogo dell’ adempimento in diritto romano*),en *ZSS* vol.117, 1987, pp.759-761,pp.759-760.;

lugar, y era allí donde el acreedor podía exigir el cumplimiento del pago⁵³. En todo caso, si bien se ha de aceptar que el acreedor podía en estos supuestos especificar el lugar que más le conviniera para el pago indemnizatorio, el deudor, sin embargo, siempre podría anticipársele, si aún no había mediado la demanda indemnizatoria, eligiendo él el lugar del cumplimiento, que podría ser su propio domicilio, siempre y cuando fuera un lugar adecuado (“*opportuno loco*”) que forzara la posibilidad de exigir al acreedor la aceptación del mismo⁵⁴.

II.- En cuanto al tiempo, este podría ser previamente explicitado por las partes, o ser deducido, deducción que básicamente habría de orientarse hacia la propia naturaleza de la prestación⁵⁵. Como regla general, tal como indica D. 50.17.14 si el momento de la prestación no estaba previamente especificado, la misma se podría solicitar desde el momento que sea haya nacido el derecho del acreedor⁵⁶.

En cuanto a la determinación de la cuantía de la indemnización realizada en un tiempo distinto al inicialmente previsto se puede acudir a D. 13.6.3.2

Ulpianus 28 ad ed.

In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.

En los juicios de comodato, como en los demás juicios de buena fe, se puede hacer el juramento “*in litem*” a fin de determinar la cuantía del daño, en este sentido se habrá de tomar en cuenta dicho valor al momento mismo de la sentencia, mientras que en los juicios *stricti iuris* el valor al que se debe a hacer referencia es a aquél del momento de contestación de la *litis*⁵⁷. Evidentemente, la consideración de uno u otro momento, es de suma importancia a la hora de decidir el montante definitivo de la indemnización a percibir.

Una situación paralela se describe en D. 12.1.22., dónde se indica que para los bienes fungibles, sin embargo, suele ser habitual tomar en consideración el plazo transcurrido.

⁵³ BUDA, Il “*Locus solutionis*” (Francesco Amarelli, “*Locus solutionis*” contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano)INDEX.,en *Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.18, 1990, pp.468-476,pp.469-472.; VOICI,(Francesco Amarelli, *Locus solutionis. contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano*),en *SDHI*, vol.51, 1985, pp.593-595,p. 594.

⁵⁴ BUDA, Il “*Locus solutionis*” (Francesco Amarelli, “*Locus solutionis*” contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano)INDEX.,en *Quaderni camerti di studi romanistici*, vol.18, 1990, pp.468-476,pp.469-472.; VOICI,(Francesco Amarelli, *Locus solutionis. contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano*),en *SDHI*, vol.51, 1985, pp.593-595,p. 594 .

⁵⁵ SOLAZZI, “ *La Responsabilità del commodatario nelle Istituzioni di Gaio*” , en *IURA* 1955., pp. 146 ss.

⁵⁶ A este tenor véase D. 45, 1, 41, 1

⁵⁷ PARICIO JAVIER, “*La pretendida formula “In ius” del comodato en el edicto Praetorio*”,en *RIDA*, vol.29, 1982, pp.235-251,pp.240-241.

Iulianus 4 ex minic.

Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

Frente a la duda de cuando debía hacerse la estimación del valor del bien entregado en concepto de mutuo, ésta se centraba en determinar el valor del bien o en el momento de la celebración del contrato, o en el de la citación o en el de condena. La solución la oferta SABINO, indicando que si hubiese sido establecido un plazo sería a la conclusión del mismo al que debería orientarse la estimación del valor, si no fuera así, dicha estimación debería ceñirse al valor del daño en el momento de la citación judicial.

Finalmente, y también dentro del tiempo como elemento esencial y limitativo del valor de la cantidad a indemnizar, se deben observar dos textos aparentemente contradictorios D. 45.1.59. y D.13.3.3.

D. 45.1.59

Quoties in diem, vel sub conditione oleum quia stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit; tunc enim ab eo peti potest, alioquin rei captio erit.

En el caso de que la obligación fuera de carácter condicional, la ley especifica que la estimación que se haya que hacer en la valoración del daño a indemnizar debe hacerse en el momento en que la condición fue cumplida⁵⁸.

Mientras que D.13.3.3., al tratar sobre la *condictionem triticaria*⁵⁹, que como se sabe es propia del derecho estricto⁶⁰, se indica que la valoración del montante indemnizatorio debe referirse al momento de la condena antes que a aquél de la *litis-contestatio*.

⁵⁸ DE ROBERTIS, "Quanti res est - Id quod interest" nel sistema della grande compilazione, en SDHI, vol.32, 1966, pp.114-128, p. 116.

