

# Aspectos procesales de la *condemnatio in id quod debitor facere potest* en favor del insolvente

Juan Carlos PRADO RODRÍGUEZ

(*Universit  Carlos III de Madrid*)

## 1. Introducción

En la fase de la *condemnatio*<sup>1</sup> del proceso romano clásico, el *iudex privatus* tenía la facultad de condenar el deudor a una determinada cantidad pecuniaria<sup>2</sup> o de absolverlo si no consideraba fundamentada la *intentio* del acreedor demandante. Sin embargo, a ciertos deudores<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Gai.4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur [...]*; vid. E.BETTI, s.v. «*Condanna (Diritto romano)*», en NNDI, III, Torino 1959, p.1081ss.; B.BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, en Studi Bonfante, IV, Milano 1930, p.78ss. [en Scritti giuridici, II, Milano 1965, p.435ss.]; M.MOL , s.v. «*Sentenza (Diritto romano)*», en NNDI, XVI, Torino 1969, p.1081ss.

<sup>2</sup> Gai.4.52: *Debet autem iudex atendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit [...]*; vid. M.NICOLAU- P.COLLINET, *Gaius: Institutes IV.48. La condemnatio pecuniariae sous les Actions de la loi*, RHD 15 (1936), p.751ss.; C.GIOFFREDI, *Sull'origine della 'condemnatio pecuniariae' e la struttura del processo romano*, SDHI 12 (1946), p.136ss.; H.BLANK, *Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff*, ZSS 99 (1982), p.303ss.; A.BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano 1. Cuestiones de jurisprudencia y proceso, Madrid 1990, p.175ss.

<sup>3</sup> Como el padre demandado por las deudas de sus sometidos (I.4.6.36); el marido demandado por la *uxor* para la restitución de la dote (I.4.6.37, D.24.3.18.1, D.42.1.20, D.42.1.23, D.42.1.24, D.42.1.52 y C.5.13.1pr. y 7, además de un escolio sin ftico: 6.12); el patrón demandado por su liberto (I.4.6.38 y D.42.1.17); los parientes demandados por sus descendientes (I.4.6.38, D.24.3.54, D.37.15.5-7, D.42.1.16 y D.42.1.30); los hijos emancipados, desheredados o que se hayan abstenido de la herencia paterna, por las deudas adquiridas cuando eran *in potestate* (D.14.5.2pr.); el socio demandado por los demás socios por las deudas que surgieron de la *societas* (I.4.6.38, D.17.2.63 y D.42.1.16); el donante demandado por el donatario (I.4.6.38,

el *iudex* podía también condenarles *in id quod facere potest*<sup>4</sup>, es decir, en el límite de sus posibilidades económicas<sup>5</sup>.

---

D.23.3.33, D.39.5.12, D.42.1.41.2 y D.50.17.28); la mujer *sui iuris*, su padre y el extraño, demandados por el marido en consecuencia de la *promissio dotis* (D.23.3.33, D.23.3.84, D.24.3.15.2, D.24.3.17, D.42.1.21, D.42.1.22pr. y D.42.1.41pr.); el insolvente que haya sufrido la *bonorum venditio* (D.42.1.51 y C.7.75.6); el insolvente que haya realizado la *cessio bonorum* (D.42.3.4pr. y C.7.71.4pr.); los soldados hacia todos sus acreedores (D.42.1.6pr. y D.42.1.18); el deudor que pactó con su acreedor de pagar limitadamente a sus posibilidades (D.2.14.49).

<sup>4</sup> Se han ocupado del tema, entre otros J.A.HELLFELD, *De beneficio competentiae ex proprio aequae ac tertii iure. Opuscula et dissertationes iuris civilis privati*, Lipsiae-Frankfurt 1775; A.C.HOLTIVS, *Essai sur le 'beneficium competentiae'*, en *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, I (1826), p.389ss.; P.A.ALTMAN, *Das 'beneficium competentiae'. Seine historische Entwicklung juristische Natur und gegenwärtige Geltung*, Berlin 1888; O.WÜNSCH, *Zur Lehre vom 'beneficium competentiae'*, Leipzig 1897; M.PAMPALONI, *Contributi alla determinazione degli emblemata nelle Pandette II. Sul 'beneficium competentiae' a riguardo dell'estraneo che 'donationis causa' promette una dote*, AG 56 (1896), p.3ss.; ID., *Sulla teoria del 'beneficium competentiae' nel diritto romano*, Pisa 1898 [en Studi Schupfer, I, Torino 1898, p.59ss.]; ID., *Sul calcolo della competenza nel cosiddetto 'beneficium competentiae' del diritto romano*, Torino 1898 [en Studi Senesi, XV (1898), p.293ss.]; O.CLERICI, *Cenni sul 'beneficium competentiae' in diritto romano*, Torino 1900 [rest. *Sul beneficium competentiae in diritto romano. Con nota di lettura di S.DI SALVO*, Napoli 1982]; ID., *Il beneficium competentiae e il calcolo del suo oggetto*, RISG 52 (1913), p.198ss.; J.KLINGEMANN, *Inhalt, rechtliche Natur und Anwendungsgebiet des 'beneficium competentiae'*, Borna-Leipzig 1904; W.BAUDER, *Das 'beneficium competentiae'*, Borna-Leipzig 1905; A.ZIPPERLING, *Das 'beneficium competentiae' in römischen Recht*, Marburg 1906; P.P.ZANZUCCHI, *Sul c.d. beneficium competentiae*, BIDR 29 (1916), p.61ss.; A.LEVET, *Le bénéfice de compétence*, Paris 1927; V.ARANGIO RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, Modena 1930; A.GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, 2ª ed., Napoli 1978; ID., *Nihil facere posse*, en *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua Beatificazione*, I, Milano 1947, p.299ss.; ID., *Studi sulla 'taxatio in id quod facere potest'*, SDHI 7 (1941), p.5ss.; ID., *Sul 'beneficium competentiae' dei milites*, Milano 1939; ID., *Il beneficium competentiae del "Promissio dotis"*. *Contributo storico-dogmatico alla teoria del cosiddetto "beneficium competentiae"*, RISG 14 (1939), p.153ss.; ID., *Sul 'beneficium competentiae' dell'extraneus promissor dotis*, en *Festschrift für Paul Koschaker*, II, Weimar 1939, p.49ss.; L.M.DE BENEDETIS, s.v. «Beneficium competentiae», en *NNDI*, II, Torino 1958, p.346ss.; S.SOLAZZI, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna*, en *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli 1960, p.463ss.; S.W.LITEWSKI, *Das 'beneficium competentiae' im römischen Recht*, en *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, p.469ss.; M.MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. 'beneficium competentiae'*, AUPA 36 (1976), p.5ss. [en Studi in onore di A.Arena, III, Padova 1981, p.1311ss.]; S.DI SALVO, «Ignorantia iuris» del «iudex», «actio iudicati» e «beneficium competentiae», en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli 1984, p.1421ss.; J.GILDEMEISTER, *Das beneficium*

