

EL CONCURSO DE ACREEDORES EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO*

Fernando Betancourt
Universidad Hispalense

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

En estos Estudios en homenaje al Ilmo. Profesor Dr. D. Manuel OLIVENCIA RUIZ —Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla—, soy deudor de una felicitación y un agradecimiento a su Comité Organizador. Felicitaciones por la delimitación científica que ha hecho para todos aquellos ilustres mercantilistas invitados: el concurso de acreedores. Esa delimitación viene a ser ella misma el mejor homenaje al Profesor OLIVENCIA RUIZ, quien dedicó tantas páginas a esta institución, columna de arco de cualquier sistema jurídico patrimonial privado. Pero, además, no podía ser más oportuna. En efecto, las dos leyes publicadas en el *BOE* el pasado 10 de julio —Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal— regulan el estado de insolvencia de cualquier persona y los derechos que, frente a tales situaciones, tienen todo tipo de acreedores¹. Las líneas maestras de esa Ley 22/2003, Concursal

* El presente artículo se publicó en los *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia I-V* (Madrid, 2004) I, pp. 97-124.

¹ Sin embargo, como empieza diciendo la misma Ley 22 en el Título I, Capítulo I, artículo 1.3: «No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público». Frente a esta exclusión concluía el Excmo. Prof. Dr. D. Manuel CLAVERO ARÉVALO en el *Diario de Sevilla* de 28 de septiembre de 2003 —sección de Opinión, p. 5—: «Ello quiere decir que la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, los municipios, las provincias, los organismos públicos y demás entes de Derecho público no pueden ser sometidos a procedimientos concursales. La Ley Concursal considera que tales entidades no pueden estar en situación de insolvencia, a efectos de dicha Ley». Y concluye acertadamente: «La Ley Concursal introduce modificaciones en diversas leyes administrativas y financieras de las que ahora no puedo ocuparme, pero sí debo decir que las administraciones públicas, tan rigurosas con los ciudadanos que se retrasan en el pago de sus deudas, deberían dar ejemplo con el pago puntual de las suyas a proveedores y acreedores en general, con lo que se convertirían en puntos de referencia de la cultura del pago puntual, tan necesaria para el buen funcionamiento de la economía».

—sin hacer juicios de valor sobre ella, pues esa responsabilidad corresponde a los especialistas—, son las siguientes:

- 1) Desaparece la dualidad civil y mercantil del Derecho concursal, y se crea un único procedimiento denominado “concurso” (de acreedores) para toda clase de deudores, con independencia de que ostenten o no la calidad jurídica de “comerciantes”.
- 2) La nueva Ley aglutina la regulación de todos los aspectos procedimentales y sustantivos —civiles, mercantiles, penales, fiscales y laborales—.
- 3) Se crea un órgano jurisdiccional —mediante la Ley Orgánica 8/2003— que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, los jueces de lo mercantil van a conocer, con independencia de la naturaleza jurídica de los asuntos, el concurso de acreedores.
- 4) El procedimiento concursal se caracteriza por las siguientes líneas maestras:
 - i) por su gran flexibilidad, otorgando amplias facultades al juez para que lo module en función de las circunstancias concretas;
 - ii) posibilidad de solucionar las situaciones de crisis patrimonial de los ciudadanos mediante convenio (de quita y/o espera) entre el deudor insolvente y los acreedores.

La liquidación es sólo una solución de carácter subsidiario a la que sólo se llega si no se alcanza el convenio o, llegándose a él, el deudor no lo cumple. En este sentido la Ley tiende a la conservación de la empresa.
- 5) Los efectos del concurso sobre la persona del deudor insolvente son mucho más benignos. En efecto, en el régimen jurídico anterior la quiebra determinaba la inhabilitación automática del deudor para administrar bienes propios y ajenos —es decir, perdía su “capacidad jurídica de ejercicio”—. Con el nuevo régimen, la “capacidad jurídica de ejercicio” del insolvente concursado sólo se verá intervenida por los administradores del concurso; por otra parte, el acto jurídico realizado por el insolvente concursado sin la intervención de los administradores no es nulo *ipso iure*, sino que el juez entrará a decidir al respecto; es decir, sus actos jurídicos serán anulables.
- 6) Legitimados procesales pasivos del procedimiento concursal pueden ser las personas físicas y las jurídicas —excepto las personas jurídicas de Derecho público— e igualmente la “herencia yacente”, siempre y cuando no haya sido aceptada pura y simplemente.
- 7) Legitimados procesales activos del procedimiento concursal lo son los acreedores (concurso necesario) o los socios en el caso de que respondan ilimitadamente respecto de la sociedad a la que pertenecen. Naturalmente, también el deudor insolvente puede solicitar el concurso (concurso voluntario). Por último,
- 8) El presupuesto objetivo del concurso de acreedores es el de la “insolvencia”, que puede ser actual o inminente si es el deudor insolvente el que solicita la declaración de concurso.

También debo al Comité Organizador de estos Estudios mis más sinceros agradecimientos por invitar a un romanista —especialista en el tema— a participar en ellos. Se me ofrece así la oportunidad de presentar “dogmáticamente” a los juristas de Derecho positivo los resultados de las últimas investigaciones sobre los textos de ese manantial inagotable que ha vivificado desde hace muchos siglos la ciencia y la prudencia de los juristas: el *Corpus Iuris Civilis*. En efecto, aunque el romanista debe operar como historiador al estudiar críticamente —es decir, filológica y palinogenésicamente— las fuentes jurídicas romanas, a la hora de componer y exponer los resultados de sus investigaciones debe proceder como un jurista. En otros términos, los romanistas, como juristas que realmente somos, y primeros responsables de la continuidad de una tradición culta del Derecho, no podemos menos de encontrar por vía lógica, incluso por intuición profesional, las soluciones normativas allí donde nuestras fuentes enmudecen, o éstas son contradictorias o incompletas. Lo anterior es lo que diferencia al romanista del historiador del Derecho, que enmudece cuando no puede ser objetivo, es decir, cuando le faltan los textos. En ese momento el historiador del Derecho practica esta ciencia del silencio —el *ars silendi*—, que es una manifestación justamente de la humildad que los historiadores —en general— y los historiadores del Derecho —en particular— suelen llamar *ars ignorandi* o *nesciendi*. Y enmudecen precisamente porque su objeto de estudio —un Derecho histórico— no es “clásico”, a diferencia del Derecho romano, que también es histórico pero “clásico” en el período comprendido entre el 130 a.C. y el 230 d.C. El romanista, como el jurista de Derecho positivo, debe encontrar una solución congruente, como hubiera podido hacer un jurista romano clásico en ese mismo supuesto de no contar con una opinión de autoridad para resolverlo. Eso es precisamente lo que hace que el estudio del Derecho romano sea formativo para el jurista actual, como no puede serlo, al menos en el mismo grado, el estudio de la Historia del Derecho². Por otra parte, “época clásica” del Derecho romano quiere decir “jurisprudencia científica” de los (*iuris*)*prudentes* romanos, creadores de un orden jurídico singular y ejemplar para todos los siglos y sociedades³. El seguir sus huellas es el servicio de los romanistas de hoy. Con ese fin, el planteamiento sincrónico debe prevalecer sobre el diacrónico, pues es el más perfecto conocimiento de ese orden ejemplar el que interesa, y no su “evolución” histórica. Eso no quiere decir que excluyamos de nuestros estudios la perspectiva diacrónica. Así

² Desde la perspectiva de la Historia del Derecho, *vid.* la monografía de P. ZAMBRANO MORAL, *Derecho Concursal Histórico*, I, Barcelona, 2001, obra proyectada en tres volúmenes, donde la autora recogerá sus investigaciones histórico-jurídicas en las que se entremezclan los Derechos civil, mercantil, penal y procesal.

³ Sobre el concepto de “clásico”, *vid.* el brillante libro del romanista italiano M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Parte Seconda V, *Il “classico”: come intenderlo?*, Bari, 1999, pp. 179-193. En relación con el tiempo histórico, *vid.* en el fascinante libro de mi ilustre Maestro D. Álvaro D’ORS, *Parerga histórica*, I. *Método 9: Homóclisis. Congruencia y tiempo histórico*, Pamplona, 1997, pp. 101-114. *Vid.* la reseña ponderativa a este último libro de Th. MAYER-MALY en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, núm. 116, Weimar, 1999, p. 534, en donde, con acierto, el autor llama a D. Álvaro el «Néstor de la romanística española» («Der Nestor der spanischen Römischrechtler»).

pues, las siguientes páginas no son más que la presentación de los resultados más destacables de tres momentos de mis investigaciones en materia de concurso de acreedores en el Derecho romano clásico. Un primer momento, como joven doctorando en 1974 —con publicación de esa Tesis doctoral en 1975⁴—; un segundo momento, siete años más tarde, en 1982⁵. Finalmente, ya como Director de Tesis doctoral en 2001 —con publicación de esa Tesis doctoral en 2002⁶—. Los resultados de las dos primeras investigaciones personales fueron recogidos y asumidos por A. D'ORS (1915-2004)⁷ y por el ilustre romanista austríaco Max KASER (1906-1997), autor del gran tratado de Derecho romano de la segunda mitad del siglo XX, y cuyo tercer tomo está dedicado al Derecho procesal romano con segunda edición en 1996⁸. Obviamente, esos resultados quedaron incardinados en nuestro manual de Derecho romano⁹. Esas dos investigaciones personales, juntamente con la monografía de X. D'ORS, fueron recogidas en un exhaustivo trabajo sobre la institución en Derecho romano clásico y a él remitimos a los juristas de Derecho positivo que estén interesados en una información más global¹⁰. En una próxima edición de nuestro manual asumiremos parcialmente los resultados de la investigación de la Tesis doctoral dirigida. Por último, en el presente trabajo, junto a la exposición de las conclusiones de los tres momentos reseñados, se incluyen los resultados obtenidos de la nueva confrontación con las fuentes de esas conclusiones previas.

II. CONCEPTO DE “EMBARGOS” Y CLASIFICACIÓN

Los embargos (*missiones in bona* y *missiones in possessionem*) son un medio ejecutivo y coactivo general que decreta el Pretor sobre un patrimonio personal o hereditario —y, excepcionalmente, sobre un bien inmueble concreto— para ejecutar o preservar determinados derechos.

⁴ F. BETANCOURT, «Recursos supletorios de la *cautio damni infecti* en el Derecho Romano Clásico», en *AHDE*, núm. 45, 1975, pp. 7-121. En adelante, «Recursos supletorios», cit.

⁵ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», en *AHDE*, núm. 53, 1982, pp. 373-510. En adelante, «La defensa pretoria», cit.

⁶ E. DEL PINO-TOSCANO, *Un estudio palingenésico de D. 42,8*, Huelva, 2002; ídem, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum” en el Derecho romano clásico*, Sevilla, 2002. En adelante, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum”*, cit.

⁷ Á. D'ORS, *Derecho privado romano*, 9ª ed., revisada, Pamplona, 1997, p. 133 y nn. 1-3. En adelante, *DPR*, 1997. Recogidos ya conjuntamente en la 5ª ed.; cfr. Á. D'ORS, *DPR*, 5, Pamplona, 1982, p. 132 y n. 1, y p. 133 y n. 3.

