

## Los *iudicia contraria* en el marco de las acciones procesales romanas

Javier Paricio<sup>1</sup>

<https://dx.doi.org/10.5209/cuhd.98605>

Recibido: 01/06/2024 • Aceptado: 20/10/2024

**ES Resumen<sup>1</sup>.** Un estudio acerca del sentido y alcance de la expresión *iudicia contraria* / acciones *contrariae* en los textos jurisprudenciales romanos.

**Palabras clave:** Estructura general de las instituciones de Gayo; Clases de acciones; *Actiones contrariae*; *iudicium calumniae*.

### **EN** The *iudicia contraria* in the context of Roman procedural actions

**EN Abstract.** A study on the meaning and extent of the expression *iudicia contraria* / acciones *contrariae* in Roman jurisprudential texts.

**Keywords:** General structure of the *Institutiones* of Gaius; Types of actions; *Actiones contrariae*; *iudicium calumniae*.

### **FR** La *iudicia contraria* dans le contexte des actes de procédure romains

**FR Résumé.** Une étude sur le sens et la portée de l'expression *iudicia contraria* / actions *contrariae* dans les textes jurisprudentiels romains.

**Mots clé :** Structure générale des *Institutiones* de Gaius; Types d'actions; *Actiones contrariae*; *iudicium calumniae*.

**Cómo citar:** Paricio, J. (2024). Los *iudicia contraria* en el marco de las acciones procesales romanas, *Cuadernos de Historia del Derecho*, XXXI, 375-383

<sup>1</sup> Las páginas que siguen reproducen el texto de una conferencia pronunciada en la Universidad de Lisboa el día 6 de mayo de 2024, como pórtico a un congreso internacional sobre los *iudicia contraria* en el procedimiento civil romano.

1. Todos cuantos nos dedicamos al derecho romano sabemos que en el libro primero o, mejor, en el comentario primero de las *institutiones* de Gayo, tras una referencia básica a la distinción entre derecho civil (*ius civile*) y derecho de gentes (*ius gentium*) (Gai. 1.1) y una sucinta y clara alusión a los *iura populi romani* (Gai. 1.2-8), el jurista pasa a enunciar (Gai. 1.8) la división de todo el derecho que usamos (*omne ius quo utimur*), lo que le sirve a modo de estructura de la obra en su totalidad: derecho de personas (libro o comentario 1º), derecho de cosas (libros 2º y 3º, incluyendo, en cuanto *res corporales* [Gai. 2.14], la herencia y las obligaciones), y, finalmente, las acciones (libro 4º), que es el libro o *commentarius* que más nos interesa a los efectos actuales.

A lo largo de toda la obra Gayo se sirve de una serie de mecanismos expositivos a modo de ritornellos. Así, cuando comienza a hablar de las personas dice que la *summa divisio personarum* es la que distingue (Gai. 1.9) entre libres y esclavos (es ocioso recordar que la categoría de “personas jurídicas” era entonces inexistente): ciertamente existen otras muchas divisiones posibles, pero la máxima, por encima de la cual no hay otra, y que es exhaustiva al alcanzar o abrazar a todos los seres humanos, es la que distingue entre *liberi et servi*.

Al comenzar a hablar de las cosas, vuelve a suceder lo mismo, pues aunque Gayo abra (Gai 2.1) con la distinción entre *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*, a ella le superpone una *summa divisio rerum*, que distingue entre *res divini iuris* y *res humani iuris* (Gai. 2.2). Esa es la máxima división posible, por encima de la cual no hay otra, y abarca a todas las cosas. Ciertamente existen otras muchas clasificaciones posibles: *res corporales* e *incorporales*, *res Mancipi* y *nec Mancipi*, cosas muebles y cosas inmuebles, cosas divisibles e indivisibles, etc., etc., pero ninguna está a la altura de la enunciada.

Cuando Gayo comienza a hablar de las obligaciones, nos encontramos de nuevo con una situación similar (Gai. 3. 88), pues la *summa divisio obligationum* es la que distingue entre dos especies, ya que *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Esa es, a su juicio, la máxima división de las obligaciones, por encima de la cual no hay otra, y abarca a cualquier obligación (*omnis obligatio...*). Por ello mismo, el sentido que el contrato tiene en Gayo no es convencional, no puede ser convencional, sino que abraza a todas las obligaciones civiles nacidas de actos lícitos (convencionales o no), frente a las cuales se encuentran las obligaciones civiles nacidas de actos ilícitos, porque si así no fuera su *summa divisio obligationum* se desmoronaría en el mismo momento de enunciarla. Esto, que viene a quedar confirmado en otros pasajes de Gayo, al menos para mí no sería discutible, aunque se haya discutido y se siga discutiendo por otros, pero sobre eso no vamos a discutir aquí y ahora.