Esta posibilidad coexistía con aquella, que tenía lugar cuando la *condemnatio* pecuniaria resultaba incierta<sup>6</sup>, de que el pretor introdujera en la fórmula una *taxatio*<sup>7</sup> con la cual establecer una cantidad máxima que el *iudex* debía observar al emitir su sentencia<sup>8</sup>.

Así pues, la praxis procesal romana de la época clásica preveía el beneficio en favor de ciertos deudores a ser condenados limitadamente a sus posibilidades económicas, el cual llegaría a la dogmática jurídica moderna con la locución de *beneficium competentiae*<sup>9</sup>, terminología que, sin embargo, resulta extraña en su conjunto a las fuentes romanas<sup>10</sup>, a pesar de que ya en algunas aparece la expresión *beneficium* para indicar dicha prerrogativa<sup>11</sup>.

---

*competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986 [en IVRA 37 (1986), p.144ss.]; S.SERANGELI, 'Abstenti', *beneficium competentiae e codificazione dell'editto*, Ancona 1989. Por lo que se refiere al derecho canónico y eclesiástico, G.FORCHIELLI, *Il beneficium competentiae degli ecclesiastici nella storia del diritto e nel concordato italiano vigente*, Roma 1931.

<sup>5</sup> Cf. entre otros, P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 5ª ed., Milano 1912, p.394; S.DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano 1942, p.338.

<sup>6</sup> Vid. Gai.4.51.

<sup>7</sup> Sobre el tema vid. L.DI KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, Napoli 1872, p.135ss.; A.GUARINO, *Studi sulla taxatio in id quod facere potest* cit., p.5ss.; D.NÖRR, *Zur condemnatio cum taxatione im römischen Zivilprozeß*, ZSS 122 (1995), p.51ss.

<sup>8</sup> A tal respecto observa P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Milano 1954, p.625: «la *condemnatio* può poi contenere un limite di somma, che il giudice non può superare (*taxatio*): pertanto essa è o infinita o *cum taxatione* [...]»; vid. también E.BETTI, *Diritto romano*, I, Padova 1935, p.549; M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.312.

<sup>9</sup> En efecto, ya en el contexto del *ius commune* este *beneficium* hizo parte de las *Dissensiones dominorum* (vid. F.K.SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I (trad. it. E.Bollati), vol. II, Torino 1854-1857 [rest. Roma 1972], p.360ss.), y su referencia está en G.F.HÄNEL, '*Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*', Lipsiae 1834, p.540, §439, "HUGOLINUS, *Diversitates sive dissensiones dominorum super toto corpore iuris civilis*, D.50.17.173 (De div. Reg.), *De beneficium competentiae*».

<sup>10</sup> En efecto, la locución *beneficium competentiae* parece haber sido introducida por los comentaristas alemanes de la corriente canónica del siglo XVI (cf. P.P.ZANZUCCHI, *Sul c.d. 'beneficium competentiae'* cit., p.90; A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.XV) y generalizada en el contexto doctrinal desde el siglo XVII, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.19. En efecto, según L.M.DE BENEDETIS, s.v. «*Beneficium competentiae*» cit., p.346, el beneficio en cuestión se reguló en el *Corpus Juris Canonici* al canon 122, y es plausible que la denominación provenga efectivamente del derecho canónico al ser un privilegio de los clérigos, siendo inmune a la ejecución patrimonial aquella parte de la renta necesaria al sustento,

Por el contrario, la terminología que recurre con más frecuencia en las fuentes jurídicas<sup>12</sup> sobre tal beneficio es *condemnatio*<sup>13</sup> o *convenitur in id quod facere potest*<sup>14</sup>, y algunos textos hacen referencia también a una *exceptio* para indicarlo<sup>15</sup>.

Por lo tanto, el presente estudio tiene la finalidad de reconstruir la praxis procesal romana vigente a partir de la época clásica en la que el beneficio de la condena limitada se concedía en favor de aquellos deudores que habían caído en estado de insolvencia<sup>16</sup>; en particular, para aquellos que habiendo sido sometidos a una ejecución patrimonial (*bonorum venditio*) fueren aún demandados por los acreedores que quedaron en todo o en parte insatisfechos antes de pasar un año desde dicha ejecución concursal. Y también de aquellos insolventes que antes de ser condenados o hayan admitido su deuda, optaron por ceder los bienes que conformaban su patrimonio a sus

aunque se cree que tal privilegio tiene su origen en el derecho romano al tutelarse de la misma forma a los soldados; así pues, la analogía entre *milites romani* y *milites togatae* o *celestis militate* habría transportado el instituto al ámbito canónico.