⁸ M. KASER, *Das römische Zivilprossesrecht*, Zweite Auflage, neue bearbeitet von Karl HACKL, München, 1996. En adelante, M. KASER (K. HACKL), *ZPR.III*, 1996.

⁹ F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, 2ª edición revisada y aumentada, Sevilla, 2001, pp. 208-217. En adelante, *DRC*, 2001. La 1ª edición es de 1995.

¹⁰ X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974, y Mª del P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La “bonorum venditio”. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico*, Madrid, 2000.

Cuando el embargo del patrimonio personal o hereditario prevé la liquidación inmediata o diferida del patrimonio mediante la *venditio bonorum sub hasta*, se habla del *missio in bona*; en cambio, cuando el embargo del patrimonio hereditario o del bien inmueble concreto no conduce a la liquidación del patrimonio hereditario o del bien inmueble concreto mediante la *venditio bonorum sub hasta*, se habla de *missio in possessionem*. Es decir, las *missiones in possessionem* sólo tienen una finalidad preventiva o cautelar. Por otra parte, tanto en uno (*missio in bona*) como en otro (*missio in possessionem*) tipo de embargos, el sustantivo se completa siempre con la causa concreta (*causa*) o finalidad (*nomine* o *gratia*) que los determina. Sin embargo, mientras en las *missiones in bona* esa causa se concreta normalmente con un giro verbal, en las *missiones in possessionem* la finalidad se concreta con un deverbativo o con otro nombre¹¹.

1. Clasificación de las “*missiones in bona*”

Las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*¹² que conducen a una *venditio bonorum sub hasta* inmediata o diferida son las siguientes:

1. La *missio in bona eius qui iudicatus prove iudicatus erit, quive ita ut oportet defensio non erit* (embargo del patrimonio personal del que ha sido *iudicatus* o *pro iudicatus* o *indefensus*), llamada también simplificada en las fuentes *missio in bona debitoris*.
2. La *missio in bona quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur* (embargo del patrimonio personal del pupilo), en donde la *venditio bonorum sub hasta* se difiere al momento de la pubertad del pupilo.
3. La *missio in bona eius qui absens iudicio defensio non erit* (embargo del patrimonio personal del *indefensus* por ausencia), en donde la *venditio bonorum sub hasta* se difiere hasta el momento del regreso, cuando se trata de un *absens rei publicae causa*.
4. La *missio in bona eius qui negat se defendere aut non vult suscipere actionem* (embargo del patrimonio personal de un *indefensus* o del que no quiere asumir el litigio).
5. La *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur* (embargo del patrimonio personal del *vindex* que no hace lo que debe o no se defiende).
6. La *missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit* (embargo del patrimonio personal del que se oculta para defraudar a los acreedores).

¹¹ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., p. 504; M. KASER (K. HACKL), *ZPR.III*², 1996, p. 388; Á. D'ORS, *DPR*⁹, 1997, p. 133, y F. BETANCOURT, *DRC*², 2001, p. 208.

¹² Sobre el origen de esta expresión, *vid. infra*, al final de este apartado 1.vii y nn. 13-15.

7. La *missio in bona mariti propter dotem* (embargo del patrimonio personal del marido por causa de la dote de la mujer).
8. La *missio in bona eius cui heres non exstabit* (embargo del patrimonio hereditario que no tiene heredero), a favor de los acreedores de la herencia.
9. La *missio in bona si heres suspectus non satisdabit* (embargo del patrimonio hereditario con heredero sospechoso que no da *cautio*).
10. La *missio in bona eius qui exsilii causa solum verterit* (embargo del patrimonio personal del que regresa del exilio).
11. La *missio in bona eius qui quaeve capite deminuti deminutae esse dicentur* [embargo del patrimonio personal del que o de la que ha sufrido *capitis deminutio minima* (cambio de estado familiar)].

Las características generales de las *missiones in bona* son las siguientes:

- i) todas las *missiones in bona* recaen sobre un patrimonio personal o hereditario; así pues, no hay *missiones in bona* sobre bienes concretos o singulares;
- ii) en todas las *missiones in bona* el *missus in bona* es acreedor personal del embargado o acreedor hereditario, es decir, acreedor del causante, incluso en el caso de la *missio in bona mariti propter dotem* (embargo del patrimonio personal del marido por causa de la dote de la mujer), en que la jurisprudencia asimila a la mujer *missa in bona mariti* a un acreedor;
- iii) por tanto, todas las *missiones in bona* están siempre en función de un derecho de acreedor;
- iv) todas las *missiones in bona* conducen a una licitación (*licitatio*) a través de una venta pública *sub hasta*, ya sea inmediata o diferida, y por eso se habla también de *missiones in bona cum venditione*;
- v) por tanto, todas las *missiones in bona* tienen carácter ejecutivo, aunque algunas de ellas tienen también carácter coactivo, como la *missio in bona mariti propter dotem*, y algunas de ellas tienen también carácter provisional, aunque dicha provisionalidad sólo radica en que la tenencia del patrimonio personal o hereditario por el *missus in bona* no es definitiva;
- vi) normalmente en las *missiones in bona*, como ocurre en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores (o *missio in bona eius qui iudicatus prove iudicatus erit, quive ita ut propter defensum non erit*), se separaba al deudor embargado de la tenencia y administración de su patrimonio y se procedía al nombramiento de un *curator bonorum*; y
- vii) a mediados del siglo II d.C. el jurista C. VENULEYO, en su monografía *De interdictis*, introdujo un neologismo para designar todas las *missiones in bona*: *missio in possessionem rei servandae causa*¹³, en donde el sustantivo *res* no significa “cosa” sino “patrimonio”;

¹³ D. 44,3,15,4 (Ven. 5 de interd.). Que VENULEYO emplea el neologismo como sinónimo de *missio in bona* (*mariti propter dotem*), lo prueba el hecho de que el jurista MARCELO, contemporáneo del autor de nuestro neolo-

neologismo que tendrá una aceptación generalizada a partir del siglo III d.C. a través de ULPIANO y PAULO¹⁴, aunque no por eso desapareció la expresión clásica de *missio in bona*¹⁵.

2. Clasificación de las “*missiones in possessionem*”

Las *missiones in possessionem*, que en ningún caso conducen a una *venditio bonorum sub hasta* inmediata o diferida, son las siguientes:

1. La *missio in possessionem ventris nomine* [embargo del patrimonio hereditario a favor del *nasciturus* o *spem animantis* (esperanza de vida)].
2. La *missio in possessionem legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa* [embargo del patrimonio hereditario para asegurar el cumplimiento de los legados condicionales (o los fideicomisos)].
3. La *missio in possessionem damni infecti nomine* (embargo del inmueble que amenaza daño).
4. La *missio in possessionem ex edicto Hadriani* [embargo del patrimonio hereditario con la finalidad del pago de la *vicensima hereditatum* (el impuesto sobre las herencias del 20 por 100)]; por la fecha —época del emperador Adriano († 138 d.C.)— posiblemente no es edictal.
5. La *missio in possessionem Antoniniana* [embargo del patrimonio (hereditario y del patrimonio) personal del heredero para asegurar el cumplimiento de los legados condicionales o a término], cuando el legatario ejercitaba la *actio ex testamento* contra el heredero por el legado damnatorio y no conseguía el cumplimiento del legado en el plazo de seis (6) meses; por la fecha —época del emperador Antonino Caracalla († 217 d.C.)— no es edictal.

Las características de las *missiones in possessionem* son las siguientes:

- i) normalmente las *missiones in possessionem* sólo recaen sobre un patrimonio hereditario, excepto en el caso de la *missio in possessionem Antoniniana*, que comprende no sólo el patrimonio hereditario, sino también el patrimonio personal del heredero, si bien esta *missio in possessionem* no es más que una extensión al patrimonio personal del heredero de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; y la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que recae sobre el bien inmueble concreto que amenaza daño;

gismo, continúa designando el mismo supuesto de *missio in bona* con la expresión tradicional; cfr. D. 46.3.48 (Marcell. *resp.*). Sobre las circunstancias prosopográficas y filológicas en las que el mencionado jurista introduce este neologismo, *vid.* F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 384 y ss. y p. 387, n. 33.

¹⁴ Cfr. F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., p. 389 y nn. 36 (para el jurista PAULO), y 37 (para el jurista ULPIANO).

¹⁵ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 392-395 y nn. 45-58; M. KASER (K. HACKL), *ZPR.III*², 1996, p. 391 y n. 34, y p. 393 y n. 49; Á. D'ORS, *DPR*⁹, 1997, p. 133 y n. 1; F. BETANCOURT, *DRC*², 2001, pp. 208-210.

- ii) por tanto, podemos decir que de todas las *missiones in possessionem* única y exclusivamente la *missio in possessionem damni infecti nomine* recae sobre un bien inmueble concreto;
- iii) a diferencia de las *missiones in bona*, que tienen carácter ejecutivo de un derecho, las *missiones in possessionem* sólo tienen carácter cautelar, provisional y coactivo para preservar determinados derechos;
- iv) en efecto, la *missio in possessionem ventris nomine* es un embargo que sólo tiene carácter cautelar o provisional en función de la protección pretoria a una esperanza de vida (*spem animantis*) y a las expectativas hereditarias del *nasciturus*; la *missio in possessionem legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa* es un embargo que tiene carácter coactivo y provisional en función de la salvaguarda de un derecho del legatario condicional, y sanciona la negativa por el obligado (heredero promitente) a prestar la *cautio* (estipulación pretoria o edictal) *legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa*; la misma función cumple la *missio in possessionem Antoniniana*, sólo que extiende el embargo al patrimonio personal del obligado (heredero promitente); la *missio in possessionem damni infecti nomine* es un embargo que tiene carácter coactivo y provisional —hasta el momento del efecto adquisitivo de la propiedad pretoria por la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, que es definitivo— en función de la previsión del *damnum infectum* de un inmueble que amenaza ruina por *vitium aedium* o *vitium loci*, y que sanciona la negativa a prestar la *cautio* (estipulación pretoria o edictal) *damni infecti nomine* por el obligado promitente, es decir, por el propietario del inmueble que amenaza daño;
- v) mediante las *missiones in possessionem* el Pretor sólo concede al *missus in possessionem* la custodia y vigilancia del patrimonio hereditario y del bien inmueble que amenaza daño (*custodiam rerum et observationem*);
- vi) por eso todas las *missiones in possessionem* también fueron denominadas con el término genérico de *missiones in possessionem custodiae causa*; y
- vii) de todas las *missiones in possessionem custodiae causa* sólo la *missio in possessionem ventris nomine* determina una administración del patrimonio hereditario por un tercero, que es el *curator ventris* (curador del embarazo de la mujer), pues en las restantes *missiones in possessionem* el embargado (heredero o propietario del bien inmueble que amenaza ruina) puede continuar con la tenencia y administración del patrimonio hereditario o del bien inmueble que amenaza ruina, pero, en este segundo caso, sólo hasta el decreto pretorio de *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*¹⁶.

¹⁶ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 395 y s. y nn. 59-63; M. KASER (K. HACKL), *ZPR.III*², 1996, p. 427 y nn. 2 y 7, p. 428 y nn. 9-13 y 15, p. 429 y n. 17, y p. 431 y n. 36; Á. D'ORS, *DPR*⁹, 1997, p. 133 y n. 1; F. BETANCOURT, *DRC*², 2001, pp. 210-212.