2. Pasemos ya a las *acciones*, de las que trata el libro o comentario 4º de las *institutiones*.

2.1. Como inicio, Gayo no se sirve ahora del giro *summa divisio actionum*, sino de otro en cierto modo similar pero más modesto, diríamos que como menos pretencioso, quizá porque no quepa hablar de *summa divisio* a propósito de las acciones. El jurista comienza diciendo respecto a los *genera actionum* que *verius videtur duos esse*, en concreto *in rem* e *in personam* (Gai. 4.1). Esa vendría a ser, pues, la principal división: *acciones in rem* y *acciones in personam*, para pasar luego a definir cada una de ellas (Gai. 4.2 y 4.3); respecto a la *actio in personam* muestra de nuevo una perfecta congruencia con la *summa divisio obligationum* que había antes enunciado, pues “*in personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est*” (Gai. 4.2). Gayo concreta luego que a las *acciones in rem* se las llama *vindicationes*, y a las *acciones in personam* se las denomina (también) *condictiones* (Gai. 4.5). Esa distinción básica entre *acciones in rem* y *acciones in personam*, de origen remoto, que nos remonta a las más antiguas *legis actiones*, es técnica, y la terminología de *actio in rem* y de *actio in personam* es también exquisitamente técnica.

Pero en su exposición institucional Gayo menciona muchas más clases de acciones. En realidad, como vamos a ver y si no me equivoco, Gayo viene a mencionar todos los tipos de acciones relevantes para el *ordo iudiciorum privatorum* excepto unas, las *acciones populares*, pero esta omisión resulta hasta cierto punto explicable porque en las acciones populares se produce una concurrencia del interés público con el interés privado, y cualquier ciudadano puede actuar como demandante (de todas formas, a mi juicio, y a diferencia de la opinión dominante, no

en todas las acciones populares la legitimación activa sería desde el primer momento abierta y general, y el pretor, en caso de concurrencia de varios, elegía al que considerara más idóneo, sino que en algunas de ellas esa posibilidad sólo se abría en defecto de actuación del directamente interesado, pero se trata de una cuestión compleja y discutida que debemos dejar ahora al margen<sup>2</sup>).

Al preparar esta exposición releí con calma todo el libro 4º de las *institutiones* gayanas, procurando fijarme en el tratamiento de los distintos tipos de acciones que enumera, también en búsqueda de material útil respecto a las *actiones directae* y *contrariae*. Vamos, pues, a seguir la exposición de Gayo, advirtiendo que voy a hacerlo de modo somero pues soy consciente de que me dirijo a especialistas en derecho romano (aunque algunos estéis comenzando vuestra andadura profesional) y no a legos en la materia.

2.2. Inmediatamente después de la distinción básica referida, Gayo diferencia (Gai. 4.6-8) entre *actiones poenales* (que persiguen la imposición de una pena pecuniaria al delincuente) y *actiones rem persequentes* (que son todas las demás), mientras que algunas acciones (Gai. 4.9) son a la vez reipersecutorias y penales, al mantener el antiguo efecto de litiscrescencia contra el *infittians* (*lis infittiendo crescit in duplum*), como la *actio iudicati*, la *actio depensi*, la *actio legis Aquiliae* o la *actio ex testamento* para reclamar un legado damnatorio. La distinción entre acciones reipersecutorias y penales es también exquisitamente técnica y tiene importantes consecuencias jurídicas; por otra parte, quiero destacar que a las acciones que son a la vez reipersecutorias y penales Gayo no las llama *actiones mixtae*.

2.3. Luego Gayo presenta una distinción que, como señalaba ya mi maestro italiano Arnaldo Biscardi en el mismo título de un conocido artículo suyo<sup>3</sup>, ha quedado como olvidada por los romanistas: se trata de la que distingue entre (Gai. 4.10) *actiones quae ad legis actionem exprimuntur* (lo que dará pie a Gayo para explicar las distintas *legis actiones*: Gai. 4.11-29) y las *actiones quae sua vi ac potestate constant*. La gran pérdida de prácticamente una página en Gai. 4.31-32 en el palimpsesto veronés impone expresarse siempre con cierta cautela a este respecto; aquí me limitaré a indicar que, a mi entender, y de acuerdo con la interpretación de Biscardi -que no tiene una aceptación general y, por tanto, no debe entenderse como un consenso-, la *lex Aebutia* (un plebiscito), derogó la *legis actio per condictionem* (la más moderna de las *legis actiones*, también surgida mediante plebiscito[s]), y la sustituyó por la *condictio* formularia -sin que se pueda afirmar que ello agotaba el contenido de la ley-, y a partir de entonces comenzaron a utilizarse fórmulas en las demás *legis actiones* (que no habían nacido por plebiscito, sino que tenían un origen infinitamente más antiguo, en los *mores* ancestrales) con ficción de que había tenido lugar ante el magistrado la declaración oral la *legis actio* correspondiente<sup>4</sup>, y ello hasta que la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C. abolió casi por completo (salvo en dos casos) el procedimiento *per legis actiones* y generalizó el procedimiento formulario. En cambio, como dice Gayo (Gai. 4.33), en la *condictio* formularia no había ninguna ficción, al igual que sucedía en las *actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles*, todas las cuales valían por su *vis ac potestas*.

