

**LA MEDIDA DE LA RESPONSABILIDAD POR
ACCIDENTE DE TRÁFICO A PROPÓSITO DE D.19, 2, 13 PR.**

M^a CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN
Castellón - España

LA MEDIDA DE LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRÁFICO A PROPÓSITO DE D. 19, 2, 13PR.

I.- Las fuentes romanas: I.i.- Responsabilidad ex lege Aquilia. I.ii.- Responsabilidad ex locato. I.iii.- ¿Acumulación de acciones?. II.- Los resultados en la reinterpretación de los glosadores. III.- Conclusiones.

No son pocos los textos que en la literatura clásica se preocupan por cuestiones que tienen que ver con el tráfico viario, en efecto, Juvenal *Sat.*, III, 235: *raedarum transitus arto uicorum in flexu et stantis conuicia mandrae eripient somnum Druso uitulisque marinis*, hace referencia con estas palabras al bullicio de la circulación como causa principal de perturbaciones del sueño, es más directamente relacionado con los accidentes de tráfico, el mismo autor en *Sat.*, III, 255-260 escribe: *scinduntur tunicae sartae modo, longa coruscat serraco ueniente abies, atque altera pinum plaustra uehant, nutant alte populoque minantur. Nam si procubuit qui saxa Ligustica portat axis et euersum fudit super agmina montem, quid superest de corporibus? quis membra, quis ossa inuenit? obtritum uulgi perit omne cadauer more animae*, palabras que ofrecen testimonio del pánico que producía divisar en el horizonte un carromato, dado el alto índice de probabilidad de que se produjera un accidente, temor justificado si tenemos en cuenta además que, en la mayoría de ocasiones, no se condenaban las acciones¹, cuyos resultados lesivos, de sancionarse, pueden llegar a convertirse en una fuente inagotable de responsabilidades.

Precisamente, lo que nos proponemos en el presente estudio es determinar la medida de la responsabilidad en un supuesto concreto de accidente de circulación, tomando como fundamento el tipo del Derecho Romano hasta llegar a la reinterpretación que del mismo realizan los glosadores.

¹ A decir de RASI, P., *I problemi della circolazione stradale nell'opera di Bartolo da Sassoferrato*, en *Bartolo da Sassoferrato studi e documenti per el VI centenario II* (Milano 1962) 431-439, pp. 433 y 434, no parece que el Derecho Romano tuviera normas específicas sobre la circulación, únicamente queda constatado que el Pretor prohíbe cualquier limitación al derecho del ciudadano de utilizar la vía pública a tenor de D. 43, 8, 2, 45 (*Ulpianus libro sexagesimo octavo ad Edictum*).- *Praetor ait: quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto*, esto es, sólo si de la violencia se deriva un daño material, el ciudadano podrá pedir la intervención pretoria. La contrapartida a este derecho la encontramos en D. 43, 8, 2, 2 (*Ulpianus libro sexagesimo octavo ad edictum*).- *Et tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet, propter quod, si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est*; es decir, si algún ciudadano realiza alguna actividad en un lugar público que pudiera dañar a un particular, puede ser demandado en virtud del interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, sin perjuicio de que también pueda recurrirse a las normas generales de D. 9, 1 -*actio de pauperie*- y 9, 2 -*actio legis Aquiliae*-.

I.- Concretamente, el texto que hemos escogido como punto de partida es muestra de conductas que, por diferentes motivos, son la causa fundamental de accidentes en el tráfico viario y que, en ocasiones, encuentran sanción; sin más, vayamos al texto:

D. 19, 2, 13pr (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum*).- *Item quaeritur, si cisiarius, id est carucharius, dum ceteros transire contendit, cisium evertit, et servum quassavit vel occidit. puto, ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit: sed es utilis Aquilia ei dabitur.*

En el pasaje se describe el accidente sufrido por un carro a causa de un peligroso y temerario adelantamiento realizado por el cochero², con el resultado de la herida o muerte de un esclavo, probablemente el único que estaba en el carro junto con el *carucharius*³. Detrás de estos hechos, y en sede estrictamente jurídica, nos encontramos con que el arriesgado cochero tiene un vínculo de naturaleza contractual con el dueño del esclavo que resulta herido o muerto. En efecto, en el pasaje se determina que el *carucharius* responde *ex locato*, relación contractual que la doctrina mayoritaria⁴, a partir de esta acción, fija en una *locatio conductio operis*, en virtud de la cual el dueño del esclavo ocupa la posición de *locator* respecto del cochero⁵.

A tenor de estos hechos, parece que en principio podemos hablar de una dualidad de responsabilidades, esto es, una derivada del concreto acto lesivo y otra cuyo origen se encuentra en la relación contractual entre el causante del daño y el dueño del objeto material dañado. Consideramos que esta cuestión de la posible dualidad de responsabilidades aconseja proceder al estudio separado de las mismas, para después

² Determina la doctrina que la aclaración *id est carucharius* va encaminada a diferenciar el caso que nos ocupa del de una carrera organizada. Vid en este sentido MAYER-MALY, T., *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien-München 1956) pp. 185ss; CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Milano 1967-1968) p. 289.

³ Seguramente el esclavo se encontraba sentado en el carro, esta es la opinión de SINTENIS, FF.,-OTTO, E.,-SCHILLING, B., *Das Corpus Iuris Civilis (romani) ins deutsche Übersetzt von einem Rechtsgelehrter*, Band 2, Pandekten Buch 12-27 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1831 -Aalen 1984) p. 435 n. 21.

⁴ MAYER-MALY, T., *op. cit.*, pp. 185ss; CANNATA, C.A., *op. cit.*, p. 289; THOMAS, J.A.C., *Actiones ex locato/conducto and Aquilian liability*, en *Essays in honour of B. Beinart III*, *Acta Juridica* 1978 (Cape Town-Wetton-Johannesburg 1979) 127-134, p. 131.