Como hemos podido observar, en las *missiones in possessionem rei servandae causa* y las *missiones in possessionem custodiae causa* los adjetivos *causa* y *nomine* (o *gratia*) tienden a intercambiarse —no tanto en las fuentes como en la doctrina—, pero existe esta diferencia: que sólo *causa* se refiere a un momento anterior; así, tanto en las *missiones in possessionem rei servandae causa* como en la *missio in possessionem legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa* hay un cierto derecho de crédito o de legado que justifica la respectiva *missio in bona* o *missio in possessionem*, mientras que *nomine* (o *gratia*) se refiere a un momento final, como ocurre en la *missio in possessionem ventris nomine* y en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, en ninguno de cuyos casos puede apreciarse la existencia de un derecho anterior, sino la previsión de un evento futuro, como es el nacimiento del *nasciturus* o del *damnum infectum* que, en el Derecho romano clásico, no estaba previsto *ex lege*¹⁷.

III. DEFENSA PRETORIA (PROCESAL E INTERDICTAL) DE LOS “EMBARGOS”

El régimen de la defensa pretoria de las *missiones in bona* y de las *missiones in possessionem* es unitario, excepto para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, ya que ésta sólo recae sobre inmuebles, mientras que tanto las *missiones in possessionem rei servandae causa* como las restantes *missiones in possessionem custodiae causa* pueden versar tanto sobre cosas muebles como sobre cosas inmuebles, ya conjuntamente —será lo normal—, ya disyuntivamente.

Tratándose de cosas inmuebles, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* en todas las *missiones in possessionem rei servandae causa* y en todas las *missiones in possessionem custodiae causa*, incluso la *missio in possessionem damni infecti nomine*, sólo se realiza mediante la *vis* (*prohibitio*), dada precisamente la naturaleza física (inmueble) objeto de *missio in bona* o *missio in possessionem*. Por tanto, en todas las *missiones in bona* y *missiones in possessionem*, la *vis* o *prohibitio* al *venire in possessionem* se sanciona mediante el interdicto edictal simple *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* («Sobre el interdicto para» que no se haga violencia al que fue puesto en posesión «de unos bienes o de un inmueble»). Interdicto vetatorio y *adipiscendae possessionis* (*ex decreto praetoris*), pero, además, de carácter simple. Por tanto, la *vis* o *prohibitio* puede consistir tanto en impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* como en expulsarle del inmueble; en uno u otro caso el interdicto es el mismo, y no hay necesidad de pensar en un correlativo interdicto restitutorio para la segunda eventualidad.

La defensa procesal de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se integra con una *actio in factum* de resarcimiento del daño causado cuando el legitimado pasivamente no da la *cautio* (pretoria o edictal) *damni infecti nomine* ni permite que el

¹⁷ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 419 y ss.

missus in possessionem ex primo decreto entre en la detentación de la cosa inmueble y entre tanto se causa el daño. En este caso, el *interdicto ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* ya no tendrá eficacia procesal precisamente por haberse causado el daño e, indirectamente, tampoco tendrá eficacia la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*¹⁸.

La defensa procesal de las demás *missiones in possessionem custodiae causa* y de las *missiones in possessionem rei servandae causa* se complementa con una *actio in factum*, ya que el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in bona* o del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble se efectúa, más que mediante la *vis* o *prohibitio* —aunque no se excluya—, mediante el *dolus* (dolo = engaño malicioso). Consecuentemente, tanto en las *missiones in possessionem rei servandae causa* como en las *missiones in possessionem custodiae causa* las referencias a la *vis* o *prohibitio* y al *dolus* (dolo) en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* no son arbitrarias, sino que obedecen a la naturaleza de cosas inmuebles o muebles sobre las que recaen los embargos, excluido, naturalmente, el dolo de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que se sanciona mediante su propia *actio in factum*, y en donde el *dolus* tiene un sentido distinto. En otros términos, no son la *vis* o *prohibitio* y el *dolus* los que determinan la defensa procesal o la defensa interdictal a aplicar —*actio in factum* o interdicto—, sino que es la cosa inmueble o mueble la que determina la *vis* o *prohibitio* o el *dolus* para el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble o mueble, respectivamente, y, en consecuencia, se aplicará uno (interdicto) u otro (*actio in factum*) recurso pretorio, aunque en la *actio in factum* no se excluye la posibilidad de que el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble se realice mediante la *vis* o *prohibitio*, porque, en todo caso, se aplicará dicha *actio in factum*. En cambio, sí se excluye la posibilidad contraria, es decir, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* de una cosa inmueble mediante dolo. Por tanto, podemos decir que mientras con el interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* se persigue la cosa inmueble porque siempre está *in situ*, con la *actio in factum* se persigue la persona del que impidió el *venire in possessionem* sobre la cosa mueble.

En todas las *missiones in possessionem rei servandae causa* y *missiones in possessionem custodiae causa*, y respecto al interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, la *litis aestimatio* estará referida al *id quod interest* (interés que el asunto reporte al legitimado activamente), igual para todas las *missiones in bona* y según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. Así, en todas las *missiones in possessionem rei servandae causa* estará referida a todo el patrimonio personal o hereditario embargados. En cambio, en las *missiones in possessionem custodiae causa* se debe distinguir: en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, la *litis aestimatio* estará referida a la

¹⁸ F. BETANCOURT, «Recursos supletorios», cit., pp. 77-88; ídem, «La defensa pretoria», cit., pp. 429-445; cfr. Á. D'ORS, *DPR.*², 1997, p. 133 y n. 3, y p. 209 y n. 7; cfr. M. KASER (K. HACKL), *ZPR.III.*², 1996, p. 179 y n. 54, p. 427 y nn. 2 y 7, p. 428 y nn. 9-13 y 15, p. 429 y n. 17, y p. 431 y n. 36.

cosa inmueble que amenaza daño; y en la *missio in possessionem legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa*, estará referida al valor del legado. En estos dos casos, la *actio ex interdicto* también deberá tener cláusula arbitraria cuando el legitimado pasivamente a la *actio ex interdicto* —el titular del inmueble que amenaza daño y el heredero o *bonorum possessor*, ya actuasen *suo nomine* o a través de representante— ofrecía la respectiva estipulación pretoria o edictal a cambio de la absolució;n; aunque, para estos efectos, no se debe desechar completamente lo que dicen otros textos del Digesto referidos a otros interdictos acerca de que el momento procesal oportuno para ofrecer la estipulación pretoria o edictal es el momento en que se va a ejercitar el interdicto mismo.

La *litis aestimatio* de la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por el resarcimiento del daño causado, estará siempre referida a la equiparación con la *litis aestimatio* de la *actio ex stipulatu* de la *cautio* (pretoria o edictal) *damni infecti nomine*, de haberse prestado ésta por el legitimado pasivamente. La *litis aestimatio* de la *actio in factum* general de las demás *missiones in possessionem custodiae causa*, por el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble, estará referida al *quanti ea res erit*. En los casos de *missio in possessionem rei servandae causa* será por todo el patrimonio personal o hereditario embargado, mientras en la *missio in possessionem legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa* seguramente la *litis aestimatio* sería *cum taxatione*, ya que se referiría al valor del legado y, por tanto, el *quanti ea res erit* no podría exceder la cuantía de la cosa mueble misma. Por otra parte, así como la *actio in factum* propia del *damnum infectum* no podría traer cláusula arbitraria, ya que la *cautio damni infecti nomine* había perdido su eficacia como también la correspondiente *missio in possessionem*, pues ya se ha producido el *damnum*, en la *actio in factum* general de las demás *missiones in possessionem* es posible pensar en la cláusula arbitraria, ya que la exhibición *in iure* de la cosa mueble hacía posible la *missio in possessionem*, es decir, el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble, a cambio de la absolució;n; o bien, en el caso de la *missio in possessionem legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa*, y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolució;n a cambio de la *cautio* (estipulación pretoria o edictal) *legatorum [seu fideicommissorum] servandorum causa*.

En resumen, tanto la defensa procesal con la *actio in factum* general para todas las *missiones in bona* y las *missiones in possessionem* como la defensa interdictal con el interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, tendrán una *litis aestimatio* igual, y ello es así porque tanto una como otra tienen la misma finalidad, sólo que bajo la distinción de la defensa pretoria de que se trate respecto a cosa mueble o inmueble, respectivamente. Por otra parte, téngase en cuenta que mientras el interdicto edictal vetatorio simple *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* se da contra el mandante de la *vis* o *prohibitio* al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble, la *actio in factum* general se da contra el mandatario

del *dolus* al *venire in possessionem* del *missus in bona* o del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble.

Establecida la diferenciación de régimen de defensa pretoria —procesal e interdictal— en las *missiones in possessionem rei servandae causa* y en las *missiones in possessionem custodiae causa* para la cosas muebles e inmuebles, se plantea lógicamente la defensa pretoria de las cosas incorporales, es decir, de los créditos en unas y otras. Dicha defensa pretoria se resuelve fundamentalmente a través de la *actio in factum* general cuando la satisfacción del crédito se realiza a través de una suma de dinero (cosa mueble) o cuando la *missio in bona* o la *missio in possessionem* recae sobre el medio de prueba normal del crédito, los documentos (cosa mueble), sobre los cuales se impide el *venire in bona* o el *venire in possessionem* del *missus in bona* o del *missus in possessionem*. Pero también están previstos otros recursos pretorios cuando el legitimado pasivamente, es decir, el acreedor embargado, pretende burlar la *missio in bona* o la *missio in possessionem* del crédito a través de otros medios.

Por último, dentro de una perspectiva más general, nos encontramos con que, en el régimen de la defensa pretoria —procesal e interdictal— del *missus in bona* o del *missus in possessionem*, también se presenta la misma simetría que se observa en la acción reivindicatoria cuando el legitimado pasivamente no quiere aceptar el litigio petitorio o no puede aceptarlo porque dejó maliciosamente de poseer (*qui dolo desiit possidere*), caso en que el legitimado activamente dispone de dos recursos pretorios:

- a) del interdicto edictal (simple) doble restitutorio *quem fundum*, cuando se trata de una cosa inmueble, y
- b) de la *actio ad exhibendum*, cuando se trata de una cosa mueble.

