



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 22 (2018), pp. 480-498

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2018.22.0.5200>

ANOTACIONES SOBRE RIESGO Y RESPONSABILIDAD EN D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5.

RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO.
Profesor Titular de la Universidade da Coruña.

Resumen: Análisis a partir de dos textos del jurista Ulpiano (D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5) de diversas cuestiones que, en materia de riesgo y responsabilidad, se plantean respecto a la realización de los trabajos encomendados por particulares a un tipo cualificado de artífices.

Palabras clave: Riesgo, responsabilidad, *locatio conductio operis*, *vitium mataeriae*; *vitium operis*, *imperitia*, *artífices*.

Abstract: This paper is aimed at analysing, on the basis of two texts by the jurist Ulpian (D.9.2.27.29 and D. 19.2.13.5), various questions which arise in respect of risk and liability for carrying out tasks designated to a qualified type of creators by individuals.

Keywords: risk, liability, *locatio conductio operis*, *vitium mataeriae*, *vitium operis*, *imperitia*, *artífices*.

SUMARIO: I. D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5: DETALLES SOBRE LA PROBLEMÁTICA A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN LOS CASOS PLANTEADOS Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES APORTADAS A LA MISMA. II. CALIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO CONCLUIDO Y CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA. III. RIESGO Y RESPONSABILIDAD. *VITIUM MATERIAE VERSUS IMPERITIA*. IV LA INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ASUNCIÓN DEL *PERICULUM* POR PARTE DEL JOYERO EN D. 19.2.13.5. Y DE SU EXENCIÓN POR PARTE DEL *DIATRETARIUS* EN D. 9.2.27.29: JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE. V. BREVE REFERENCIA A LAS ACCIONES PROCESALES EJERCITABLES.

Muchos textos del Digesto ofrecen la posibilidad de reflexionar desde un punto de vista jurídico, y en bastantes ocasiones también económico y social, sobre el planteamiento y resolución de determinadas cuestiones problemáticas surgidas en la realidad de la vida cotidiana pasada, que, persistiendo en el tiempo, sin solución de continuidad, llegan hasta nuestros días.

En el presente escrito¹ dedicaremos nuestra atención a dos fragmentos pertenecientes al jurista Ulpiano, recogidos respectivamente en D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5, correspondientes al libro XVIII y XXXII *ad ed.* del jurista severiano².

Al hilo del contenido de los textos nos ocuparemos con mayor o menor detenimiento no solamente de cuestiones específicamente relativas al riesgo y responsabilidad contractual, según se señala en el título del trabajo, sino también de otras que aparecen conectadas con ellas y aludidas en los textos, como, por ejemplo: la de la naturaleza jurídica de la prestación consensuada; la de los efectos que provoca la condición de artífice del prestador del trabajo encargado; la de su posible actuación en la realización de la obra convenida con *imperitia* y los efectos que de la misma se derivan; la de la posible destrucción del objeto encargado por *vitium materiae* y su conexión con la atribución del riesgo del perecimiento del objeto a una de las partes contratantes; la de la posibilidad de alterar mediante pactos la imputación del *periculum*; o la de las posibles acciones ejercitables para exigir la responsabilidad correspondiente tanto en el ámbito contractual como en el delictual. A todas estas cuestiones de carácter jurídico añadimos otras de carácter económico-social que parecen encontrarse subyacentes en los textos y que, en nuestra opinión, parecen condicionarlas, como, por

¹ El mismo se corresponde con la comunicación, convenientemente revisada y ampliada, presentada al XX Congreso Internacional e XXIII Congreso Iber-Americano de Derecho romano, organizado por la Asociación Internacional de derecho romano (AIDROM) y celebrado en la Universidade Lusíada/Norte (Porto) los días 21, 22 y 23 de marzo de 2018. Dicho trabajo también aparecerá publicado en las Actas correspondientes del mencionado Congreso.

² El libro XVIII *ad edictum* de Ulpiano se encuentra referido a la responsabilidad por acto ilícito según la ley Aquilia y el XXXII a la responsabilidad contractual por *locatio conductio*. Según HONORÉ, T., *Ulpian*, Oxford, 1982, pp.129 ss., 148, el citado jurista habría escrito su libro XVIII poco después del 212 d.C., y el XXXII hacia el 214 d.C.

ejemplo, la condición y posición económico-social de las partes contratantes en la relación contractual a los efectos de establecer las posibles características y cláusulas del negocio celebrado.

I. D. 9.2.27.29 Y D. 19.2.13.5: DETALLES SOBRE LA PROBLEMÁTICA A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN LOS CASOS PLANTEADOS Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES APORTADAS A LA MISMA.

Dig. 9.2.27.29 (*Ulp. 18 ad ed.*)

Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excussatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et aquiliae.

Si diste a tornear una copa, y ciertamente la rompió por impericia, será responsable del daño con injuria; pero si no la rompió por impericia, sino que tenía defectos de hendiduras, puede excusarse; y por esto, suelen convenir muchas veces los artífices, cuando se dan semejantes materiales, que no hacen el trabajo a su riesgo; cuyo pacto hace desaparecer la acción de arrendamiento, y la de la ley Aquilia³.

Dig. 19.2.13.5 (*Ulp. 32 ad ed.*)

Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.

Si se hubiera dado una piedra preciosa para engastarla o esculpirla, y se hubiera roto, si verdaderamente esto hubiera sucedido por vicio de la materia, no habrá la acción de locación, y la habrá, si por impericia del artífice. A esta opinión se ha de añadir, a no ser que el artífice hubiera admitido también a su cargo el riesgo; porque entonces, aunque esto haya sucedido por vicio de la materia, habrá la acción de locación⁴.

En ambos textos, cuyas formulaciones latinas son extremadamente breves y en los que para la comprensión de su significado no se puede omitir ninguna palabra⁵, se hace referencia a un particular que entrega (de “*dedisti*” se habla en D. 9.2.27.29 y “*data*” en D. 19.2.13.5) a un profesional cualificado, un artífice (*diatretarius* en D. 9.2.27.29, y joyero en D. 19.2.13.5) un material supuestamente valioso (no descrito en D. 9.2.27.29, en el que Ulpiano habla de “*eiusmodi materiae*”; *gemma* en D. 19.2.13.5)

³ Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho Civil romano. Primera Parte. Instituta Digesto*, Barcelona, 1889.

⁴ Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho Civil romano cit.*

⁵ Insiste especialmente en esta circunstancia WACKE, A., «*Si artifex calicem diatretum faciendum imperitia fregit. Danni derivanti dalla rottura di gemme e di bicchieri preziosi: le clausole di sopportazione del rischio nell'artigianato romano*», *SDHI LXIX*, 2003, p. 576 s., criticando al respecto en *op. cit.*, p.577 nt. 16 el planteamiento de Haymann que califica como “particularmente radical”.

con la finalidad de que con su trabajo fabrique o haga un objeto nuevo (“*faciendum*” dice el jurista en D. 9.2.27.29; “*facientis*” en D. 19.2.13.5), más en concreto, un *calix* o *vas diatretum* en D. 9.2.27.29, y para que engaste o talle una piedra preciosa en D. 19.2.13.5. Todo ello, presuntamente, por el tipo de contrato celebrado, según se deduce de los textos, (una *locatio conductio operis*) a cambio de una contraprestación en dinero.