⁵ Estimamos fuera del objeto de nuestro estudio proceder a la calificación del contrato de arrendamiento, dado que la fijación de una posible responsabilidad no está condicionada al hecho de si el contrato es *operis* u *operarum*, en este sentido SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. de J. Santa Cruz (Barcelona 1960) p. 520. Como manifiesta PUGLIESE, G., *Instituzioni di diritto romano* (Torino 1991) pp. 567-568, los juristas romanos han trabajado con un concepto unitario de *locatio conductio*, aunque han advertido la necesidad de la existencia de los tres tipos de *locatio* en atención a las diferentes formas económico-sociales que cada una satisface. Incluso la doctrina más reciente, todavía concurre en discusión alrededor de la conocida tripartición de la *locatio conductio*, que en todo caso parece extraña a los juristas romanos, pues sus planteamientos se formulan siempre teniendo en cuenta casos particulares, y que, a nuestro entender, serán los únicos que podrán modificar el *quantum* de responsabilidad derivada del contrato. A decir de ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli 1987) pp. 124-125, siempre se ha hecho referencia a un sólo supuesto de *locatio* en el que se han agrupado, en diferentes formas y a tenor de las diferentes exigencias, las categorías a las que se quieren aplicar las reglas particulares. Como claro ejemplo de la disparidad de criterios de la doctrina, ALEMÁN PÁEZ, F., - CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico* (Madrid 1997) p. 38, califican a la relación de D. 19, 2, 13pr de *operarum*.

verificar su concurrencia y por tanto la eventualidad del ejercicio conjunto de las acciones a que dichas responsabilidades dan lugar.

I.i.- Para proceder al tratamiento de la responsabilidad extracontractual a la que alude el texto, hemos optado por centrarnos en la expresión *sed es utilis Aquilia ei dabitur*, opción que nos lleva a plantear la responsabilidad *ex lege Aquilia* tratando los tres factores que la componen, esto es, la delimitación del elemento objetivo -la *iniuria*-, el subjetivo -la culpa- y el nexo de causalidad -el *damnum*-.

En el supuesto del que partimos, el objeto de la *lex* se realiza de forma perfecta, esto es, se produce la herida o muerte de un bien ajeno -literalmente: *servum quasavit vel occidit*-. No obstante, teniendo en cuenta que la consistencia objetiva del *damnum iniuria datum* estaba estrechamente limitada a *occidere, urere, frangere, rumpere*, y que estas expresiones estaban sujetas a interpretación literal en virtud de la cual el daño debe de producirse por el esfuerzo muscular del que lo causa, posiblemente la utilización de *quassare* en relación a la herida sufrida por el esclavo, sea una muestra de apertura en la interpretación sumamente restrictiva de los originarios *verba legis*.

Los problemas comienzan cuando procedemos al análisis del elemento subjetivo; presupuesto del mismo es que el daño derive del dolo o culpa del agente⁶. En nuestro texto, el cochero presenta una actitud claramente imprudente y temeraria, que se cifra en un adelantamiento fruto de disputa u obcecación -*dum ceteros transire contendit*- con origen en una clara falta de diligencia, por cuanto que el conductor del carro *temperare debuit*, expresión a través de la que se infiere una noción de conocimiento de la probabilidad del daño que puede causarse en virtud de esa actuación negligente⁷.

Según esto último, estimamos que en D. 19, 2, 13pr entra en juego el sentir general de la jurisprudencia republicana, pues ya los fragmentos provenientes de D. 9, 2 ponen de manifiesto claramente que los juristas republicanos a partir de Quinto Mucio⁸, analizan y aíslan la culpa bajo el prisma del nexo causal entre el hecho comi-

⁶ Gai. III, 202, donde queda claro que la culpa ya era conocida por Gayo: *Cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur* y Gai. III, 211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id occiderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*.

⁷ Esto es, existe una falta de diligencia, que a decir de BARREIRO, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador* (Madrid 1981) p. 3, es el término que designa aquella conducta cuidadosa y esmerada que debía observar el que desarrolla una función gestora en los intereses ajenos o debía cumplir una obligación; en caso de no ajustarse la conducta a aquella diligencia hablamos de culpa. Así, Cic. *de orat.* II, 35, 150: *Inter ingenium quidem et diligentiam per paulum loci reliquum est arti: ars demonstrat tantum, ubi quaeras, atque ubi sit illud, quod studeas invenire; reliqua sunt in cura, attentione animi, cogitatione, vigilantia, adsiduitate, labore; complectar uno verbo, quo saepe iam uti sumus, diligentia; qua una virtute omnes virtutes reliquae continentur*.

⁸ La evolución se sigue a través de las siguientes fuentes: D. 4, 3, 1, 2, donde Servio -*Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur*- y Labeón -*Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*- conceptúan las posibles actuaciones dolosas; D. 9, 1, 1, 4, donde el tratamiento de la responsabilidad no se realiza únicamente desde el supuesto de hecho, sino que se tiene en cuenta el punto de vista de la actuación conducente a la culpa; D. 9, 1, 5, texto en el que se alude claramente a la responsabilidad objetiva del dueño del perro. Evolución que, en todo caso, describe ROTONDI, G., *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, en *Scritti Giuridici II* (Pavia 1922) 411-464, p. 461 n.3.

sivo y el daño, aunque todavía no se produce alusión a las posibles gradaciones del elemento subjetivo⁹.

A decir de MARTON¹⁰, sólo cuando la casuística aumenta se tiene en cuenta la actitud reproachable del inculpaado si esta es imprudente, y se comienza, por tanto, a definir la culpa¹¹, aumentándose, de esta forma, la medida de la responsabilidad¹². En efecto, en D. 19, 2, 13pr, es clara la referencia a elementos anímicos y materiales de la conducta que no van dirigidos a la causación del daño, pero que lo producen, de forma que estimamos que el marco del elemento subjetivo del pasaje es coincidente con la nueva visión de la jurisprudencia de la república, a tenor de la cual, se pasa de una consideración objetiva de la *iniuria* a consideraciones de carácter anímico¹³, con lo que entra en juego la valoración del elemento psicológico. Siguiendo a MACCORMACK¹⁴, la culpa no es una mera relación de causalidad, sino que significa que el comportamiento no es adecuado si se verifica la causación de un daño mediante una conducta reproachable¹⁵. Ahora puede hablarse de un elemento subjetivo que se muestra como clave de la relación causa-efecto¹⁶.