A este mismo propósito, quizá nuestra opinión venga a confirmar, en parte, la tesis de J. BURILLO sobre la naturaleza delictual de la *actio (in factum) ad exhibendum*¹⁹.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS *MISSIONES IN POSSESSIONEM REI SERVANDAE CAUSA* Y DE LAS *MISSIONES IN POSSESSIONEM CUSTODIAE CAUSA*

El criterio válido para determinar la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem rei servandae causa*, al menos en relación con las cosas inmuebles, es el procesal, es decir, dicha naturaleza jurídica depende del momento histórico en que dicha situación estaba defendida. Primero, por el interdicto edictal vetatorio doble *uti possidetis* (“tal como poseéis”) —en relación con las cosas muebles, pro-

¹⁹ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 445-503; cfr. Á. D'ORS, *DPR.*⁹, 1997, p. 133; cfr. M. KASER (K. HACKL), *ZPR.III*², 1996, p. 391, n. 34, y p. 393, n. 49. Vid. J. BURILLO, «Contribuciones al estudio de la “actio ad exhibendum”», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 26, Romae, 1960, pp. 190-281.

bablemente por el interdicto edictal vetatorio doble *utrubi* (“en cuál de las dos partes”), pero para éste no hay testimonio en las fuentes—, caso en el cual, al menos para los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores (*missio in bona eius qui iudicatus prove iudicatus erit, quive ita ut oportet defensus non erit*), se daba una *possessio* en sentido técnico; defensa interdictal que todavía ocurría en la época de Quinto Mucio Escévola († 82 a.C.), como se deduce de la crítica que le hace, tres siglos más tarde, el jurista PAULO en D. 41,2,3,23 (54 *ad ed.*). Luego, por el interdicto edictal vetatorio simple *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, con el cual, en todos los *missi in possessionem rei servandae causa*, deja de darse la condición técnica de poseedores. Dicho interdicto debió de haberse introducido en el Edicto Pretorio entre aquella fecha de la muerte de Quinto Mucio Escévola y el año 67 a.C., fecha de la introducción en el Edicto Pretorio de la *actio Publiciana*. En relación con los *missi in possessionem custodiae causa*, éstos posiblemente en ningún momento histórico llegaron a tener la condición técnica de poseedores, como se deduce del testimonio del jurista POMPONIO (siglo II d.C.) en sus comentarios a Quinto Mucio Escévola en D. 42,4,12 (23 *ad Q. Muc.*). Cuando se introdujo en el Edicto Pretorio el nuevo interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* (entre el 82-67 a.C.), vetatorio simple y *adipiscendae possessionis*, todas las *missiones in possessionem* pudieron ser denominadas como *missiones in possessionem custodiae causa*²⁰.

V. EL INTERDICTO *NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT* EN EL ORDEN DEL EDICTO PERPETUO

En el orden del Edicto Perpetuo el interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* estaba situado en el grupo de los interdictos *de universitate* —aquellos que se refieren a una universalidad patrimonial, ya sea personal o hereditaria como conjunto, en oposición a los interdictos *de singulis rebus*, que se refieren a una cosa mueble o inmueble concreta—; aunque en el caso de la *missio in possessionem damni infecti nomine* el interdicto no cumpliera tal finalidad en puridad de términos, pues nada impide pensar en la posibilidad de que en la *sedes materiae* de interdictos *de universitate* sólo hubiese una cláusula edictal en donde se anunciaría un solo interdicto, como lo indica la misma rúbrica interdictal de D. 43,4, con su correspondiente fórmula interdictal concebida en términos generales y utilizable para cualquier caso de *missio in bona* o *missio in possessionem*. Lo mismo ocurre con la *actio in factum* general para las cosas muebles de D. 43,4,1 pr. [Ulp. (72)⟨62⟩ *ad ed.*] que, situada posiblemente en *sedes materiae* de concurso de acreedores, sin embargo, es

²⁰ F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 399 y ss., y pp. 405-416; ídem, *DRC.*², 2001, pp. 215 y ss. Sobre el concepto técnico de *custodiam praestare*, vid. M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho romano clásico* (Madrid 2006).

aplicable a todos los demás casos de *missiones in bona* y a las *missiones in possessionem*, excepto a la *missio in possessionem damni infecti nomine*²¹.

VI. LA EJECUCIÓN PERSONAL ARCAICA (*MANUS INIECTIO*)

En la época arcaica del Derecho romano la ejecución procesal del *iudicatum* es personal; es decir, la ejecución de los deudores —excepto de la sentencia sobre el *sacramentum in rem*— se realizaba mediante la *manus iniectio* que conducía a la *addictio* de la persona física del deudor a favor del demandante. Así pues, la persecución de una deuda incidía más sobre la persona física del deudor que sobre su propio patrimonio. En la época de las XII Tablas sólo se admite que den lugar a esta acción de la ley aquellas deudas que han sido declaradas por sentencia (“declarativa”) mediante un juicio previo, o aquellas que han sido impuestas (*damnatio*) por el testador a un heredero o a favor de un legatario (legado damnatorio) o, finalmente, cuando el mismo deudor somete su propia persona física mediante un acto solemne como garantía del pago de una deuda (*nexum*). El procedimiento lo iniciaba el actor invitando al demandado a comparecer ante el magistrado (*in ius vocatio*); si el demandado opone resistencia, aquél puede conducirlo por la fuerza. El demandado sólo puede retardar la comparecencia mediante la entrega de un rehén (*vas*) al demandante. Una vez ante el magistrado, el actor sostenía la existencia de la *iudicatio*, *damnatio* o *nexum* al mismo tiempo que agarraba con la mano al demandado. Si el demandado no pagaba o no presentaba un *vindex* (*defensor*), el magistrado pronunciaba la *addictio* o declaración solemne por la cual sacralizaba las palabras y actos del actor; con ello quedaba autorizado para conducir (*iussus duci*) con él al demandado *trans Tiberim*, venderle como esclavo, y con el precio de la venta cobrarse la deuda. El rigor de la *manus iniectio* se fue atenuando paulatinamente en el sentido de que el demandado no era reducido a la esclavitud, sino que quedaba en una situación de semi-esclavitud (*in causa mancipi*) mientras redimía la deuda con su trabajo.

Por otra parte, además de los casos de *iudicatio*, *damnatio* (testamentaria) o *nexum*, la *manus iniectio* fue extendida a otros supuestos:

²¹ Por tanto, proponemos corregir no sólo la reconstrucción de A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, quien distingue cuatro edictos (§) para tantos interdictos; los dos primeros situados en la *Pars Posterior* I. *De interdictis*. 1. *De universitate*, y los dos segundos en 2. *De singularibus rebus*, lo cual no deja de ser perturbador sistemática y conceptualmente: § 225. *Ne vis fiat ei qui fideicommissi servandi causa in possessionem missus sit*; § 226. *Ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa fuerit*; § 247. *Ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus fuerit*, y § 269. *Ne vis fiat ei qui in possessionem bonorum missus erit*, sino también la propuesta de O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 2. Neudruck der 3. Auflage [Leipzig, 1927], Aalen, 1974, quien distingue tres §§ dentro del Título XLIII. *De interdictis*, los dos primeros situados en los *De universitate* y el otro en los *De singulis rebus*: § 230. *Ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*, § 231. *Ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*, § 246. *Ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit*. La crítica anterior a RUDORFF se puede extender a LENEL, pero, además, el desconcierto del segundo le lleva a omitir la propuesta del correspondiente interdicto para el concurso de acreedores. Cfr. F. BETANCOURT, «La defensa pretoria», cit., pp. 422-429; ídem, *DRC.*², 2001, pp. 216 y ss.

- i) la *lex Publilia de sponsu*²² —de mediados del siglo IV a.C.— concedía la *manus iniectio pro iudicato* (es decir, con la equiparación de que ha habido una sentencia condenatoria) a favor del fiador (*sponsor*) que pagaba la deuda contra el deudor principal cuando éste no le reembolsaba dentro de los seis meses sucesivos a partir del día en que pagó el fiador;
- ii) igualmente, la *lex Furia de sponsu*²³ —de fecha desconocida— otorgaba la *manus iniectio pro iudicato* a favor del cofiador (*sponsor*) contra el acreedor que le cobró más de lo que proporcionalmente le correspondía para recuperar el exceso;
- iii) la *lex Aquilia de damno*²⁴ —del 286 a.C.— concedía al demandante una *manus iniectio* contra el que causó directamente un daño injusto en el patrimonio del demandante.

Frente a los casos i) y ii) de *manus iniectio pro iudicato* nos encontramos dos casos más de extensión pero calificados de *manus iniectio pura* en los cuales no se introduce la equiparación de que ha habido sentencia condenatoria:

- iv) la *lex Furia testamentaria*²⁵ —de principios del siglo II a.C.— concede la *manus iniectio pura* al heredero contra el legatario que, sin estar exceptuado para recibir más, obtuvo una cantidad superior a mil ases;
- v) la *lex Marcia de feneratoribus*²⁶ —del 104 a.C.— otorga la *manus iniectio pura* al deudor contra el prestamista que hubiese cobrado intereses usurarios.

En estos dos casos de *manus iniectio pura* el actor (heredero o deudor, respectivamente) no tiene necesidad de pronunciar la fórmula *pro iudicato: ob eam rem ego tibi sestertiorum X milium iudicati manum inicio* = *por este motivo, me apodero de ti a causa de la sentencia de diez mil sestercios*, sino que se limita a enunciar la causa por la cual litiga (testamento o préstamo de capital con intereses usurarios). Por su parte, el demandado (legatario o prestamista usurero), como no aparece ligado por una *iudicatio* (por equiparación), puede litigar por sí mismo, es decir, sin necesidad de *vindex*, y puede también objetar la existencia de la deuda (legado superior a mil ases o préstamo de capital con intereses usurarios). En este caso se “libera” (*depellere*) de la *addictio* pero pierde el legado o el capital prestado. Si no objeta la existencia de la deuda (legado superior a mil ases o préstamo de capital con intereses usurarios) pero sí su cuantía incurre en *infitiatio* por resistirse sin razón a la reclamación del demandante (heredero o deudor) que luego resulta vencedor, soportando el mismo demandado (legatario o prestamista usurero) el riesgo de una condena al doble de

²² G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano, 1912, p. 473. En adelante, *Leges Publicae Populi Romani*, cit.

²³ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., p. 475.

²⁴ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., pp. 241 y s.

²⁵ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., pp. 282 y s.

²⁶ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., p. 326: *lex Marcia de fenore*.

lo reclamado (*litiscrescencia*): *adversus infitiantes crescunt in duplum*. La posibilidad de contradecir el propio demandado (legatario o prestamista usurero) la deuda sin que interviniera el *vindex* y la no aplicación de la *addictio* se generalizó a partir de la *lex Vallia de manus iniectio*²⁷ —de mediados del siglo II a.C.—, excepto para la *manus iniectio pro iudicato* (real o por equiparación) en la cual el demandado tenía que presentar un *vindex*; si no lo hacía se aplicaba el rigor extremo de la *manus iniectio*: la *addictio* o apoderamiento de la persona física del demandado.

1. De la ejecución personal (“*manus iniectio*”) a la ejecución patrimonial (“*venditio bonorum sub hasta*”)

Posiblemente a partir de las leyes *Furia testamentaria* y *Marcia de feneratoribus* —ambas del siglo II a.C.—, que posibilitaban al demandado (legatario o prestamista usurero, respectivamente) el “liberarse” (*depellere*) de la *addictio* de la *manus iniectio* a cambio de perder el legado superior a mil ases que había recibido o el préstamo de capital con intereses usurarios que había cobrado, la antigua ejecución personal fue sustituida paulatinamente por la ejecución patrimonial. En efecto, a partir de esas dos leyes era fácil llegar a la consideración siguiente: el demandado puede “liberarse” (*depellere*) del rigor de la *manus iniectio* —es decir, de la *addictio* de su persona física— a cambio de su patrimonio a favor del demandante. La *lex Vallia de manus iniectio* —de mediados del siglo II a.C.— generalizó no sólo la posibilidad de que el demandado litigase por sí mismo, sino también aquella otra de “liberarse” de la *addictio* a cambio de su patrimonio. Poco después, el Pretor Publio Rutilio²⁸ —de finales del siglo II a.C.— introdujo la última consecuencia: la *venditio bonorum sub hasta* (*licitatio*), para que con el precio de la misma los acreedores del demandado se cobrasen las deudas no satisfechas, subsistiendo en plena época clásica —por la excepción de la *lex Vallia de manus iniectio*— el rigor de la *addictio* para la *manus iniectio pro iudicato* real o posiblemente también por equiparación, es decir, para el caso de deudas establecidas mediante *iudicatum* y, posiblemente, también para el fiador que pagó por el deudor principal.

