

LA *LITIS AESTIMATIO* DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO ROMANO

Margarita Fuenteseca Degeneffe

Catedrática de Derecho Romano de la Universidad de Vigo

RESUMEN:

El propósito del presente artículo es contribuir a la aclaración del término *litis aestimationem sufferre*, es decir, determinar las consecuencias procesales que producía el pago de la *litis aestimatio* por el demandado en el procedimiento formulario, con la finalidad de intentar precisar en mayor medida la naturaleza jurídica de la *litis aestimatio*, considerada por un gran sector de la doctrina romanista como un modo de adquirir la propiedad. El punto de partida es el análisis de los efectos del *litis aestimationem sufferre* del demandado tomando como base la histórica bipartición procesal romana entre *actiones in rem* y *actiones in personam*.

Palabras clave: Procedimiento formulario romano; *Litis aestimatio*; *Condemnatio pecuniaria*; *Actiones in rem*; *Actiones in personam*.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to clarify the *terminus: litis aestimationem sufferre*, that is, to find out the procedural consequences that the payment of the *litis aestimatio* by the defendant produced in the roman formulary process, with the final intention of determining more clearly the juridical nature of the *litis aestimatio*, that is considered by an important sector of the doctrine a derivative *modus acquirendi* of the property. The starting point is the analysis of the effects of the *litis aestimationem sufferre* by the defendant, based on the historical roman procedural distinction between *actiones in rem* and *actiones in personam*.

Key words: Roman formulary process; *Litis aestimatio*; *Condemnatio pecuniaria*; *Actiones in rem*; *Actiones in personam*

La litis aestimatio desde la perspectiva del procedimiento formulario romano

Resulta poco claro el papel que desempeña la *litis aestimatio* en el ámbito del procedimiento formulario romano. Se ha afirmado que la *litis aestimatio* es uno de los elementos del mismo, por ser un complemento de lo se considera su característica peculiar: la *condemnatio pecuniaria*. Este principio básico del procedimiento formulario romano aparece formulado de forma general en Gayo IV,48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*¹, es decir, en todas las fórmulas que contienen una *condemnatio*, ésta se traduce en una estimación pecuniaria.

De ahí que la *litis aestimatio* en el ámbito del procedimiento formulario romano se haya considerado generalmente una institución necesaria para fijar la cuantía de la *condemnatio pecuniaria*. Bürge² afirma que la *litis aestimatio* designa tanto el procedimiento como el resultado por medio del cual se llega a la fijación de la cuantía pecuniaria en el litigio, que se realizaba por el juez, o, en ocasiones, por el demandante (*iusiurandum in litem*). También Kaser³ afirma que la expresión *litis aestimatio* designa tanto el procedimiento de estimación, así como (más frecuentemente) la suma estimada, y también en ciertos casos la condena por ese importe.

En consecuencia, caben diferentes enfoques a la hora de analizar el concepto de la *litis aestimatio*. Así, por ejemplo, desde la perspectiva de los modos de adquirir la propiedad, el pago de la *litis aestimatio* por el demandado ha sido calificado por algún sector de la doctrina romanista como una forma derivativa de adquirir la propiedad en la *reivindicatio* del procedimiento formulario⁴.

1 La problemática cuestión de la *condemnatio pecuniaria* en el procedimiento formulario romano ha sido objeto de numerosas investigaciones en un intento de coordinarla con la *condemnatio in ipsam rem*, que Gayo (IV,48) parece atribuir al procedimiento de las *legis actiones*, según la redacción que se admita de las últimas palabras del pasaje: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, ueluti fundum hominem vestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat* (vid. FIRA, *Auctores*, p. 161, *Gaius* IV,48). La polémica gira en torno a la expresión gayana (IV,48): *iudex non ipsam rem condemnat... sicut olim fieri solebat*, ante la dificultad de admitir, en época de las *legis actiones* (*olim*), una *condemnatio in ipsam rem*. La resolución de esta problemática cuestión debe tomar como punto de partida la información del propio Gayo (IV,16) sobre el *agere sacramento in rem*, donde no parece admisible que el *iudex*, en este procedimiento, condenase *in ipsam rem*, puesto que se sabe que los *decemviri* hacían una *iudicatio* y no una *condemnatio*: *decemviri... sacramentum nostrum iustum iudicaverunt...* Para Burdese (*Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, Seminarios Complutenses de Derecho romano, I, Madrid, 1990, 200) la admisión de la *condemnatio in ipsam rem* constituiría una atribución a Gayo de un uso impropio y no técnico de la expresión.