⁵⁹ Como se conoce, la *stipulatio certa* es amparada por la *actio certa ex stipulatio*, y en el derecho justiniano por la *condictio certi* cuando el objeto consiste en una suma de dinero, o por medio de la *condictio triticaria* cuando se hace referencia a otra *res certa*. Vid. GIFFARD, "La crise dans la chasse aux interpolations: I: "condictio certi" et le "id quod interest", en *Cof. Inst. Dr. Rom.*, Paris 1950, pp. 57 y ss..

⁶⁰ COLLINET, "Sur le byzantinisme du nom de la "condictio triticaria", en *Studi Perozzi*, pp. 243 y ss.

D.13.3.3.

Ulpianus 27 ad ed.

In hac actione si quaeratur, res quae petita est cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod servius ait, condemnationis tempus spectandum: si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed in platei secundum celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. in utroque autem, si post moram deterior res facta sit, marcellus scribit libro vicensimo habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit: et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

Con la finalidad de conciliar ambos pasajes se han sustentado diversas teorías: desde quienes han responsabilizado de dicha contradicción a los propios copistas de la fuente, que habrían escrito *condemnationis* en lugar de *contestationis*, hasta quienes, como sucede con SAVIGNY⁶¹, consideran que con el término *condemnationis* se pretendía indicar no ya el momento de la condena, sino aquél en que es dada la fórmula, esto es, como una referencia a la *condemnatio* inserta en la propia fórmula. A través de esta interpretación que, consideramos excesivamente forzada, se pretendía indicar, que también en el caso de la *condictio triticiaria*, la estimación de la indemnización debía de hacer referencia al momento de la *litiscontestatio*. Parece, sin embargo, más acertado considerar que la referencia temporal debe orientarse al momento de la condena, y la posible contradicción probablemente se pueda explicar porque el texto trata sobre un tema de esclavos, tema en dónde habían un gran número de normas de carácter especial, como se puede deducir a partir del inciso “*verius est...*” que pone en evidencia que ya desde la jurisprudencia de la época clásica existían amplias disputas sobre este tema del hecho dañoso al mismo tiempo se verifica una ventaja⁶².

G.- Límites artificiales a la cuantía de la indemnización.

De la aplicación en la praxis de la indemnización se pueden deducir las grandes dificultades que generan la valoración del “*id quod interest*”, dada la heterogénea complejidad de las condiciones que se han de tomar en consideración en el juicio y, aún más, ante la imposibilidad concreta de delimitar los daños en los casos de pérdida total del objeto. De aquí que se haya intentado, desde las más diversas perspectivas, arbitrar determinados modos artificiales de limitar la indemnización. Veamos las modalidades más significativas:

I.- Pueden ser las partes las que precedentemente, de común acuerdo, y a fin de evitar futuras controversias en torno al montante del “*id quod interest*”, lo pueden prefiar de forma detallada. A este tenor tendía la cláusula penal en los contratos.

⁶¹ SAVIGNY, opus cit. pp.121 y ss..

⁶² CANNATA, *Appunti sulla impossibilita' sopravvenuta e la "Culpa debitoris" nelle obbligazioni da "Stipulatio in dando"*, en *SDHI*, vol.32, 1966, pp.63-113, p. 75.;

Un contrato dónde habitualmente se contempla esta cláusula penal es en la compraventa, en concreto con respecto a la evicción, dónde la responsabilidad de indemnización en el caso de la evicción solía ser estimada en el doble del valor de la cosa.

II.- También el juez, de propia iniciativa, podía solicitar el juramento del demandado para que especificara el montante del daño recibido. Evidentemente, en estos casos, el sujeto dañado tendía a exagerar dicha valoración, por lo que frecuentemente el mismo juez establecía una limitación como máxima a través de su *taxatio*, por encima del cual no se podía solicitar cantidad alguna. Sólo en el supuesto de un daño doloso estaba permitido, a fin de punir al que ha generado el daño, un juramento *in infinitum*, es decir, sin límites previos. Buena muestra de esta metodología de concreción del valor dañoso se encuentra en D. 12, 3,5

Marcianus 4 reg.

Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre.

III.- Fue JUSTINIANO, en la conocida C. 7.47.1., quien estableció un límite arbitrario de la indemnización, destinado no sólo a delimitar de forma específica el montante, sino también a fin de evitar que se excediera el “*id quod interest*”, al punto de hacer excesivamente gravosa la responsabilidad para aquél que está obligado a indemnizar.

“ Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, i ()elius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout(*) possibile est in angustum coartare. Sansimus itaque in omnibus casibus, qui certani habent quantitatem vel naturam veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus qui incerti esse videntur, indices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur(*) et non ex quibusdam marchinationibus et immunodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatis reducitur, pro sua possibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenus exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur”.*

Como el propio Emperador indica al inicio de esta *decissio*, ya desde muy antiguo existía una aguda polémica sobre los métodos para evaluar el daño, frente a esto, e intentando dar una solución definitiva, se establecieron algunas reglas con carácter generalista: el juez debe, a la hora de calcular la indemnización del daño, proceder de un modo atenuado en cuanto a la valoración, sin que ya quepa la posibilidad de la valoración *in infinitum*, que es considerada como excesivamente rigurosa. Quizás el párrafo más importante de la constitución se localice en “*qui certam habent quantitatem vel naturam*”, supuestos dónde la valoración nunca debía superar, a la hora de valorar el “*id quod interes*”, el doble del valor de la cosa ⁶³.

⁶³ En atención al argumento véase el interpolado D. 19, 1, 44 que se analiza *ultra*.
Africanus 8 quaest.

(*cum et forte idem mediocrium facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet*)

El problema será, pues, determinar de forma concreta, cuáles son estos casos de “*certam habent quantitatem vel naturam*”. Los romanistas han debatido con gran profundidad este tema sin que podamos llegar, aún hoy, a conclusiones seguras. Muchos consideran que esta parte de la constitución se refería solamente a los contratos, basando su argumentación en la enunciación “*veluti in venditionibus et locationibus omnibus contractibus*”; otros sin embargo, niegan esta limitación e indican que la constitución debe referirse a todos los casos que “*certam habent quantitatem vel naturam*” interpretando la enumeración de “*veluti...*” como una simple ejemplificación sin carácter taxativo.

Nuestra posición es que la corriente que consideramos más consolidada es aquella que toma en consideración una aplicación limitativa centrada únicamente en el ámbito contractual, ya que terminar la enunciación con “*omnibus contractibus*” no tendría mucho sentido, dado su carácter generalista, desde una perspectiva meramente ejemplificadora. En realidad, se debe considerar que ni siquiera todos los contratos es de aplicación la regla, sino que se dan sólo en aquellos en donde se pueda localizar una “*natura certa*”. Pero ¿Cómo se determinan cuales son los contratos que reúnen estas características?, el propio JUSTINIANO nos enuncia dos casos: la compra o el arrendamiento de un animal, en el texto un caballo, por un precio determinado. Una nueva duda, ¿en qué consiste la certeza requerida? En la certeza del precio, o en la certeza del objeto vendido o arrendado. Hay quien ha interpretado que la “*certam quantitatem*” debe interpretarse como la certeza del precio, considerando, a este tenor, que la indemnización no puede superar el doble de esta suma. Esta teoría supone una indudable limitación, ya que restringe su aplicación sólo a los contratos en los que medie una contraprestación en forma de precio. Junto a esta hipótesis hay quien, con un mayor rigor, admite que la “*certam quantitatem*” se ha de referir a la certeza del objeto del contrato. En este sentido, en el caso expuesto, es el propio caballo, una cosa cierta, sobre el cuál el juez debe hacer la estimación y, en consecuencia, el “*id quod interest*” no podrá superar el doble de tal valoración. Según esta opinión, no existiría razón alguna para limitar la aplicación de esta constitución solamente a los contratos, sino que también podría ser extendida hacia otras relaciones obligatorias en las cuáles se aprecie una certeza en la prestación.

La constitución, sea cual sea el modo en que se interprete, es innegable que establece un método positivo y arbitrario, aunque no por ello se debe considerar que, en su concepto fundamental, sea poco razonable. Efectivamente, es una exigencia del comercio en general que la responsabilidad, cuando no está originada por dolo, tenga alguna modalidad de límite, para lograr que los ciudadanos no se abstengan de contratar para evitar determinados daños imperceptibles que se debieran resarcir. Aún más, podemos señalar algunos precedentes de la época clásica donde la metodología utilizada era sensiblemente similar; tal sería el caso de la compraventa que, desde antiguo, permitía la articulación de la “*duplae stipulatio*” a la hora de garantizar la responsabilidad por evicción, estableciendo un modo simple y certero para calcular el montante del “*id quod interest*”.

Una similar consideración a la indicada en D. 19,1,44

Africanus 8 quaest.

(*cum et forte idem mediocrium facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet*)

El texto trata de establecer una limitación , muy similar a la propuesta por JUSTINIANO, indica AFRICANO , en atención a la opinión de JULIANO, que el vendedor no debe asumir un *periculum* mas allá del doble del valor “*et non ultra duplum periculum subire eum oportet*”.

Tomando en consideración estos precedentes, no resulta pues extraño que JUSTINIANO, recurriera a la hora de establecer la cantidad a indemnizar a la certeza del valor de la cosa, considerando éste, el valor normal de interés.