En los dos fragmentos también se contempla la rotura del objeto entregado, presumiblemente mientras el artífice se encontraba realizando su trabajo sobre el mismo y a consecuencia de su manipulación, planteando al respecto el jurista dos posibilidades diferentes en cuanto a la producción de la misma: por *imperitia* (D. 9.2.27.29: “*si quidem imperitia fregit*”; D. 19.2.13.5: “*si imperitia facientis*”) o por defectos o vicios del objeto entregado (D. 9.2.27.29: “*sed rimas habebat vitiosas*”; D. 19.2.13.5: “*si quidem vitio materiae fractum sit*”).

Preguntándose por el efecto de tales eventos en cuanto a la posible exigencia o no de responsabilidad por la rotura del objeto por parte del cliente al artífice y, en caso afirmativo, sobre las acciones procedentes para exigir la misma, Ulpiano indica que en el supuesto de que la rotura de la materia de produjese a consecuencia de vicios del objeto, el artífice puede ser exculpado (en D. 9.2.27.29 señala: “*potest esse excussatus*”; en D. 19.2.13.5, indica “*non erit ex locato actio*”), mientras que en el caso de que la rotura se produjera a consecuencia de *imperitia*, procedería la exigencia de responsabilidad al mismo (en D. 9.2.27.29 se indica “*damni iniuria tenebitur*”; en D. 19.2.13.5 “*si imperitia facientis, (ex locato actio) erit*”), aludiéndose en este caso a la posibilidad de ejercitar la *actio locati* y la *actio ex lege Aquilia* (presuntamente con carácter alternativo) en D. 9.2.27.29, y solamente a la *actio locati* en D. 19.2.13.5.

Finalmente, en ambos textos, partiendo de las soluciones previstas para las distintas situaciones que pudiesen dar lugar a la fractura del objeto (por impericia o por vicio de la materia), Ulpiano alude a la posibilidad de que las partes intervinientes en la relación contractual introduzcan pactos o convenciones (en D. 9.2.27.29 a favor de los artífices; en D. 19.2.13.5 en beneficio de los clientes) que permitan alterar las reglas establecidas con carácter general.

Así, en D. 9.2.27.29, el jurista severiano indica que, cuando se dan semejantes materiales, muchas veces suelen convenir los artífices que no hacen el trabajo a su riesgo (“*et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere*”), cuyo pacto hace “desaparecer” la acción de arrendamiento y la de la ley Aquilia (“*quae res ex locato tollit actionem et aquiliae*”). En D. 19.2.13.5 señala que si el artífice hubiera admitido también a su cargo el riesgo (“*nisi periculum quoque in se artifex receperat*”), aunque la rotura hubiera sucedido por vicio de la materia, habrá la acción de locación (“*tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio*”).

II. CALIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO CONCLUIDO Y CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA.

Tanto en D. 9.2.27.29 como en D. 19.2.13.5, se hace referencia a la entrega de un objeto: “*calicem diatretum faciendum dedisti*”, se indica en el primero de los fragmentos; “*gemma includenda aut insculpenda data sit*”, se señala en el segundo.

A los efectos de la calificación jurídica del negocio concluido, el uso del verbo “*dare*” en lugar de “*locare*” no se puede considerar como determinante⁶. El *locator* (cliente) pone un material a disposición del *conductor* (artífice), obligándose este último a realizar una determinada actividad para conseguir un cierto resultado de trabajo en beneficio del *locator*, que paga por ello una contraprestación, normalmente en dinero: *locatio conductio operis*⁷.

Nos encontraríamos no ante una obligación de *dare*, sino de *facere*. Se trataría de una *locatio operis faciendi*, en la que la prestación se concretaría en un *opus locatum conductum*.

Opus locatum conductum es el *opus* cumplido según el fin acordado por las partes, y debe entenderse no simplemente como lo que el *conductor* ha realizado (*opus factum*, o lo que los griegos llaman “*ergon*”⁸), sino como aquello que debería realizar sobre la base del acuerdo llevado a cabo con el *locator* (*opus pefectum*, o “*apotelesma*” según los griegos). Con otras palabras: no es suficiente que se haya realizado un producto, sino que resulta necesario que el producto de la actividad del *conductor* sea conforme al acuerdo alcanzado por las partes⁹.

En D. 9.2.27.29 el cliente entrega al *diatretarius* un material valioso, que no aparece específicamente descrito por el jurista en el texto, y que quizá pudiese ser una piedra semi-preciosa de cristal de roca, de forma desconocida, basta y sin labrar, con la finalidad –y en ello se concreta la prestación– de que mediante su trabajo elaborase un

⁶ Según FIORI, R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e Tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 53, “en todo el Digesto no se encuentra un único ejemplo de *aurum/argentum locare* y, más en general, toda vez que se suministren los materiales a un artífice para que obtenga un producto, se utiliza el verbo *dare* en lugar de *locare*: así, discutiendo explícitamente de arrendamiento,...Ulpiano (habla) de *calicem diatretum faciendum dare* y de *gemma includendam aut insculpendam dare*”.

⁷ Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO A.-PARICIO SERRANO J., *Fundamentos de derecho privado romano*, 9ª ed., Madrid, 2016, p. 332.

⁸ Según LANA, “*Sapere, lavoro e potere in Roma antica*”, Napoli, 1990, p. 416, “*ergon*” designa el trabajo ya sea en sentido activo (desarrollo de una actividad), o en sentido pasivo (el resultado del trabajo hecho).

⁹ Dig. 50.16.5.1 (*Paul. 2 ad ed.*): “*opere locato conducto*”: *his verbis labeo significari ait id opus, quod graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*”. Vid. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* cit., pp. 155 ss. y 164 s. En atención al texto indicado, CANNATA, «Una casistica della colpa contrattuale», *SDHI* LVIII, p. 424, nt. 35, matiza que para los juristas romanos el *opus locare* correspondía a la asunción, por parte del *conductor*, de la realización de un objeto no existente al momento del contrato, y no de una simple actividad (también de elaboración) llevada a cabo sobre un objeto ya existente.

vas o *calix diatretum*, no sabemos si figurado (con escenas) o reticulado (con motivos geométricos)¹⁰.

En D. 19.2.13.5 lo que el cliente entrega es una piedra preciosa, *gemma*¹¹, para que el joyero –y en ello se concretaría en este supuesto su prestación- o bien la engastase, insertase, incrustase (*includenda*), supuestamente en un tipo de anillo (sello), o, en su caso, la grabase, esculpiese o tallase (*insculpenda*), elaborando de esta forma un camafeo.

En ambos casos, por tanto, parece que nos encontraríamos ante la que en terminología moderna se califica como una obligación de resultado.

Ulpiano plantea a continuación en ambos textos la ruptura del material entregado, lo que impide llevar a cabo el cumplimiento de la prestación contraída y suscita la cuestión relativa a quién debería en tal caso hacerse cargo de la pérdida de dicho material, asumiendo las consecuencias derivadas de dicha circunstancia: ¿el cliente o el artífice?

