

## D. 4,3,5 (ULP. 11 AD ED.): A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR DOLO

*SUMARIO.- I) Descripción del supuesto de hecho; II) La interpretación jurisprudencial de la cláusula si alia actio non erit; III) Subsidiariedad e insolvencia. La polémica sobre la clasicidad de D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.).*

El texto que va a ocupar nuestra atención a lo largo de las siguientes páginas es un fragmento de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano: D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.). En nuestra opinión dicho texto plantea varias y muy interesantes cuestiones sobre las que aquí expresaremos nuestro punto de vista. Su tenor es el siguiente:

*Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore concludente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.*

### I) DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

En D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.), Ulpiano mantiene que, cuando un pupilo es engañado por un tercero y en ese engaño interviene el tutor de una manera activa (*tutore auctore concludente*), el Pretor no debe conceder la *actio de dolo* contra el tercero, sino dar la *actio tutelae* frente al tutor<sup>1</sup>. Ahora bien, tal principio tiene una excepción cuando el tutor resulta ser insolvente (*si tutor solvendo non sit*), caso en el cual procedería la acción de dolo contra el tercero.

En primer lugar, hay que resaltar cómo son dos personas, el tercero y el tutor, quienes de común acuerdo actúan de forma fraudulenta para perjudicar al pupilo. El acto de fraude es único, aunque sus autores son dos. Por tanto, el pupilo tendrá derecho a un único resarcimiento, bien del tutor bien del tercero. También conviene prestar atención al hecho de que el tutor no se limita a tener conocimiento del acto fraudulento y consentirlo, sino que interviene activamente, lo cual viene a aumentar su responsabilidad patrimonial.

La definición clásica de dolo la encontramos en D. 4,3,1,2 (Ulp. 11 ad ed.), donde se recoge la opinión de Servio y de Labeón. Según el primero, el dolo consistía fundamentalmente en una simulación. Sin embargo, para Labeón el dolo tenía un carácter más amplio, yendo más allá de la mera simulación que por sí sola no implicaba necesariamente engaño. A su juicio, el dolo consistía en el empleo de cualquier tipo de malicia, maquinación o engaño con el fin de defraudar a alguna persona aprovechándose de su ignorancia. Esta es también la definición que Ulpiano considera como más correcta<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I* (Milano 1973) p. 261 n. 83 destaca cómo el término *concludere* se emplea en D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.) en el sentido de acuerdo fraudulento, realizado al margen del marco procesal.

<sup>2</sup> Betancourt subraya cómo Labeón y Ulpiano atienden fundamentalmente al efecto del dolo, esto es, al engaño resultante, mientras que C. Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo centran su atención sobre el acto de simulación. Cfr. F. BETANCOURT, *La "stipulatio indicialis de dolo" en el Derecho Romano clásico*, en AHDE, 49 (1979), p. 165 n. 1. Sobre el concepto ciceroniano de dolo, cfr. A. WATSON, "Actio de dolo" and "actiones in factum", en SZ. 78 (1961) p. 392s.

*Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipendum alterum adhibitam.*

Es interesante resaltar cómo estos juristas hablan en todo momento del llamado “dolo malo”, el cual debía distinguirse del “dolo bueno”<sup>3</sup>. El mismo Ulpiano nos informa de cómo ya desde antiguo se diferenciaba entre uno y otro, y de cómo el Pretor también recogió tal diferencia en su edicto. El jurista se está refiriendo en el fragmento al edicto *de dolo* introducido gracias a la doctrina de C. Aquilio Galo en el s. I a.C. y por medio del cual se habría creado la acción de dolo<sup>4</sup>. Según Ulpiano, este edicto fue dado contra aquellos que maliciosamente habían causado algún perjuicio a otro para que a los astutos no les aprovechara su engaño ni a los ingenuos les perjudicara su simplicidad. Como vemos son razones de equidad las que inspiran este edicto, que pretende ante todo restablecer el equilibrio de intereses, alterado por la actuación dolosa (D. 4,3,1 pr. /Ulp. 11 ad ed.).

*Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, quis aliis offuerunt calliditate quandam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa.*

Por otro lado hay que decir que, en segundo lugar, el texto recoge una expresión del principio de subsidiariedad de la acción de dolo, al establecer que no pueda demandarse al tercero con dicha acción si fuera posible actuar contra el tutor con la *actio tutelae*. El carácter subsidiario de la acción de dolo aparece ya recogido en el edicto de C. Aquilio Galo, si bien su alcance, como veremos, puede ser discutible. Según Ulpiano (D. 4,3,1,1 /Ulp. 11 ad ed.), el Pretor daría acción cuando alguien hubiera actuado con dolo malo, siempre y cuando no hubiera otra acción y pareciera haber justa causa:

<sup>3</sup> D. 4,3,1,3 (Ulp. 11 ad ed.): *Non fuit autem praetor contentus dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.* - Sobre la distinción entre dolo bueno y dolo malo, cfr. E. CARCATERRA, “*Dolus bonus*”/“*dolus malus*”. *Esegesi di D. 4,3,1,2-3* (Napoli 1970) p. 23ss.