Nos centramos ahora en el tercero de los elementos del daño producido, esto es, el elemento causal o *damnum*. A tenor de D. 9, 2, 1pr y Gai. III, 210, la ley es con-

⁹ FERRINI, C., *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (Milano 1903) pp. 273ss; LEONE, F., *La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale*, en *Rivista di Diritto Civile* 7 (1915) 84-103, p. 93; VISKY, K., *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, en *RIDA* 3 (1949) 437-484, pp. 448ss; ALBANESE, B., *Studi sulla Legge Aquilia I. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 21 (Palermo 1950) 5-219, p. 179; ALBERTARIO, E., *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Code Civile*, en *Studi di Diritto Romano VI* (Milano 1955) p. 506; SCHIPANI, S., *Responsabilità "ex lege Aquilia" criteri di imputazione e problema della "culpa"* (Torino 1969) pp. 149ss. Por tanto, no puede realizarse en nuestro texto una gradación de la culpa, cuestión que sólo se es susceptible de solución desde posiciones jurídicas post-clásicas. No obstante, nos atrevemos a decir que posiblemente D. 19, 2, 13pr, podría incluirse en el supuesto de *culpa levis*, sinónimo del deber de comportarse como un *diligens pater familias*, por cuanto entendemos que esa gradación goza de *vis atractiva* cuando no se especifica el grado imputable.

¹⁰ MARTON, G., *Un essai de reconstruction du developement probable du système classique romain de responsabilité civile*, en *RIDA* 3 (1949) 176-191, p. 182.

¹¹ Ya encontramos un concepto de culpa en D. 9, 2, 31. En el contexto de los accidentes de tráfico, ya se habla de culpa en el choque del capitolino narrado en D. 9, 2, 52, 2, donde Alfeno determina la culpa de los muleros cuando estos se apartan por su propia voluntad y a causa de ello las mulas son arrastradas por el peso y provocan el accidente, no cuando es el peso el que arrastra a los animales; no obstante, Pegaso en D. 9, 2, 7, 2, escribe que es conducta negligente el cargar de más. A estos textos cabe añadir la opinión de Gayo quien responsabiliza en D. 9, 8, 1, al mulero que no hubiese podido contener el ímpetu de las mulas, con fundamento en la impericia de aquel.

¹² A decir de BEINART, B., *The relationship of iniuria and culpa in the Lex Aquilia*, en *Studio in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento I* (Napoli 1953) 281-296, p. 289, lo que antes era conforme a la ley se puede convertir en algo que puede demandarse.

¹³ CANNATA, C. A., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, en *Labeo* 17 (1971) 64-84, p. 78; SCHIPANI, S., *op cit.*, pp. 130ss; VALDITARA, G., *Damnum iniuria datum*, en *Derecho Romano de obligaciones, Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener* (Madrid 1994) 825-885, p. 858.

¹⁴ MACCORMACK, G., *Aquilian culpa*, en *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube* (Edingburg-London 1974) 201-224, p. 202.

¹⁵ En el mismo sentido, VALDITARA, G., *op. cit.*, p. 859, quien determina que esta innovación provoca un cambio en la carga de la prueba, dado que es el demandado el que tiene que probar que no ha realizado el acto o que se estima justificado.

¹⁶ ALBANESE, B., *op. cit.*, p. 180.

cebida como una ley general de daño¹⁷. No obstante, ya a principios del siglo II se introduce en la casuística la posibilidad de causación indirecta del daño¹⁸.

En D. 19, 2, 13pr, la herida o muerte del esclavo no se causa directamente por el *carucharius*, sino que es la imprudencia de éste lo que origina el accidente con resultado dañoso, hechos que en principio no dan lugar a la *actio legis Aquiliae* si tenemos en cuenta que el daño debe de producirse *corpori corpore*. No obstante, en el texto se enuncia la posibilidad de esta acción por vía útil tal y como prescribe Inst. 4, 3, 16: *Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit, utiles actiones dari solent*; dictado en el que, a decir de RICCOBONO¹⁹, se verifica claramente el desarrollo pretorio de la *actio legis Aquiliae*, a la que se añaden, a partir de su descripción gayana, *actiones utiles* y *actiones in factum*²⁰.

¹⁷ En el concreto supuesto de muerte, determina FESTO 190L: *Occisum. a necato distingui quidam, quod alterum a caedendo atque ictu fieri dicunt, alterum sini ectu. Itaque in Numae Pompili regis legibus scriptum esse: "si hominem fulminibus occisit, ne supra genua tollito". Et alibi: "homo si fulmine occisus est, ei nulla fieri oportet"*, esto es, la muerte debe ser causada por golpe directo por cuanto que utiliza *occidere* en sentido material y referido a una acción directa sobre el *corpus* dañado. Todo ello en clara alusión a un método interpretativo restrictivo. Así, SCHIPANI S., *op. cit.*, p. 167; WESEL U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der Römischen Juristen* (Köln 1967) pp. 42ss habla de *identifizierende Interpretation*; KASER, M., *Das römische Privatrecht I* (München 1971) p. 621; VON LÜBTOW, U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato* (Berlín 1971) p. 319; STEIN, P., *School attitudes in the law of delicts*, en *Sudi Biscardi II* (Milano 1982) 281-293, pp. 287ss; NÖRR, D., *Causa mortis* (München 1986) p. 129. No obstante, VALDITARA, G., *op. cit.*, p. 839, escribe que ya en el texto aquiliano el *damnum* puede aludir a un perjuicio de naturaleza patrimonial ocasionado al propietario y no simplemente a un daño material; en sentido similar: DAUBE, D., *On the use of term damnum*, en *Studi in onore di Solazzi* (Napoli 1948) 93-156, pp. 98ss; VON LÜBTOW, U., *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ A principios del siglo II parece que *occidere* se emplee en sentido metafórico tal y como se verifica en la muerte causada por hambre referida por Plauto. *Pseud.*, 349ss: *quid opus gladio?... hunc fames iam occidit*, donde manifiesta NÖRR, D., *op. cit.*, pp. 6ss y 127, que encontramos la equiparación entre *gladius* y *fames* como mecanismos que causan la muerte. También, Cic. *Phil.*, 9, 11: *ita ea quia proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat, neque instituere litum actiones malebat quam controversias tollere*, donde Cicerón parece ser el primer jurista que utiliza una *actio in factum* para supuestos de asesinato indirecto, como muestra clara de la inadecuación del dictado aquiliano para una eficaz protección de todas las hipótesis en las que se verifica la muerte de un esclavo o de un cuadrúpedo, a decir de NÖRR, D., *op. cit.*, p. 19 y 112, en estos casos hablamos ya de *causam mortis paeberere* por cuanto que los juristas se fijan en el resultado de una específica conducta del imputado, en este sentido puede decirse que Cicerón ha encontrado la identificación entre *occidere* y *causa mortis esse*. A todo ello hay que añadir el dictado de Gai. III, 219: *Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur (...)*, donde queda aclarado que en el supuesto de daño causado de forma indirecta se proporcionarán acciones útiles.