²⁷ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., p. 478.

²⁸ Según el testimonio de Gai. 4,35, recogiendo una antigua opinión jurídica. En cambio, TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, 8,28,8, Oxford, 1989, II, p. 180: ... *pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*, pretende remontar a la *lex Poetelia Papiria de nexis* —posiblemente del dictador del 313 a. C. C. Poetelius, a pesar de aparecer designada con dos nombres; para otros autores sería del 326 a. C.; cfr. G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., pp. 230 y s.— la sustitución de la ejecución personal (*corpus obnoxium*) por la ejecución patrimonial (*bona debitoris*). En nuestra opinión, la *lex Poetelia Papiria* fue simplemente el punto de partida. Por otra parte, el testimonio de Gai. 4,35, se refiere a la introducción por el Pretor Publio Rutilio de la *venditio bonorum sub hasta* —una de las piezas de la ejecución patrimonial—, no se refiere a todo el sistema ejecutivo patrimonial. En efecto, otra pieza procesal previa a la de la *venditio bonorum sub hasta* es la de la *missio in bona debitoris* que cronológicamente pudo haber sido introducida con anterioridad a aquélla; posiblemente por la misma *lex Vallia de manus iniectio*.

VII. LA EJECUCIÓN PATRIMONIAL CLÁSICA (*MISSIO IN BONA DEBITORIS*). CARACTERÍSTICAS GENERALES

La sentencia —*iudicatum*— del juez tiene fuerza de cosa juzgada —*res iudicata*— y, por tanto, se excluye para el futuro todo nuevo litigio entre las mismas partes por la misma causa, como también se excluye toda posible revisión de la sentencia, pues lo ya juzgado debe mantenerse —*rebus iudicatis standum* o *rebus sic stantibus*—. Por otra parte, la sentencia condenatoria produce un efecto extintivo o consuntivo similar al de la *litis contestatio*, en virtud del cual se extingue la obligación de atenerse a la sentencia (*condemnari oportere*) y surge o se produce una nueva “novación necesaria” como es la de cumplir el *iudicatum* (*iudicatum facere oportere*).

El demandado condenado en el litigio debe pagar la sentencia condenatoria (*iudicatum facere oportere*) en el plazo de 30 días —plazo posiblemente conservado de las XII Tab. 3,1—. El demandado condenado que se niega o que no puede hacerlo voluntariamente queda legitimado pasivamente a la *actio iudicati* o acción ejecutiva: *actio iudicati* que no implica un nuevo litigio *per formulas*, sino que el demandado condenado, al reconocer *in iure* el *iudicatum*, quedaba sujeto a la ejecución patrimonial ante el Pretor.

La ejecución patrimonial clásica de la sentencia condenatoria en época clásica consiste en la venta del patrimonio del deudor —*venditio bonorum sub hasta*— con la finalidad de satisfacer a sus acreedores; ordinariamente siempre quedaban algunos créditos residuales, es decir, créditos sin cobrar. Los acreedores privilegiados, como los acreedores prendarios e hipotecarios, excluyen de la *venditio bonorum sub hasta* los objetos muebles o inmuebles de su garantía para satisfacer con ellos sus propios créditos. La ejecución patrimonial de la sentencia condenatoria, además de su carácter exclusivamente patrimonial, excluye toda posibilidad de ejecución personal y tiene las siguientes características generales.

- i) Es una ejecución patrimonial concursal —concurso de acreedores—, es decir, se da a favor de todos los acreedores y no favor de uno solo. Con el decreto de *missio in bona debitoris* a causa de un *iudicatum* a favor de un acreedor, el Pretor ordenaba también la *proscriptio bonorum*, a través de la cual se daba noticia del procedimiento en curso a todos los acreedores.
- ii) Dicha ejecución patrimonial concursal se da no contra el que no tiene bienes, sino contra el insolvente (*solvendo non esse*), es decir, aquel deudor que no puede cubrir el total de sus deudas con su activo patrimonial, ya fuese por entero o parcialmente²⁹.

²⁹ F. DEL PINO-TOSCANO, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum”*, cit., pp. 92-100; ídem, «La sistematización de la insolvencia en el Digesto», en *Derecho y conocimiento* I, Huelva, 2002, pp. 341 y ss. Se matiza así, en sentido negativo, la hipótesis de X. D’ORS, *El interdicto fraudatorio*, cit., p. 134, de distinguir una “insolvencia pecuniaria” que posibilitaría la *missio in bona debitoris*, de una “insolvencia patrimonial” que habilitaría para el ejerci-

- iii) En el concurso de acreedores se distingue el régimen de ejecución patrimonial del insolvente ordinario, del régimen de ejecución patrimonial del insolvente fraudulento³⁰.

VIII. LA EJECUCIÓN PATRIMONIAL DEL INSOLVENTE ORDINARIO

1. “*Cessio bonorum (beneficium cessionis ex lege Iulia)*”

El deudor condenado que ante su estado de insolvencia lo reconoce *in iure* mediante juramento (*bonam copiam iurare*), y ofrece a sus acreedores el patrimonio que le queda para que éstos lo vendan y puedan cobrarse sus créditos con el precio y así lo solicita del Pretor, se ve favorecido por el *beneficium cessionis ex lege Iulia*, basado en una *lex Iulia de bonis cedendis*, posiblemente de Augusto³¹. Dicho ofrecimiento no puede ser rechazado por los acreedores.

2. “*Missio in bona debitoris*” del concurso de acreedores

El Pretor decreta la *missio in bona eius que iudicatus prove iudicatus quive ita ut oportet defensus non erit* a favor de los acreedores, con el efecto de separar de la administración del patrimonio embargado a su titular deudor embargado. Los acreedores pueden pedir para dicha administración el nombramiento de una *curator bonorum*.

3. “*Curator bonorum*”: defensa procesal e interdictal de los “*missi in bona debitoris*”

Los acreedores *missi in bona debitoris*, como en todos los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, están legitimados activamente —y quizá actuando a través del *curator bonorum*—, a la *actio in factum* que sanciona el impedimento al

cio del *interdictum fraudatorium*. En el mismo sentido, aunque con terminología diferente, F. SAMPER, *Derecho romano*, Santiago de Chile, 1983, p. 105, pretende distinguir una “insolvencia absoluta”, dada después de la *venditio bonorum sub hasta*, de una “insolvencia relativa” o insuficiencia pecuniaria que impediría cubrir los créditos ocasionando la *missio in bona debitoris*.

³⁰ Hasta la 4ª edición de su manual Á. D’ORS, *DPR.*⁴, Pamplona, 1981, mantuvo la diferenciación de la ejecución patrimonial del “insolvente de buena fe” de la del “insolvente de mala fe”. A partir de *DPR.*⁵, Pamplona, 1983, p. 163, ya distingue entre la ejecución patrimonial del “insolvente ordinario” de la del “insolvente *que occulta dolosamente su insolvencia*”. Por nuestra parte, tanto en la 1ª como en la 2ª ediciones de nuestro manual —*DRC.*, Sevilla, 1995, pp. 229 y ss., y *DRC.*², Sevilla, 2001, pp. 235 y ss.— decidimos mantener aquella diferenciación tradicional que contrapone el “insolvente de buena fe” al “insolvente de mala fe”, en espera de los resultados publicados de la Tesis doctoral dirigida.

³¹ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, cit., p. 451: *lex Iulia de cessione bonorum*. Se recuerda dicha *lex* en CJ. 7,71,4, de los emperadores Diocleciano (284 d. C.-305 d. C.) y Maximiano (286 d. C.-305 d. C., 307 d. C.-310 d. C.), sin fecha.

venire in possessionem de las cosas muebles y al interdicto edictal vetatorio *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* que sanciona el impedimento al *venire in possessionem* de las cosas inmuebles.

4. “*Magister bonorum y venditio bonorum sub hasta (licitatio)*”

Pasado un plazo de treinta días, si se trata de un deudor concursado vivo, y de quince, si se trata de un deudor concursado muerto, los acreedores eligen entre ellos un *magister bonorum* que, con la autorización del Pretor, procede a realizar la *venditio bonorum sub hasta* o *licitatio* en un plazo de diez días si se trata de un deudor concursado vivo, y en cinco días si se trata de un deudor concursado muerto. Los licitadores no ofrecen una suma alzada por el patrimonio del deudor concursado, sino el pago de una determinada proporción en las deudas, de tal forma que el patrimonio es «atribuido» con base en el *imperium* del Pretor a aquel de los licitadores que ha ofrecido satisfacer mayor porcentaje en las deudas. Ese mejor licitador es el *bonorum emptor*. El precio pagado por el *bonorum emptor* al *magister bonorum* se distribuirá por éste entre los acreedores proporcionalmente a sus créditos.

5. “*Bonorum emptor*”

El *bonorum emptor* sólo “adquiere” la propiedad pretoria de los bienes muebles e inmuebles del patrimonio embargado y la “titularidad” pretoria de los créditos o derechos personales del deudor concursado.

a) Defensa procesal del *bonorum emptor* (acciones praetoriae Serviana y Rutiliana)

En relación con los créditos del deudor concursado adquiridos con “titularidad” pretoria por el *bonorum emptor*, éste dispone de la acción pretoria *Serviana* cuando el deudor concursado ha muerto, con la ficción de ser el *bonorum emptor* heredero del deudor concursado.

Cuando el deudor concursado está vivo, el *bonorum emptor* dispone de la acción pretoria *Rutiliana*, con transposición de personas.

b) “*Agere cum deductione*” y “*agere cum compensatione*”

Cuando el *bonorum emptor* es a su vez deudor del demandado y éste lo pide, la fórmula procesal debe contener una *deductio* de los créditos recíprocos: *agere cum deductione*.

Entre el *agere cum deductione* y el *agere cum compensatione* —al cual está obligado el banquero que demanda a su cliente—, existen las siguientes diferencias:

- i) Una primera diferencia es de tipo formal: mientras en la fórmula procesal de la acción con compensación (*compensatio*), el cálculo de ésta se consigna en la *intentio*, con lo cual el demandante (banquero) puede incurrir en *pluris petitio* y perder el litigio, en la fórmula procesal de la acción con descuento (*deductio*), éste se consigna en la *condemnatio*, de modo que el demandante (*bonorum emptor*) no corre ningún riesgo.
- ii) La compensación (*compensatio*) sólo se da entre deudas del mismo género y de la misma clase; así, cuando se compensa dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino; hasta el punto de que, según algunas opiniones jurisprudenciales, no se puede compensar siempre el vino con el vino o el trigo con el trigo, sino tan sólo si son de la misma clase y calidad. En el descuento (*deductio*), en cambio, se tiene en cuenta incluso lo que no es del mismo género; así, si el *bonorum emptor* pide trigo o vino y a su vez debe dinero, se pone en la *condemnatio* la cantidad de trigo o vino que excede el valor del dinero; y si pide dinero debiendo trigo o vino, descontando el vino o el trigo, ejercita la acción por el resto del dinero.
- iii) Mientras en la compensación (*compensatio*) sólo se puede compensar lo que ya se debe actualmente (*quod praesenti die debetur*), en el descuento (*deductio*) se puede descontar no sólo lo que ya se debe actualmente (*quod praesenti die debetur*) sino también lo que se debe a término (*quod in diem debetur*).

c) Defensa interdictal del *bonorum emptor* (interdicto posesorio)

El *bonorum emptor*, al hacerse propietario pretorio de los bienes muebles o inmuebles del deudor concursado está legitimado activamente para reclamar la posesión efectiva de dichos bienes mediante un interdicto, del cual todo lo que nos informa Gai. 4,145 es lo siguiente: *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant = El comprador de bienes en concurso dispone de otro interdicto semejante que algunos llaman "posesorio"*.