2.4. Precisamente el hablar de la *fictio* de *pignoris capio* introducida en la fórmula que se concedía a los publicanos contra deudores de impuestos (Gai. 3.33), es lo que dará pie a Gayo para tratar de las *actiones ficticiae*, o *actiones* con fórmula ficticia (Gai. 4.34-38).

2.5. Gayo pasa luego a tratar de las *partes formularum* (Gai. 4.39 ss.), de cuya exposición, a efectos de los tipos de acciones, quizá sólo quepa destacar a los efectos de clases de acciones lo siguiente: Por una parte, las *actiones* o *formulae praeiudiciales*, que sólo llevan *intentio* (Gai. 4.44) y, por

<sup>2</sup> Remito a lo que ya indiqué hace casi cuarenta años: J. Paricio, *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"* (Milano, 1986) pp. 65 s. nt. 74.

<sup>3</sup> A. Biscardi, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires "quae ad legis actionem exprimuntur"*, en *TR* 21, 1953, pp. 310 ss.

<sup>4</sup> La imposible lectura de la página correspondiente del palimpsesto veronés no permite saber con certeza -como parece muy probable- que se incluyese la referencia a alguna otra ficción de *legis actio* al margen de la referida de *pignoris capio*.

tanto, al faltar en ellas la *condemnatio*, el juez no podrá luego condenar o absolver, sino que deberá limitarse a declarar algo: si una persona es libre o no, la cuantía de una dote y otras muchas (*et aliae complures*). Por otra, aunque Gayo no emplea la terminología de *iudicia divisoria*, puede darse como sobreentendida al hablar de la *adiudicatio* (Gai. 4.42) y referir las tres acciones cuyas fórmulas la contenían y cuya finalidad era la de dividir cosas comunes o fijar los límites entre fundos. Por lo que respecta a la *condemnatio*, ésta puede presentar algunas peculiaridades según los casos, así: Cuando lo reclamado judicialmente no es una cantidad pecuniaria sino un objeto (Gai. 4.48), la *condemnatio* presenta anexa a ella la llamada “cláusula arbitraria”, que coaccionará eventualmente al demandado a la restitución de la cosa según el arbitrio judicial si no quiere verse obligado a pagar una sobrevaloración de la cosa por estimación jurada del demandante; a esas acciones las llamamos los romanistas *actiones arbitrarie*, pero los juristas romanos no usaban esa terminología. En muchas ocasiones la *condemnatio* contiene a efectos de la estimación pecuniaria un límite o *taxatio* marcado por el magistrado jurisdiccional que el juez no puede exceder en la sentencia (*cum taxatione*: Gai. 4.51), pues, de hacerlo, *litem suam facit* (Gai. 4.52). En otras, la *condemnatio* otorga al juzgador, dentro de ciertos límites, la posibilidad de realizar una estimación amplia en la medida de lo que estime justo (*in aequum*). Etc. En todos estos casos no sé hasta qué punto es exacto hablar de clases especiales de acciones, y, en este sentido, por ejemplo, la expresión *actiones in aequum conceptae*, que solemos emplear, y de la que yo mismo me serví como título en una monografía de hace ya casi cuarenta años<sup>5</sup>, es en realidad más romanística que romana, como tampoco es romana, según ya he dicho, la expresión *actiones arbitrarie*, de la que tan a menudo nos solemos servir.

2.6. Muy importante y técnica es la distinción que Gayo introduce a continuación (Gai. 4.45-46) entre acciones con fórmula *in ius concepta*, cuando la *intentio* (real o personal) se funda en el *ius civile*, y acciones con fórmula *in factum concepta*, en cuyo caso al inicio de la fórmula se indica el hecho de cuya comprobación o no dependerá la condena o absolución del demandado. Respecto a la parte inicial de las fórmulas *in factum conceptae*, las fuentes, a diferencia de los romanistas modernos, no hablan de *intentio in factum*, y esto presenta una serie de importantes problemas en los que no puedo entrar aquí y ahora. Como dice Gayo (4.46), las *formulae in factum* que se proponen en el Edicto son “*innumerabiles*”.