¹⁹ RICCOBONO, S., *Formulae ficticiae: a normal means of creating new law*, en *TR* 9 (1929) 1-61, p. 52.

²⁰ Manifiesta parte de la doctrina que Inst. 4, 3, 16 es fruto de un malentendido, dado que en los textos del Digesto la *actio utilis* y la *actio in factum* se combinan para indicar las mismas categorías, entre otros, PEROZZI, S., *Instituzioni di Diritto Romano II* (Milano 1947) p. 207; FERRINI, C., *Manuale di Pandette* (Milano 1953) p. 725; GIRARD, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain* (París 1978) p. 415. Es más, COLLINET, P., *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justien* (París 1947) p. 353, escribe que el origen de la expresión *non corpore nec corpi* se encuentra en una reconstrucción bizantina en la que los elementos se recogen en un catálogo griego antejustiniano -*de Actionibus* § 20-. En el mismo sentido, KARLOWA, O., *Römisches Rechtsgeschichte II* (Leipzig 1901) p. 1336; DE FRANCISCI, P., *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II* (Pavia 1916) pp. 83ss; ROTONDI, G., *op. cit.*, p. 445; FERRINI, C., *Diritto penale romano, cit.*, p. 293ss. Con opinión contraria podemos citar a ARNÒ, C., *Actio in factum accomodata legis Aquiliae*, en *Studi per el XIV centenario de la Codificazione giustiniana* (Pavia 1934) 31-94, pp. 33ss; LAWSON, F.H., *Negligence in the civil [...]*

Parece que D. 19, 2, 13pr, cumple a la perfección la explicación dada por las *Instituta* de Justiniano, no en vano ALBANESE²¹ coloca nuestro texto en el conjunto de pasajes justinianeos que contienen la *actio utilis* con valor clásico en el sentido de Gai, III, 219 y IV, 37 donde únicamente se aprecia una extensión en el ámbito de aplicación de la tutela aquiliana, con fundamento no tanto en la causación directa del daño, cuanto en el nexo de causalidad existente entre el comportamiento del agente y el perjuicio que permite la acción en vía útil, de forma que se puede ser considerado responsable sin necesidad de que exista una relación tangible con lo dañado.

En definitiva, todos estos cambios conducen a una noción generalísima de daño entendido como perjuicio patrimonial hecho de cualquier modo²².

I.ii.-En sede de responsabilidad derivada del contrato, creemos obligada la referencia a D. 13, 6, 5, 2: *sed ubi itriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote ut in pignore, ut in societate, et dolus, et culpa praestatur*, texto clave para determinar la responsabilidad *ex contractu* y donde entra en juego el criterio de la culpa²³. En efecto, si tenemos en cuenta que la *locatio conductio* es un contrato de buena fe, y por tanto se han de observar las conductas de ambas partes entorno al cumplimiento de la obligación, no es extraño que el derecho clásico vea en las relaciones contractuales nociones de imputabilidad diferentes al dolo que responden a un

[...] law (Oxford 1955) p. 24, quien determina que Gayo sí que diferencia entre acciones útiles y acciones *in factum*, pero en el Digesto estas acciones se denominan invariablemente *in factum*, de hecho no hay una diferencia técnica entre ellas en el procedimiento formulario. En efecto, parece que en los dominios de la *actio legis Aquiliae* las expresiones *actio in factum* y *actio utilis* están empleadas indiferentemente por juristas de la época clásica, en este sentido, VAN WARMELO, P., *Les actions autour de la Loi Aquilie*, en *Studi in onore di A. Biscardi III* (Milano 1982) 351-361, p. 352; BARTON, J., *The lex Aquilia and Decretal actions*, en *Daube Noster* (1974) 15-25, p. 15, sobre la base de que hay diferentes acciones en D. 47, 2, 50, 4 y Gai. III, 202 para las mismas circunstancias. Es más, en sentido general se afirma por ALBANESE, B., *op. cit.*, pp. 8-9, que en la tutela aquiliana se tienen en cuenta los resultados de ROTONDI, G., *op. cit.*, *passim*, sobre la base de la doctrina de PERNICE, A., *Zur Lehre von den Sachsbeschädigungen nach römischen Rechte* (Weimar 1867) pp. 44ss, en el sentido de que gran parte de las extensiones de las acciones *in factum* fueron realizadas por los compiladores, pero no la *actio in factum* clásica referida a la *actio legis Aquiliae* que el mismo ROTONDI hace coincidir con la acción útil.

²¹ ALBANESE, B., *op. cit.*, pp. 46-47.

²² COLLINET, P., *op. cit.*, p. 352; ALBANESE, B., *op. cit.*, p. 183. En efecto, parece que los compiladores prefieren trabajar a través de un concepto genérico de *actio in factum*. De modo que las reformas justinianeas se sustentan en la supresión de la *actio utilis* aquiliana y por tanto, de la diferencia entre daños *corpore* y *non corpore*, aunque permanece la diferencia entre la acción directa y la acción *in factum*. No obstante, todavía es fragmentaria la transformación de la noción clásica de daño aquiliano en la idea de *deminutio patrimonii* a tenor de D. 9, 2, 33, 1 y D. 19, 5, 11, aunque sí que aparece una nueva noción de daño entendido como un genérico perjuicio patrimonial. Sin embargo, ROTONDI, G., *op. cit.*, p. 450 y el mismo autor en *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 del Cod. Civ. Ricerche storico-domatiche*, en *Scritti Giuridici II* (Pavia 1922) 465-578, p. 477, escribe que los clásicos no han llegado a extender en vía útil o *in factum* la *actio legis Aquiliae* a daños causados *non corpori*, esto lo hacen los bizantinos (así, B. 10, 3, 11). Del mismo modo determina que para los bizantinos esta acción *in factum*, aunque unida por necesidades sistemáticas a la *actio legis Aquiliae* de la que toma el nombre, es en realidad una acción general dirigida a obtener el resarcimiento (*actio in factum generalis*) y, por tanto, con función integradora y subsidiaria frente a singulares remedios específicos y más próxima a la moderna responsabilidad extracontractual que responde, en cualquier caso, a la simpatía de los bizantinos por remedios generales; por contra la *actio legis Aquiliae* clásica está lejana de fundar una obligación general de resarcimiento del daño.