<sup>11</sup> Como en D.17.2.63.1, D.24.3.13 y D.42.1.41.2. Por lo que se refiere a la expresión *competentiae*, esta aparece en documentos eclesiásticos del siglo XIII e indica el *id quod competit*, es decir, lo necesario para vivir, vid. G.FORCHIELLI, *Il beneficium competentiae degli ecclesiastici* cit., p.1ss.

<sup>12</sup> A pesar de que también existen referencias en las fuentes literarias clásicas, como en CIC., *de Invent.* 2.57.170.

<sup>13</sup> Vid. D.17.2.63pr., D.17.2.63.1, D.24.3.12, D.24.3.15, D.24.3.18 y D.50.17.173pr.

<sup>14</sup> Vid. D.2.14.49, D.4.4.3.4, D.11.7.28, D.14.5.4pr. y D.42.1.19.1. Por otra parte, también se utilizan las locuciones *condemnatio quatenus facultates patiuntur, non ultra facultates* (en D.2.14.49, D.42.1.21-30 y I.4.6.37), mientras que en D.23.3.84: *damnare in quantum facere potest*; en D.24.3.12: *damnetur quod facere potest*; en D.24.3.15.2 y D.17.2.63pr.: *damnare in id quod facere potest*; en I.4.6.37: *condannare eatenus quatenus facere potest*; en D.42.1.6pr. y 18: *eatenus quatenus facere potest cogi solvere*, y también se utiliza la expresión *honor* para indicarlo, como en D.24.3.15.2.

<sup>15</sup> Vid. D.17.2.63.2, D.24.3.17.1, D.42.1.41pr., D.44.1.7pr. y D.46.2.33; al respecto S.SOLAZZI, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna* cit., p.463ss. Ello, sin embargo, podría sorprender ya que en el proceso clásico la *exceptio* se inserta para absolver al deudor y no sólo para limitar su condena (vid. Gai.4.116 y 119), aunque existe un supuesto en D.2.14.49 en el que el demandado proponía en sede formular propio mediante una *exceptio* la limitación de la condena, vid. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.18.

<sup>16</sup> Sobre tales supuestos vid. O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.43ss.; A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.135ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Madrid 2000, p.338ss.; *infra* al párrafo III, 1 y 2.

acreedores (*cessio bonorum*) al objeto de evitar precisamente una ejecución patrimonial, pero que una vez que hubiesen adquirido algo, fuesen demandados por aquellos acreedores que se quedaron insatisfechos.

Como resulta plausible, los deudores demandados a pesar de haber agotado sus bienes para satisfacer parte de sus deudas, no tenían el tiempo suficiente para rehacerse un patrimonio que les permitiese su recuperación económica en el contexto social romano, todo ello en consecuencia de una condena pecuniaria consiguiente al incumplimiento de una deuda en el ámbito de la *obligatio* romana<sup>17</sup>, la cual correspondía a aquél modo de extinción de las obligaciones de *certa pecunia* que era la *solutio*<sup>18</sup>, finalizada a realizar la exacta prestación debida<sup>19</sup> y que en época arcaica comportaba la desatadura física del vínculo que tenía atado el deudor a su acreedor<sup>20</sup>.

A tal respecto se puede observar como generalmente el objeto de la prestación debía realizarse en su totalidad<sup>21</sup>. Sin embargo, al reconocer el ordenamiento jurídico romano a ciertos deudores el

<sup>17</sup> Sobre el tema, entre otros A.MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana* I, Roma 1912; F.PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1951; E.BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955; M.TALAMANCA, s.v. «*Obbligazioni (Diritto romano)*», ED XXIX (1979), p.1ss.; G.FALCONE, «*Obligatio est iuris vinculum*», Palermo 2003.

<sup>18</sup> Sobre la *solutio* P.KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, Leipzig 1906; S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli 1931; G.BRANCA, s.v. «*Adempimento (Diritto romano e intermedio)*», ED I (1958), p.548ss.; A.D'ORS, *Solvere e Satisfacere*, Labeo 10 (1964), p.451ss.; S.CRUIZ, *Da 'Solutio'; terminología, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I, Coimbra 1972; ID., *Da 'Solutio'*, II, *Época post classica occidental 'solutio' e 'vulgarrecht'*, Coimbra 1974; M.SARGENTI, s.v. «*Pagamento (Diritto romano)*», ED XXXI (1981), p.532ss.

<sup>19</sup> Gai.3.168: *tollitur autem obligatio precipue solutione, eius quod debetur*, vid. al respecto S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione cit.*, p.3. Y como observa B.BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano 1972, p.415: «*solutio è l'adempimento della prestazione dovuta, cioè l'esatta osservanza del comportamento che il debitore deve tenere in confronti del creditore*».

<sup>20</sup> En efecto, en la época arcaica la forma con la que se liberaba el deudor (*reus*) era la *solutio per aes et libram* (vid. Gai.3.174), solemne formalidad que disolvía el vínculo que tenía encadenado el deudor a su acreedor, cf. S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione cit.*, p.9; vid. también, entre otros A.BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1985, p.592; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, p.622; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1993, p.603; V.ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1997, p.392.

<sup>21</sup> Cf. P.VOCI, *Istituzioni cit.*, p.358.

beneficio de ser condenados limitadamente a sus posibilidades, parecería surgir una excepción a ello, aunque habría que tener en cuenta que el beneficio concedido sólo reducía la condena pecuniaria y no la deuda, por lo que si las condiciones económicas del beneficiado volvían a mejorar, éste estaría obligado a pagar también la cantidad de la deuda que no pudo satisfacer por no haber estado en condiciones de hacerlo<sup>22</sup>.