III. RIESGO Y RESPONSABILIDAD. *VITIUM MATERIAE VERSUS IMPERITIA*.

El jurista severiano contempla al respecto dos posibilidades en relación a la ruptura del material: por *imperitia* o por *vitium materiae*. La solución proporcionada con carácter general en cada supuesto por Ulpiano es diferente: al artífice se le puede exigir una responsabilidad en el primer caso, pero resulta discutible en el segundo.

La *imperitia* adquiere un papel particularmente relevante como elemento valorativo de la conducta observada o la actividad desarrollada, bajo ciertos presupuestos y en determinadas condiciones, cuando en los que actúan, en principio, concurren o se presupone que deberían concurrir unos determinados conocimientos técnicos para poder llevar a cabo el desarrollo de la actividad de que se trate, como sucede en nuestros textos (*diatretarius* y joyero, respectivamente). La ausencia de tales conocimientos, es decir, el desconocimiento o la ignorancia de la técnica, que al realizar la actividad provoca un resultado lesivo para terceras personas, motiva la atribución de unas determinadas consecuencias jurídicas para el actuante, que se concretan en la atribución de la correspondiente responsabilidad. Una responsabilidad que, según se indica en diferentes fragmentos puede ser contractual o aquiliana¹².

¹⁰ Para una aproximación a este tipo de objetos, sus características, proceso de elaboración y posibles dificultades que presenta la misma, remitimos con carácter general a la detallada información proporcionada, con las indicaciones bibliográficas correspondientes, por WACKE, A., *op. cit.*, p.578.

¹¹ WACKE, A., *op. cit.* p. 576, precisa al respecto que los romanos llamaban *gemma* a las joyas claras, como las amatistas o las esmeraldas, utilizando el término *lapillus* para la piedra negra, como la obsidiana y *margarita* en referencia a las perlas.

¹² *Vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., «*Imperitia*: apuntes sobre la oportunidad y posible interés de su estudio en el ámbito jurídico romano antiguo», *Seminarios Complutenses de Derecho romano XXVIII*, 2015, p. 984 s.

Del dolo se separa la *imperitia* en el marco de las relaciones contractuales pero, en este caso, se precisa expresamente en los textos –con cierta reiteración- su inclusión dentro de los denominados “criterios usuales de la responsabilidad” en la esfera de la culpa. Así se señala en el doctrinalmente discutido D. 19.2.9.5, fragmento atribuido a Ulpiano, en el que este jurista, transcribiendo supuestamente la opinión de Celso indica con total rotundidad la siguiente regla del derecho: *imperitia culpa adnumeratur*. Prescripción ésta que, por lo demás, se vuelve a reproducir en idénticos términos en D. 50.17.132 y en IJ. 4.3.7¹³.

Concretamente son dos los presupuestos que aparecen referidos en D. 19.2.5 y que se suelen señalar como necesarios para que se pueda utilizar el criterio específico de la culpa-impericia a efectos de imputación de la correspondiente responsabilidad contractual: por una parte, que el sujeto obligado asuma la ejecución de prestaciones técnicas, es decir, de actividades que para su correcto desarrollo y ejecución exijan unos determinados conocimientos técnicos; y, por otra, que dicha asunción se realice desde la condición de perito, es decir, como experto o conocedor de esas técnicas, en definitiva, *ut artifex*¹⁴.

El hecho de que el sujeto obligado asuma la realización de la prestación técnica de que se trata precisamente como experto, provoca en la persona con la que se obliga o contrata una expectativa de confianza en el correcto cumplimiento de la prestación.

El derecho defiende esa expectativa presumiendo que, en el que contrata como perito la realización de esa prestación técnica, concurren unos conocimientos, aptitudes o habilidades para el desarrollo de dicha actividad, que, correctamente utilizados, harán, en principio, posible el cumplimiento de esa prestación. En virtud de tal presunción – *iuris et de iure*-, se impide al sujeto obligado alegar un “desconocimiento profesional” que, en conexión con el error, pueda actuar como posible factor de exención de responsabilidad en el caso de que el cumplimiento de la prestación asumida se hiciese posteriormente imposible a consecuencia de un inadecuado o incorrecto desarrollo de la actividad por su parte. Admitir lo contrario supondría primar el engaño, situándonos casi, por así decirlo, en la esfera del dolo¹⁵.

El otro presupuesto que se señala como necesario para que se pueda aplicar el criterio de la culpa-impericia se concreta en el carácter técnico de la prestación debida, para cuyo cumplimiento se precisa el desarrollo por parte del sujeto que se ha obligado como perito de unas determinadas reglas técnicas, reconocibles y socialmente reconocidas como tales, relativas al ejercicio de la actividad “profesional” en que se sustancia dicha prestación; reglas cuya inobservancia provoque el daño correspondiente a la otra parte.

¹³ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *op. cit.* p. 988 s.

¹⁴ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *op. cit.* p. 990.

¹⁵ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *op. cit. loc. cit.*

Estas reglas técnicas del oficio o arte correspondiente a la actividad debida serán las que, en principio, determinarán el modelo de comportamiento ideal utilizable con carácter general como criterio valorativo de la culpa-impericia. Dicho modelo, evidentemente, variará dependiendo de la específica actividad “profesional” de que se trate, pero, dentro de cada uno de los posibles oficios o artes, tal modelo será el mismo, presentando también, en principio, un carácter abstracto y único¹⁶.

La constatación de la *imperitia* en el desarrollo de la actividad asumida contractualmente por el *diatretarius* o el joyero que se presentan como expertos¹⁷ y que,

¹⁶ Vid., RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *op. cit.*, p.990 s.