<sup>4</sup> Según BETANCOURT, *La “stipulatio iudicialis de dolo” en el Derecho Romano clásico*, en *AHDE*. 49 (1979) p. 165 y n. 3, la *actio de dolo* (acción penal subsidiaria dada por el valor del perjuicio sufrido) no es *La “stipulatio iudicialis de dolo” en el Derecho Romano clásico*, en *AHDE*. 49 (1979) es clásica, a pesar de aparecer recogida en D. 44,7,35 pr. (*Paul. 1 ad ed.*) o en D. 46,3,95,1 (*Pap. 28 quaest.*). En opinión de A. d’Ors, la denominación *actio “doli”* no corresponde al periodo clásico, siendo su forma más antigua la de *actio de dolo et fraude*. Cfr. A. D’ORS, *Derecho Privado Romano*. 9. ed. (Pamplona 1997) p. 436. Además de su subsidiariedad, Kaser destaca de la acción de dolo su naturaleza de acción arbitraria y penal. Cfr. M. KASER, *Römisches Privatrecht*. 16. Aufl. (München 1992) p. 56. Sobre el carácter arbitrario de la acción de dolo también coincide G.I. LUZZATTO, s.v. *dolo (dir. rom.)*, en *ED*. XIII, p. 715, donde resalta cómo la acción de dolo perseguía la restitución del objeto y el resarcimiento del daño causado. También destaca el autor su carácter infamante, subsidiario y personal. Sólomente podía ejercitarla la víctima del dolo y sólo estaba legitimado pasivamente el autor del acto fraudulento. Debido a su naturaleza penal, era intransmisible pasivamente y debía ejercitarse en el plazo máximo de un año, transcurrido el cual el pretor sólo concedía una acción *in factum in simplum*. Cfr. a propósito de la clasicidad de la acción de dolo y de las posibles interpolaciones que pudieron sufrir los textos referidos a ella, *Index Interp.* s.l.

*Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo".*

Dos eran los requisitos, pues, que, en principio, debían darse para que el Pretor concediera la acción de dolo. El primero, el de la inexistencia de otra acción, es el que más atención ha recibido por parte de la doctrina; sin embargo, el segundo, la presencia de una *iusta causa*, casi no ha merecido interés para esa misma doctrina, aunque su importancia es la misma. De su formulación llama la atención, en primer lugar, el empleo del verbo *video* respecto a la existencia o no de justa causa, verbo que no se emplea en relación con el primer requisito. A nuestro modo de ver esto se debe a que el Pretor *causae cognitio* no entraba en el fondo del asunto y sólo podía determinar con base en apariencias si concurría o no una justa causa. Mientras que, cuando se trataba de la posibilidad de ejercitar otra acción, el Pretor no se valía ya de apariencias, pues dicha cuestión entraba plenamente en el ámbito de su jurisdicción y, por lo tanto, podía conocer perfectamente si existía o no esa otra acción.

La exigencia de justa causa es una prueba más del espíritu de equidad que subyace en este edicto. No sólo era necesario que no hubiera ninguna otra acción o recurso sino que además de ello se requería que la solicitud de la acción de dolo se amparase bajo los indicios de existencia de alguna causa justa, la cual debía comprobarse *causae cognitio*<sup>5</sup>.

Por último, hay que decir que D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) concluye con una limitación de la interpretación anterior, ya que se admite el recurso a la *actio doli*, incluso cuando hubiera otra acción contra un tercero, siempre y cuando el demandado con ella fuera insolvente. De esa manera se intenta proteger los intereses de la víctima del dolo que, al ejercitar la acción de tutela frente a un insolvente, vería frustrada su posibilidad de resarcimiento.

## II) INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA *SI ALIA ACTIO NON ERIT*

Respecto del primer requisito cabe decir que el edicto sólo hablaba de la existencia de otra acción y no de cualquier otro recurso jurisdiccional. Ahora bien, la Jurisprudencia posterior interpretó ese término ampliamente, reforzando así el carácter subsidiario de la acción de dolo (D. 4,3,1,4 /*Ulp. 11 ad ed.*). En efecto, para

<sup>5</sup> En opinión de B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell' "a. de dolo"*, en *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* 28 (1961) p. 179-181 las averiguaciones sobre la inexistencia de otra acción tenían carácter preliminar, necesario y preclusivo, pero no eran suficientes. Si *causae cognitio* se descubría la posibilidad de recurrir a alguna *alia actio* ya no se pasaría a ver si concurría o no una justa causa.

Ulpiano por “acción” debía entenderse tanto las civiles como las honorarias<sup>6</sup>. Pedio, en sus comentarios al edicto, consideraba que la *actio de dolo* debía denegarse, no sólo cuando hubiera otra acción, sino también cuando hubiese un interdicto o una excepción. Por su parte, Pomponio incluía la existencia de una estipulación entre las circunstancias preclusivas para el ejercicio de la acción de dolo. Ahora bien, esta apreciación de Pomponio puede deducirse también del pensamiento de Ulpiano, ya que está claro que las estipulaciones eran fuentes de obligaciones y que, si no se cumplían, el Pretor concedería una *actio ex stipulatu*.

*Ait praetor: “si de his rebus alia actio non erit”. merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiamsi interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tenueri possit, cessare hoc edictum. idem Pomponius libro vicensimo octavo, et adicit: et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.*

Tampoco debía concederse la acción de dolo, según Labeón, cuando era posible obtener la *restitutio in integrum*. Igualmente debería rechazarse la acción de dolo cuando la acción principal no podía ejercitarse ya por haber transcurrido los plazos de prescripción, salvo si ello había tenido lugar debido a una actuación dolosa (D. 4,3,1,6 /Ulp. 11 ad ed./). De la misma manera, cuando la obligación principal se