2 Vid. BÜRGE, A., v. *Aestimatio litis*, Der Neue Pauly 1, Stuttgart-Weimar, 1996, 205. Asimismo BÜRGE, A., *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, ZRG 99, 1982, 128-139; HONSELL, H., *Quod Interest im Bonae Fidei Iudicium*, *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, Beck, 1969.

3 Vid. KASER, M/ HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Beck, München, 1996, p. 372, n.21.

4 Vid. EHRHARDT, A., *Litis aestimatio im römischen Formularprozess*, Beck, München und Berlin, 1934, hace un extenso estudio de las fuentes romanas que mencionan la *litis aestimatio*. En p. 157 plantea la pregunta de qué tipo de propiedad se adquiriría por el poseedor condenado, si propiedad quiritaria o bonitaria. Y responde que esa pregunta no la puede contestar unitariamente. En efecto, la clave para abordar el estudio de la *litis aestimatio* en el procedimiento formulario es la distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam*, histórica bipartición que es característica del sistema procesal romano.

En este sentido existen opiniones de algunos romanistas italianos, como Pugliese⁵, quien afirma que la *litis aestimatio* aparece concebida como un modo de adquisición de la propiedad por el demandado en la *reivindicatio*, probablemente sólo en la jurisprudencia clásica medio-tardía, pero con diferentes efectos según la cosa fuese *res Mancipi* o *nec Mancipi*.

Asimismo Talamanca⁶ incluye a la *litis aestimatio* entre los modos derivativos del adquirir la propiedad, especialmente como una aplicación de la *traditio* (y más concretamente de la *traditio brevi manu*). Para Talamanca, la *litis aestimatio* en el procedimiento reivindicatorio aparece como un verdadero y propio precio, lo que lleva a considerar realizada una venta, una vez que dicho precio haya sido pagado y el demandado posee la cosa *pro emptore*, con toda probabilidad, porque se considera acaecida una *traditio brevi manu*. Según Talamanca, para las *res nec Mancipi* esto es suficiente a efectos de la adquisición de la propiedad y en el caso de las *res Mancipi* el demandado se convierte en *possessor ad usucapionem*.

Esta misma distinción la establece Guarino⁷, para quien la *litis aestimatio* determinaba la adquisición del *dominium ex iure Quiritium* en las *actiones in rem*, por efecto indirecto del pronunciamiento del juez. Parece lógico, según Guarino, que cuando el juez particular pronunciaba la *condemnatio pecuniaria* del poseedor injusto por la cuantía de la cosa *in lite* (esto es, la *aestimatio litis*), el demandado adquiriría el *dominium* de la cosa litigiosa pagando el denominado *pretium rei*. Pero para Guarino, aunque este efecto se verificaba en derecho clásico, es difícil de creer que la adquisición tuviese lugar también en relación a las *res Mancipi*: para éstas debe considerarse que la estimación judicial no sería más que una *iusta causa usucapionis*. Y hace años también Carrelli⁸, en una específica monografía dedicada a este tema (año 1934), consideró la *litis aestimatio* un modo derivativo de adquirir la propiedad.

En cambio, Biondi⁹, cuya postura se acerca más a la que defiende en este artículo, considera dudosa la adquisición de la propiedad por efecto directo de la *litis aestimatio*, ya que no le parece verosímil que el demandado que prefiriese sufrir la condena en vez de restituir la cosa, alcance sin más el dominio, como se afirma en un pasaje de la compilación (D. 6,1,46), porque en otros pasajes, la *litis aestimatio* se considera úni-

5 Vid. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Piccin, Padova, 1986, 512, encuentra la primera enunciación en este sentido en D. 25,2,22,pr., que asimila el pago de la *litis aestimatio* por el demandado que retiene la posesión de la cosa, a una compraventa de esa misma cosa seguida de la *traditio*. Lo mismo vuelve a aparecer en D. 41,2,4,5 y 6,2,7,1, donde Ulpiano cita la opinión de Juliano. Según Pugliese, otros prefieren la asimilación con la transacción (*Paulus* D. 6,1,46). Ambas asimilaciones, sin embargo, según Pugliese, daban lugar a efectos diversos, según la cosa fuese *res Mancipi* o *nec Mancipi*: en el segundo caso existía realmente adquisición del *dominium ex iure Quiritium* (siempre que la condena exigida al demandado hubiese sido pronunciada en un *iudicium legitimum*) y en el primer caso, sólo la adquisición de la posesión *ad usucapionem*, que proporcionaba al interesado la tutela pretoria, aunque Pomponio, sin embargo, D. 6,1,70 parece excluir esta tutela. En la edición sintética posterior de esta obra (*Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Giapichelli, Torino, 1994) se suprime esta exposición relativa a la *litis aestimatio*.