2.7. En Gai. 2.60 a propósito de la *actio depositi*, se hace por primera vez referencia a las acciones cuya condena lleva aparejada la nota de ignominia o infamia, es decir, las llamadas *actiones famosae*, de las que se ocupará con mayor detalle más adelante: Gai. 4.182, donde presenta un listado de las mismas que debe completarse con el que hemos conocido gracias al descubrimiento de la *lex Irnitana* (*lex Irn. cap. 84*)<sup>6</sup>. En todo caso, las *actiones famosae* sólo en un sentido amplio pueden entenderse como un tipo especial de acciones, dado que sus fórmulas no tienen nada común que las aglutine y las diferencie de otras, pues se trata tan sólo de que la condena en determinadas acciones lleva añadida esa nota de ignominia, con los importantes efectos que la infamia comporta, y actúa también a modo de evitar la temeridad procesal y como sanción frente a la misma (Gai. 4.171).

Sí quiero resaltar, porque resulta muy significativo, que aunque la condena del demandando, siempre que sea por dolo (no si no lo es), en las *actiones pro socio, fiduciae, tutelae, mandati o depositi* lleve aparejada la nota de infamia, yo no conozco supuestos en las fuentes en los que si esas acciones se ejercitan como contrarias se extienda al condenado la infamia, mientras que, en cambio, existen testimonios que lo niegan. Así, en el caso del depósito Ulpiano, 30 *ad Ed.*, D. 16.3.5.pr, tras reconocer que el depositario tiene a su disposición el *iudicium depositi contrarium*, dice que en ese caso no se demanda por ruptura de la *fides* sino para indemnizar a quien recibió la cosa en depósito (*non de rupta fide agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit*), y eso no hace sino coincidir con el testimonio general de Juliano 1 <dig.><sup>7</sup>, D. 3.2.1, quien expresa-

<sup>5</sup> J. Paricio, *Estudio sobre las “actiones in aequum conceptae”*, op. cit.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta también Juliano 1 <dig.> [*ad Ed.*], D. 3.2.1; e IJ. 4.16.2.

<sup>7</sup> El Digesto habla de *Julianus libro primo ad Edictum*, pero se trata de un error evidente; cfr. nota 5.

mente indica que en el propio Edicto pretorio era considerado infame el condenado en la acción de sociedad, <fiducia><sup>8</sup>, tutela, mandato y depósito “*suo nomine, non contrario iudicio*”<sup>9</sup>.

2.8. Gai 4.61, texto en gran parte perdido, trata de la compensación típica de los juicios de buena fe, lo que le arrastra a reseñar (Gai. 4.62) su famoso elenco de los *bonae fidei iudicia* o acciones de buena fe, que desde luego constituyen una categoría específica y técnica de acciones. Por la forma en que enuncia el asunto, Gayo concibe la lista como exhaustiva (*sunt bonae fidei iudicia haec: ...*), pero la fijación de la misma plantea un problema grave en el folio 68v del palimpsesto veronés debido a la repetición de las líneas 5 y 6 y la difícil interpretación de las siglas finales de la línea 5. Son seguros de buena fe los *iudicia* siguientes: *ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae* y *rei uxoriae* (las fórmulas de la acción de fiducia y de devolución de la dote no con el típico *oportere ex fide bona* en la *intentio*, sino con cláusulas equivalentes de formulación más antigua<sup>10</sup>). Las letras finales de la línea 5, R U A E (o C) M, tanto pueden interpretarse en el sentido de *r(ei) uxoriae, ae(stimatoriu)m*, como *r(ei) u(xoriae), a(estimatoriu)m, c(o)m(mo)dati*; si la lectura correcta fuese la primera, se produciría un olvido en el listado del *iudicium commodati* debido al propio Gayo (no al copista)<sup>11</sup>.