Para ello el beneficiado debía dar una caución dirigida a garantizar el pago de lo que quedaba debiendo en consecuencia de la condena limitada (*cautio de residuo*)<sup>23</sup>, y que no había logrado pagar por su precaria situación económica<sup>24</sup>, pero que habría podido hacerlo en el momento en el que hubiese incrementado su patrimonio<sup>25</sup>.

Por lo que se refiere a los deudores beneficiados con una condena limitada, Paulo, en D.42.1.25, afirma:

D.42.1.25 (Paulus, *libro 60 ad Edictum*):

*Sciendum est heredes earum personarum non in id quod facere possunt, sed in integrum teneri.*

Según el texto, a los herederos del deudor beneficiado no se les extendía el beneficio de la condena limitada, debiendo ellos pagar su deuda *in solidum*, por lo que al parecer dicho beneficio era personal y exclusivo del deudor beneficiado. Sin embargo, de un texto de Pomponio en D.24.3.18pr., se recaban noticias que contrastan con la máxima antes mencionada:

D.24.3.18pr. (Pomponius, *libro 16 ad Sabinum*):

*Etiam filios mulieris, qui patri heredes extiterunt, in id quod facere possunt condemnandos Labeo ait.*

<sup>22</sup> Cf. P.BONFANTE, *Istituzioni* cit., p.395.

<sup>23</sup> Aunque parece que tal deber fue una innovación bizantina (vid. C.5.13.1-7), donde a tal propósito S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.229, observa que al marido que gozaba del beneficio de la condena limitada en el correspondiente juicio, se le prescribía de dar una caución (*'quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvat, hoc reddere procuret'*), y que posteriormente se extendería por obra de los compiladores a todos los demás supuestos de condena limitada.

<sup>24</sup> El *id quod rei iudicatae tempore facere non possit*; para lo cual se discute si la *cautio* se concretaba en la forma de la *stipulatio praetoria*, es decir, si el acreedor podía obtenerla del pretor *ante litem contestatam* para imponerla luego al deudor, vid. A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.176.

<sup>25</sup> Vid. D.15.1.47.2 y D.17.2.63.4.

Según el texto, Labeón ya consideraba que también los hijos que quedaron herederos del padre beneficiado con una condena limitada han de ser condenados *in id quod facere possunt*; sin embargo, cabría objetar que al estar el fragmento colocado en el título de '*Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*', se podría restringir su ámbito de aplicación sólo a tal contexto.

Asimismo, hay que observar como el beneficio de la condena limitada podía concederse en favor de aquellos deudores que ya hubiesen sido condenados a pagar *in solidum* y que sólo en el momento de ejecutar la sentencia con la *actio iudicati*, al no haber cumplido en el plazo establecido<sup>26</sup>, se les permitiría de pagar en el límite de sus posibilidades, como resulta de D.42.1.41.2:

D.42.1.41.2 (Paulus, libro XIV quaestionem):

*In solidum condemnatus donator actione iudicati nisi in quantum facere potest non tenetur beneficio constitutionis.*

Según narra el texto de Paulo, un donante ya había sido condenado *in solidum*, pero sólo con respecto a la *actio iudicati* del donatario quedaría obligado *in quantum facere potest*<sup>27</sup>.

Por lo que se refiere a las ventajas que comportaba dicho beneficio, estas eran principalmente las de evitarle al deudor una ejecución personal<sup>28</sup>, aún posible en la praxis de la época clásica<sup>29</sup>, y

<sup>26</sup> En efecto, la ejecución de la sentencia tenía lugar en dicho proceso mediante la aplicación de la *actio iudicati* por parte del acreedor que obtuvo razón en el pleito, pero que no fue satisfecho pasados treinta días desde la misma sentencia, cf. C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, p.4.

<sup>27</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna cit.*, p.49; C.BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico cit.*, p.4.

<sup>28</sup> Sobre el tema, A.BERETTA, *L'esecuzione contro il debitore nel diritto romano ed il nexum*, Udine 1936; L.PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano 1981; V.GIUFFRÈ, *La substantia debitoris tra corpus e bona*, en *Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello-1992, Napoli 1994*, p.267ss.; ID, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1997; F.LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano 1963; C.BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico cit.*; C.GABRIELLI, *Contributi alla storia economica di Roma repubblicana. Difficoltà politico-sociali, crisi finanziarie e debiti fra il V e III sec. a.C.* [Biblioteca di Atheneum 50], Como 2003; A.MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La riforma di Publio Rutilio Rufo*, en *Studi Franciosi, III*, Napoli 2007, p.161ss.; A.SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007; R.SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, en *Iuris antiqui historia: an International*

también una ejecución patrimonial (*bonorum venditio*)<sup>30</sup>, la cual le habría comportado, además de la pérdida patrimonial, el consiguiente estado de *infamis*<sup>31</sup>, a pesar de que para el insolvente sometido a la *bonorum venditio* dicho *status* ya sería intrínseco en él<sup>32</sup>, y lo que se

---

Journal on Ancient Law, I, 2009, p.61ss.[en Scritti minori, II, Torino 2009], p.655ss.; L.PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, AUPA LIII. Agere e contrahere. Giornate di studio in onore di R. Santoro e presentazione degli scritti minori dell'onorato, Palermo 2009, p.115ss. Y sobre la ejecución personal en la época postclásica, M.NAVARRA, *Sul divieto del carcere privato nel tardo Impero Romano*, SDHA 75 (2009), p.209ss.

<sup>29</sup> Y su supervivencia es confirmada por la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* de mitad del I siglo a.C.; vid. además Gai.3.199.

<sup>30</sup> Cf. M.MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, p.110; A.GUARINO, *Diritto romano privato*, 11ª ed., Napoli 1997, p.829.