6 Vid. TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, cit., 437 ss.

7 Vid. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª ed, Jovene, Napoli, 2001, 647.

8 Vid. CARRELLI, E., *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milán, 1934. Para Carrelli (p. 125), en época justiniana, sin embargo, y siempre como consecuencia de la abolición del principio de la pecuniariedad de la condena y de la sustitución de la sentencia con la ejecución *manu militari*, la *litis aestimatio* deja de ser un modo de adquisición de la propiedad a título derivativo, similar, pero bien distinto de la compraventa, para transformarse en una verdadera y propia compraventa que tiene su origen en la transacción. Para Carrelli, como tal está sometida a todas las normas que regulan la institución de la compraventa y también a las otras que se refieren a la necesidad de que el pago del precio sea efectuado o garantizado para que la propiedad de la cosa vendida pase al comprador.

9 BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1952, 224.

camente como *iusta causa usucapionis* (D. 41,4,1). Para Biondi, el *possessor* que no hubiese restituido la cosa, mientras no estaba tutelado por la cosa juzgada contra la reivindicación, podía adquirir el dominio mediante usucapión.

La visión de los autores anteriormente mencionados deja irresueltas dos cuestiones: en primer lugar, que las fuentes no mencionan la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* a efectos de la adquisición del *dominium ex iure Quiritium* mediante la *usucapio* de la *res litigiosa*. Y en segundo lugar, que debe coordinarse dicha *usucapio* con el mecanismo de las acciones reales (arbitrarias). En consecuencia, para lograr un más adecuado enfoque del concepto de la *litis aestimatio* es necesario abandonar la concepción de la *litis aestimatio* como modo de adquirir la propiedad y, en cambio, lograr encuadrar sus efectos dentro de la ordenación del procedimiento formulario.

De ahí que parezca necesaria una reinterpretación de los textos que se refieren al pago de la *litis aestimatio* por el demandado en el procedimiento formulario, teniendo en cuenta la histórica bipartición entre *actiones in rem e in personam*¹⁰.

Así, en primer lugar, según D. 6,1,46¹¹, se transfiere inmediatamente (*statim*) el dominio de una cosa pedida por una acción real, que haya sido estimada en tanto cuanto el actor hubiese jurado en el pleito (*quanti in litem actor iuraverit*), al poseedor de la misma, asimilándose esta operación a una transacción en la que se ha convenido el precio, que el mismo demandante estableció. Este texto (D. 6,1,46, cit.) es un caso de aplicación del *iusiurandum in litem*, al que se recurre en el caso de falta de restitución de la cosa litigiosa por el demandado. Se trata de un instrumento procesal para la fijación de la cuantía litigiosa, cuyo mecanismo deja clara la prioridad de la devolución de la cosa litigiosa por el demandado (*restitutio rei*), ya que si éste dolosamente no la restituye, la *condemnatio pecuniaria* se fijará mediante el juramento realizado por el demandante, que, con bastante probabilidad, fijará una cantidad superior al valor real de la misma¹².

Esta operación se califica de transacción porque, por un lado, el demandante renuncia a que le sea devuelta la cosa *in natura*, asumiendo el demandado, a cambio, el pago de una mayor cantidad pecuniaria que pudiera resultar de la estimación de la cosa litigiosa por el demandante. Es una clara consecuencia de la aplicación del mecanismo

10 COLACINO, V., v. *Litis aestimatio*, NNDI, Tomo IX, Torino, 1963, 967-968, no tiene en cuenta a la hora de definir la *litis aestimatio* la diferencia procesal histórica entre *actiones in rem* y *actiones in personam*, como la que proponemos en este artículo, que es la bipartición fundamental y clave para todo el sistema procesal romano.

11 D. 6,1,46 *Paulus libro X ad Sabinum: Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet; transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit*. Sobre este texto vid. EHRHARDT, A., *Litis aestimatio im Formularprozess*, cit. p. 162 y 163: expone la diatriba existente en la doctrina acerca de la *litis aestimatio*, que, según Siber, sería un acuerdo procesal, apoyándose principalmente en este texto D. 6,1,46, cit., pero considerando interpolada su parte final (*transegisse...ipse constituit*) y afirmando que la palabra *statim* es un argumento de extraordinario peso que impide admitir la necesidad de la usucapión. Para Siber, *dominium statim ad possessorem pertinet* no significa otra cosa que el *possessor* se hacía definitivamente propietario pleno. Levy, en cambio, sostiene que la *litis aestimatio* sólo proporciona posesión apta para usucapión. Ehrhardt (p. 172) afirma que las modificaciones que aparecen en este texto obedecen más bien a la supresión de la distinción entre propiedad quiritaria y bonitaria, y así se podría construir la hipótesis, según Ehrhardt, de que el *iusiurandum in litem* generaba propiedad quiritaria y la *aestimatio* judicial generaba propiedad bonitaria.