²³ DE ROBERTIS, F. M., *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (Milano 1946) p. 90.

comportamiento en el que no se guarda la diligencia debida²⁴, con la consecuencia de que se potencia el desarrollo de la culpa, que aparece en su aspecto más primitivo en el campo delictual (*ex lege Aquilia*). En palabras de KASER²⁵, dado que las relaciones de buena fe son de carácter recíproco, la jurisprudencia clásica adopta la culpa para referirse a la falta de diligencia debida, de forma que la *bona fides* pasa de ser fundamento independiente de las obligaciones, a ser la medida con que el juez debe juzgar la relación obligatoria, convirtiéndose en instrumento de valoración²⁶.

En efecto, en el texto que nos ocupa partimos de la diligencia entendida como grado de la responsabilidad (aunque ya no en el contexto de la ley Aquilia), y nos basamos de nuevo en la expresión *temperare enim*, entendida como relajamiento o descuido en la conducta debida, y a través de la que se otorga protagonismo a la culpa en identidad con el hecho dañoso (*quassavit vel occidit*). En resumen, hemos visto cómo la culpa se convierte en criterio de determinación de la responsabilidad sobre la base de la falta de diligencia, de forma que en D. 19, 2, 13pr es esta misma falta de diligencia la que propicia pretensiones que derivan del *damnum iniuria datum*, y es también la que posibilita la *actio ex locato*²⁷. En palabras de RODRÍGUEZ ENNES²⁸, la casuística aquiliana demuestra que en la época de la república, la nueva terminología irrumpe netamente en los diferentes textos en los que el factor de la culpa, en su significado técnico de ausencia de la debida diligencia²⁹, se erige en criterio decisivo para admitir o negar la responsabilidad del individuo agente.

En definitiva, en los juicios de buena fe no se tardó en considerar contrario a la *fides bona* no sólo el dolo, sino la falta de *diligentia*, lo que puede proporcionar un concurso de responsabilidades³⁰, dado que la misma es fundamento de obligaciones derivadas o no de un contrato.

²⁴ Inst. 3, 24, 5: *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur*. Donde se expresa una desviación de los criterios normales en base a los cuales se solía evaluar la responsabilidad de obligado, teniendo en cuenta que la conducta del obligado, siempre debe de realizarse según lo bueno y lo equitativo.

²⁵ KASER, M., *Quanti ea res est* (München 1935) pp. 167ss.

²⁶ Así, en relación a D. 19, 2, 13pr, escribe VALIÑO, E., *Acciones útiles* (Pamplona 1974) p. 339 que en el derecho clásico basta la cláusula *ex fide bona* de la *locatio* para que el *locator* pudiese obtener la indemnización por el daño, sin recurrir a la *actio legis Aquiliae*, basando su conclusión en la crítica interpolacionística que soporta el fragmento *in fine* del pasaje; no obstante, estimamos que dicha crítica no va tanto dirigida a la posibilidad del ejercicio de la *actio legis Aquiliae*, sino a la concesión de la misma en vía útil. Es más, como veremos, nada obsta a que se produzca una concurrencia de responsabilidades.

²⁷ En este sentido, KUNKEL, W., *Exegetische Studien zur Aquilische Haftung*, en ZSS 49 (1929) 158-187, pp. 163ss; VISKY, K., *op. cit.*, p. 440; CANNATA, C. A., *Per lo studio, cit.*, p. 288 ARANGIO-RUIZ, V., *op. cit.*, pp. 240ss.

²⁸ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Contribución a una nueva hipótesis interpretativa de D. 9. 2. 31*, en *Estudios Homenaje al Prof. J. Iglesias II* (Madrid 1988) 1055-1063, en concreto, p. 1059.

²⁹ MARTON, G., *op. cit.*, p. 190. Estimamos que el ser entendida como elemento decisivo en la responsabilidad del deudor contractual sobre la medida de un *diligens paterfamilias* es obra de las escuelas postclásicas de los siglos IV y V.

³⁰ PUGLIESE, G., *op. cit.*, p. 621.

I.iii.-No en vano, a nuestro entender, la cuestión más controvertida del texto es la concurrencia de responsabilidades y por tanto la posible acumulación de acciones, sobre todo a partir de que la casuística de la responsabilidad aquiliana coincide con la contractual; ciertamente, no es la única vez que en D. 19, 2 dedicado a la *locatio conductio* se establece dicha concurrencia³¹, de forma que, si el obligado en la realización del trabajo que se le confiaba causaba daños, podía responder *ex locato* (contractual) y *ex lege aquilia* (extracontractual) por el específico acto ilícito de daño³².

Concretamente, en D. 19, 2, 13pr, la expresión *sed etiam* es la que refiere la concurrencia de acción contractual y aquiliana en vía útil³³. Como afirma MAYER-MALY³⁴, el momento de la *imperitia* está tan relacionado con la *locatio conductio* como con la responsabilidad aquiliana.

En principio, parece que ambas acciones pueden ser acumuladas desde el punto de vista de la consideración de la *actio legis Aquiliae* como típica acción penal³⁵. No obstante, ya en época de los Severos aparece la idea de que prima el resarcimiento del daño -D. 9, 2, 33pr: *aut consequi potuimus aut erogare cogimur*-, es decir, se produce una transformación del remedio aquiliano como instrumento, no ya de tutela de propiedad, sino de patrimonio, lo que implica un concepto más amplio³⁶. Ello significa, si tenemos en cuenta que los criterios penales se reflejan en las innovaciones relativas al resarcimiento, que cobran importancia las relaciones entre pena y resarcimiento y por tanto entre ilícito civil y penal, es más, parece que ya en la concepción arcaica resarcimiento y pena van juntos, de forma que los juristas clásicos no van a tener problema en señalar que la acción tiene estas dos finalidades -dado que la acción es *in duplum* a tenor de Gai, IV, 9-; no en vano, Justiniano³⁷ diferencia entre acciones *quae rei persecuendae*, las que *quae poenae persecuendae* y las mixtas entre las que coloca a la *actio legis Aquiliae*.