¹⁷ Desde una perspectiva social y económica, entre la amplia gama de artífices que laboraban en Roma en las diversas ramas artesanales –considerados como trabajadores manuales cualificados que ejercitaban un *ars*, realizando trabajos que requerían una competencia técnica específica y posiblemente una habilidad para poder ejercerlos-, no existiría una homogeneidad, apreciándose notables diferencias en cuanto a su estatus material y reconocimiento social. En este sentido, PUGLIESE, G., «Locatio-conductio», *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, AA.VV. (coord. PARICIO SERRANO), Madrid, 1994, p. 607 s., señala entre los diversos estratos, de menor a mayor importancia y consideración, en atención a los contratos celebrados por los trabajadores: los llevados a cabo con lavaderos (*fullones*) y zurcidores (*sarcinadores*); a un nivel superior, los celebrados con joyeros y plateros; y a un nivel todavía más elevado, desde el punto de vista del esmero o la perfección técnica requerida al artífice, los cinceladores de cálices (*diatretarius*). Según RODRÍGUEZ NEILA, J.F., «El trabajo en las ciudades de la *Hispania* romana», *El trabajo en la Hispania romana*, RODRÍGUEZ NEILA, GONZÁLEZ ROMÁN, MANGAS, OREJAS, Madrid, 1999, pp. 15 ss., 60 ss., (con amplias referencias bibliográficas en pp. 115 ss.), en general, en el ámbito de los trabajos desarrollados en relación a la transformación de los metales, especialmente los preciosos y la joyería, se exigiría un alto nivel de especialización, la mano de obra cualificada era rara y, por tanto, cara, debiendo suponer que las diferencias en “habilidades” serían bien calibradas a la hora de los encargos o compras por los posibles clientes, que eran particulares de alto nivel económico, gran poder adquisitivo y refinados gustos culturales, siendo notable su afán de lujo y deseo de ostentación de su riqueza e importancia a través de las obras encargadas a los artistas. En relación a la importancia de los *diatretarii* en su consideración como personas muy requeridas, WACKE, A., *op. cit.*, p. 582, destaca que, junto con otro grueso grupo de artesanos especializados y profesionales independientes, fueron liberados de los *munera* municipales en tiempos de Constantino en el año 337 d.C., según se recoge en C. 10.66.1. Por lo que se refiere a los joyeros, BLAGG, T.F.C., «La società e l'artista», *Il mondo di Roma imperiale*, Vol. III, (*Economia, Società e religione*), AA.VV. (a cura di John Wachter), Roma-Bari, 1989, p. 222, indica que el arte de tallar las gemas era tan apreciada como para no poder ser considerada como un arte menor. En particular, los anillos con el sello eran objetos de particular significado para los que los llevaban; Augusto los usó en tres épocas distintas. El último, que reproducía su cabeza y fue utilizado como sello por los emperadores que le sucedieron, fue grabado por Dioscurides, un artesano de extraordinaria habilidad. RODRÍGUEZ NEILA, J.F., *op. cit.*, p. 68 s., por su parte, refiere la existencia en el sector de la joyería en Roma de una gran demanda de camafeos y entalles para anillos atendida por los *gemmarii*, presuponiendo que la cantidad de piedras preciosas y semipreciosas (importadas habitualmente desde el Próximo Oriente, según las noticias transmitidas por Plinio en *N.H.*, 9.113) debió ser enorme debido a la arraigada costumbre observada por los ciudadanos importantes de llevar anillos sigilares. En Hispania las inscripciones atestigüadas epigráficamente que recuerdan las ricas donaciones de gemas y perlas destinadas a engalanar estatuas de divinidades e incluso particulares señalan la amplia tipología de las piezas que se fabricaban, la variedad de gustos de la clientela que las encargaba y de las habilidades de quienes las hacían, la abundancia y diversidad de la materia prima disponible, la fluidez de los circuitos que distribuían por el interior las perlas y piedras preciosas desde los puertos mediterráneos. Finalmente, sobre los rasgos más significativos que, desde un punto de vista jurídico y social, caracterizaron el fenómeno laboral en el mundo romano antiguo, *vid.*, con amplias referencias bibliográficas, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Notas introductorias en torno a las relaciones laborales en Roma», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, 8, 2004, pp. 727 ss.; también publicado con levísimas modificaciones con el título de «Bosquejo histórico sobre la consideración social y jurídica de la actividad

a consecuencia de la misma, provocan un daño que se concreta en la ruptura del objeto entregado por el cliente, da lugar a la correspondiente responsabilidad por culpa, exigible a través de una doble vía procesal: por la acción derivada de la relación contractual – en nuestro caso, *actio ex locato*-; o bien mediante el ejercicio de la *actio legis Aquilia*.

Sin embargo, la observancia de las reglas técnicas del arte u oficio correspondiente a la actividad “profesional” debida en que se concreta la prestación, es decir, la concordancia entre el comportamiento o conducta seguida efectivamente por el sujeto obligado como perito en el desarrollo de la actividad concertada y el modelo de comportamiento ideal a seguir, que sirve como criterio valorativo de la culpa-impericia, podría actuar, por el contrario, en diversos casos como posible elemento limitativo para realizar la imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al artífice. Ello es lo que parece estar expresando Ulpiano tanto en D. 9.2.27.29 como en D. 19.2.13.5. En ambos fragmentos el jurista, al referirse a la posibilidad de que la ruptura del objeto se produjese por *vitium materiae*, en contraposición a que lo fuese por *imperitia*, suponiendo por ello, en principio y salvo prueba en contrario, una correcta observancia de las reglas técnicas por parte del artífice al desarrollar su trabajo, indica en D. 9.2.27.29 que “*potest esse excussatus*”, y en D. 19.2.13.5 que “*non erit ex locato actio*”.

Por “*vitium*” hay que entender el “defecto inherente” a la cosa indicada en sus genitivos de especificación. En nuestro caso, “*vitium materiae*” sería el defecto inherente a la materia entregada¹⁸. Ese defecto del objeto, que en D. 19.2.13.5 se concreta en la existencia de hendiduras o fisuras (*rimae vitiosae*) en el material entregado para el trabajo, introduce un elemento de incertidumbre durante la realización del mismo, pudiendo llegar a provocar en su caso la destrucción del objeto a consecuencia de su manipulación y dar lugar a la imposibilidad de cumplir la prestación acordada. De ese riesgo, como posible motivo de exoneración de la responsabilidad del artífice, precisamente se hace eco Ulpiano en los dos textos que nos ocupan en un sentido muy concreto y, en cierta manera, da la impresión que de forma no absoluta, sino más bien relativa, como tendremos ocasión de indicar más adelante.

La regla establecida por Ulpiano en la dicotomía *imperitia/vitium materiae* que se recoge en D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5 parece presentar una cierta analogía con la indicada en la nota de Paulo a Labeón en el controvertido D.19.2.62¹⁹, relativa a la

laboral en Roma», *Estudios de Derecho romano en Homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, AA.VV. (edit. por P.I. CARVAJAL), Chile, 2007, pp. 603 ss.

¹⁸ Vid. C.A. CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico (Corso di Diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari. Anno accademico 1967-1968)*, Milano, 1969, p. 232.

¹⁹ Dig. 19.2.62 (*Lab. 1 pith.*): *Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum*. En relación a este texto cfr., entre otros, CANNATA C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico* cit., pp. 219 ss. y 229 ss.; PINNA PARGLIA, P., *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in Diritto romano*, Milano, 1983, pp. 91 ss. (con

distinción dentro del ámbito de los contratos de construcción entre el *vitium operis* y el *vitium soli*.

No obstante, resulta preciso señalar una importante diferencia entre los términos de ambas reglas, que debe ser tomada en consideración: en la regla que se establece en D.19.2.62, Paulo contrapone dos entidades materiales, es decir, dos cosas –el suelo y el *opus* (equivalente en este caso a construcción)- para determinar si el desplome –la cesión del *solum* que hace perecer el *opus*- se ha debido a vicios inherentes al terreno o a la construcción; en D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5, en cambio, se contraponen la materia y la actividad, con la finalidad de establecer si el perecimiento de la primera se ha producido a consecuencia de imperfecciones propias del objeto o, en su caso, a la defectuosa manipulación realizada en su trabajo por el artífice²⁰.