<sup>31</sup> A tal respecto observa F.CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el derecho romano*, Instituto de Cultura «Juan Gil-Albert», Alicante 1997, p.43: «Etimológicamente el término infamia procede de *in* (privativo) *famis* (fama), el sujeto privado de fama, quien ha perdido respeto a su comunidad el honor o dignidad personal, tanto por transgredir unas determinadas leyes positivas, como por actuar contra lo indicado por las normas morales que en una comunidad resultan pacíficamente aceptadas»; vid. D.37.15.2pr. Sobre el análisis lingüístico del término infamia vid. también A.FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en derecho romano*, en Homenaje a J.B.Vallet de Goytisolo, IV, Madrid 1988, p.313ss.; U.BRASIELLO, s.v. «*Infamia (Diritto romano)*», en NNDI, XI, Torino 1962, p.641ss.

<sup>32</sup> En efecto, observa F.CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el derecho romano* cit., p.63: «El Edicto pretorio [...] indicó una serie de sujetos a los que, por su conducta inmoral o deshonorosa, les estaban tales facultades, calificando a estas personas como *infames* o *ignominiosi*. Noticias de este elenco de casos previstos por el pretor nos las ofrecen Gayo (Gai.4.182) y Ulpiano (D.3.2)», y a p.79s., observa que la infamia recaía «Desde la perspectiva económica, quien, por causa de insolvencia, ha sufrido la *bonorum venditio*». Asimismo, los supuesto que generan la infamia, según el mismo autor a p.114ss., están en la *lex Iulia Municipalis*, en particular como resultado de una condena, y en este ámbito por causa de insolvencia consiguiente a la ejecución de la *bonorum venditio* (vid. Tab. Heracl. lin. 113-117). En fin, el autor a p.153, nt. 330: «El supuesto de la infamia por causa de *bonorum venditio* no se encuentra en la legislación justiniana, sino que expresamente en diversos pasajes se excluye la carga infamante C.3.28.27, C.7.71.8, I.2.19.1 o en D.2.12.11 [...]. En realidad, la abolición de la antigua *bonorum venditio* explica la desaparición de la infamia en estos supuestos». Sobre el momento exacto en el que la infamia recaía sobre el insolvente que sufrió la ejecución patrimonial vid. A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Colección Ciencia y Pensamiento jurídico. 1, Santiago de Compostela 2010, p.213ss., en particular las posturas doctrinales a la nt.333.

trataría es de evitarle su ejecución personal, mientras que el *bonis cedens* habría podido evitar ambas consecuencias<sup>33</sup>.

Asimismo, el beneficio de la condena limitada habría tenido en un principio la función de concederle al deudor insolvente el tiempo suficiente para que logre restablecer su delicada situación económica, y así poder cumplir con sus obligaciones. Mientras que posteriormente habría tenido la finalidad de que el beneficiado pueda conservar un mínimo de recursos necesarios para su supervivencia; en efecto, al parecer en época clásica tal beneficio se estructuró en modo que al deudor se le permita pagar en el límite de sus posibilidades, pero con Justiniano se habría ampliado su concepción al objeto de dejarle al deudor aquél tanto necesario para que sobreviva<sup>34</sup>, como resulta de la posible manipulación de D.50.17.173pr.:

D.50.17.173pr. (Paulus, libro 6. ad Plautium):

*In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.*

En efecto, la doctrina<sup>35</sup> considera que el texto de Paulo habría sido alterado, ya que en él se enfatiza la intención de que el deudor beneficiado conserve un mínimo necesario para sobrevivir, y podría ser también que ésta tendencia encontró aplicación ya en edad clásica pero sólo para determinados deudores<sup>36</sup>, mientras que su generalización se atribuiría a los compiladores<sup>37</sup>, siendo precisamente el texto de Paulo donde aparece la intención de extender a todas las demás categorías de deudores beneficiados una *deductio modicum ne egeatur*, resaltando así principios de carácter humanitario<sup>38</sup>, lo que

<sup>33</sup> Según C.2.12.11; sin embargo, observa F.CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el derecho romano* cit., p.153, que la infamia recae también «Por causa de insolvencia (*bona possessa, proscripta, vendita, cessio bonorum*)»; vid. Gai.2.154 y 4.102.

<sup>34</sup> Cf. P.VOCI, *Istituzioni* cit., p.360s.

<sup>35</sup> O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.68; A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.186.

<sup>36</sup> Vid. D.42.1.30, sobre el donante: '*aliquid sufficiens*' (*ne egeat*); mientras que en D.42.1.19.1 se afirma que no es oportuno quitarle al donante todo lo que tiene, ya que es necesario tener consideración de su persona para que no sea reducido en pobreza, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.101.

<sup>37</sup> Cf. J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.137.

<sup>38</sup> Como la *pietas, caritas y humanitas*. Y para determinar el *quantum reus facere potest* era el mismo deudor a pedir que se consideren dichos principios al objeto que

equivaldría a dejarle al *reus iudicatus* lo suficiente (*aliquid sufficiens*) para que no caiga en total indigencia<sup>39</sup>.

## 2. *El quantum debitor facere potest*

Por lo que se refiere a la concesión del beneficio de la condena limitada en favor de ciertos deudores, esta tenía lugar en el ámbito del proceso romano clásico *per formulas*<sup>40</sup>, el cual iniciaba cuando las partes en conflicto se encontraban ante el magistrado (*in iure*) y donde el acreedor reclamaba el pago de su crédito indicando las razones de su pretensión junto a la acción con la que intentaría hacer valer su derecho, a lo que el deudor podía admitir su deuda<sup>41</sup> o negarla alegando diversas razones<sup>42</sup>.