Muy importante es que tengamos en cuenta que Gayo enumera el elenco de juicios de buena fe (Gai. 4.62) al tratar de la compensación de deudas recíprocas surgidas entre los litigantes *ex eadem causa* (Gai. 4.61), pero advierte inmediatamente después de dar la lista de esas acciones (Gai. 4.63), y lo hace de manera inequívoca, que el juez en un *bonae fidei iudicium* puede tener en cuenta la compensación, pues la forma abierta de la fórmula se lo permite, pero no le obliga a hacerlo, y el efectuarlo o no se deja al arbitrio del juez (*ideo officio iudicis eius contineri creditur*)<sup>12</sup>. No creo que deba insistir acerca de la relevancia de este particular, pues me estoy dirigiendo a especialistas, ya que “alguna relación” hay (permitidme expresarlo así) entre la existencia en negocios de buena fe de deudas recíprocas surgidas entre las partes *ex eadem causa*, con la eventual compensación de las mismas y con las acciones contrarias que protegen bastantes de esos negocios de buena fe

Propio de los juicios de buena fe es la reciprocidad de la relación obligatoria, y, por tanto, que surjan obligaciones y acciones para ambas partes (salvo, por sus propias características, en el caso especial de la *actio rei uxoriae*, que viene a ser recíproca en sí misma<sup>13</sup>), aunque en unos casos, como sucede en la compraventa o en el arrendamiento, las obligaciones y acciones sean igualmente previsibles (“contratos bilaterales o sinalagmáticos perfectos”), mientras que en otros, como sucede en el mandato, en la gestión de negocios o en el depósito, una de las obligaciones y de las acciones es siempre previsible y las otras sólo eventualmente (“contratos bilaterales o sinalagmáticos imperfectos”). Esto último es obviado por Gayo, pues no habla en las *institutiones* a estos efectos de juicios o de acciones “contrarias” a propósito de las referidas acciones eventuales. Es más, y esto resulta muy relevante, en Gai. 3.160, a propósito del mandatario que ejecuta el mandato desconociendo la muerte del mandante, se dice que “*posse me agere mandati actione*” (se sobreentiende que para reclamar al heredero los gastos y perjuicios

<sup>8</sup> Resulta, a mi juicio, indudable que la mención a la *actio fiduciae* tenía que figurar en el Edicto y en el texto original de Juliano, y fue suprimida por los compiladores justinianos.

<sup>9</sup> En un sentido similar se expresan las *Institutiones* de Justiniano: IJ. 4.16.2.

<sup>10</sup> “*Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*” en la *intentio* de la *actio fiduciae*: vid., con fuentes y lit., J. Paricio, *Apuntes sobre la “actio fiduciae”*, en *Studi Burdese* 2 (Padova, 2003) pp. 49 ss.; “*quidquid melius aequius reddere oportet*” en la *intentio* de la *actio rei uxoriae*: vid., con fuentes y lit., J. Paricio, *Sobre la fórmula de la “actio rei uxoriae”*, en *Fs. Wacke* (München, 2001) pp. 365 ss.

<sup>11</sup> Remito a J. Paricio, *Gai. 4.62*, en prensa.

<sup>12</sup> En sentido similar: Ulpiano 10 *ad Ed.*, D. 3.5.7.2; Ulpiano 28 *ad Ed.*, D. 16.2.71; Ulpiano 36 *ad Ed.*, D. 27.4.1.4.

<sup>13</sup> Las *retentiones* vienen a cumplir las veces de acciones para el marido, sólo que por la propia mecánica de la acción se hacen valer a modo de *exceptiones*, que además no es preciso insertar en la fórmula al ser una acción de buena fe. También en cierto modo, la *actio de moribus* y la *actio rerum amotarum*, podían cumplir las veces, cuando procedían, de acciones contrarias.

que haya podido sufrir en el cumplimiento del encargo), y habla sólo de *actio mandati*, no de *actio mandati contraria*.

2.9. Otro tipo especial y técnico de acciones es el que se expone en Gai. 4.69-74: se trata de la *actio de peculio* y de las *aliae actiones quae eorum nomine in parentes domionosve dari solent*, es decir, de las acciones que los medievales, partiendo de una expresión de Paulo a propósito de la *actio exercitoria*<sup>14</sup>, llamaron, en denominación que haría históricamente fortuna, "*actiones adiecticiae qualitatis*".

2.10. Seguidamente Gayo trata (Gai. 4.75-81) de otra categoría técnica de acciones, las que proceden *ex maleficio filiorum familias servorumque*, esto es, las *actiones noxales*, en las que, como dice literalmente Gayo, el padre o el dueño puede elegir entre pagar la *litis aestimatio* o entregar el cuerpo del delincuente (*noxae dedere*), incluso aunque éste hubiera fallecido (Gai. 4.81).

A propósito de las acciones noxales emplea Gayo una denominación que tiene enorme relevancia a nuestros efectos actuales; se produce al tratar de la regla "*omnes noxales actiones caput sequuntur*" (Gai. 4.77), y en concreto cuando presenta el supuesto en el que un hombre libre comete un delito y luego es arrogado o adquirido como esclavo: en tal caso, dice Gayo, la acción directa se convierte en noxal (*incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit*). Por tanto, está llamando *actio directa* a la acción delictual (la *actio furti*, la *actio iniuriarum*, o la acción que fuese) que correspondiera ejercitar contra el delincuente cuando era libre. En consecuencia, la terminología *actio directa* la emplea Gayo en un sentido muy concreto y que nada tiene que ver con la que aparece en otras fuentes a propósito de los negocios de restitución o de gestión.