Pero estas consideraciones no dan respuesta a la eventualidad de la acumulación de acciones, dado que de lo dicho hasta ahora, no parece que el ejercicio de una excluya al de la otra automáticamente; no obstante, en D. 13, 6, 7, 1 -*aequissimum*

³¹ D. 19, 2, 13, 4; D. 19, 2, 25, 4-5; D. 19, 2, 30, 2; D. 19, 2, 43; D. 19, 2, 57.

³² PUGLIESE, G., *Locatio-conductio*, en *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al prof. J.L. Murga Gener* (Madrid 1994) 597-610, p. 608.

³³ LEVY, E., *Die Konkurrenz der Aktionen I* (Berlin 1918) p. 48.

³⁴ MAYER-MALY, T., *op. cit.*, p. 126; en el mismo sentido, DE ROBERTIS, F.M., *op. cit.*, p. 173, por cuanto afirma que para determinar la responsabilidad extracontractual del *conductor operis* hay que estar a los principios generales del daño aquiliano, es más, el *conductor* respondía de cualquier daño, incluso fuera de los términos contractuales.

³⁵ Aunque se discute sobre su originario carácter penal, la mayoría de la doctrina tiende a reconocerlo: LEVY, E., *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht* (Berlin 1915) pp. 135ss; VON BESELER, G., *Romanistische Studien*, en ZSS 47 (1927) 53-74, p. 65; KASER, M., *Quanti ea res, cit.*, pp. 167ss; VOGLI, P., *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico* (Milano 1939) pp. 94ss; LAWSON, F. H., *Negligence in the civil law* (Oxford 1950) pp. 68ss; VON LÜBTOW, U., *op. cit.*, p. 36ss; HAUSMANINGER, H., *Das Schadensersatzrecht der Lex Aquilia* (Wien 1990) pp. 35ss; SCHULZ, F., *op. cit.*, pp. 41 y 565, aunque afirma éste último que, en la época postclásica, la acumulación de acciones pareció excesivamente dura y fue sujeta a limitaciones.

³⁶ VALDITARA, G., *op. cit.*, p. 882.

³⁷ Inst. 4, 6, 16.

est, ut commodati agendo remittat actionem-, se da idea de que el Pretor aconseje al Juez no permitir el ejercicio acumulado de acciones en virtud de responsabilidad derivada de un contrato –en este caso un comodato- y de la ley Aquilia, es más, si asumiendo la acción por la ley Aquilia o *ex contractu* se verifican diferentes presupuestos o resultados, parece abierto a la víctima elegir el medio procesal más favorable³⁸ -*nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est; quod videtur habere rationem*-.

En cuanto a la posible acumulación de acciones, y en el contexto de la *locatio*, hay que hacer referencia obligada a:

D. 19, 2, 43 (*PAULUS libro vicesimo primo ad Edictum*).- *Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur*.

En el texto se determina cómo, a pesar de una acumulación de responsabilidades, el actor debe contentarse con el medio procesal derivado de una o de otra. En efecto, la creencia general es que en el procedimiento formulario el control se realizaría *in iure* por el pretor para asegurar que ambas acciones no se llevarían al mismo hecho anti-jurídico³⁹, esto es, el demandante no debe elegir *de iure*, pero sí *in iure*. Por tanto, la extensión de la tutela aquiliana, que coincide con la atenuación progresiva de la función meramente penal de la ley Aquilia, no repercute en un incremento de la condena del resultado dañoso. De hecho, aunque durante toda la época clásica la *actio legis Aquiliae* se encuentra entre las acciones penales, no hay duda de que cuando el demandante a través de *litis aestimatio* consigue una reparación de daño, consecuentemente, por el mismo hecho, no puede pedir otra cosa, y por tanto, debe elegir⁴⁰. Por tanto, ya en el periodo clásico se establecen las premisas para el paso de la concepción de la obligación *ex delicto*, como dirigida a castigar al culpable con una pena, a la concepción moderna de la obligación civil del acto ilícito dirigido al resarcimiento⁴¹.

³⁸ LAWSON, F. H., *op. cit.*, p. 77.

³⁹ THOMAS, J.A.C., *op. cit.*, p. 132, estima que la referencia al Juez es una alteración. Es más, determina que lo que sí puede pedirse en virtud de una *actio ex locato* serán otros rompimientos contractuales (rentas indebidas, etc...).

⁴⁰ D. 6, 1, 13 (*ULPIANUS libro decimo sexto ad Edictum*) *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitem oportere lege aquilia non acturum, quae sententia vera est*; esto es, Labeón quería hacer prometer con una *stipulatio* al que había usado la *rei vindicatio* no intentar después la ley Aquilia por los daños que se podían liquidar en el juicio en curso. En este contexto VALDITARA, G., *op. cit.*, p. 880, habla por tanto de una función no penal, dado que se insinúa el principio de que lo liquidado era el “precio formal” del bien. Así también, Gai. IV 6-9.

⁴¹ A decir de BRANCA, G., *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*, en *Studi in onore di E. Volterra I* (Milano 1971) 99-111, p. 102. estamos en la semilla de una única acción por responsabilidad; en el mismo sentido, PUGLIESE, G., *Instituzioni*, *cit.*, p. 607. El resultado es que los bizantinos van a confundir el resarcimiento con la pena y a ver en aquel una función punitiva, dado que en la base de este nuevo concepto se encuentra la idea de culpa como fundamento genérico de la responsabilidad contractual o extracontractual como escribe RATTI, U., *Il risarcimento del danno nel diritto Giustiniano*, en *BIDR* 1-4 (1932) 169-199, pp. 178ss.