Dado que el interdicto inmediatamente precedente del que habla GAYO (4,144) es el interdicto *quorum bonorum* ("de cuyos bienes"), entonces nuestro interdicto "posesorio" también será *de universitate, adipiscendae possessionis*, simple y restitutorio.

6. Deudas residuales del insolvente ordinario: "beneficium competentiae"

El insolvente ordinario, es decir, el que hace la *cessio bonorum ex lege Iulia*, queda defendido frente a los créditos residuales para los acreedores o deudas resi-

duales para el deudor concursado, es decir, frente a aquella porción de créditos no cubiertos por el precio de la *venditio bonorum sub hasta* y, según los Sabinianos, incluso frente a aquellos acreedores que no entraron en el concurso de acreedores, mediante la cláusula *dumtaxat de eo quod facere potest* [“hasta lo que pueda pagar en la medida de la solvencia actual” (del deudor)] de la fórmula procesal de la acción que se ejercita contra él por aquel crédito residual. Es decir, dicha fórmula procesal será de *condemnatio incerta cum taxatione*. Es uno de los casos de *beneficium competentiae*³².

IX. LA EJECUCIÓN PATRIMONIAL DEL INSOLVENTE FRAUDULENTO

1. Introducción

El Título 8 del Libro 42 del Digesto tiene la siguiente rúbrica simplificada por los Compiladores justinianos: *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur* = *Sobre cómo debe restituirse lo hecho en fraude de acreedores*. En ese título los Compiladores justinianos subsumieron —también por abreviación de la cláusula edictal y no por interpolación— un recurso de más amplio alcance —una *actio*— y proveniente de la *sedes materiae* de la ejecución patrimonial concursal de la sentencia condenatoria (*iudicatum*) [Edicto I: D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*)] en el *interdictum fraudatorium* [Edicto II: D. 42,8,10 pr. (Ulp. 73 *ad ed.*)], sacando éste de su *sedes materiae* propia en el libro 43 del Digesto, cuya rúbrica es la siguiente: *De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt* = *Sobre los interdictos «o acciones extraordinarias que competen en su lugar»*. Se desplazó así el centro de gravedad del recurso procesal principal —la *actio*— al recurso procesal supletorio —el *interdictum*—, dejando así a los acreedores en una situación de defensa procesal muy endeble: para después de la *venditio bonorum sub hasta*. A la anterior confusión justiniana el mismo emperador Justiniano superpuso una acción revocatoria, anual, a favor de cualquier acreedor interesado, que aparece con el nombre de *actio Pauliana* [D. 22,1,38,4 (Paul. 6 *ad Plaut.*)], cuyo sustrato habría que buscarlo tanto en el *interdictum fraudatorium* como en la *actio Fabiana*³³. Para terminar de confundir más, en *Institutiones Iustiniani* 4,6,4 aparece una acción real rescisoria de la que no cabe inducir una *resitutio (in integrum ob fraudem)* en época clásica. Sobre

³² F. BETANCOURT, *DRC.*², 2001, pp. 235-239. Cfr. Á. D'ORS, «Agere cum deductione», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 59, Romae, 1993, pp. 173-206.

³³ *Actio Fabiana* que, junto con la *actio Calvisiana*, se da al *patronus* para revocar las enajenaciones fraudulentas (*fraus patroni*) por acto *inter vivos* hechas por el liberto —en el caso de la *actio Calvisiana*, las enajenaciones fraudulentas *mortis causa* (donaciones) hechas por el liberto— que perjudiquen patrimonialmente la *debita pars* del *patronus*, y calculada sobre el valor total del patrimonio hereditario del liberto antes de haber realizado dichas enajenaciones fraudulentas *inter vivos* o *mortis causa*, respectivamente.

estas confusiones justinianas se ha venido elaborando por interpretación la institución del concurso de acreedores desde la Escuela de los Glosadores. Durante los siglos XIX y XX la romanística ha dedicado grandes y meritorios esfuerzos tratando de dilucidar esas confusiones.

Debemos poner de relieve que la Tesis doctoral dirigida se estructura sobre la base de derivar una *actio civilis de fraude* y una *actio in factum de fraude*, con fundamento en Edicto I [D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*)] —Edicto I que el autor de la tesis considera como el edicto “general de fraude”— y en D. 4,3,1,1 (Ulp. 11 *ad ed.*), cobijado este último fragmento bajo la rúbrica compilatoria: *De dolo malo fraudisve causa* o *De dolo malo et fraude*, como califican la acción (*de dolo malo et fraude*) no sólo las mismas fuentes codicológicas, sino también las epigráficas³⁴. ¿Cómo explicar esa duplicidad de cláusula edictal en relación con el *fraus*? En nuestra opinión, la cláusula edictal *De dolo malo et fraude* —de la que se derivarían las dos correspondientes *actiones in factum*— trataría del *fraus* “genérico” que, como el *dolus malus*, es la malicia, engaño o maquinación valiéndose de la ignorancia de otro, engañándolo o defraudándolo con la finalidad de obtener un lucro patrimonial. Por tanto, no sólo el *dolus malus*, sino también el *fraus* “genérico” exigen un lucro patrimonial en el autor del dolo o del fraude “genérico” y, naturalmente, un detrimento patrimonial en el engañado o defraudado³⁵. Mientras la jurisprudencia republicana —C. AQUILIO GALO y SERVIO Sulpicio RUFO— consideraban como un elemento esencial del *dolus malus* la simulación [D. 4,3,1,2 (Ulp. 11 *ad ed.*): ... *cum aliud simulatur et aliud agitur*], una generación después, MARCO ANTISTIO Labeón, comentando esa cláusula edictal *de dolo et fraude*— subsume este *fraus* “genérico” en el *dolus malus* [D. 4,3,1,2 y D. 2,14,7,10 *in fine* (Ulp. 4 *ad ed.*): ... *inest dolo et fraude*], prescindiendo de aquel elemento de la simulación para atender mejor al engaño resultante. Amplió así la noción de *dolus malus* —incluso el “dolo causante” o declaración falsa que induce a un acto jurídico— hasta aproximarla a la *bona fides*. Así pues, la opinión jurisprudencial de Labeón habría superado en una sola generación el concepto de *fraus* “genérico” de la cláusula edictal *de dolo malo et fraude*,

³⁴ Cfr. F. DEL PINO-TOSCANO, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum”*, cit., pp. 284-289, y pp. 334-344. El edicto *de dolo malo et fraude* [D. 4,3,1,1 (Ulp. 11 *ad ed.*)] fue introducido en el año 66 a.C. por el jurista Cayo Aquilio Galo en su Pretura Urbana, colegiada con M. T. Cicerón, y de cuyo testimonio se deriva también la existencia de (por lo menos) dos fórmulas edictales, es decir, pretorias, pero ambas *in factum*: la *actio in factum de dolo* y la *actio in factum de fraude*; cfr. M. T. Cicerón, *De officiis* 3,60, Oxford, 1994, p. 133: *Nondum enim C. Aquilius, conlega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur quid esset dolus malus respondebat cum esset aliud simulatum, aliud actum*. También se deducen dos fórmulas *in factum* (de dolo y de fraude, respectivamente) de D. 37,15,5,1 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Sed ne famosae actiones adversus eos datur, nec haec quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem = Tampoco se pueden dar entre ellos (scil. ascendientes, descendientes, patronos y patronas) otras acciones que implican infamia, ni siquiera las que se refieren a un acto doloso o fraudulento*.

³⁵ El término genérico *fraus* —como en tantos otros de la jurisprudencia clásica— presenta un rico dinamismo semántico; en efecto, el término puede referirse al daño causado o a la intención malévola de quien lo causa, pero también a la pena que se debe sufrir o no, como en la expresión decenviral de las XII Tab. 3,6: «*se fraude esto*» = «quede sin [se, arcaico por sine] castigo». Cfr. Á. D’ORS, *DPR.*, 1997, p. 434 y n. 1.

subsumiendo éste en aquél. No por ello desapareció el sustantivo genérico *fraus*³⁶ ni mucho menos la *actio de dolo malo et fraude*, sino que la segunda habría perdido su razón de ejercicio, puesto que en la *actio in factum de dolo malo* habría quedado subsumida también la sanción de cualquier *fraus* que implicase un “lucro” en el patrimonio del *fraudator*. Muy distinto, desde el punto de vista patrimonial, es el *fraus creditorum* de la cláusula edictal de D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*). En efecto, en el *fraus creditorum* —a diferencia del *fraus* “genérico”— el *fraudator* “disminuye” su activo patrimonial en detrimento de sus acreedores a través de actos jurídicos onerosos o gratuitos, pero nunca “lucrativos” para el mismo *fraudator*, aunque sí puedan serlo de esta última naturaleza para un tercero con *scientia fraudis*. El anterior concepto de la especie *fraus creditorum* se deriva de las fuentes directamente³⁷. En la misma generación de LABEÓN se produjo otro avance extraordinario en la consideración del *fraus creditorum* a raíz de la *lex Aelia Sentia de manumissionibus* —*lex rogata* de los Cónsules *A. Aelius Cato* y *C. Sentius Saturninus*, del año 4 d.C.³⁸—. Los contenidos fundamentales de esta ley fueron los siguientes:

- i) estableció como edad mínima para manumitir la de 20 años en el manumisor y la de 30 años en el manumitido;
- ii) prohibió las manumisiones testamentarias hechas por un insolvente, excepto el caso de que el manumitido fuera instituido *heres necessarius*, para evitar la caída del testamento y la *proscriptio bonorum* a nombre del difunto —prohibición que se hace extensible al testamento militar y, según el testimonio de

³⁶ No sólo en el ámbito del *ius privatum*, sino también en el ámbito del *ius publicum*, como se puede deducir de D. 2,14,7,7 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Dice el Pretor: «Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo malo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos.* Sobre el concepto sustantivo de *fraus legi*, *vid.* M. BUENO SALINAS, «*Fraus legi: un estudio sobre D. 1,3,29 (Paul. ad leg. Cin.)*», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 62, Romae, 1996, pp. 139-253. Comete fraude a la ley quien infringe su *sententia* sin contravenir sus *verba*; D. 1,3,29 [Idem (§ 28: Paulus) *ad leg. Cinc.*]: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis sententiam eius circumvenit = Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido.*

³⁷ Así, D. 4,3,20 pr. (Paul. 11 *ad ed.*), D. 28,5,73(72) (Terent. 4 *ad leg. Iul. et Pap.*), D. 40,1,21 (Pap. 13 *resp.*) y, fundamentalmente, de D. 42,8,6 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*): *... pertinet enim edictum ad deminuentem patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur = ... pues el edicto se refiere a los que merman su patrimonio y no a los que impiden que aumente*, y D. 50,17,134 pr. (Ulp. 21 *ad ed.*): *Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur = No quedan defraudados los acreedores cuando su deudor deja de adquirir algo, sino cuando disminuye en algo el patrimonio de éste.* Parecen identificar el concepto de *fraus creditorum* con insolvencia (*solvendo non esse*), F. SCHULZ, «Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, núm. 48, Weimar, 1928, pp. 212-215 [En adelante, «Die fraudatorische Freilassung», *cit.*], quien considera la insolvencia como un “sobreendeudamiento”, es decir, como una insuficiencia patrimonial. *Vid.*, en el sentido, de este autor, F. DEL PINO-TOSCANO, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum”*, *cit.*, pp. 27-62, y concretamente en p. 68 y n. 137, y p. 69 y n. 140; ídem, *La sistematización de la insolvencia en el Digesto*, *cit.*, pp. 341 y ss.