12 Vid. CARRELLI, E., *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio...*, cit., p. 110, afirma que en este texto (D. 6,1,46), dado que el actor renuncia voluntariamente a la propiedad de la cosa, se puede hablar de una transacción entre actor y demandado, en base a la cual el primero renuncia a favor del segundo a la propiedad de la cosa, de modo que en el nuevo derecho la *litis aestimatio* cesa de ser *emptioni similis*, para convertirse en una verdadera y propia compraventa que tiene su origen en una transacción.

de las acciones arbitrarias¹³, aunque en este caso la especialidad reside en que el demandante renuncia a la prioritaria *restitutio rei*.

Por otra parte, existen varios pasajes del Digesto en los que el pago de la *litis aestimatio* se equipara a una compraventa de la cosa litigiosa. Así en D. 6,2,7,1¹⁴ la *aestimatio litis* es semejante a la venta, de modo que el pago por el demandado de la *litis aestimatio* le otorga la *actio Publiciana*. Se trata necesariamente de una norma procesal referida a la situación del demandado *in personam*, cuya posición se quiere favorecer, otorgándole la *actio Publiciana*, es decir, considerándole propietario bonitario cuando ha procedido voluntariamente a satisfacer la pretensión del demandante pagando la *litis aestimatio*.

Digo necesariamente, porque esto último no es, en cambio, aplicable si se trata de la *actio reivindicatoria*, ni de otra *actio in rem*, en las que el demandado, o bien restituye la cosa, en cuyo caso deberá ser absuelto, o bien no la restituye, en cuyo caso resulta condenado al pago del *quanti ea res erit*, y, si actuó dolosamente, a la cuantía que fije el demandante mediante *iusiurandum in litem*, como sanción por su comportamiento contumaz. No aparece en las fuentes la posibilidad de que el demandado en una *actio in rem* pagando la *litis aestimatio* se haga propietario de la cosa litigiosa por medio de la *usucapio*, porque la propia fórmula de las *actiones in rem* contienen la cláusula restitutoria (*nisi restituat*) que funciona como condición negativa de la *condemnatio pecuniaria*.

Esto se confirma, además, por el hecho de que la *actio Publiciana* no se concede, según D. 6,1,69-70¹⁵, cuando se trata de castigar la actuación dolosa del demandado en la *reivindicatio*, que hizo desaparecer la cosa litigiosa, ya que, según el tenor literal de este pasaje, no puede quedar al arbitrio de cualquiera la compra de la cosa mediante rapiña, en su justo precio, contra la voluntad de su dueño.

En este texto (D. 6,1,70, cit.) queda de nuevo reflejado el funcionamiento procesal de las acciones arbitrarias en la *reivindicatio*, no concediéndole al demandado *contu-*

13 Una teoría muy extensa acerca de las acciones arbitrarias fue elaborada por BIONDI en el año 1912 (vid. *Studi sulle azioni arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, [Studia Juridica 30], Roma, L'Erma (1970), es una reedición anastática de Palermo de 1912) para quien las acciones arbitrarias, serían todas aquellas acciones en las que el juez, por expresa disposición de la fórmula, debe absolver al demandado cuando éste satisfaga espontáneamente en el juicio, a invitación del juez, la pretensión del actor (op. cit. p. 1). Para Biondi, la fórmula de las acciones arbitrarias contenía una cláusula que funcionaba como condición negativa a la condena: así, en la *reivindicatio*, la condena estaba subordinada a la condición *neque ea res Ns Ns Ao Ao arbitratu tuo restituatur*. Siguiendo esta modalidad se habrían construido las otras acciones arbitrarias, y la presencia en la fórmula de una cláusula de este tipo —llamada generalmente cláusula arbitraria—, determinaba en Derecho romano el concepto de *actio arbitraria*, según Biondi. La teoría de Biondi ha suscitado controversia en la doctrina, principalmente porque afirma con rotundidad que la categoría de las acciones arbitrarias fue desconocida en derecho clásico, y que fue Justiniano quien concibió esta categoría general de acciones, llamadas arbitrarias, en las que el demandado podía evitar la condena satisfaciendo al actor antes de la sentencia (op. cit. p. 32). La afirmación de BIONDI de que la categoría de las *actiones arbitrarie* habría sido desconocida para los clásicos e ideada por los bizantinos, fue rebatida por LENEL, *Zur Lehre von den actiones arbitrarie*, Festgabe für R. Sohm (1914), p. 201 ss., y también por Levy, E., *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrarie*, en ZSS, Bd. 36, p. 6 ss., para quien existe el concepto clásico de *actio arbitraria* por el tipo de mandato de condena, que sería de apreciación libre de la cosa (*arbitrium*), y el concepto de *actio bonae fidei* por la redacción de la *intentio* (vid. Levy, p. 77, 81). Pero Biondi vuelve a reafirmar su teoría, rebatiendo a Lenel en *Actiones stricti iuris*, BIDR, 32 (1922), un extracto del cual aparece en *La categoria delle actiones arbitrarie*, Scritti Biondi 2 (1965) 673-676, cuya primera frase es: para mí, la categoría de las *actiones arbitrarie* es siempre justiniana.