A pesar de este mecanismo de verificación de la responsabilidad, hay que esperar a Justiniano para poder hablar de una concreta limitación del resultado en sede de resarcimiento, vayamos al texto concreto:

C. 7, 47 (*Imperator JUSTINIANUS A IOANNI P.P.*).- *Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigere, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. (a 531 d. k. Sept. Constantinopoli post consulatum LAMPADII et ORESTAE vv. cc.).*

En el texto Justiniano prescribe, para los casos en los que existe una deuda de cantidad cierta, un límite legal máximo del doble de dicha deuda en la *aestimatio* realizada por el Juez; además, para todos los restantes casos en los que es materialmente imposible partir del conocimiento de una cantidad de crédito debida –casos en los que en principio podríamos incluir la responsabilidad *ex lege Aquilia*–, se prescribe la necesaria moderación judicial en el establecimiento de la cantidad del resarcimiento, por tanto, parece que lo que el emperador quiere impedir es que la responsabilidad civil sea ilimitada, circunscribiéndola a límites legales a ejemplo de la penal. Asimismo, el texto se expresa de tal forma que permite considerar al propio resarcimiento como una pena, dado que la limitación del doble está más próxima a la función punitiva del resarcimiento que a la reipersecutoria, es más, si se hiciera referencia únicamente al carácter reipersecutorio no hablaría de límites. A todo ello hay que añadir, una cierta finalidad práctica, cual es limitar en determinados supuestos de conocimiento de cantidad debida el poder del Juez para fijar el resarcimiento, favoreciéndose, por tanto, la conclusión de los contratos ante la posibilidad de que los mismos generen deudas⁴². Por último, sobre la base del límite del doble *in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam* y el criterio del *competens moderamen in aliis casibus* que funcionan *non solum in damnum etiam in lucrum*, nos encontramos sobre el fundamento del principio del resarcimiento que ampara el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*.

⁴² RATTI, U., *op. cit.*, p. 171ss.

II.- Con apoyo en los dictados de los juristas romanos, vayamos ahora a determinar la medida de la responsabilidad en D. 19, 2, 13pr desde la reinterpretación que de las fuentes jurídicas romanas realizan los glosadores⁴³.

En la glosa a D. 19, 2, 13pr, no hemos sido capaces de verificar una concreta referencia a la posible acumulación de acciones⁴⁴, únicamente en relación al ejercicio de la *actio legis Aquilia* en vía útil se prescribe lo siguiente:

gl. *Aquila*, ad D. 19, 2, 3pr: *scilicet in factum*.

Donde únicamente se refiere el tratamiento indistinto de la tipología de la acción *ex lege Aquilia* útil o *in factum*, a ejemplo de la tendencia de la jurisprudencia romana clásica. Por tanto, nos vemos obligados a guiarnos por la reinterpretación de otros textos cuyo sentido es más general.

En principio parece que para los glosadores, a decir de RAS⁴⁵, el obstáculo más grave fue superar la naturaleza penal de la acción *ex lege Aquilia*, que era la acción que en todo caso producía el resarcimiento. Dicha naturaleza penal se refleja en:

AZZO⁴⁶, *Summa Codicis IV, de lege Aquilia: est autem poena unum simplum ratione infitationis: et in eo obtinet quod dictum est: sed poena potest esse in repetitione triginta dierum vel anni*.

gl. *cum sit poena*, ad D. 9, 2, 11: (...) *hic prosequimur poenam nam haec actio est poenalis tam in dupli, quod per infitationem crescit, quam ex eo quod crescit ex repetitione facta retro (...) et in tali poena intellige hic quod unis alium non liberat (...) Accursius*.

En los textos queda claro que sólo en el caso de que se produzca *infatio* la acción conservará su carácter penal. Es más, a ello hay que añadir que parece que la naturaleza penal de la *actio legis Aquilia* se fundamenta exclusivamente en una actuación dolosa. Por contra vayamos a:

gl. *lege Aquilia*, ad D. 9, 2, 27: *sed cur datur constante matrimonio: ut hic dic, cum sit poenalis? (...) Respondit hic dabitur in simplum tantum*.

⁴³ La edición utilizada de La Glosa es la de: *DIGESTUM VETUS (Tomus Primus), INFORCIATUM (Tomus secundus), DIGESTUM NOVUM (Tomus tertius), seu Pandectarum Iuris Civilis, Ex pandectis florentinis, quae olim Pisana dicebantur, quoad eius fieri potuit, repraesentatus: Comentariis ACCURSII, et multorum insuper aliorum tam veterum quam neotericorum Iureconsultorum scholiis atque observationibus illustratus; CODICIS Dn. Iustiniani sacratissimi principis pp. Augusti, repetitae praelectionis libri XII, ACCURSII Comentariis, et multorum veterum ac recentiorum Iurisprudentum; VOLUMEN LEGUM PARVUM, quod vocant in quo haec insunt: Tras posteriores libri Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis, eadem cura, qua priores novem, emendati. Autenticae seu Novellae Constitutiones eiusdem Principis* (Parisiis 1566).

⁴⁴ Tampoco se encuentra en la doctrina de los comentaristas, dado que BARTOLUS, *Commentaria, I in Dig. veteris* (Basileae 1562) ad, D 19, 2, 13pr, únicamente hace referencia a la necesidad del elemento culpable del comportamiento del *conductor*, así escribe: *Si conductor fuerit in culpa, tenetur, alias non (...)*. En efecto, a decir de CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa* (Catania 1924) p. 75, la culpa no se presume, si el legislador no consiente la prueba contraria y la culpa se presume *iuris et de iure*, se prescinde de la existencia real de la misma y todos son considerados responsables, incluso los no culpables.

⁴⁵ RASI, P., *L'actio legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella 'glossa'*, en *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accusiani III* (Milano 1968) 723-775, p. 733.

⁴⁶ AZZO, *Summa Codicis*, en *Ius Civile* (Lugduni 1564) n. 22 p. 65.

gl. *tenebitur*, ad D. 9, 2, 9: *quia dolus praeponderat (...) quia cumpla culpam abolet, sed non dolum*.

Según los pasajes transcritos, la acción tendrá carácter civil cuando es reipersecutoria y se pide sólo el alivio del daño patrimonial sufrido -*aestimatio damni*-, es más, la base de esta acción civil será en todo caso la culpa.

Pero esto no deja resuelto el problema de la posible acumulación de responsabilidades⁴⁷ que encontramos en D. 19, 2, 13pr, vayamos de nuevo a los textos:

IRNERIUS⁴⁸ II ad D. 9, 2, 27, *si servus: iniuria teneri. ex contractu tamen locati*.

gl. *in quadruplum*, ad D. 9, 2, 27: (...) *an autem praedictarum tollatur per aliam? Respondit non civilis per criminalem (Acc)*.

IRNERIUS⁴⁹, *Summa Inst IV, 6 de actionibus: ex maleficiis vero prodite actiones, ale tantum pene, alie tantum rei, alie tam rei, quam pene persequende causa sunt comparate. pene tantum, ut furti. rei tantum, ut in factum, que datur adversus eum qui vi exemit in ius vocatum. rei te pene, ut vi bonorum raptorum et legis Aquiliae*.