³⁸ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, *cit.*, pp. 455 y s. Prueba de la trascendencia de esta *lex* para el desarrollo doctrinal del *fraus creditorum* es que el mayor número de fuentes del Digesto que hacen referencia al *fraus creditorum* —excepto el título de D. 42,8— se refieren a las libertades y el posible fraude que se puede derivar de ellas.

- Gai. 1,47, también se extendió a los *peregrini* mediante una *Oratio* del emperador Adriano (117 d.C.-138 d.C.)—;
- iii) para calificar una manumisión como fraudulenta era requisito necesario el de la insolvencia del manumisor (*solvendo non esse*);
 - iv) además de la manumisión testamentaria, prohibió todas las demás manumisiones, solemnes o no solemnes, *mortis causa* (fideicomisarias) o por acto *inter vivos* que se hiciesen *in fraudem creditoris* o *patroni*, y
 - v) elementos indispensables para la consideración de la manumisión *in fraudem creditorum* serían las del *consilium fraudis* y el *eventus damni*.

El *consilium fraudis* es el estado de conciencia premeditadamente pernicioso del deudor para el interés de los acreedores. El *eventus damni* es la necesidad a la que se ven sometidos los acreedores de llegar a la *missio in bona debitoris* y a la *venditio bonorum sub hasta* como consecuencia de las enajenaciones fraudulentas que han “vaciado” o están “vaciando” el patrimonio del *decoctus* —deudor “sospechoso” de estar “vaciando” su patrimonio— o del *fraudator*³⁹. La *communis opinio* sostiene que dichas manumisiones *in fraudem creditorum* son nulas *ipso iure*. En nuestra opinión, la *lex Aelia Sentia de manumissionibus*, al prohibir las manumisiones *in fraudem creditorum* no tenía el efecto de que lo hecho en contra de la prohibición fuera inválido de propio derecho (*ipso iure*), sino que requería la intervención del Pretor para impedir prácticamente el efecto del acto prohibido (*ope exceptionis*). Por tanto, creemos estar ante una ley “imperfecta”⁴⁰. En otros términos, dichas manumisiones serían plenamente válidas y producirían sus efectos. Serían los acreedores —y no todos, sino únicamente los perjudicados por la actuación del deudor insolvente— quienes estarían legitimados activamente a la *vindicatio in servitutem* y, por tanto, el esclavo manumitido *in fraudem creditorum* volvería a su antigua condición servil y sería reintegrado al patrimonio del deudor.

Así pues, al sostener nosotros una *actio in factum de fraude creditoribus* del Edicto I [D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*)], creemos que la doctrina romanística no tendrá mayores reparos en aceptarla. Mucho más difícil resultará la aceptación por esa mis-

³⁹ Sobre los contenidos de la *lex Aelia Sentia de manumissionibus*, vid. F. SCHULZ, «Die fraudatorische Freilassung», cit., pp. 207-212. Sobre los conceptos de *consilium fraudis*, *eventus damni* y *decoctus*, vid. F. DEL PINO-TOSCANO, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum”*, cit., pp. 35-41 (*consilium fraudis*), pp. 44-53 (*eventus damni*), y pp. 344-355 (*decoctus*).

⁴⁰ En cambio, algunas veces el *ius* se consideraba directamente afectado por la *lex publica*, y lo hecho en contra de lo prohibido por ellas era inválido *ipso iure* —son las llamadas leyes “perfectas”. Por último, si la *lex publica* se limitaba a imponer una pena o multa por la infracción, entonces la *lex publica* era “menos que perfecta”. Por otra parte, una constitución imperial de los emperadores Teodosio II (408 d. C.-450 d. C.) y Valentiniano III (425 d. C.-455 d. C.), transmitida en Nov. Th. 9 = CJ. 1,14,5,1, del año 439, declaró que todas las leyes debían considerarse perfectas, y los actos contrarios a ellas, ineficaces de propio Derecho. Aunque la terminología de las fuentes es variada e imprecisa, debe distinguirse entre “actos inexistentes” (*nullus*, como atributivo, quiere decir que no hay tal acto) y “actos existentes” que pueden ver impedidos sus efectos por una prohibición civil o pretoria (*inutilis*). La distinción civilística entre “nulidad” y “anulabilidad” del acto jurídico no pertenece al Derecho romano. Cfr. Á. D’ORS, *DPR.*, 1997, pp. 67 y s. y n. 1 (en p. 68).

ma doctrina de una *actio civilis de fraude*. En efecto, ello implicaría ni más ni menos que aumentar en una figura más los *delicta* de *ius civile*: hurto (*furtum*), daño “injustamente causado” sobre esclavo, animal grande de tiro y carga o cosa inanimada (*damnum iniuria datum ex lege Aquilia*), e injuria (*iniuria*). No se puede soslayar la principal objeción de que puede ser objeto esa hipótesis: textualmente no dan noticia de esa pretendida *actio civilis de fraude* ni el *Corpus Iuris Civilis* ni las fuentes menores de Derecho romano ni tampoco el jurista GAYO en sus *Institutiones* 4,8⁴¹. Resulta altamente improbable que este jurista, que aplica una perspectiva diacrónica a su exposición docente, no se hubiese hecho eco de esa figura —*actio civilis de fraude*— de los *delicta* de *ius civile*, así hubiese desaparecido en un momento muy anterior al mismo GAYO. Por tanto, sin dejar de reconocer los logros y avances conceptuales y procesales de esa investigación en relación con la doctrina romanística de los siglos XIX y XX, el tema sigue abierto. Por nuestra parte, remitimos muchos de los contenidos de la Tesis doctoral dirigida a la *actio in factum de fraude creditoribus*. En efecto, como es sabido, las *actiones in factum* suelen ser anuales, a diferencia de las *actiones civiles* y de las reipersecutorias, que no tienen plazo para su ejercicio (*actiones perpetuae*); de todos modos, transcurrido el año el Pretor da la acción por la cantidad simple en vez del múltiplo —así en el caso de la *rapina* o el *metus*—. Después de la *litis contestatio* desaparece la caducidad del año y tampoco tiene plazo la *actio iudicati* correspondiente. Igualmente, las *actiones in factum* son pasivamente intransmisibles y, por tanto, sólo el autor del *factum* responde de él, no sus herederos, aunque en algunos casos el Pretor da contra los herederos acciones por el lucro obtenido. En cambio, las *actiones in factum* son activamente transmisibles.

2. “*Actio in factum de fraude creditoribus*” [Edicto I: D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 ad ed.)]

Como es sabido, las *actiones praetoriae* son de tres tipos:

- i) acciones ficticias,
- ii) acciones con transposición de personas y
- iii) acciones *in factum*.

Estas últimas siempre son personales —nunca *in rem*— y están referidas a un hecho (*factum*) —no a un *oportere* como en las fórmulas *in ius conceptae*—. Mediante ellas el Pretor sanciona toda conducta que le parezca inconveniente aunque no estén reprimidas por el *ius civile*. Las *actiones in factum conceptae* se fueron creando para reprimir diversas modalidades de comportamiento inconveniente, generalmente doloso y, en este sentido, son delictuales por su origen, aunque no sean necesariamen-

⁴¹ Desafortunadamente, GAYO en el Libro 4 de su manual, en donde desarrolla el tema de las *actiones*, no trata la ejecución patrimonial concursal de la sentencia condenatoria (*iudicatum*), sino que termina su obra (Gai. 4,186) con una referencia a la *actio iudicati* en relación con el *vadimonium* (garantía de presentarse *in iure* por el condenado).

te penales por su condena. Así pues, no vemos ningún inconveniente en “tipificar” nuestra *actio* como *in factum*, aunque el supuesto fáctico que sancione sea el del *fraus* y no el de *dolus malus* —recuérdese que el *fraus* genérico fue subsumido en el *dolus malus*—; precisamente en el ámbito del *ius privatum* habría sido esa especie la que no podía ser fagocitada por el *dolus malus*. Por esto mismo no podemos dejar de complementar la denominación —*actio in factum de fraude*— con el sujeto pasivo específico víctima del fraude, los acreedores —*actio in factum de fraude creditoribus*—, frente al sujeto activo: el *decoctus* o el insolvente *fraudator*. Curiosamente, a pesar de ese proceso histórico semántico, en el vocabulario del ciudadano medio es más usual el empleo del término “fraude” que el del más genérico “dolo”.

Con la *actio in factum de fraude creditoribus* el Pretor sancionaba los *gesta fraudationis causa* y los *facta in fraude creditorum*. El concepto de *gesta* de los que se habla en la cláusula edictal (*quae fraudationis causa gesta erunt*) se relaciona con el de obligatoriedad como derecho, no dispositivo; sino necesario e inalterable por la voluntad de los particulares, es decir, con las instituciones de *ius cogens*. En otros términos, en la medida en que el *ius civile* se funda en el imperativo de la *lex publica*, este derecho es “público” y de ahí que no pueda ser “ignorado”⁴² ni mucho menos alterado por los convenios de particulares. Por ello mismo el Edicto I habla *de his curatorum bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit*. Por tanto, el Pretor sanciona aquellos *gesta* tasados en el Edicto I —suprimidos por los Compiladores justinianos— y realizados *fraudationis causa* contra los acreedores por el *decoctus* o por el *fraudator*. En estos *gesta*, aunque falte la intención de defraudar en el *decoctus* o en el insolvente —es decir, el *consilium fraudis*—, el Pretor sanciona el incumplimiento de dichos *gesta* precisamente por ser inexcusables, naturalmente a instancia del acreedor o del *curator bonorum* de la *missio in bona debitoris*. En relación con las libertades en fraude de acreedores, creemos que no hay ningún impedimento de tipo procesal que imposibilite el ejercicio de la *actio in factum de fraude creditoribus* para sancionar una libertad concedida *fraudationis causa* en contra de la prohibición expresa de la *lex Aelia Sentia de manumissionibus*. Cosa distinta es que esa revocación de la libertad se lleve a cabo a través de la *vindicatio in servitutem*, a la cual estarían legitimados activamente el *curator bonorum* o los acreedores. Esa lista tasada de instituciones de *ius cogens* determina que la *actio in factum de fraude creditoribus* se pueda ejercitar no sólo antes del inicio del trámite concursal, para el *decoctus* —es decir, antes del decreto de *missio in bona debitoris*—, sino incluso, ya dentro de dicho trámite, antes de la *venditio bonorum sub hasta*. En uno u otro caso, el plazo para el ejercicio de la acción es de un año, contado a partir del momento en que se comete el fraude por el, hasta ese momento, *decoctus*, o por el *fraudator* (Edicto I:

⁴² Excepto por un pupilo, por un *alieni iuris* o por un esclavo (*servus*), pues éstos no son *capax fraudi* y a ellos precisamente se refiere por exclusión el Edicto I con la expresión *qui fraudem non ignoraverit*, expresión que la *communis opinio* ha identificado con la *scientia fraudis* exigida en el Edicto II (D. 42,8,10 pr.) para el ejercicio del *interdictum fraudatorium*.