Concluidas las actuaciones de las partes ante el pretor, éste decidía si conceder o denegar la acción solicitada; luego nombraba un *iudex*<sup>43</sup> y establecía las reglas en base a las que debía decidirse la controversia. De tal forma el pretor procedía al *iussum iudicandi* del *iudex* dándole la potestad de absolver o condenar el demandado si consideraba fundamentada la *intentio* del acreedor demandante. Terminada esta fase se pasaba ante el juez (*apud iudicem*), quien a su

se le deje un mínimo necesario para sobrevivir, vid. A.GUARINO, *La condanna cit.*, p.99; M.PAMPALONI, *Sul calcolo della competenza cit.*, p.3ss.

<sup>39</sup> Siendo esta la *competentiae* según una de las acepciones medievales, cf. A.LEVET, *Le bénéfice de compétence cit.*, p.XVII.

<sup>40</sup> Proceso que, estructurado en discursos típicos en su forma y en su función (vid. Gai.4.39), surge en el litigio entre extranjeros o entre romanos y extranjeros, donde al no poderse utilizar las *legis actiones* por ser exclusivas de los ciudadanos romanos, las partes exponían libremente sus propias pretensiones ante el magistrado, cf. C.GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano 1978, p.66ss.; sobre el tema vid. entre otros, F.BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana*, Pisa 1886; O.CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946; G.PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano 1963; C.A.CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino 1982; M.TALAMANCA, s.v. «*Processo civile (Diritto romano)*», ED XXXVI, Milano 1987, p.1ss.

<sup>41</sup> Vid. D.4.2.2.1; S.DI PAOLA, *Confessio in iure*, I, Milano 1952; N.SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, I, *Diritto classico*, Torino 1973.

<sup>42</sup> Vid. G.PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970.

<sup>43</sup> Vid. R.SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano 2004.

vez concluía con una sentencia de absolución o de condena del deudor demandado<sup>44</sup>, que en este caso era siempre pecuniaria.

En tal contexto, sin embargo, podía suceder que la condena resultase incierta, en cual caso el pretor podía insertar una *taxatio* en la fórmula de la respectiva acción para fijar así un *maximum* que el *iudex* debía observar al emitir su sentencia<sup>45</sup>.

A tal respecto, cabe observar como una condena incierta no autorizaba al *iudex* a establecer de forma arbitraria la cantidad de la misma, aunque comportaba para éste el deber de seguir un cierto criterio de evaluación basado en la equidad<sup>46</sup>, pudiendo también considerar el valor aproximativo de la deuda al momento de la *litis contestatio*<sup>47</sup>.

En este sentido, para delimitar la cantidad de una condena incierta Gayo refiere de una *condemnatio cum taxatione*<sup>48</sup>, pero en donde no se hace mención de una específica *taxatio in id quod reus facere potest*.

De todos modos, para calcular el *quantum facere potest* sobre el patrimonio del deudor<sup>49</sup>, se debían tener en cuenta también las deudas que éste tenía hacia sus demás acreedores (*deductio aeris alieni*)<sup>50</sup>,

<sup>44</sup> *Pro actore* si el *iudex* consideraba fundamentada la *intentio* del acreedor y por ende condenaba al deudor (*si paret, condemnato*), *pro reo* en cambio si no la consideraba fundamentada, y entonces lo absolvía (*si non paret, absolvito*), cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.12.

<sup>45</sup> Cf. Gai.4.43; vid. al respecto L.DI KELLER, *Il processo civile romano e le azioni* cit., p.132ss.; A.CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* cit., p.90ss.; A.GUARINO, *La condanna* cit., p.8; J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.144.

<sup>46</sup> Como resulta de la frase de Ulpiano en D.9.3.1pr. (*libro 23 ad Edictum*): *...quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo*.

<sup>47</sup> Vid. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.13ss.; M.FUENTESECA DEGENEFEE, *La "litis aestimatio" desde la perspectiva del procedimiento romano formulario*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, 10 (2006), p.403ss.

<sup>48</sup> Vid. Gai.4.51. Sin embargo, las referencias de Gayo son muy escasas, al punto de dar relevancia a la frase *vulgo dicitur cum taxatione*, donde además se observa como la *condemnatio incerta* podía ser limitada a un techo máximo, por ejemplo, no más de diez mil sestercios que el *iudex* no podía superar, ya que si lo hacía cometía el delito de interés privado en actos de oficio, pero podía hacerlo a menos, según resulta de Gai.4.52.

<sup>49</sup> Vid. M.PAMPALONI, *Sul calcolo della competenza* cit., p.293.

<sup>50</sup> Sin embargo, en el caso que a ser demandado sea un donante, el *iudex* habría debido calcular *in solidum*, es decir, considerando sólo las deudas que tenía hacia el

para lo cual observa Guarino<sup>51</sup> que era plausible que el deudor no sólo tratase de minimizar sus haberes, sino que además muestre al *iudex* todas sus demás deudas (*aes alienum*) al objeto de demostrar así sus escasas posibilidades económicas.

Así pues, sobre el cálculo del patrimonio del deudor para poder determinar su efectiva situación económica<sup>52</sup>, Paulo en D.42.1.19 afirma:

D.42.1.19 (Paulus, libro 6 ad Plautium):

*Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior condicio est nec deducitur, quod eiusdem conditionis hominibus debetur, sicuti fit in de peculio actione: nam et hic occupantis melior est causa. Sed et si cum patre patronove agetur, non est deducendum aes alienum, maxime quod eiusdem conditionis personis debebitur, ut liberis libertis. 1. Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.*

Del *principium* del texto se recaba que entre los acreedores *ex eadem causa* tendrá mejor condición el que primero proceda contra el deudor ocupando su patrimonio, y no se deducirán las deudas hacia los acreedores de la misma causa, es decir, a los que también se podría oponer el beneficio de la condena limitada<sup>53</sup>; por lo que parece ser que a más acreedores que estuvieren fuera de tal contexto, mayores posibilidades habría tenido el deudor de ser condenado en el límite de sus posibilidades<sup>54</sup>.