2.11. En Gai. 4.103-109 se presenta una distinción muy conocida pero que no afecta a las clases de acciones, por eso la menciono sólo de pasada en el afán de exhaustividad: me refiero a la distinción entre *iudicia legitima* y *iudicia quae imperio continentur*, que afecta a la duración temporal de los procedimientos una vez instaurada la *litis contestatio* y al modo de producirse el efecto consuntivo de la *litis contestatio* según el tipo de acción ejercitada.

2.12. En Gai. 4.110-111 se presenta la distinción entre *actiones perpetuae* y *actiones temporales*, según tengan o no un plazo para ser ejercitadas. Las acciones civiles no están sujetas a un plazo para su ejercicio, y en general tampoco las pretorias que viene a ser extensión o sustitución (como sucede en la *actio furti manifesti*) de acciones civiles. En cambio, las acciones que dependen de la jurisdicción pretoria (*quae ex propria ipsius iurisdictione pendent*) suelen tener como límite el plazo de un año para ser ejercitadas, aunque en algún caso el plazo puede ser distinto.

2.13. Y llegamos ya al *iudicium contrarium* de Gai. 4.177, que a los que no conozcáis con alguna profundidad el procedimiento civil romano quizá os pueda extrañar, y más aún por comparación con la noción básica que acaso tengáis -diríamos, que a modo de preconcepción- de los juicios o acciones contrarias relativos a los negocios de restitución o a los de gestión. Sorprendentemente, del *iudicium contrarium* que vamos a ver no se habla casi nunca en las exposiciones generales de derecho romano, pero se trata de algo muy importante y que ayuda a clarificar la noción general de *iudicium contrarium*.

De ese *iudicium contrarium* se ocupa Gayo al tratar de la sanción de la temeridad procesal, a propósito de la cual distingue la de los demandados y la de los demandantes (Gai. 4.171-182).

Respecto a los demandados (Gai. 4.171-173), señala que si la acción no conlleva ya en sí misma el riesgo de la condena a un múltiplo (doble, triple, cuádruplo), o no se exige previamente una *sponsio* procesal de sanción para el caso de pérdida del pleito por un tercio (como en la *condictio*) o una mitad de la reclamación (como en la *actio de pecunia constituta*), el demandante puede exigir al demandado el llamado *iusiurandum calumniae*, por el cual le conmina a jurar que no se opone procesalmente a sabiendas de no tener razón (*non calumniae causa infitias ire*).

Respecto al demandante que ha actuado para vejar o maltratar a su adversario (lo cual es, tanto en Roma como hoy, extraordinariamente frecuente), al margen de la *restipulatio* obligatoria que se exige en algunos casos (los ya referidos de la *condictio* o de la *actio de pecunia constituta*), el demandado que resulta absuelto dispone de un doble camino para proceder contra

<sup>14</sup> Paulo 29 *ad Ed.*, D. 14.1.5.1: ... *hoc enim edicto non transfertur actio, sed addicitur*.

él: el *iudicium calumniae*<sup>15</sup> y el *iudicium contrarium*. El *iudicium calumniae* se puede oponer por los demandados que resultan absueltos contra los demandantes (Gai. 175) en todas las acciones (*quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet*) y es por una décima parte del valor del asunto (o un tercio del valor del esclavo en el caso del *adsertor libertatis* que lo defendió como libre y perdió), exigiéndose en todo caso para la condena la prueba del dolo de quien resultó ser demandante perdedor (Gai. 1.178). En cambio, en algunos supuestos, *ex certis causis constituitur* (Gai. 4.177), se da como alternativo al *iudicium calumniae* el *iudicium contrarium* (Gai. 4.179), pero Gayo sólo menciona como ejemplos (*velut*) tres casos: la acción de injurias, la acción contra la mujer embarazada que pidió la *missio in possessionem ventris nomine* y transmitió dolosamente a otro la posesión, y la acción contra quien no acepta la *missio in possessionem* de aquel a quien la otorgó el pretor; en la acción de injurias el *iudicium contrarium* se da por una décima parte de la estimación del asunto litigioso, y por una quinta parte en las otras. Por lo demás, mientras la condena en el *iudicium calumniae* presupone, como he indicado, la prueba del dolo de quien había sido demandante, en el caso del *iudicium contrarium* la condena de quien fue demandante resulta ser objetiva, con independencia de que pensase que había litigado con razón (Gai. 4.178).