14 D. 6,2,7,1 *Ulpianus libro XVI ad Edictum*.- *Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni; et ait Iulianus libro vicesimo secundo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere*.

15 Vid. D. 6,1,69: *Paulus libro XII ad Sabinum*.- *Is, qui dolo fecit, quo minus possideret, hoc quoque nomine punitur; quod actor cavere ei non debet, actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestitutum, en relación con D. 6,1,70, Pomponius libro XXIX ad Sabinum*.- *nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare*.

max la *actio Publiciana*, ya que frente a éste se fijará el valor de la *condemnatio pecuniaria* mediante el *iusiurandum in litem* del actor. Por tanto, el demandado *in rem* que actúa dolosamente no puede beneficiarse de la *actio Publiciana*, y, en consecuencia, hacerse *dominus ex iure Quiritium* de la cosa litigiosa mediante la *usucapio* de la misma.

La única excepción al mecanismo de las acciones arbitrarias¹⁶, y, por tanto, a la prioridad de la *restitutio rei* por el demandado en las acciones reales, es el caso en que el propio demandante renuncie a dicha *restitutio rei*, es decir, que acepte voluntariamente como prestación equivalente la cantidad en que se estimó el litigio. Así según D. 41,3,4,13, en caso de *reivindicatio* de una cosa sustraída, si el reivindicante aceptó la estimación del litigio, la cosa litigiosa podrá ser usucapida, aunque el propio reivindicante no haya alcanzado la posesión corporal de la cosa¹⁷. En este sentido, el reivindicante acepta la *litis aestimatio*, por tanto, renuncia a la preferente *restitutio rei* de las acciones reales.

Una posibilidad, distinta también dependiente de la voluntad del reivindicante, es que éste renuncie a fijar la cuantía del litigio mediante *iusiurandum in litem*, como resulta de D. 6,1,71¹⁸: en caso de que el poseedor sea verdaderamente doloso (*quodsi possessor quidem dolo fecit*) y el actor no quiera jurar, sino prefiera que el adversario sea condenado al *quanti ea res erit*, se le ha de complacer (*actor vero iurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est*).

En definitiva, las *acciones in rem* son todas *acciones arbitrariae* (la más típica, la *reivindicatio*) cuyo mecanismo ofrece al demandado la posibilidad de *restituere rem*, en cuyo caso resultará absuelto, y si no está en condiciones de hacerlo, será condenado al *quanti ea res erit*, salvo que actúe dolosamente, pues entonces el valor de cosa la fijará el demandante mediante *iusiurandum in litem*. Únicamente en el caso de que el reivindicante renuncie a la preferente *restitutio rei* en la *actio in rem*, como es el caso de D. 41,3,4,13(cit.), se beneficiará procesalmente al demandado que pagó la *litis aestimatio*, considerándole propietario bonitario¹⁹.