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, no se concedía cuando se disponía de la acción de tutela (D. 4,3,5 /Ulp. 11 ad ed./), de la acción de depósito (D. 16,3,1,16 /Ulp. 30 ad ed./), o bien una acción popular (D. 4,3,7,2 /Ulp. 11 ad ed./), de la acción de la ley Aquilia, de la acción exhibitoria o de la acción de testamento (D. 4,3,7,5 /Ulp. 11 ad ed./). A. WATSON, *op. cit.*, p. 395-402, 400 n. 33, considera que respecto a las acciones honorarias y, en particular, respecto a las acciones *in factum* hay que distinguir entre las edictales y las decretales. En el primer caso, no hay duda de que la existencia de una acción *in factum* edictal excluía la aplicabilidad de la acción de dolo, sin embargo en los supuestos de *actio in factum* decretal conviene hacer algunas matizaciones. En general, se puede decir que la existencia de una *actio in factum* decretal no excluía la acción de dolo, pero normalmente era preferida, por razones históricas, cuando en el fraude no se había dado una negociación entre las partes. Lo mismo sucedía cuando era posible dar una acción tanto por culpa como por dolo, ya que normalmente probar una intención o estado de ánimo resultaba más difícil. De la misma manera se concedía una acción decretal si esta podía darse con base en una *formula in ius* o una *formula in factum* edictal. También se recurría a una acción *in factum* decretal cuando resultaba impropio que, a consecuencia de la demanda procesal del demandante, el demandado fuera considerado como infame. Sin embargo, el pretor concedía la acción de dolo cuando el *deceptor* había conseguido salir airoso, logrando que la obligación quedara extinguida, de manera que no hubiera una acción sobre la que modelar la *actio in factum* decretal. Asimismo cuando alguien fraudulentamente persuadía a otro de la conveniencia de una cosa, que finalmente no resultaba ser tal, se concedía la acción de dolo (D. 4,3,8 /Paul. 11 ad ed./). Igualmente se daba cuando mediaba una estipulación en la situación de fraude y en otros casos particulares, como por ejemplo, cuando un esclavo obtenía su libertad fraudulentamente. A juicio de Watson, la acción de dolo fue mucho menos frecuente que la *exceptio doli*. Prueba de ello es que la acción de dolo aparece mencionada en el Digesto únicamente en cuarenta y una ocasiones y que sólo once de ellas son bajo un título distinto al de *De dolo malo*. Sobre la función auxiliar de la *exceptio doli*, cfr. A. WACKE, *Pactum tacitum*, en SZ., 100 (1973) p. 227ss. Por su parte J.M. BLANCH *Nota a propósito de la “actio de dolo” y su carácter infamante*, en *Estudios en Homenaje al profesor J. Iglesias III* (Madrid 1988) p. 1152s, señala como remedios habituales contra el dolo, la *actio ex stipulatu* para los *iudicia stricti iuris*, así como para las estipulaciones pretorias que incluían la cláusula *de dolo*, y las acciones *ex bona fidei* para los contratos. La acción de dolo fue creada, por tanto, para dar protección a una serie de casos que no reunían los requisitos exigidos por el *ius civile* o que no admitían la inserción de una *stipulatio*.

extinguió por aceptilación, no se concedería la acción de dolo, salvo cuando ello fue resultado de alguna maquinación dolosa (D. 4,3,1,7 /Ulp. 11 ad ed.)<sup>7</sup>. En líneas generales, se puede decir, siguiendo a Pomponio, que la cláusula *si alia actio non erit* debía interpretarse en el sentido de que no hubiera ningún otro modo (*alio modo*) que permitiera conservar la cosa a aquel a quien esta perteneciese. Esto es, al menos, lo que se dice en D. 4,3,7 pr. (Ulp. 11 ad ed.), donde además se recoge una opinión de Juliano que, a juicio de Ulpiano, no parece contradecir el principio de subsidiariedad.

*Et eleganter Pomponius haec verba "si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptor-que eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Se trata de la concesión de la *actio doli* a favor de un menor defraudado por su esclavo. Este último aconseja a su dueño que lo venda y que lo haga *cum peculio*, obteniendo posteriormente del comprador la manumisión. En ese caso y en virtud del principio del *favor libertatis* no procedería contra el esclavo manumitido la *restitutio in integrum* ni siquiera teniendo en cuenta que su se habían perjudicado los intereses de un menor. Tampoco procedería la acción de dolo contra el comprador si actuó de buena fe al realizar la compra. Sin embargo, como bien observa A. d'Ors, el dolo del esclavo no se limitó sólo a su venta sino que se dirigió también a que esta se realizara con peculio (*circumscriptus eum vendidit cum peculio*). Por lo tanto, cabría contra el comprador una *restitutio in integrum* del peculio a favor del menor. Ahora bien, con la acción de dolo la satisfacción del menor sería más completa, ya que la indemnización cubriría tanto la venta del esclavo como del peculio. Así, pues, d'Ors cree que aunque cabía otro recurso (la *restitutio in integrum* del peculio), la unidad de la enajenación permitía no tener en cuenta, a efectos del principio de subsidiariedad, dicha restitución del peculio que, en realidad, era el objeto accesorio de la enajenación<sup>8</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, la posibilidad de conceder una *actio de dolo* en supuestos donde es posible el ejercicio de otra acción, supone admitir un criterio de utilidad. En efecto, preferir la acción de dolo frente a la restitución del peculio porque con la primera se satisfacen más plenamente los intereses del menor significa entender el principio de subsidiariedad de una manera más amplia y no únicamente basada en la existencia objetiva de otro recurso. En cualquier caso, Ulpiano observa

<sup>7</sup> D. 4,3,1,6 (Ulp. 11 ad ed.): *Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.* - D. 4,3,1,7 (Ulp. 11 ad ed.): *Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam, acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est.*

<sup>8</sup> Cfr. A. d'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revisión de Ulp. D. 4,3,7 pr. y D. 4,4,11 pr.*, en SDHI. 46 (1980) p. 33ss.

que si el comprador hubiera actuado dolosamente, la acción de dolo contra el menor no tendría lugar, ya que se concedería contra el comprador una *actio ex bona fidei empti*, dado que su actuación había sido contraria a la buena fe exigida por el contrato de compra-venta.