En principio nada obsta a interponer de forma cumulativa las acciones que derivan de cada una de estas responsabilidades, cosa que, en principio, no propiciaban los textos romanos estudiados, no obstante, hay que estar también a lo dispuesto en:

AZZO⁵⁰, *Summa Inst, IV, de oblig. quae ex quasi del. nasc: quae contra eundem, siquidem competant ex diversis factis, neutra alteram impedit... Si vero dentur ex uno facto, quatenus concurrunt, et non est in plus, se invicem impediunt... sunt persecutoriae rei.... ex uno facto.... facta executione per alteram, altera remittenda est, vel tollitur*.

gl. *vel ex lege*, ad D. 9, 2, 7: *vel pro etiam. nam utraque tenetur*.

De los textos se desprende que si se litigaba penalmente para obtener además de la *aestimatio*, la *infinitio* se fingía que se habían iniciado contextualmente las dos acciones, aunque se excluye la posibilidad de dos resarcimientos⁵¹. Además, se puede obtener sólo el mayor interpretado bajo el auspicio del *teneri ad interesse* de C. 7, 47. Veamos la glosa al texto:

gl. *in omnibus casibus*, ad C. 7, 47: *sed nonne melius dixisset in omnibus contractibus, ut postea dicit in emptione et locatione? Respondit non: quia et in maleficiis et quasi locum habet. Sed*

⁴⁷ Según RASI, P., *op. cit.*, p. 767, los glosadores siempre han tenido clara la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual.

⁴⁸ *Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, en BESTA, E., *L'opera de Irnerio II* (Torino 1896) p. 96.

⁴⁹ IRNERIUS, *Summa institutionum*, en *Biblioteca Iuridica Medii Aevi, I, II* (Bononiae 1914) p. 164.

⁵⁰ AZZO, *Summa Institutionum*, en *Ius Civile* (Lugduni 1564) n. 8. p. 297.

⁵¹ RASI, P., *op. cit.*, p. 767.

nec in obligationibus bene dixisset: quia etiam officio iudicis praestatur: ut in arbitrariis actionibus.

gl. dupli, ad C. 7, 47: (...) Cui respondebant B. et M. quod illa dicit de interesse extra rem: hic circa rem; deberet excedere duplum, quam illud quod extra rem (...).

Según estos pasajes, el interés, entendido como pretensión de resarcimiento del daño puede ser, según BALDO *circa rem* -derivado del contrato- o *extra rem* -extracontractual⁵², ya no en función de la diversa fuente de la obligación, sino con fundamento en la diversa tipología del daño dado que la obligación va dirigida al cumplimiento de la prestación, y la responsabilidad pretende la reparación del daño, por tanto, nos encontramos en la raíz de la moderna diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual⁵³. No obstante, a decir de WESENBERG-WESENER⁵⁴, con la glosa a C. 7, 47 todavía no se halla el enlace con una acción general de indemnización para cualquier daño patrimonial, a tenor de la diferenciación entre la tipología de responsabilidades mencionada y a la referencia a la necesaria actividad judicial que propicia la alternativa entre uno u otro medio procesal para reclamar indemnización por el daño causado; sin embargo, sí que acudimos al nacimiento de la doctrina del *interesse* a tenor de la gl. *possibile est*, ad C. 7, 47: *quia plene definiri non potest (...) Dicere tamen potest: interesse est singulare rei precium secundum quosdam. Vel dic, interesse est damnum emergens, et lucrum cessans ex eo quod aliquid fieri cessatur*, donde se limita el resarcimiento al daño emergente y al lucro cesante.

III.-Concluyendo, a nuestro parecer, el hecho dañoso –la herida o muerte de un esclavo- referido en D. 19, 2, 13pr, provoca la conjunción de dos responsabilidades desde el punto de vista de la culpa/negligencia del agente. Por un lado, y en sede de responsabilidad extracontractual, la derivada del propio ilícito de daño, que puede ser reclamada a través de la *actio legis Aquiliae* en vía útil, dado que el pasaje ya asume la noción de daño *non corpore*, por cuanto que se centra en la relación directa de causalidad entre la conducta del agente y el daño producido; por otro lado, y en sede de responsabilidad derivada del contrato, la que proporciona el ejercicio de la *actio locati*, teniendo en cuenta que la imprudencia ya es considerada en D. 19, 2, 13pr como parte del ilícito contractual. No obstante, a pesar de esta concurrencia de responsabilidades, no somos capaces de confirmar, a tenor de las fuentes jurídicas referidas en nuestro estudio, un ejercicio acumulado *in iure* de las acciones a que dichas responsabilidades dan lugar si se aconseja la elección por parte del perjudicado-demandante de uno de los dos medios procesales. En efecto, Justiniano pretende impedir que la responsabilidad civil sea en todo caso ilimitada tanto en relación con el daño causado como en lo que respecta al *lucrum cessans*.

⁵² Donde *res* es sinónimo del negocio jurídico realizado. Vid en este sentido BUSSETI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (Padova 1937) p. 201.

⁵³ CERAMI, P., *La responsabilità extracontrattuale dalla Compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, en *La Responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC* (Torino 1995) 103-122, p. 119.

⁵⁴ WESENBERG, G - WESENER, G., *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. por J.J. De los Mozos (Valladolid 1998) p. 91.

Por todo ello, parece que los resultados del Derecho Romano nos permitan situarnos en la semilla de una única acción de responsabilidad dirigida a obtener el resarcimiento oportuno, y que por tanto podamos presumir que La Glosa llevará a cabo una labor tendente a la consecución de esta única acción por responsabilidad. En este sentido, los glosadores, a partir de los textos romanos, tienen una visión clara de la responsabilidad derivada del contrato –*circa rem*– y la responsabilidad extracontractual –*extra rem*–, diferenciación que tampoco proporciona un ejercicio acumulado de las acciones derivadas de dichas responsabilidades, esto es, se excluye la posibilidad de dos resarcimientos, en concreto, entienden los glosadores que sólo puede conseguirse el mayor bajo el auspicio de la doctrina del *interesse* que lo limita al daño emergente y al lucro cesante. No obstante, parece que los glosadores todavía no son capaces de construir una acción general de resarcimiento del daño, en este ámbito, su labor es efectivamente de mera exégesis, y muestra del respeto hacia las fuentes romanas originales.