Por tanto, este *iudicium contrarium* procedía a modo de “contragolpe” del demandado absuelto contra el demandante temerario, y presupone una actuación procesal en sentido “opuesto” o “contrario” a otra acción necesariamente precedente. Sin más. Pero era lo mismo que sucedía con el alternativo *iudicium calumniae*, que era también un *iudicium contrarium*, pero que tenía un nombre propio y un origen más antiguo y que el pretor adoptó en el ámbito de los juicios privados tomándolo de los juicios criminales.

3. Hasta aquí lo que quería reseñar de las *instituciones* de Gayo en su explicación de las *actiones* en el *ordo iudiciorum privatorum*. Como hemos visto, él se sirve (aunque en pocas ocasiones) de la terminología *actio directa* o *iudicium directum*, como también de la de *actio contraria* o *iudicium contrarium*, y, por tanto, debemos admitir que dicha terminología es perfectamente clásica; pero a la vez se observa, igualmente con toda evidencia, que esa terminología no presenta en Gayo el sentido –permitidme expresarlo así– que apriorísticamente cabría esperar en función de lo que se puede leer en otras fuentes jurídicas y, con fundamento en ellas, en las exposiciones modernas. Lo cual no presupone nada más, pues sólo se trata de la manifestación de un hecho.

De todas maneras, y en mi opinión, el modo en que las expresiones *actio* o *iudicium directum* y *actio* o *iudicium contrarium* comparecen en las *instituciones* de Gayo puede servirnos para aclarar mucho las cosas. Me explico. Lo digo en el sentido de que las expresiones *actiones contrariae* o *iudicia contraria* no designan propiamente o técnicamente categorías de *actiones* o de *iudicia*, y prueba de ello viene a ser el que Gayo nunca las considera o menciona como tales dentro de la multitud de clases de acciones que enumera en las *instituciones*. Se trata, casi podríamos decirlo así, de una forma de expresar las cosas: por eso mismo, por ejemplo, Paulo, 29 *ad Ed.*, D. 13.6.17.1, al hablar de la *actio commodati contraria*, dice que “esa acción ‘y las otras acciones que son llamadas contrarias’ (*et ceterae [actiones] quae dicuntur contrariae*)”, cosa que jamás se expresa a propósito de las acciones reales, o de las acciones de buena fe, o de las acciones noxales, etc. Quiero decir, que una *actio contraria* es, sin más, aquella que se ejercita, en algunos casos, a modo de contragolpe frente a otra obligación o acción a modo de equilibrar las situaciones de las partes. Esto, donde con mayor frecuencia sucede es, sin duda, en las obligaciones bilaterales imperfectas, donde existe una obligación principal y eventualmente otra accesoria que sólo nace si concurren determinadas circunstancias; como en esos casos la acción recibe siempre el mismo nombre, se habla alguna vez en los textos jurisprudenciales de *actio directa* para referirse a la acción principal (como hace Ulpiano, 10 *ad Ed.*, D. 3.5.19 a propósito de la *actio negotiorum gestorum*, caso, por lo demás, que, que yo sepa, resulta ser único en las fuentes<sup>16</sup>), pero normalmente

<sup>15</sup> Como alternativo al *iudicium calumniae* el demandado podía exigir al demandante el *iusiurandum non calumniae causa agere*: Gai. 4.76.

<sup>16</sup> A propósito del comodato Gayo, 9 *ad Ed. prov.*, D. 13.6.18.4, habla de “*iudicium rectum*”, y Paulo, 29 *ad Ed.*, D. 13.6.17.1, de “*actio principalis*”.

eso ni siquiera suele especificarse porque en ese supuesto la acción está ejercitada en el sentido más ordinario o “principal”, mientras que, en cambio, resulta más frecuente en las fuentes hablar de *actio contraria* para concretar que se trata de la pretensión accesoría indemnizatoria del tutor, del mandatario, del *dominus negotii*, del comodatario, etc. Sin embargo, en multitud de ocasiones eso ni siquiera se especifica, y es por el propio contexto del que debe deducirse si se está aludiendo a la acción directa o a la contraria.

Así, pues, al menos a mi entender, no debe hablarse de una categoría técnica de acciones contrarias, aunque por supuesto la nomenclatura no sea extraña al argot procesal clásico. La calificación de una acción como “contraria” está siempre en función de otra acción (al igual que cuando se habla de acción “directa”), pero esa otra acción no tiene por qué tener un mismo origen, pues, aunque eso sea lo más ordinario, puede también tener un origen distinto, como hemos visto en Gayo, que llama *actio directa* a la acción delictual que hubiera correspondido contra el delincuente antes de que éste hubiese sido arrojado o adquirido como esclavo y procediese entonces la acción noxal (Gai. 4.77), o llama *iudicium contrarium* al que puede introducir en distintos casos el demandado que ha resultado absuelto contra el demandante que perdió el pleito (Gai. 4.177-181).