En cualquier caso, la tendencia general de la Jurisprudencia posterior al edicto fue la de restringir sensiblemente el recurso a la acción de dolo. En principio, la posibilidad de protección de los intereses del legitimado activamente a través de otro recurso jurisdiccional, ya fuera mediante una acción civil o pretoria, una excepción o bien por vía interdictal, excluía la concesión de la *actio doli*. Ante tal estado de cosas, resulta obligado el plantearos el por qué, en primer lugar, del carácter subsidiario de la acción de dolo y, en segundo término, las causas de una interpretación jurisprudencial tan restrictiva. Si hacemos caso de Ulpiano, tal actitud se debía a lo inadecuado que podía resultar que el Pretor concediese una acción infamante existiendo otra acción (D. 4,3,1,4 /Ulp. 11 ad ed.)<sup>9</sup>. A esta justificación cabe objetar que otras acciones, también infamantes, se concedieran en concurrencia con diversos recursos procesales. Tal era el caso, por ejemplo, de la *actio furti* que podía darse junto a la reivindicatoria. Es cierto que con cada una de ellas se pretendía algo diferente: con la *actio furti* una indemnización por el doble o más, consecuencia de la obligación nacida del delito, y con la reivindicatoria la restitución de la cosa. En el supuesto de la acción de dolo se pretendía fundamentalmente la *restitutio* de la cosa o de la situación jurídica anterior al acto doloso. Sólo si el demandado rechazaba la restitución, el juez valoraba el asunto y daba una sentencia condenatoria por el valor del perjuicio causado, acompañada de la nota de infamia. Digamos que la acción de dolo recogía el carácter infamante de la acción penal y la naturaleza arbitraria de la acción reipersecutoria. Este hecho nos lleva a considerar como válido el planteamiento de Albanese, según el cual la acción de dolo se inserta dentro de un intento de sistematización de los delitos. Realmente hablar de “sistemática” es un poco atrevido, pero lo que sí es indudable es que el Pretor tuvo muy presente la protección jurisdiccional que hasta el momento se daba al respecto y que la acción de dolo se inserta dentro de un planteamiento de protección total de los intereses del legitimado pasivamente, por los daños causados por un delito o bien por cualquier tipo de engaño. A juicio de Albanese, la explicación recogida en D. 4,3,1,4 (Ulp. 11 ad ed.) es insuficiente. La subsidiariedad, opina el autor, sólo se puede entender en clave histórica, considerando el momento en que se da el edicto de Aquilio Galo, que no es otro que el de finales de la República. Época en la cual el *furtum* venía recibiendo un tratamiento restrictivo, mientras que el *damnum iniuria datum*, en cambio, lo recibía extensivo. En este contexto la acción de dolo se crea con la intención de dotar a las víctimas de un recurso general para garantizar la defensa de sus intereses, en lugar

<sup>9</sup> BLANCH, *op. cit.*, p. 1154 subraya cómo en la práctica el carácter infamante de la acción de dolo no tenía efecto en muchas ocasiones, dado que lo normal era que un representante interviniera con el objeto de evitar dicha consecuencia. La participación del representante determinaba que el nombre del que cometió el acto doloso sólo apareciera en la *intentio* y, por tanto, no fuera condenado; mientras que en la *condemnatio* se recogía el nombre del representante, que finalmente no sufría ninguna consecuencia infamante por actuar *alieno nomine*.

de extender de forma artificiosa figuras jurídicas, como el *furtum* o el *damnum iniuria datum*, creados para supuestos distintos y muy precisos<sup>10</sup>.

Sin embargo, esta línea de interpretación jurisprudencial restrictiva choca de alguna manera con la opinión de Labeón, para quien la acción de dolo debía concederse si se dudaba de la aplicabilidad de la otra acción. En efecto, en D. 4,3,7,3 (*Ulp. II ad ed.*), Labeón sostiene que la acción de dolo debía darse cuando no había seguridad de poder ejercitar la *actio ex stipulatu*, aun cuando se hubiera dado caución de dolo. Por otro lado, ya hemos puesto de relieve la postura de Juliano a propósito de la concesión de la acción de dolo a favor del menor engañado por su esclavo que, como pudimos comprobar era también bastante favorable a la aplicabilidad de la *actio de dolo*. A nuestro juicio, la existencia de dos líneas jurisprudenciales de interpretación contradictorias es tan sólo aparente. Si pensamos sobre las motivaciones de este edicto comprenderemos que la opinión de Labeón no responde sino a la actitud de evitar situaciones de desprotección. Prueba de lo que decimos es el ejemplo que refiere el jurista a continuación para fundamentar su opinión. De él se deduce que si existía efectivamente otra acción, la de dolo no se concedía. Sólo cuando la víctima podía quedar desamparada, porque, por ejemplo, una eventual caución no contemplase la actual situación, era cuando podía recurrirse a la acción de dolo<sup>11</sup>.