16 Según la definición general de Sohm de las acciones arbitrarias (SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Rechts*, 17. Aufl., Berlín, 1923, 698), en la fórmula de una acción dirigida a *restituere* o *exhibere*, al mandato de condena le precedía la instrucción para la emisión del *arbitratus de restituendo* o *de exhibendo*. No se decía directamente: *condemna*, sino *neque (nisi) arbitratus tuo restituetur (exhibetur), condemna*. Sólo se podía condenar (en dinero) una vez emitida infructuosamente la orden de restitución (el *arbitrium*). La cláusula arbitraria funciona, por tanto, como condición negativa a la condena. Pero si el demandado se niega a la restitución o exhibición de la cosa litigiosa, es decir, en el caso de *contumacia non restituentis vel non exhibentis* se prevé en las fuentes que se procederá a la fijación de la cuantía litigiosa mediante el *iusiurandum in litem* (D. 12,3,2,1). Esta es otra de las características básicas de las *arbitrariae actiones* en las que se exige una *restitutio rei*. En efecto, la base del *iusiurandum in litem* es la *contumacia non restituentis vel non exhibentis*, y es el instrumento procesal con el que se pretende dar prioridad a la satisfacción *in natura* del demandante en las acciones en las que se exija una *restitutio rei*. Es decir, se castiga o penaliza la desobediencia al *iussum de restituendo*, esto es, la *contumacia* al *iussum iudicis*.

17 D. 41,3,4,13, *Paulus libro LIV ad Edictum. - Sed et si vindicavero rem mihi surreptam, et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur.*

18 D. 6,1,71, *Paulus libro XIII ad Sabinum.*

19 Una visión totalmente distinta es la de DÜLL, R., *Über Textkonjekturen zu Gaius Veronensis und zur Frage der Zwangsenteignung im römischen Formularprozess*, ZSS 96, 1979, 301-302, que describe un cuadro general de las acciones reales del siguiente modo: el reivindicante vencedor tiene dos posibilidades: puede conseguir la devolución de la cosa en su plenitud (*ipsa res, corpus*), o puede en su lugar exigir la *litis aestimatio* del poseedor de la cosa vencido en el litigio, según Düll. Para este autor, el demandante vencedor también puede exigir, en lugar de la restitución de la cosa, el valor estimatorio determinado (*corpus aut litis aestimationem*), por tanto, puede preferir una prestación monetaria. Para Düll, la iniciativa en este sentido, según las fuentes, partía frecuentemente del poseedor vencido, que ofrecía la suma pecuniaria (*offerre*). Si se decidía el demandante por la admisión del dinero, con ello expresaba su conformidad de dejar la cosa en poder del poseedor, ya que recibía del oponente vencido el pago de la *litis aestimatio* como precio de

En cambio, no sucede lo mismo en el ámbito de las *actiones in personam*, ya que, por ejemplo, según D. 25,2,22,pr.²⁰ quien paga la *litis aestimatio* en la *actio rerum amotarum* ha de ser tenido en posición de comprador (...*qui litis aestimationem suffert, emtoris loco habendus est...*)²¹. Las afirmaciones más contundentes en este sentido están en Título 41,4, del Digesto (*pro emtore*); así según D. 41,4,1²², el poseedor que pagó la estimación del litigio, comienza a poseer como comprador, es decir, el pago de la *litis aestimatio* sirve de *iusta causa possessionis pro emtore* (*possessore, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere*) y según D. 41,4,2,21, el pago de la *litis aestimatio* cambia la *causa possessionis* sobre la *res litigiosa* (*si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Iulianus causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit...*). Y en D. 41,4,3²³, se afirma que la estimación del litigio es semejante a una compra²⁴.

Únicamente en el caso de ejercicio de la *actio commodati*, si se acepta la *litis aestimatio*, la cosa se hace del que paga la *litis aestimatio* (D. 13,6,5, pr y 1²⁵). Este es un caso de *actio in personam* en la que se persigue una *restitutio* (o *reddere*) *rei*. Aquí el pago de la *litis aestimatio* hace propietario al comodatario, pero únicamente porque el demandante así lo aceptó, es decir, renuncia a la devolución de la cosa²⁶.

Por otra parte, constituyen una especialidad única las acciones noxales, en las que existe desde las XII Tablas (12,2,b) la plena alternancia *aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*, expresión que subsiste en la época gayana, y, como es sabido, en época justinianea. Se trata del principio *noxam caput sequitur*, una responsabilidad por daños que recae sobre el cuerpo mismo del delincuente (*corpna obnoxium*). Es un supuesto excepcional, en el que aparece la alternativa para el *pater* o *dominus*, entre la entrega noxal (*noxam deditio*) o el pago de una cantidad como pena pecuniaria, únicamente explicable como residuo histórico de la alternativa entre entregar el causante del daño al perjudicado, o pagar el daño (*noxam sarcire aut in noxam dedere*). La responsabilidad noxal significa que responde el sujeto que cometió el daño con su propia persona, que debe ser entregado al perjudicado, salvo que el *paterfamilias* asuma la reparación pecuniaria (*damnum sarcire aut noxam dedere*). La discutida naturaleza de esta *actio*, que he abordado en un estudio anterior²⁷, podría explicarse como primera mani-

venta. Esta postura de Düll no tiene en cuenta la obligación de restitución de la cosa litigiosa que recae sobre el demandado en las acciones reales que son acciones arbitrarias, y, en consecuencia, otorgan absoluta prioridad a la *restitutio rei* por el demandado.