A la indicada diferencia se añade otra, que es la relativa a la del distinto problema que se plantea en los dos grupos de casos. Así, mientras que en D. 19.2.62 se trataba de atribuir el *periculum operis*, es decir, la consecuencia de la frustrada realización del resultado previsto en el contrato celebrado, esto es, de establecer si el *conductor* debiese o no recibir la *merces* pactada, en cambio, en D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5, se discutía, no ya del aludido problema relativo a la procedencia o no del pago de la merced al constructor, sino, más bien, del referido al eventual resarcimiento del objeto destruido por parte del artífice al cliente²¹.

En cualquier caso, la rotura por la existencia de vicios en la materia entregada, que se recoge en D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5 en contraposición a que lo fuese por impericia, no da lugar directa y necesariamente a la exención de responsabilidad al artífice, puesto que el mismo, por su condición de tal, tanto en el momento del inicio de la relación contractual, como, posteriormente, durante el desarrollo de su trabajo, debe examinar desde su condición de experto las condiciones de dicha materia para determinar si el trabajo contratado sobre la misma resulta posible y se puede realizar, o resulta factible continuarlo si es que ya ha sido iniciado, con plenas garantías para obtener el resultado deseado por su cliente.

En este sentido, si cuando el artífice, tras llevar a cabo correctamente el examen previo de la materia detecta grietas o hendiduras -antes de iniciar su trabajo o posteriormente durante su desarrollo- en la misma, podría ser excusado sólo tras comunicar dicha circunstancia al cliente, y éste, advertido y consciente de esos defectos, le solicita que continúe trabajando. Pero si, antes o durante la elaboración del trabajo,

abundantes referencias bibliográficas sobre autores que han dedicado su atención al fragmento, en nt. 280); ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano* (Rist. della II ed.), Napoli, 1987, pp. 189 ss.; MARTIN S.D., *The roman Jurists and the Organization of Private Building in the Last Republic and Early Empire*, Latomus. Revue d'Etudes Latines, Bruxelles, 1989, p. 90 ss.

²⁰ Vid. CANNATA C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico* cit., p. 242 s.

²¹ Vid. CANNATA, C.A., *op. cit.*, *loc. cit.*

se presentasen unos *vitia* que fuesen tales como para que un artífice consciente de su propio oficio los hubiese podido y debido advertir previamente, absteniéndose en tal caso de continuar su trabajo, pero no los advierte y lo inicia o continúa, aun ejecutando dicho trabajo con perfecta técnica sobre la materia, es decir, con la pericia exigida y se produce la rotura del objeto, la existencia de esos vicios no servirían para eximirle de su responsabilidad²².

De D. 9.2.27.29 y D. 19.2.13.5 también se deduce la necesidad, puesta de manifiesto explícitamente por Ulpiano mediante el “*si quidem*” (“si verdaderamente”; “si ciertamente”), que aparece referido a la *imperitia* en el primero y al *vitium materiae* en el segundo, de que uno u otro motivo de la rotura en el supuesto concreto de que se trate, se constate, es decir, de que se pruebe, determinando cuál de los dos –la *imperitia* o, en su caso, el *vitium materiae*– ha sido el que ha provocado la efectiva causa del daño.

Si bien el jurista establece en dichos fragmentos la regla aplicable, preparando la decisión, sin embargo, no hace ninguna mención expresa a la carga de la prueba en el caso de rotura a consecuencia del trabajo de los artesanos.

¿A quién correspondería entonces probar, y cómo se podría probar la *imperitia* o el *vitium materiae*?

Al respecto, se ha señalado con carácter general, que la hipotética respuesta proporcionada para Derecho romano no sería demasiado diferente de la visión moderna, puesto que la carga de la prueba se reparte según la lógica de los supuestos principios estructurales del proceso civil²³. Y más en particular, por lo que se refiere a D. 9.2.27.29, que, a partir del basilar “*tenebitur*” al que sigue el excepcional “*potest esse excusatus*” que se contienen en el fragmento, cabría argumentar una presunta

²² Vid. las precisiones formuladas al respecto por CANNATA C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico cit.*, p. 243 s. y WACKE A., *op. cit.* pp. 584 s. Según PINNA PARPAGLIA, P., *Vitia ex ipsa re, cit.*, pp. 84, 85 y 87, D. 19.2.13.5 es “absolutamente claro: el que al trabajar de un modo u otro (engarce de una gema en un collar o el simple trabajo sobre la misma para hacerla asumir una cierta forma) fractura la gema es ante todo responsable por no haber cumplido su compromiso... Se trata, por consiguiente, ante todo, de un no cumplimiento, y, al respecto, poco cuenta la cualidad de la materia. Al contrario, cuanto más delicada y difícil es de trabajar mayor capacidad, experiencia, habilidad se requiere por parte del artífice que asume el compromiso del trabajo. Si el *artifex*, dándose cuenta que la delicadeza del trabajo supera sus capacidades, seguidamente asume igualmente el compromiso del trabajo, me parece que debe responder no ya por culpa, sino por dolo verdadero y propio”. “En D. 19.2.13.5 (y en D. 9.2.27.29) la atención, la experiencia, la habilidad del artífice consiguen engarzar y trabajar las gemas y los cristales más frágiles y delicados, pero no hay duda de que un cierto margen de imponderabilidad pueda siempre el buen éxito de la obra: lo que cuenta es que aquí se realiza un encuentro entre una *res* y una actividad y propiamente esta última asume una resaltable importancia desde el punto de vista del contenido, de la obligación que nace del contrato”.

²³ Vid. WACKE, A., *op. cit.* p. 580. Este autor indica que en derecho actual, en las pretensiones que derivan de acto ilícito, el dañado debe por principio demostrar al causante del daño, en caso de duda, su responsabilidad, correspondiéndole en su condición de actor la prueba de la antijuridicidad del acto y de la culpa del demandado; mientras que, en las acciones de responsabilidad contractual, el que se debe de excusar o defender es, por contra, el deudor, puesto que así como el obligado debe normalmente probar el regular cumplimiento, en caso de incumplimiento, debe consecuentemente demostrar que no es responsable.

responsabilidad del artífice, de la que a éste correspondería en el caso de que se trata la carga de excusarse frente al cliente²⁴.

IV LA INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ASUNCIÓN DEL *PERICULUM* POR PARTE DEL JOYERO EN D. 19.2.13.5. Y DE SU EXENCIÓN POR PARTE DEL *DIATRETARIUS* EN D. 9.2.27.29: JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE.

Ulpiano también refiere en los textos que nos ocupan la posibilidad de que los contratantes introduzcan -lógicamente, de común acuerdo- determinados pactos o cláusulas contractuales que puedan alterar o modificar las reglas inicialmente aplicables, pero que, por el carácter consensual y de buena fe del contrato celebrado (*locatio conductio operis*), necesariamente deben de ser tomados en consideración. Mediante la introducción de dichas cláusulas parece claro que se pretenderían salvar las posibles dificultades prácticas para poder identificar las concretas causas (a consecuencia de *imperitia* o por *vitium materiae*) del daño²⁵.

Así, en D. 19.2.13.5, se alude a la posibilidad de que el joyero admita a su cargo el riesgo²⁶ de la rotura (“*periculum quoque in se receperat*”), extendiendo su responsabilidad, y en D. 9.2.27.29 a que el *diatretarius* no haga el trabajo a su riesgo (“*non periculo suo se facere*”), tratando de limitarla, lo que ha suscitado en la doctrina diversas cuestiones.