*Non solum sit alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit,*

<sup>10</sup> Cfr. A. ALBANESE, *La sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* 28 (1961) p. 303s, 311-315. Según este autor, el problema de la subsidiariedad de la *actio doli* nace, se desarrolla y acaba con el procedimiento formulario y el Derecho pretorio, de ahí que en Derecho justiniano no mereciese ningún interés particular. Guarino no comparte las dudas de Albanese respecto a la explicación que Ulpiano proporciona en D. 4,3,1,5 (*Ulp. II ad ed.*) basada en el carácter infamante de la acción de dolo. Si bien reconoce que no todas las acciones *famosae* tenían el mismo tratamiento, pone de relieve cómo, respecto a las otras acciones infamantes, los juristas no contaron con una cláusula edictal similar a la cláusula *si alia actio non erit*. Cfr. A. GUARINO, *La sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *Labeo* 8 (1962) p. 272. Betancourt opina que precisamente el carácter infamante de la acción de dolo es el que justificaría que su concesión dependiera de la *causae cognitio* del pretor. Cfr. F. BETANCOURT, *op. cit.*, p. 165 n. 4. Sobre la concurrencia de acciones, cfr. D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe* (Göttingen 1972) especialmente p. 183ss. Kaser subraya cómo en los supuestos de acciones subsidiarias no hay concurrencia, ya que las acciones subsidiarias sólo actuaban cuando no había ningún otro recurso jurídico. Cfr. K. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1996) p. 305.

<sup>11</sup> En opinión de Betancourt, las dudas de Labeón sobre la procedencia de la *actio ex stipulatu* (o bien de la *actio certi* si la obligación era de dar una cantidad o cosa determinada) se derivaban de la posibilidad de sostener una interpretación restrictiva de la estipulación dada consistente en no cumplir dolosamente con la obligación de *tradere*, en caso de venta, o de *dare*, en caso de promesa estipulatoria. En cambio, Ulpiano descarta dicha interpretación restrictiva y sostiene que el vendedor o promitente que había dado la *stipulatio de dolo* quedaba siempre obligado por cualquier tipo de conducta dolosa que llevara a cabo, aunque no impidiera la *traditio* o la *datio*. Cfr. F. BETANCOURT, *op. cit.*, p. 166ss. y n. 13. Por otro lado, sobre las estipulaciones *de dolo*, cfr. IDEM, *op. cit.*, p. 169ss. nn. 17 y 18, donde el autor encuadra este tipo de estipulación en tres categorías: 1) como elemento de las estipulaciones pretorias, donde además de asegurarse otros puntos se podía tener en cuenta también el dolo como una cláusula más de la caución; 2) como parte de las cauciones judiciales, donde el único extremo al que se atendía era una eventual actuación dolosa de la otra parte y que, por tanto, son, en sentido estricto, las genuinas cauciones o estipulaciones *de dolo*; 3) como estipulación independiente convenida entre particulares.

*imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatio actio. sed est verius, si quidem de dolum cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.*

Por otro lado, existe una limitación más a la aplicación de la acción de dolo recogida en D. 4,3,3 (*Ulp. 11 ad de.*), la cual hace referencia a la inexistencia de otra acción frente a un tercero. La continuación del planteamiento aparece en D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*). Realmente la secuencia palingenésica del texto ulpiano comienza en D. 4,3,1,8 (*Ulp. 11 ad ed.*), donde se plantea la posibilidad de una nueva interpretación jurisprudencial de la cláusula *si alia actio non erit*, cuando se dice:

D. 4,3,1,8 (*Ulp. 11 ad ed.*): *Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur.*

Dicha interpretación aparece formulada como tal en D. 4,3,3 (*Ulp. 11 ad ed.*). En ese fragmento el jurista expresa su opinión favorable a entender que la existencia de una acción frente a un tercero (*adversus alium*) excluyese la aplicación de la acción de dolo.

*Non habet hoc edictum locum, verum etiamsi adversus alium*

Finalmente, el jurista añade en D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) un ejemplo del enunciado que acaba de formular y que, como ya sabemos, trata el supuesto de un pupilo defraudado por su tutor y un tercero. Pero Ulpiano va más allá, dado que establece una limitación a dicha interpretación. En efecto, el jurista excluye los supuestos de insolvencia del tercero, debido a que la inutilidad de la acción contra él habría impedido conseguir a la víctima lo que le interesaba. Así, pues, sólo en este contexto palingenésico puede entenderse correctamente el fragmento que estudiamos, pues sólo así podremos observar cómo D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) se inserta dentro de una hilera de textos que recogen la interpretación jurisprudencial del edicto *de dolo* en un sentido claramente restrictivo<sup>12</sup>.

### III) SUBSIDIARIEDAD E INSOLVENCIA. LA POLÉMICA SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*)

Como ya hemos puesto de relieve, D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) recoge la conexión existente entre la insolvencia de un tercero y la aplicación de la acción de dolo, a pesar de contarse con *alia actio*. La inclusión del último inciso (*plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei*) es reflejo de un intento de aplicación del edicto con carácter menos restrictivo. Se introduce así el criterio de la utilidad o eficacia de la *alia actio*, que no estaba previsto en el edicto. Ahora bien, ¿su origen hay que buscarlo en la Jurisprudencia clásica o se halla en una Jurisprudencia

<sup>12</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1889 vermehrt um ein Supplement von L. E. Sierl /Graz 1960/ (Aalen 2000) *Ulpianus liber XI ad edictum*, col. 465ss. *Id de dolo malo* (E. 40)/, n° 385; D. 4,3,1,8; D. 4,3,3; D. 4,3,5.



posterior? Ya hemos dicho que el edicto no lo menciona, como tampoco lo hacen los juristas clásicos cuando expresan su interpretación más estricta del término *actio* (D. 4,3,1,4 /Ulp. 11 ad ed./). De otro lado, hay que reconocer que la cuestión de la insolvencia del deudor fue un tema que preocupó especialmente a Justiniano, pues no en vano con él se aplica el llamado “beneficio de excusión”, de acuerdo con el cual el fiador sólo respondía si el deudor principal era insolvente.