20 Vid. D. 25,2,22,pr., *Iulianus libro XIX. Digestorum.*- ... *Respondi, qui litis aestimationem suffert, emtoris loco habendus est...*

21 El pago de la *litis aestimatio* otorga a la mujer contra la que se ejercita la *actio rerum amotarum* una excepción frente al marido o su heredero y la acción para defender la posesión, según D. 25,2,22,pr.: ... *ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet, et si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est...*

22 Vid. D. 41,4,1, *Gaius libro VI ad Edictum provinciale.*- *Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.*

23 D. 41,4,3 *Ulpianus libro LXXV ad Edictum.*- *Litis aestimatio similis est emtioni.*

24 Vid. MURGA, J.L., *La aestimatio litis y el pretium rei*, Sodalitas VI, Napoli, Jovene, 1984, 2607-2624, realiza un análisis de la analogía existente entre la compraventa y la estimación procesal que por obra de la *condemnatio* formularia se producía en el litigio, partiendo de este texto de Ulpiano (D. 41,4,3, *Ulp. libro LXXV ad Edictum*) que afirma *litis aestimatio similis est emtioni*.

25 Vid. D. 13,6,5,pr. y 1, *Ulpianus libro XXVIII ad Edictum.*- *Si, ut certo loco vel tempore reddatur commodatum, convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat.* 1.- *Si quis hac actione egerit, et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit.*

26 Y la condena del fiador al pago de la *litis aestimatio* convierte la cosa en propia del deudor principal, según D. 16,3,30: *si fideiussor pro te apud quem depositum est litis aestimatione damnatus sit, rem tuam fieri.* En este caso, la atribución de la propiedad proviene de la propia sentencia condenatoria.

27 Vid. *El delito civil en Roma y en Derecho español*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 178, existía una concepción del acto delictivo (*delictum, maleficium*) como daño (*noxia*) del que responde con su propia persona

festación de un concepto de responsabilidad personal que exige la entrega del delincuente (*noxae deditio*), el cual respondía con su propia persona, y, por tanto, con riesgo de su personalidad como sujeto civil, del daño cometido. Detrás de esta *actio* está el origen de la *obligatio ex delicto* como sujeción que vincula a la persona física del delincuente con el daño cometido, tema cuya aclaración excede del ámbito de este artículo²⁸.

Alguna aclaración más ofrece el hecho de que en el ámbito del procedimiento formulario aparezca reiteradamente la expresión *litis aestimationem sufferre*. Así Betti parece más acertado en cuanto tuvo en cuenta la expresión *litis aestimationem sufferre* y no trató de definir aisladamente el concepto de *litis aestimatio*. Así, para Betti²⁹, el efecto genérico del *litis aestimationem sufferre*, ya sea basado en un acuerdo directo de las partes o basado en una *damnatio iudicis*, es el traspaso de la propiedad pretoria (*in bonis habere*) de la cosa material que es objeto de la controversia jurídica a la persona *qui litis aestimationem suffert*. Conviene por tanto detenerse en la expresión *litis aestimationem sufferre*, tan repetida en las fuentes, y que he traducido por pagar la estimación del litigio, aunque significa más propiamente ofrecer (o presentar, suministrar, proporcionar, soportar, sufrir, tolerar). Asimismo se repite en las fuentes la expresión con el término *offerre*, que también significa ofrecer (o presentar, llevar delante, exponer, mostrar). Estos términos latinos refuerzan la idea que se trata de una posibilidad que se presenta al demandado de satisfacer voluntariamente al demandante, mediante el pago de la *litis aestimatio*, lo que además revertirá en una ventaja procesal para él, como es la de considerarle propietario bonitario.

Del conjunto de los textos del Digesto expuestos, una conclusión admisible es que el pago de la *litis aestimatio* sitúa al que lo realiza en posición análoga a la del comprador, siempre que se trate de un demandado *in personam*, o de un demandado *in rem* frente al cual el demandante haya renunciado a la *restitutio rei*. Se deduce claramente que se trata de un beneficio o ventaja procesal que se otorga al demandado que procede a satisfacer la pretensión del demandante. Y, en consecuencia, a la inversa, se deduce también que la finalidad perseguida en todo tipo de *actiones* es la satisfacción *in natura*, y si no, patrimonial, de la pretensión del demandante.