Entre ellas, por ejemplo, ha llamado la atención el contenido opuesto de las dos cláusulas dirigidas a modificar las reglas para la atribución del riesgo en el ámbito del mismo tipo contractual, “*locatio conductio operis*”, establecidas para sectores quizá bastante afines, encuadrables en este caso dentro del artesanado.

La doctrina mayoritaria encuentra la respuesta a esta cuestión fundamentalmente en motivaciones de tipo económico, considerando al respecto que por las características de su trabajo –menos molesto y arriesgado que el de los *diatretarii*, que trabajarían con materiales más frágiles e incontrolables-, por el valor de sus encargos –presuntamente bastante inferior, con carácter general, al de los realizados a aquellos- y la cantidad –en

²⁴ Vid. en el sentido señalado, nuevamente, WACKE, A., *op. cit.* pp. 580 s., apoyándose para defender este razonamiento en la circunstancia de que, a su entender, también en el caso -que califica como paralelo- de la columna rota durante el transporte, recogido en D. 19.2.25.7, Gayo adosa al *conductor* la carga de excusarse.

²⁵ Así lo entiende WACKE, A., *op. cit.* pp. 581 ss., opinión que compartimos. Ciertamente, como indica el romanista alemán, “gracias a las cláusulas contractuales se llama la atención de la clientela sobre el posible riesgo de rotura”.

²⁶ Sobre la noción de riesgo (contractual) a la que, como es sabido, en las fuentes romanas se alude en general con el término técnico de *periculum*, *vid.*, con carácter general: CANNATA, C.A., «La responsabilità contrattuale», *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, AA.VV. (coord. PARICIO SERRANO, J.), Madrid, 1994, p. 172 ss.; ID., *Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano*, Catania, 1996, pp. 81 ss.; RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica*, Santiago de Compostela, 2015, pp. 87 ss.

este caso, mucho mayor- de los pedidos llevados a cabo por su clientela, además de por existir una competencia bastante alta en su ramo, los joyeros estarían en mejor disposición que los *diatretarii* para asumir y soportar los posibles efectos de la mencionada cláusula de asunción de la responsabilidad por el riesgo de rotura de los objetos que les fuesen entregados para trabajar (que en ningún caso, como es de suponer, sería “gratuita”)²⁷.

En nuestra opinión, sin perjuicio de que la justificación a la diversidad del contenido de las cláusulas contenidas en los dos fragmentos se pudiese encontrar con carácter general en las diversas razones señaladas por la doctrina mayoritaria, ello no excluye necesariamente que en la práctica también se pudiesen dar determinadas situaciones en casos concretos en que cualificados joyeros de reconocido prestigio, por las frágiles características de las piedras preciosas entregadas y la posible dificultad de los trabajos de engaste o tallado a realizar sobre las mismas que les fuesen encomendados por los clientes, conviniesen con estos -al igual que, como nos indica Ulpiano en D. 9.2.27.29, solían pactar en tales casos los *diatretarii*- que no harían el trabajo a su riesgo²⁸. Esta hipotética posibilidad se explica perfectamente considerando la libertad que tienen las partes -bien fuesen *diatretarii* u orfebres- en el tipo contractual utilizado para poder autorregular el contenido de su relación; libertad contractual que serviría asimismo como elemento para poder explicar la discrepancia de las cláusulas establecidas por Ulpiano en una misma obra y en el análisis de dos textos en los que se contemplaban situaciones muy similares²⁹.

Además de la cuestión tratada, relativa al motivo que presuntamente justificaría el contenido opuesto de las dos cláusulas dirigidas a modificar las reglas para la atribución del riesgo que se recogen en los dos fragmentos, también se puede plantear otras dudas, en este caso relativas a la cláusula de exoneración de responsabilidad introducida a favor del *diatretarius* a que se refiere Ulpiano en D. 9.2.27.29.

²⁷ Vid. WACKE, A., *op. cit.* pp. 581 s. Cfr., entre otros, en términos similares, apoyándose para justificar el diferente contenido de las cláusulas en los distintos tipos de materiales (se aduce que el vidrio no sería tan controlable como la piedra preciosa) o la mayor especialización exigida en un oficio frente al otro: ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, cit., p. 194 s.; FALCO, I., «*Diligentiam praestare*». *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle «obligationes»*, Napoli, 1991, p. 35, nt. 56; MARTIN, S.D., «*Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law*», *American Journal of Philology*, vol.122, nº 1, Spring 2001, pp. 118 ss. Vid. en contra CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico* cit., pp. 244 s., para el que explicar la diferencia afirmando que las tramas del vidrio son más difícilmente controlables que las de la gema, o indicar que los *diatretarii* como expertos en un arte bastante más difícil que el de los orfebres y, por tanto, como menos numerosos, más solicitados, y por ello en situación de imponer al mercado sus condiciones, no de sufrirlas (como por el contrario habría sucedido con los biseladores de gemas), significa introducir hipótesis no suficientemente verificadas. Según CANNATA, C.A., *op. cit.*, p. 245, frecuentemente, el valor de una gema sería bastante notable respecto al de un cáliz; y por tanto el riesgo de la pérdida del objeto podía influir de manera decisiva contra la conclusión de un contrato con un orfebre, mientras que representaba un simple obstáculo para quien quisiese llegar a un acuerdo con un *diatretarius*.

²⁸ Vid. nota 17 del presente trabajo.

²⁹ Vid., SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, 2006, p. 146.

Dichas dudas se concretarían en los siguientes términos: por una parte, si el jurista ha establecido de forma clara al inicio del texto la regla o criterio de imputación del daño por la rotura del objeto al artífice cuando concurriese *imperitia*, y al cliente por defectos de hendiduras (en definitiva, por *vitium materiae*), ¿por qué a continuación señala que cuando se diesen semejantes materiales (que supuestamente presentan los indicados defectos; materiales con *rimas vitiosas*), dichos artífices suelen o acostumbran convenir que no hacen el trabajo a su riesgo (*non periculo suo se facere*)?. Por otra, en caso de introducir dicha cláusula en el negocio concluido, ¿cuál sería el concreto alcance de la misma?, es decir, ¿mediante dicha cláusula, la rotura del objeto entregado, eximiría al artífice no ya solamente, como parece poderse deducir sin dificultad del texto, cuando la misma se hubiese producido por los defectos que presenta el objeto, sino también por *imperitia*?