... *intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo* = *daré acción, dentro del año en que se pueda ejercitar*).

Pero también procede la *actio in factum de fraude creditoribus* contra los *facta in fraudem creditorum* (Edicto I: ... *idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo*), los cuales, seguramente, también vendrían tasados en la cláusula edictal⁴³. El ejercicio de la *actio in factum de fraude creditoribus*, tratándose de un *gestum fraudationis causa* llevaría aparejada la nota de *infamia* sin que ese efecto pudiese ser evitado por el juez. En cambio, tratándose de *facta in fraudem creditorum* creemos que la nota de *infamia* exigiría que el *factum* mediante el cual el insolvente (fraudulento) disminuye su patrimonio fuese “fraudulento” y no meramente culposo. Así, el deudor insolvente que destruye cosa de su propiedad *in fraudem creditorum*, no, en cambio, el que lo hace culposamente o por *vis maior*. No es de extrañar esta hipótesis respecto a los *facta in fraudem creditorum*, pues lo mismo ocurre en las acciones contractuales de sociedad, *fiducia* y mandato, en las cuales sólo es “infamante” la condena cuando el juez ha declarado el *dolus malus* del demandado, lo que dependerá de la declaración judicial⁴⁴. Posiblemente este efecto “infamante” de nuestra *actio in factum* estaría previsto en el edicto general *de dolo malo et fraude* [D. 4,3,1,1 (Ulp. 11 *ad ed.*)]. Sabemos que dicho efecto lo era de la *actio de dolo*. Sin embargo, por la gravedad de la *infamia* la *actio de dolo* tenía carácter subsidiario, es decir, la concedía el Pretor siempre y cuando no fuese posible otra acción especial, ya fuese civil o pretoria, con la cual perseguir la conducta ilícita o dolosa⁴⁵. Aunque tampoco excluimos la hipótesis de que el régimen especial de la *infamia* para el *fraus creditorum* se derivase de la cláusula edictal de D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*) (Edicto I).

⁴³ Aunque podemos pensar que no eran taxativos, sino que la jurisdicción pretoria podía tipificarlos *causa cognita*; D. 42,8,3 pr (Ulp. 66 *ad ed.*): ... *vel quodcumque aliud facti in fraudem creditorum* = ... *o que hiciera cualquier otra cosa en fraude de los acreedores*.

⁴⁴ Vid. Á. D'ORS, «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Tomo 6, Napoli, 1984, pp. 2575-2590. Un argumento indirecto a favor de la existencia de nuestra *actio in factum de fraude creditoribus* [Edicto I: D. 42,8,1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*)] es el siguiente: la *communis opinio* suele derivar la *nota de infamia* del insolvente fraudulento (denominado por esa misma *communis opinio* como “insolvente doloso” o “insolvente de mala fe”) del decreto pretorio de *missio in bona debitoris*. Sin embargo, en ninguna fuente de Derecho romano está documentado que la *nota de infamia* se derive de un recurso procesal distinto de una *actio civilis* o *praetoria*; no, en cualquier caso, de las *missiones in bona* o de las *missiones in possessionem*.

⁴⁵ Vid. F. BETANCOURT, «La “stipulatio iudicialis de dolo” en el Derecho romano clásico», en *AHDE*, núm. 49, 1979, pp. 165-185, concretamente en pp. 165 y s. y n. 13 (en p. 166).

3. Régimen de la “*actio in factum de fraude creditoribus*”

a) Naturaleza jurídica

Nuestra *actio in factum* es delictual por su origen aunque no sea penal por su condena y, por tanto, conserva algunas de las características de las acciones penales: así, la anualidad de la misma y la intransmisibilidad pasiva.

b) Legitimación procesal activa

En relación con la legitimación procesal activa, ésta corresponde no sólo a los acreedores antes de la *missio in bona debitoris*, sino también al *curator bonorum* durante la misma. Tanto para unos como para otro, hasta la *venditio bonorum sub hasta*, momento procesal a partir del cual los acreedores —no el *curator bonorum*, pues su encargo termina con la *venditio bonorum sub hasta*— disponen de otro recurso contra los *facta in fraudem creditorum* no sancionados por nuestra *actio in factum*. Pero incluso está legitimado activamente el acreedor bajo condición o a término, sólo que la *venditio bonorum sub hasta* no procedería hasta que el crédito no fuese exigible.

c) Legitimación procesal pasiva

Legitimado pasivamente lo es el *fraudator* y el partícipe del fraude. Si infringen una norma de *ius cogens* son inexcusables tanto uno como otro. Por tanto, el acreedor o el *curator bonorum* sólo necesitan la prueba del *eventus damni*. No así tratándose de *facta in fraudem creditorum* en que el tercero partícipe puede probar ser *inscius fraudis = ignorante del fraude*. Pero también está legitimado pasivamente el *decoctus*, es decir, el deudor cuyo comportamiento lo hace “sospechoso” ante sus acreedores de estar “vaciamiento” su patrimonio (del deudor).

d) Plazo para el ejercicio de la acción e intransmisibilidad pasiva

Atendiendo a su naturaleza penal, el plazo para el ejercicio de nuestra *actio in factum de fraude creditoribus* es de un año (Edicto I: ... *intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo*), y por la misma razón se explica su intransmisibilidad pasiva⁴⁶. La *actio in factum de fraude creditoribus* tendría cláusula arbitraria mediante la cual el legitimado pasivamente resultaba absuelto si revocaba el acto jurídico de ena-

⁴⁶ La *actio de dolo (et fraude)* también era anual, y en ella, transcurrido el año, contra el heredero del que cometió el *dolus malus* se da una acción *in factum* no-penal en la medida del lucro obtenido. Como resulta evidente, contra el heredero del *fraudator creditorum* no se da una acción similar porque no obtiene ningún lucro con el “vaciamiento” que de su patrimonio hizo su causante.

jenación *in fraudem creditorum* y reintegraba en su patrimonio la cosa o valor en que había “disminuido” éste. Naturalmente ello no implicaba la suspensión del concurso, sino la defensa procesal eficaz del interés patrimonial de los acreedores. Mucho más difícil resulta entender el mecanismo de la condena en relación con los *gesta*.

3. “*Interdictum fraudatorium*” [Edicto II: D. 42,8,10 pr. (Ulp. 73 ad ed.)]

El *interdictum fraudatorium* es un recurso complementario del Edicto I ejercitable contra aquellas enajenaciones *in fraudem creditorum* no impugnadas antes de la *venditio bonorum sub hasta* con la *actio in factum de fraude creditoribus*. En efecto, la fórmula interdictal tiene un requisito jurídico —caso bastante excepcional en materia interdictal, en donde lo que se tutela es la apariencia jurídica, es decir, el *factum* que da contenido material y patrimonial al *ius*⁴⁷ — para la legitimación procesal activa de los acreedores: que el acreedor sea de aquellos que sufrieron *un eventus damni* ya sea por *gesta fraudationis causa* o por *facta in fraudem creditorum* realizados por el insolvente (fraudulento) y, por tanto, legitimados activamente a la *actio in factum de fraude creditoribus*, no ejercitada contra el *fraudator* antes de la *venditio bonorum sub hasta*. Si ésta ha dejado sin satisfacer parte de los créditos, los acreedores están legitimados activamente al interdicto edictal simple restitutorio *fraudatorium*. El interdicto se dirige contra el tercero que, a partir del momento de la insolvencia fraudulenta del deudor, adquirió bienes a título oneroso y con conocimiento y participación del fraude o perjuicio que el deudor causaba contra los acreedores (*scientia fraudis*)⁴⁸. Pero también está legitimado pasivamente al interdicto fraudatorio como “decretal” (*utile*) el adquirente a título lucrativo que no tenía conocimiento del fraude (*nescius fraudis*) que el insolvente fraudulento causaba a los acreedores, e incluso se puede dirigir contra los herederos.

⁴⁷ En efecto, sólo conocemos otra fórmula interdictal con un requisito de *ius civile*: la transmitida en D. 43,19,3,11 (Ulp. 70 ad ed.), correspondiente al título interdictal *De itinere actuque privato* (Sobre los interdictos de la senda o paso de ganado privados) (Servidumbre predial rústica de senda [*iter*] o paso de ganado [*actus*] privados): «Veto que se te impida por la violencia que puedas hacer reparaciones como tengas derecho a hacerlas, en la senda o paso de ganado que has usado en este último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto a la otra parte». Por tanto, el legitimado activamente a este interdicto debe probar dos extremos: primero, que es titular del derecho de servidumbre predial rústica de senda (*iter*) o de paso de ganado (*actus*) privados; y, segundo, que ha usado la senda o paso de ganado en el último año. Ahora bien, en relación con el primer extremo, se debe tener en cuenta que no todo titular de servidumbre predial rústica de senda (*iter*) o de paso de ganado (*actus*) privados tiene derecho a hacer reparaciones. En efecto, al constituirse la servidumbre predial puede haberse estipulado que el titular del predio dominante no tuviera derecho a hacerlas, o que lo tuviera, si quería hacerlas, tan sólo hasta cierto límite. Por eso en la fórmula interdictal edictal aparece la expresión «como tengas derecho a hacer reparaciones» (*uti tibi ius esset reficias*); es decir, tal como te sea lícito según la constitución de la servidumbre predial. Cfr. F. BETANCOURT, *DRC.*², 2001, pp. 349 y s.

⁴⁸ F. DEL PINO-TOSCANO, *Recursos procesales contra el “fraus creditorum”*, cit., pp. 54 y ss.

X. EJECUCIÓN PATRIMONIAL PRIVILEGIADA

Tratándose de algunas personas, como aquellas de familia senatorial (*clarae personae*) y de los *sui iuris* incapaces sin tutor o curador que heredan del deudor concursado, el embargo (*missio in bona debitoris*) y la *venditio bonorum sub hasta* no recaen sobre todo el patrimonio, sino sobre bienes singulares hasta satisfacer a los acreedores. Ésta es la denominada *distractio bonorum*. En virtud de un senadoconsulto de comienzos del Principado, se nombra *curator bonorum* cuando deben venderse los bienes de una de aquellas personas para que se pague a los acreedores con aquellos bienes de la manera más discreta posible. El Pretor o, en las provincias, el gobernador, nombra un *curator bonorum* encargado de ir vendiéndolos.