Así, en el caso de las *actiones in rem*, es prioritaria la *restitutio rei*, ya que contienen la cláusula *...neque ea res...restituatur*, y si el demandado obedece al *arbitrium iudicis*, el beneficio procesal que se le otorga es la absolución. Únicamente si el demandante renuncia a la *restitutio rei*, y el demandado paga la *litis aestimatio*, éste será considerado propietario bonitario a efectos procesales.

física el autor, según el principio *noxae caput sequitur*, que se mantiene de modo residual en caso de delito de hijos o esclavos hasta época clásica. La idea arcaica de la noxalidad, propia de una fase precívica en que los grupos familiares y gentilicios cumplían funciones de orden y de defensa, luego asumidas por la *civitas*, hizo surgir una esfera jurídico-penal que decidía entre la entrega del culpable o el pago del *damnum* hecho que sería liberatorio para el delincuente. Una solución análoga a la *deditio* internacional.

28 Debe ser mencionada la alternativa que apareció antes en el caso más antiguo del *agere in rem per sponsionem*, en la que o bien se entrega por el litigante vencido la misma cosa litigiosa o bien se paga la *litis aestimatio*. Así consta en Gayo IV,89: *nec rem ipsam restituit nec litis aestimationem sufferas* (y esta misma alternancia aparece asimismo en I. 4,11,pr. cit: *...nec rem ipsam restitueret nec litis aestimationem...*). En este caso se persigue la restitución de la cosa litigiosa mediante una *sponsio praeiudicialis* que sería una *summa sponsionis*, con lo cual se resolvía mediante *sponsio* una cuestión de propiedad. De ahí que la restitución de la cosa y el pago de la *litis aestimatio* aparezca como alternativa para el demandado, puesto que la *sponsio* sería exigible mediante *legis actio per iudicis postulationem*, como afirma Kaser (vid. KASER, M/ HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 106, y sobre este punto, FUENTESECA, P., *Existió la denominada legis actio sacramenta in personam?*, AHDE, Madrid, 1955, p. 546, nota 4 = *Investigaciones de derecho procesal romano*, Salamanca, 1969, p. 23, nota 4.).

29 Vid. BETTI, E., *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano*, I, "Il litis aestimationem sufferre e il iusiurandum in litem", Pavia, 1915, 54.

En las *actiones in personam*, el demandado que paga la *litis aestimatio* es considerado propietario bonitario, aunque en éstas, si se persigue la devolución de una cosa (*reddere rei*), como en el caso del comodato, y el demandante renuncia a la *restitutio rei*, el pago de la *litis aestimatio* hace al demandado directamente propietario de la cosa³⁰. De ahí que en las fuentes el pago de la *litis aestimatio* en las *actiones in personam* se equipare a la compraventa de la cosa litigiosa, que dicho pago sirva de *iusta causa usucapionis*³¹ y que el que paga la *litis aestimatio* esté en posición de comprador.

En consecuencia, se puede afirmar que el pago por el demandado de la *litis aestimatio* no es un modo derivativo de adquirir el *dominium ex iure Quiritum* en las acciones reales, porque únicamente en el caso de que el demandante renuncie a la *restitutio rei*, será considerado propietario bonitario. Y esto únicamente durante la litispendencia, porque una vez recaída la sentencia, el demandado que pagó la *litis aestimatio* está protegido por la autoridad de la cosa juzgada y, en consecuencia, no se le exige probar frente al demandante el transcurso de los plazos necesarios para completar la *usucapio* a efectos de adquirir el *dominium ex iure Quiritum*, se trate de una *res Mancipi* o *nec Mancipi*. En cambio, en el ámbito de las acciones personales, el pago de la *litis aestimatio* sirve al demandado de *iustum initium possessionis (pro emtore)*; por tanto, es una *iusta causa usucapionis* con la que se protege en el ámbito del proceso al demandado que procede a la satisfacción de la pretensión del demandante.

30 Vid. WILINSKI, A., *Zur litis aestimatio in den bonae fidei iudicia*, Omaggio a Kaser, Index 3, 1972, 443-453, analiza el significado de una posible cláusula penal no estipulada sobre la *litis aestimatio* en los *bonae fidei iudicia* de la época clásica.

31 Se considera el pago de la *litis aestimatio* como *iusta causa usucapionis* sólo si se hubiera pagado verdaderamente, según D. 41,3,27 (Tit. 41,3, del Digesto, *de usurpationibus et usucapionibus*).