Pero D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.) no es el único fragmento donde se recoge tal relación. D. 4,3,7,6 (Ulp. 11 ad ed.), D. 4,3,7,8 (Ulp. 11 ad ed.), D. 4,3,7,9 (Ulp. 11 ad ed.), D. 4,3,9,3 (Ulp. 11 ad ed.) o D. 17,1,8,1 (Ulp. 31 ad ed.) también lo hacen.

Entre ellos destaca D. 4,3,7,6 (Ulp. 11 ad ed.)<sup>13</sup>. En él, Ulpiano considera que no debe darse la acción de dolo contra el tercero que dolosamente causa un daño con un animal cuadrúpedo propiedad de otro, a menos que el dueño sea insolvente. Prácticamente es la misma situación que la recogida en D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.), pues en ambos textos nos encontramos con tres sujetos y la posibilidad de ejercitar dos acciones distintas contra cada uno de ellos, la *actio legis Aquilia* y la *actio tutela*, respectivamente, además de la *actio doli*. En D. 4,3,7,6 (Ulp. 11 ad ed.) la solución de Ulpiano también consiste en recurrir preferentemente a cualquier otra acción antes que a la de dolo, incluso cuando eso suponga demandar al dueño que no intervino dolosamente en los hechos, pero que como propietario del animal tiene una responsabilidad extracontractual. Únicamente si este fuera insolvente podría recurrirse a la acción de dolo contra el tercero, quien además tampoco podría ser demandado para cobrar el excedente en el supuesto de que el dueño hubiera entregado al animal.

Otro texto de Paulo, D. 4,3,20 pr. (Paul. 11 ad ed.), que recoge la opinión de Labeón al respecto, también nos hace pensar que ya en época clásica se hubiera tenido en cuenta la insolvencia del tercero como criterio para conceder o no la acción de dolo. En efecto, de acuerdo con el pensamiento de Labeón, cuando un esclavo, deudor de su dueño, hubiera pedido un préstamo por exhortación de su propietario, correspondería contra este la acción de dolo, ya que la *actio de peculio vel de in rem verso* sería inútil, debido a que no había nada en el peculio.

*Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus accepit.*

Ya hemos visto como Labeón fue, en su tiempo, uno de los que más defendió la interpretación amplia del edicto, de manera que pudiera recurrirse a la acción de dolo con mayor facilidad, a fin de evitar situaciones de desprotección para las víctimas del fraude. Evidentemente el prestamista del caso propuesto no habría conseguido nada con la *actio de peculio vel de in rem verso* porque precisamente el préstamo se pidió porque no había nada en el peculio. Por ello resultaba necesario que la

<sup>13</sup> D. 4,3,7,6 (Ulp. 11 ad ed.): *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam nec in id quod excedit.*

actitud dolosa del dueño, sugiriendo al esclavo (*hortatu tuo*) lo que debía hacer, fuera tenida en cuenta y se concediera un acción de dolo contra el dueño. A nuestro juicio, este texto no está alterado, puesto que encaja perfectamente con la línea de pensamiento del jurista Labeón recogida en D. 4,3,7,3 (*Ulp. 11 ad ed.*)<sup>14</sup>.

A nuestro juicio, conviene también tener muy en cuenta al respecto la opinión de Gayo, quien consideraba que no había acción para quien ésta resultaba inútil debido a la pobreza de su adversario (D. 4,3,6 /*Gai. 4 ad ed. prov.l.*).

*Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.*

Según Brutti, el precedente de esta opinión gayana se encuentra en la interpretación extensiva que Labeón elaboró a propósito del edicto *de dolo*. Esta relación contribuye, a juicio de Brutti, a probar su clasicidad. El pensamiento de Labeón a propósito de la subsidiariedad y la insolvencia en el caso de la acción de dolo aparece recogido claramente en D. 4,3,20 pr. (*Paul. 11 ad ed.*) y también en otro fragmento, D. 17,1,8,1 (*Ulp. 31 ad ed.*), donde Labeón vuelve a proponer el recurso a la *actio doli* ante la inutilidad de una *actio mandati*. Todo ello lleva a Brutti a considerar que la relevancia que Labeón concede a la insolvencia del tercero no es fruto de una decisión aislada, sino que es consecuencia de entender la admisibilidad de la aplicación de la acción de dolo en una serie de casos que, de observarse con todo rigor formal la cláusula edictal, quedarían privados de protección<sup>15</sup>.

Así, pues, aunque a primera vista pudiera parecer que la consideración de la insolvencia se debía más bien a la labor de los Compiladores que a la de los propios clásicos, creemos que este último texto al que hemos hecho referencia nos indica claramente cómo ya en época clásica se abrió al menos una línea de pensamiento jurisprudencial más abierta que admitía el recurso a la acción de dolo aunque hubiera otra acción, siempre y cuando pudieran darse situaciones injustas provocadas por la inutilidad de la acción o las dudas acerca de su misma existencia. Labeón fue más allá de la letra del edicto, porque quizás comprendió que lo importante era su espíritu: evitar la desprotección de la víctima a través de un recurso de carácter general.

En cualquier caso, somos conscientes de que determinar la clasicidad de este fragmento no es una cuestión pacífica. De hecho, ha sido objeto de un vivo debate doctrinal, que arranca con el pensamiento de Pringsheim y que, posteriormente, encuentra en Albanese a uno de sus mayores estudiosos. Las opiniones de uno y otro fueron aceptadas y contestadas con pasión, volviéndose la polémica especialmente viva a principios de los años sesenta, donde se sucedieron las recensiones críticas y los escritos en respuesta a las opiniones de Albanese.