Más adelante, al primer párrafo del texto, se narra que el demandado por causa de donación será condenado en el límite de sus posibilidades, habiendo deducido todas sus demás deudas, y entre

---

acreedor demandante, según D.42.1.19.1, vid. J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.142. Por otra parte, observa A.GUARINO, *La condanna* cit., p.87, que no sólo debía tenerse en cuenta el *quantum* que el deudor fuese efectivamente en condición de pagar al momento de la condena, sino también lo que fuese en condición de realizar o producir con relativa facilidad.

<sup>51</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.90.

<sup>52</sup> Al respecto vid. M.PAMPALONI, *Sul calcolo della competenza* cit., p.57ss.

<sup>53</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.84.

<sup>54</sup> Cf. J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.142.

aquellos a los que se les debe *ex eadem causa* también se considerará mejor la condición del que primero proceda contra el patrimonio del deudor.

Sin embargo, es en la última frase del texto donde se afirma que no se le quitará al deudor todo lo que éste posee, ya que se ha de tener en cuenta que no se quede sin lo necesario para subsistir.

Esta última referencia ha originado dudas sobre el texto de Paulo<sup>55</sup>, a lo que también habría que añadirse la parte del mismo en la que la *deductio aeris alieni* resultaría exclusiva del donante beneficiado<sup>56</sup>, por lo que Guarino<sup>57</sup> considera que ya en época clásica la *deductio* se operaba también a todos los supuestos de condena limitada, pero los compiladores habrían restringido su ámbito de aplicación al supuesto del donante<sup>58</sup>, estableciendo así en su favor un cierto privilegio<sup>59</sup>.

Asimismo, de otras fuentes relacionadas<sup>60</sup> se recaba que para conceder el beneficio de la condena limitada se debían tener en cuenta también los créditos que el deudor tenía pendientes de cobrar y que una vez satisfechos habrían conformado su patrimonio.

En este sentido, el cálculo podría comprender también lo que el deudor hubiere intencionalmente perdido en consecuencia de su actitud negligente y dirigida a perjudicar a su acreedor, como el haber evitado de obtener ganancias para incrementar su patrimonio, según resulta de D.17.2.63.7:

<sup>55</sup> Vid. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.141.

<sup>56</sup> Ya que se narra que también el donante es *convenitur in id quod facere potest*, añadiéndose además *et quidam is solus deducto aere alieno*, es decir, que sólo dicho supuesto tiene derecho a la *deductio aere alieno*, y que entre los acreedores *ex simili causa*, el primero que intentará proceder contra el deudor prevalecerá sobre los demás, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.92.

<sup>57</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.92.

<sup>58</sup> A tal propósito fue un rescripto de Antonino Pío a establecer en favor de aquellos que eran demandados por causa de donación el derecho a no ser condenados sino al *id quod facere potest*, vid. D.23.3.33, D.39.5.12 y D.50.17.28.

<sup>59</sup> Observa A.GUARINO, *La condanna* cit., p.19, que esto no significa que la *condemnatio* limitada fuere una especie de privilegio para ciertos deudores, ni mucho menos hacía referencia a la existencia en época clásica de un instituto unitario. Pero se intentó dar al donante una posición privilegiada que a los demás deudores que gozaban del beneficio de la limitación de la condena, ya que se consideraba más injusto que aquél que por hacer una liberalidad fuere reducido a la extrema pobreza; a tal propósito vid. O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.59s.

<sup>60</sup> Como D.24.3.28 y D.24.3.43.

D.17.2.63.7 (Ulpianus, libro 31 ad Edictum):

*Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare. Quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. Si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere.*

Por otra parte, el *iudex* debía tener en cuenta también la situación personal del acreedor demandante<sup>61</sup>, el cual concedió el crédito sacrificando de alguna manera su patrimonio<sup>62</sup>.

Por lo que se refiere al momento en el que el *iudex* debía evaluar el patrimonio del deudor para calcular sus efectivas posibilidades económicas y así beneficiarlo o no con una condena limitada, éste debía ser, según Guarino<sup>63</sup>, el de la *litis contestatio*<sup>64</sup>, y no el de la sentencia misma, y esto porque el deudor habría podido disminuir intencionalmente su patrimonio hasta ese momento<sup>65</sup>.

Sin embargo, de D.17.2.63.6, sobre el beneficio concedido en favor del socio demandado con la *actio pro socio*<sup>66</sup>, parece que se consideraba el momento en el que se pronunciaba la sentencia:

D.17.2.63.6 (Ulpianus, libro 31 ad Edictum):

*Tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae.*

<sup>61</sup> En efecto, como observa M.E.CLEMENTE MEORO, *Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos*, ADC 44 (1991), p.1545, el acreedor habría debido para garantizar el futuro cumplimiento de la obligación, pedir la interposición por parte del deudor de una *cautio* según D.5.1.41.

<sup>62</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.92.

<sup>63</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.89, quien además observa como dicho cálculo no era sólo el resultado de la abstracta discrecionalidad del *iudex*, sino el de una contienda entre el acreedor y el deudor de la cual el *iudex* era sólo el árbitro; en efecto, en la fase *apud iudicem* era el deudor quien debía indicar lo que fuese en condición de pagar, siendo plausible que habría intentado disminuir al máximo su patrimonio para demostrar sus escasas posibilidades económicas, y por el contrario, el acreedor debía demostrar que el deudor podía pagar más de lo que afirmaba.

<sup>64</sup> Sobre el tema G.SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli 1982.

<sup>65</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.127.

<sup>66</sup> Vid. I.M.POVEDA VELASCO, *O beneficium competentiae do sócio (socius)*, en Actas del IX Congreso internacional. XII Iberoamericano de Derecho Romano. El Derecho Comercial. De Roma al Derecho moderno, II, Las Palmas de Gran Canaria 2007, p.753ss.