#### 4. Una apostilla final

Los *negotia* y *iudicia bonae fidei*, por interpretación jurisprudencial, fueron concebidos como civiles al considerarlos anclados en la *fides* ancestral, y por eso no precisaban de un anuncio especial en el Edicto (*iudicium dabo*, o similar); sus fórmulas procesales llevaban el típico *oportere* civil en su *intentio* (en este caso, no *oportere* simple, sino *oportere ex fide bona*). Algunos de ellos sabemos con certeza que primero estuvieron tutelados con fórmulas *in factum conceptae* y luego *ius ius conceptae ex fide bona*, como sucede en tres casos (sólo en tres): *negotiorum gestio* (aunque este caso es complejo y precisaría de matizaciones), *depositum* y *commodatum* (no así el *pignus*, que, a mi juicio, no tuvo fórmula de buena fe); en esos casos, unas fórmulas y otras (*in factum* e *in ius conceptae*) convivieron a lo largo del Principado. Pero eso no puede predicarse igualmente de los demás negocios de buena fe, pues no nos consta (es más, debemos excluirla) que la fiducia, la dote, la tutela, la sociedad, el mandato tuvieran primero fórmulas *in factum* antes de las *in ius ex fide bona*, y lo mismo cabe decir respecto a la compraventa y al arrendamiento.

Por lo que aquí interesa, en los negocios bilaterales imperfectos de buena fe el juez podía (repito, podía), cuando la reclamación se hizo a través de la acción “directa”, operar, normalmente a petición del demandado, la compensación de gastos y perjuicios que el mandatario, el depositario, el fiduciario, etc. hubieran podido sufrir *ex eadem causa* y condenar por el saldo; en tal caso, la situación quedaba definitivamente resuelta. Si, por el contrario, el juez no operó la compensación, o si, sin más, la restitución o el encargo se habían realizado y los gastos reembolsables o los perjuicios sufridos no habían sido satisfechos, cabía ejercitar la misma acción de buena fe como contraria<sup>17</sup>, que presentaba un simple intercambio de los nombres de las partes en la *demonstratio*.

Cuando los tres negocios antes referidos sólo tenían fórmulas *in factum conceptae* (a los que habría que añadir el *pignus datum*), y, luego, cuando, pese a contar también con fórmulas *in ius conceptae ex fide bona*, el *dominus negotii*, el comodante, el depositante (o el pignorante) hicieron su reclamación a través de la fórmula *in factum*, como en ella no cabía operar la compensación, debía ejercitarse la *actio negotiorum gestorum in factum contraria*, la *actio commodati in factum contraria*, la *actio depositi in factum contraria* (o la *actio pignoratitia in personam contraria*) para reclamar los gastos reembolsables y los perjuicios sufridos, normalmente en contraposición a la acción directa. Y lo mismo sucedía si se había realizado correctamente la gestión o restituído la cosa, y el *dominus negotii*, el depositario, el comodatario o el pignorante, no habían satisfecho los perjuicios y gastos reembolsables. No obstante, sobre las fórmulas de esas acciones contrarias

<sup>17</sup> Cfr. Ulpiano 28 *ad Ed.*, D. 16.2.71; o Ulpiano 10 *ad Ed.*, D. 3.5.7.2.

tenemos constancia de su existencia, pero carecemos de información precisa en las fuentes sobre su construcción exacta.

En cualquier caso, yo, que sí creo que la terminología *actio* o *iudicium contrarium* es clásica y propia del argot judicial, pienso también, a diferencia por ejemplo de lo que pensaba Provera<sup>18</sup>, que se trata más de un modo de entenderse o de llamar las cosas que de una categoría técnica de acciones, teniendo en cuenta, además, que el fenómeno va más allá de los supuestos de reclamar indemnización por los gastos y perjuicios sufridos a consecuencia de la cosa entregada o de la gestión realizada en negocios bilaterales imperfectos de restitución y gestión. Por otra parte, tampoco puede decirse que la *actio contraria* siga siempre a otra acción precedentemente intentada, pues su ejercicio, en los negocios bilaterales imperfectos de restitución y de gestión, es perfectamente posible sin que la acción “directa” haya sido ejercitada.

---

<sup>18</sup> G. Provera, *Contributi alla teoria del iudicia contraria*, Torino, 1951, pp. 8 s.