Pero, como decimos, fue Pringsheim el primero que de forma contundente expresó su punto de vista a propósito de la relación entre subsidiariedad e insolven-

<sup>14</sup> Vid. texto *supra*.

<sup>15</sup> Cfr. M. BRUTTI, *op. cit.*, p. 259-265, 261 n. 84. - D. 4,3,20 pr. (*Paul. 11 ad ed.*): *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini verum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.* - D. 17,1,8,1 (*Ulp. 31 ad ed.*): *Sed et si per collusionem procuratoris absolutus, sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.*

cia, en un artículo publicado en 1920<sup>16</sup>. En ese trabajo, Pringsheim defiende la existencia de una alteración bizantina en el fragmento que nos interesa, D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*). A su juicio, el texto originariamente recogía un ejemplo corroborador de lo expresado por Ulpiano en D. 4,3,1,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) y D. 4,3,3 (*Ulp. ad ed.*). Tal cometido concluía con la palabra *intersit*. Lo que sigue después, la frase *plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei*, sería un añadido bizantino que no tendría nada que ver con la cuestión. Para este autor la oración de relativo *per quam consequatur quod sua intersit*, con su observación acerca de los intereses, se adapta mejor al esquema de una acción de regreso que al de la subsidiariedad. Pringsheim plantea además una interesante cuestión, ¿debía el Pretor en la *causae cognitio* obtener pruebas de que el demandado con la *alia actio* era insolvente?<sup>17</sup>.

En cambio, Albanese considera que, pese a que las observaciones de Pringsheim sobre la posible alteración de D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) son aceptables, no demuestran que efectivamente hayan tenido lugar. En su opinión, D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) es un texto genuino, como lo pone de relieve la referencia a los intereses recogida en la frase *per quam consequatur quod sua intersit*, la cual es decisiva en el planteamiento de Ulpiano para la concesión de la acción de dolo. Respecto al argumento de Pringsheim sobre la continuidad de D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) con D. 4,3,1,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) y D. 4,3,3 (*Ulp. 11 ad ed.*), Albanese considera que D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) más que ejemplificar lo recogido en los otros dos fragmentos, lo que hace es rechazar la aplicación de una interpretación extensiva de la cláusula *si alia actio non erit*, entendida como *si alia actio adversus alium*, en los supuestos de insolvencia del tercero. El motivo que justifica tal rechazo es la injusticia que tal interpretación “innovadora” supondría para el legitimado activamente, debido a la insolvencia del *alius*<sup>18</sup>.

Como respuesta a este trabajo de Albanese, Guarino publicó en 1962 un trabajo sobre el carácter subsidiario de la acción de dolo. Guarino discrepaba de Albanese a propósito de la explicación que este da sobre la razón de ser de la subsidiariedad. Negaba que esta se aplicase sólo cuando faltase cualquier otra “sistemazione accettabile” y que hubiera sido la Jurisprudencia posterior la que se encargó de interpretar extensivamente el término *actio* en el sentido de cualquier recurso jurisdiccional. Según Guarino, si Aquilio Galo hubiera razonado así, no habría dejado a los jurisprudentes la tarea de proceder a una interpretación extensiva, sino que la

<sup>16</sup> F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, en *SZ.* 41 (1920) p. 252-262.

<sup>17</sup> Cfr. F. PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 257 y n. 261s. Para la crítica interpolacionística del fragmento, cfr. *Index Interp. Suppl.* Ik s.l.= PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 257: /eum/ <ei>; /habere/ <dari>; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV* (Tübingen 1920) p. 80: *non debere <ei> /eum/ de dolo actionem - <dari> /habere/*; KRÜGER, *ad leg.: dicenderit*.

<sup>18</sup> Cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* 28 (1961) p. 184-187. Cfr. la recensión crítica que J. GAUDEMET, en *IURA* 13 (1962) p. 292, 294 hace sobre dicho trabajo, donde resalta cómo en D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*) se recoge una interpretación restrictiva de la cláusula *si alia actio non erit*, al rechazarse la acción de dolo cuando exista otro recurso procesal contra un tercero. El autor coincide con Albanese en considerar el principio de subsidiariedad de la acción de dolo como común a clásicos y bizantinos. Por otro lado, resalta cómo, más que una característica de la acción de dolo, la subsidiariedad forma parte de la esencia misma de la acción, de tal modo que debe suplir cualquier deficiencia del Derecho, tanto cuando haya riesgo de insolvencia del tercero cómplice como cuando haya dudas sobre la existencia de otra acción.

habría realizado él mismo, expresándose de manera distinta y no recurriendo al empleo del término *actio*. Por otro lado, el autor no considera que el fundamentar la acción de dolo en un intento de erradicación de cualquier laguna jurídica explique razonablemente la inaplicabilidad de la acción de dolo en aquellos supuestos en los que era posible para el legitimado activo una restitución patrimonial a través de otros recursos. En este sentido, el autor trae a colación el caso de la *actio furti*, cuyo ejercicio no impedía que se recurriera también a la *condictio furtiva*. Guarino sostiene que Aquilio Galo, consciente de que su edicto tenía carácter general, como también lo tenía la noción de dolo, subrayó, a través de la cláusula *si alia actio non erit*, la necesidad de no recurrir a la acción de dolo cuando existiese otra acción penal. La Jurisprudencia posterior, en lugar de profundizar en la noción de dolo, puso toda su atención en fijar una interpretación restrictiva de dicha cláusula. Así, pues, la subsidiariedad de la acción de dolo, en el modo en que es entendida por los juristas de edad clásica avanzada, es el resultado de una elaboración posterior a la introducción del edicto *de dolo*. Guarino considera que la tendencia general mostrada por la Jurisprudencia clásica fue la de una interpretación restrictiva, de ahí que probablemente sean postclásicas, especialmente prejustinianas, muchas de las aplicaciones extensivas de la acción de dolo. Por otro lado, el autor duda que la concesión de dicha acción en los supuestos de insolvencia sea clásica, puesto que denota, a su juicio, poca sensibilidad práctica. La investigación *causa cognita* sería excesiva si el Pretor tuviese que establecer la insolvencia de un tercero antes de conceder la acción de dolo. Además el hecho de que los textos referidos a la subsidiariedad de la acción de dolo aparezcan recogidos en el Digesto en una suerte de cadena, hace pensar a Guarino en una más que probable alteración sustancial por parte de los Compiladores. A propósito de D. 4,3,5 (*Ulp. 11 ad ed.*), opina que la última frase del fragmento *plane-ei* es una innovación postclásica, dado que la conclusión formal del fragmento es con *intersit*<sup>19</sup>.