Por lo que se refiere a la primera cuestión resulta preciso resaltar que con la introducción de la cláusula no es que se transmitiese el *periculum* por el *vitium materiae* al cliente, puesto que a éste ya le correspondería soportarlo *de iure*, según indica Ulpiano al inicio del fragmento. Probablemente, mediante dicha cláusula lo que el artífice estaría haciendo sería el dejar constancia de que había cumplido con su obligación de analizar las características físicas del objeto recibido, informando desde su juicio como experto al cliente de que los defectos o vicios advertidos en aquél, eran de tal entidad como para poder dar lugar a su rotura, e impedirle tanto comenzar –en caso de que fuesen detectados antes de iniciar la elaboración–, como proseguir su trabajo –si se presentasen cuando ya se había iniciado– con garantías de éxito en cuanto a la obtención del resultado comprometido³⁰. Si una vez informado el cliente por el artífice, indicándole éste expresamente a aquél (mediante la introducción de dicha cláusula) que no realizaría el trabajo a su riesgo (*non periculo suo se facere*), es decir, señalándole que al realizar el trabajo lo comenzaría o continuaría, pero sin asumir por su parte el riesgo de rotura a consecuencia de la existencia de vicios en el objeto, y ese cliente persistiese en su intención de que el artífice iniciase o continuase el trabajo aún a pesar de esa advertencia, en caso de rotura del objeto a consecuencia de esos vicios, no podría exigirle la correspondiente responsabilidad.

Recuérdese al respecto que Ulpiano no indica de forma expresa en D. 9.2.27.29 que la existencia de defectos de hendiduras (*rimas vitiosas*) en el objeto exculpe directamente al *diatretarius* de su responsabilidad si se produce la rotura, sino simplemente que *puede exculpársele* (*potest esse excussatus*) siempre y cuando –cabe entender que se pruebe que– ese fue verdaderamente, ciertamente (*si vero*) el motivo concreto de la fractura.

Mediante la introducción de la indicada cláusula el cliente queda, por tanto, advertido del defecto, asumiendo, por así decirlo, su existencia. Esta asunción o admisión del conocimiento del defecto por parte del cliente, desde un punto de vista

³⁰ En este sentido, *vid.* WACKE, A., *op. cit.* p. 585.

práctico daría lugar a que el artífice, una vez producida la rotura, quedase eximido o exculpado de la obligación de tener que probar que la misma se produjo a consecuencia del defecto previamente advertido, conocido y admitido en cuanto a su existencia por el cliente, al haberle sido puesto de manifiesto por el artífice, lo que, de esta forma, implicaría su certeza para las dos partes.

En cuanto al posible alcance de las cláusulas, la contenida en D. 19.2.13.5, relativa a la asunción del *periculum* por parte del joyero, no plantea ningún problema. Con su introducción en el negocio, el joyero asume expresamente, además de la responsabilidad por *imperitia*, que ya le corresponde por su condición de profesional cualificado, el riesgo por la ruptura del objeto a consecuencia de vicios en la materia, con independencia de una correcta realización de su trabajo, ampliando de esta forma su ámbito de responsabilidad.

Sin embargo, en D. 9.2.27.29 podrían plantearse dudas respecto a si asunción de la cláusula de exención del *periculum* por parte del *diatretarius* exoneraría a éste no ya solamente por el riesgo de rotura del objeto por defectos en el mismo, sino también por *imperitia*, como parecen suponer algunos autores³¹.

En nuestra opinión³², Ulpiano no tendría ningún motivo para interpretar la cláusula más allá de su significado literal en sentido desfavorable a los clientes. En la cláusula no se habla de exoneración por culpa. En caso de grave culpa, el *diatretarius* debería responder sin duda, aun a pesar de la cláusula, dado que a un defecto del material podría seguir una culpa. Su responsabilidad por impericia no quedaría excluida por la cláusula, precisamente a consecuencia de su presumible cualificación y aptitud profesional. Es evidente que para que el artífice resultase responsable bastaría la más leve negligencia³³.

V. BREVE REFERENCIA A LAS ACCIONES PROCESALES EJERCITABLES.

Por lo que se refiere a las posibles acciones ejercitables por el cliente con la finalidad de exigir la responsabilidad correspondiente al artífice por la rotura del objeto a consecuencia fundamentalmente de *imperitia*, el jurista severiano alude en D.

³¹ Así parecen entenderlo, entre otros, ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano, cit.*, p. 194; CANNATA, C.A., *Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato Romano, cit.*, p. 83 nt. 55; ID., «La responsabilità contrattuale», *cit.*, p. 176 nt. 188.

³² Que en esencia compartimos con la formulada por WACKE, A., *op. cit.* p. 583 s.

³³ No obstante lo indicado, no creemos que como señala SERRANO-VICENTE, M., *op. cit.*, p. 145, quepa suponer que “en caso de que no existiese dicha cláusula el daño realizado sobre un material noble sin defectos, se entendería inexcusablemente como *imperitia*”. Basta recordar al respecto que en D. 9.2.27.29 Ulpiano establece la necesidad de verificar que ciertamente (“*si quidem imperitia fregit*”) la rotura del objeto se produjo a consecuencia de impericia, o si verdaderamente la fractura no se produjo por tal motivo, sino a consecuencia de defectos de hendiduras (“*si vero non imperita fregit, sed rimas habebat vitiosas*”) lo que induce a pensar en la necesidad de prueba con independencia de la cláusula en el caso de que se alegase la rotura del objeto por *imperitia*, con la finalidad de constatarla, y sin que por ello necesariamente tuviese que ser entendida de forma “inexcusable”

9.2.27.29 a la *actio ex lege Aquilia* y a la *actio ex locato*³⁴, mientras que en D. 19.2.13.5 sólo hace referencia a la segunda³⁵.

Que Ulpiano haga referencia a la *actio ex lege Aquilia* en D. 9.2.27.29 encontraría su explicación en la circunstancia de que dicho texto corresponde al libro XVIII de sus comentarios *ad edictum*, en el que el jurista se ocupa de la responsabilidad por acto ilícito según la ley Aquilia³⁶. Sin embargo, en D. 19.2.13.5 no se contiene ninguna referencia a la citada acción porque este texto se encuadra en el libro XXXII de dichos comentarios a la obra edictal, referida en este caso a la responsabilidad contractual por *locatio conductio*, lo que no creemos que sea óbice para suponer que dicha *actio ex lege Aquiliae* quizá también se pudiese utilizar aquí, en concurso electivo con la *actio ex locato*, por similitud o analogía con la situación de hecho contemplada en D. 9.2.27.29, aunque Ulpiano no lo indique expresamente.

El ejercicio de cualquiera de las dos acciones - *ex locato* o *ex lege Aquilia*- en los supuestos planteados en los fragmentos que nos ocupan, probablemente habría conducido a un mismo resultado práctico si la pretensión del cliente prosperase. Se concretaría en la condena del *artifex* al pago del objeto destruido. En el caso de la *actio ex locato* es factible suponer que dicho valor se calculase en base al *id quod interest* (interés del *locator* en el normal cumplimiento del contrato, al deberle el *conductor*, por tratarse de un contrato de buena fe, *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*). En el caso de la *actio ex lege Aquilia* se le condenaría, de acuerdo con lo establecido en el capítulo III de dicha ley, a una cantidad constante, que se concretaría en el mayor valor que alcanzase el objeto en los últimos treinta días anteriores al de la producción del daño (*vid. Gai. III.218*), salvo que, como es sabido, el demandado negase la autoría del delito, en cuyo caso, si se demuestra su culpabilidad, la condena crecería al doble del valor de ese objeto (*crescit in duplum adversus infitiatem*)³⁷.

³⁴ Como ya sabemos, en caso de que el *diatretarius* conviniese con el cliente que “*non periculo suo se facere*” el trabajo encomendado a consecuencia de los posibles defectos que presentase el objeto, “*ex locato tollit actionem et aquiliae*”. El “*tollit*” que referido a las posibles acciones ejercitables utiliza el jurista en el texto induce a preguntarse cómo habría que entenderlo, es decir, cuál sería o podía ser su exacta significación desde el punto de vista jurídico: ¿qué quiere decir, o cómo hay que entender en referencia a las acciones que las “quita”, “anula”, “suprime”, “hace desaparecer”? *Vid.* una somera referencia a esta interesante cuestión en WACKE, A., *op. cit.* p. 583, nt. 44.

³⁵ Exigible, recordamos, en caso de que el orfebre “*periculum in se receperat*” indistintamente, es decir, tanto en caso de que la ruptura del objeto se hubiese producido a consecuencia de *imperitia*, como por *vicio materiae*, lo que confiere a dicha responsabilidad un carácter absoluto.

³⁶ *Vid.* nt. 1 de este trabajo, además del significativo cambio de postura por parte de ARANGIO-RUIZ, V., *op. cit.*, p. 193 nt. 2, al advertir dicha circunstancia respecto a planteamientos anteriores en cuanto a la posibilidad o no de ejercitar no sólo la *actio ex locato*, sino también, alternativamente, la *actio ex lege Aquilia*.

³⁷ *Vid.*, entre otros, CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico* cit., pp. 245 nt. 1; WACKE, A., *op. cit.* p. 578. Para una aproximación a los aspectos generales sobre la regulación jurídica establecida por la ley Aquilia y el desarrollo jurisprudencial del daño “aquiliano” en Roma, *vid.* RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano* cit., pp. 155 ss.

La obligación de resarcimiento por parte del artífice al cliente en los términos indicados en el caso de que la rotura del objeto se produjese por *imperitia*, no parece ofrecer dudas. A tal obligación se añadiría la de la pérdida de su retribución por el trabajo realizado.

Sn embargo, desconocemos qué es lo que ocurriría en el caso de que la rotura del objeto se produjese no ya por impericia, sino a consecuencia de defectos en el mismo. Evidentemente, en tal caso no se le podría exigir al artífice ninguna responsabilidad, pero, ¿podría entonces el artífice exigir una retribución o compensación por el trabajo realizado (y perdido) aun a pesar de no haber cumplido con el encargo realizado?

Ulpiano no nos proporciona la respuesta. Según su opinión, la cláusula *non periculo suo se facere* recogida en D. 9.2.27.29 excluye sólo las pretensiones del cliente, pero no concede, como parece que sí ocurre en el discutido D. 19.2.62, ninguna compensación al artífice por el trabajo perdido.

¿Quizá mediante una aclaración o una ampliación del contenido de la cláusula contractual el *artifex* habría podido mantener su derecho a la retribución correspondiente por el mismo?³⁸ También lo desconocemos.

La cuestión planteada nos vuelve a situar, indefectiblemente, una vez más y como viene ocurriendo en muchas ocasiones cuando se plantea la posible interpretación de los textos romanos, en el ámbito de las hipótesis, en el que ahora no vamos a volver a entrar, apelando para ello al socorrido –y en este caso también obligado- recurso de la limitación del estudio por razón del espacio.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano* (Rist. della II ed.), Napoli, 1987.

BLAGG, T.F.C., «La società e l'artista», *Il mondo di Roma imperiale*, Vol. III, (Economia, Società e religione), en AA.VV. (a cura di John Wacher), Roma-Bari, 1989, p. 206 ss.

CANNATA, «Una casistica della colpa contrattuale», *SDHI LVIII*, p. 413 ss.

CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico* (Corso di Diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari. Anno accademico 1967-1968), Milano, 1969.

³⁸ Volvemos a remitir nuevamente a las interesantes consideraciones que respecto a estas cuestiones realiza WACKE, A., *op. cit.* p. 585 s.

CANNATA, C.A., «La responsabilidad contractual», en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, AA.VV. (coord. PARICIO SERRANO, J.), Madrid, 1994, p. 143 ss.

CANNATA, C.A., Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano, Catania, 1996.

FALCO, I., «*Diligentiam praestare*». Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle «*obligationes*», Napoli, 1991, p. 35, nt. 56

FERNÁNDEZ BARREIRO A.-PARICIO SERRANO J., Fundamentos de derecho privado romano, 9ª ed., Madrid, 2016.

FIORI, R., La definizione della '*locatio conductio*'. Giurisprudenza romana e Tradizione romanística, Napoli, 1999.

GARCÍA DEL CORRAL, Cuerpo del derecho Civil romano. Primera Parte. Instituta-Digesto, Barcelona, 1889.

HONORÉ, T., Ulpian, Oxford, 1982.

LANA, "Sapere, lavoro e potere in Roma antica", Napoli, 1990. MARTIN S.D., The roman Jurists and the Organization of Private Building in the Last Republic and Early Empire, Latomus. Revue d'Etudes Latines, Bruxelles, 1989, p. 89 ss.

MARTIN, S.D., «*Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law*», American Journal of Philology, vol.122, n° 1, Spring 2001, pp. 107 ss.

MARTIN S.D., *The roman Jurists and the Organization of Private Building in the Last Republic and Early Empire*, Latomus. Revue d'Etudes Latines, Bruxelles, 1989.

PINNA PARGAGLIA, P., *Vitia ex ipsa re*. Aspetti della locazione in Diritto romano, Milano, 1983.

PUGLIESE, G., «*Locatio-conductio*», en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, AA.VV. (coord. PARICIO SERRANO), Madrid, 1994, p. 597 ss.

RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Notas introductorias en torno a las relaciones laborales en Roma», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC), 8, 2004, pp. 727 ss.; también publicado con levísimas modificaciones con el título de «Bosquejo histórico sobre la consideración social y jurídica de la actividad laboral en Roma», Estudios de Derecho romano en Homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper, AA.VV. (edit. por P.I. CARVAJAL), Chile, 2007, pp. 603 ss.

RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., «*Imperitia: apuntes sobre la oportunidad y posible interés de su estudio en el ámbito jurídico romano antiguo*», Seminarios Complutenses de Derecho romano XXVIII, 2015, p. 979 ss.

RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica, Santiago de Compostela, 2015.

RODRÍGUEZ NEILA, J.F., «El trabajo en las ciudades de la *Hispania* romana», en El trabajo en la *Hispania* romana, RODRÍGUEZ NEILA, GONZÁLEZ ROMÁN, MANGAS, OREJAS, Madrid, 1999, pp. 9 ss.

SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare*. La prestación de custodia en el derecho romano, Madrid, 2006.

WACKE, A., «*Si artifex calicem diatretum faciendum imperitia fregit*. Danni derivanti dalla rottura di gemme e di bicchieri preziosi: le clausole di sopportazione del rischio nell'artigianato romano», SDHI LXIX, 2003, p. 573 ss.