Un año después, Albanese respondió a Guarino publicando un nuevo trabajo sobre la subsidiariedad de la acción de dolo. En él, Albanese volvió a insistir en la fundamentación histórica del principio de subsidiariedad de la *actio doli*, basándose en la doble y contradictoria interpretación jurisprudencial posterior al edicto *de dolo*. Extensiva, por un lado, al admitir la concesión de la acción cuando hubiera dudas sobre la existencia de otra acción y restrictiva, por otro, al descartar el recurso a la acción de dolo no sólo cuando hubiera otra acción sino también cualquier otro recurso jurisdiccional. Los juristas elaboraron concepciones de uno y otro sentido con total libertad, porque el valor originario de la cláusula edictal no era el de restringir o extender el alcance del edicto, sino que respondía al interés por sistematizar un nuevo medio o recurso en el ordenamiento romano. Descarta el autor que la subsidiariedad se apoyase en el carácter infamante de la acción, puesto que otras acciones infamantes no eran subsidiarias, pese a ser sus consecuencias más graves incluso que la *actio doli*. Por otro lado, Albanese descarta que sean razones de equidad las que expliquen la cláusula *si alia actio non erit*, ya que esto no es compatible con la interpretación restrictiva que simultáneamente la Jurisprudencia elaboró al respecto.

<sup>19</sup> Vid. texto *supra*. Cfr. A. GUARINO, *La sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *Labeo* 8 (1962) 270-274, 278. A. d'Ors también considera como ajeno al pensamiento clásico la consideración de la insolvencia. Cfr. A. d'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: Una revisión de D. 4,3,7 pr. y D. 4,4,11 pr.*, en *SDHI*. 46 (1980) 32 n. 5.

Albanese considera que para entender su planteamiento sobre el origen de la acción de dolo es necesario analizar también sus resultados sobre otros delitos como el *furtum* o el *damnum iniuria datum*. El edicto de dolo no se dio con fines de equidad o con la intención de colmar lagunas, sino que tuvo un carácter fundamentalmente sistemático y científico, creando una nueva categoría jurídica, la acción de dolo, en conexión implícita con las otras acciones preexistentes. A propósito de la admisión de la acción de dolo cuando se diese la insolvencia de un tercero, Albanese cree que significaba la renuncia a una interpretación restrictiva de la aplicabilidad de la acción de dolo. En efecto, la extensión de la cláusula edictal *si alia actio non erit* a los supuestos de existencia de una acción contra el tercero (*si actio adversus alium*) suponía una restricción del ámbito de aplicación de la acción de dolo, que sólo se evitaba cuando este último era insolvente. La comprobación del estado de insolvencia del tercero debía ser alegada por el *deceptus* al solicitar la concesión de la acción de dolo. La averiguación por parte del Pretor al respecto no habría excedido de lo normal para la *causae cognitio*, sobre todo, si tenemos en cuenta los supuestos de insolvencia manifiesta, la estructuración social y jurídica romana, la elaboración de un censo periódico y la posibilidad de que ya hubiera tenido lugar una *bonorum venditio* contra el tercero. Albanese vuelve a insistir en la genuinidad de D. 4,3,5 (*Ulp. II ad ed.*) que se deduce de la conexión que Ulpiano establece entre la importancia de garantizar al *deceptus* el *consequi quod si intersit* y su interpretación de la cláusula *si alia actio non erit* como comprensiva de la existencia de *alia actio adversus alium*. Así, pues, para declarar interpolado este texto, el autor mantiene que lo primero que hay que hacer es probar el carácter postclásico de la expresión *consequi quod intersit*. Por último, Albanese cierra su reflexión llegando a la conclusión de que la consideración de la insolvencia del tercero se corresponde con un desarrollo de la interpretación labeoniana favorable a la concesión de la acción de dolo en los supuestos de duda acerca de la existencia de otra acción. Pues, con toda probabilidad, se entendieron también como dudosos aquellos casos en los que la acción *adversus alium* era inútil por ser este insolvente<sup>20</sup>.

Para concluir, sólo nos queda reiterar nuestra opinión favorable a admitir la clasicidad de D. 4,3,5 (*Ulp. II ad ed.*), dado que nos parece expresión de una posición jurisprudencial abanderada por Labeón, Juliano, Gayo y Ulpiano que, aunque no mayoritaria en época clásica, admitía una interpretación más amplia cuando, razones de equidad, hacían aconsejable recurrir al ejercicio de la acción de dolo en interés de la víctima del fraude.

<sup>20</sup> Cfr. B. ALBANESE. *Ancora in tema di sussidiarietà dell' "a. de dolo"*, en *Labeo* 9 (1963) p. 43-49, 55.