En tal contexto surge además la cuestión de si ante una inexistente capacidad patrimonial del deudor demandado, la sentencia del *iudex* sería de absolución o de condena a pagar nada, ya que *nihil reus facere posse*. Al respecto, una parte de la doctrina<sup>67</sup> sigue la teoría de la absolución del deudor, la cual representaría una doble ventaja para éste, ya que por un lado lo liberaría de los gastos procesales que en cambio recaerían sobre el acreedor demandante, y por otro, también le evitaría la nota de infamia consiguiente a la condena<sup>68</sup>.

En efecto, en el caso que el deudor no pueda pagar nada parecería más plausible que el *iudex* lo absuelva al ser incongruente que se condene el deudor a no pagar nada. Sin embargo, absolver el deudor sería pasar a cargo del acreedor demandante los gastos del proceso, lo que implicaría atribuirle a este último un doble detrimento patrimonial, ya que además de los gastos que tendría que soportar por intentar cobrar su crédito, no habría obtenido el pago del mismo, lo que sería ir contra la *aequitas*<sup>69</sup> con el consiguiente enriquecimiento injustificado para el deudor beneficiado<sup>70</sup>.

Por el contrario, si el deudor fuese condenado a no pagar nada debería enfrentar los gastos procesales y tendría que soportar también las consecuencias de la nota de infamia consiguiente a la condena<sup>71</sup>.

A tal respecto, Guarino<sup>72</sup> considera que aun en la hipótesis de que *nihil reus facere posse*, se debía condenar al deudor al menos a un simbólico *nummus unus*, ya que en el proceso *per formulas* era la

<sup>67</sup> J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.145; P.P.ZANZUCCHI, *Sul cosiddetto beneficium competentiae* cit., p.190ss.; A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.162s.; S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.210.

<sup>68</sup> Cf. S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.199.

<sup>69</sup> Observa S.RICCOBONO, s.v. «*Aequitas*», en NDI, I, Torino 1937, p.210, la equidad es lo que es justo para todos igualmente y en todo los casos de la misma especie.

<sup>70</sup> Vid. G.ASTUTI, s.v. «*Arricchimento (Azione di) (Premessa storica)*», ED III (1958), p.53ss.; C.A.CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*. VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003 (a cura di L.Vacca), Torino 2005, p.42ss.

<sup>71</sup> Cf. A.GUARINO, *Nihil facere posse* cit., p.299ss. Por lo que se refiere a los efectos que determinaban la infamia en la sociedad romana, vid. F.CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el derecho romano* cit., p.181; A.FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en derecho romano* cit., p.327.

<sup>72</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.93.

misma estructura del *iudicium* a impedirle al *iudex* de absolver el demandado cuando la *intentio* del acreedor resultaba fundamentada<sup>73</sup>.

### 3. Supuestos de condena limitada en favor del insolvente:

#### a) El beneficio en favor del insolvente que sufrió la *bonorum venditio*

Ante todo cabe observar como los supuestos en los que se concedía el beneficio de la condena limitada en favor del deudor en estado de insolvencia<sup>74</sup> tienen un orden cronológico, ya que aquél concedido en favor del que sufrió la *bonorum venditio* parece haber sido introducido por el edicto del pretor<sup>75</sup> inmediatamente después de la introducción de esta forma de ejecución patrimonial<sup>76</sup>, mientras que aquél en favor del insolvente que realizó la *cessio bonorum* se lo relaciona con la *lex Iulia de bonis cedendis* de finales de la República, a pesar de que parece haber sido la jurisprudencia clásica la que le atribuyó las connotaciones propias del beneficio de la condena limitada<sup>77</sup>.

En ambos supuestos el deudor beneficiado habría obtenido la limitación de la condena al *id quod facere potest*, que con Justiniano<sup>78</sup> se habría justificado además con la posibilidad de que el deudor pueda

<sup>73</sup> Sin embargo, en D.3.5.34pr., Scevola habla de absolución; vid. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.94.

<sup>74</sup> Así pues, G.NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, Roma 1942, p.19ss., observa que las expresiones que comúnmente aparecen en los textos para indicar la insolvencia eran: '*solvendo non esse*', '*minus solvendo esse*', '*nec solvendo esse*', y para indicar al insolvente: '*locuples non est*', '*pauperior factus est*', '*inops est*', '*idoneus non est*', '*defectus facultatibus*'; vid. también A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.1ss.

<sup>75</sup> Observa M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.338, nt.1874: «este beneficio fue acordado por el pretor a través de su Edicto, puesto que, en caso contrario, Diocleciano no habría justificado su decisión en C.7.75.6 (único texto que recoge este instituto a favor del fraudador) sobre el Edicto, mandado a codificar más de un siglo y medio antes (130 d.C.)»; vid. también A.GUARINO, *La condanna* cit., p.35.

<sup>76</sup> Según las afirmaciones contenidas en Gai.4.35: [...] *quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*; el pretor mencionado por Gayo parece haber realizado su actividad en el 118 a.C., vid. M.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.79.

<sup>77</sup> Cf. A.GUARINO, *Diritto romano* cit., p.829.

<sup>78</sup> Según se recaba de la posible manipulación de D.50.17.173pr.

conservar un mínimo necesario que le permitiese subsistir para no caer en total indigencia<sup>79</sup>.

Por lo que respecta a la insolvencia en la praxis de la época arcaica republicana, hay que resaltar las graves consecuencias que dicha situación comportaba para quienes caían en tal estado<sup>80</sup>, siendo la esclavitud<sup>81</sup>, primero en consecuencia de una venta *intra muros*<sup>82</sup>, o si no se lograba ésta, mediante aquella al extranjero (*trans Tiberim*) del *reus iudicatus*<sup>83</sup>, e inclusive la muerte de este último si no lograba pagar terminado el plazo que la *lex romana* establecía<sup>84</sup>, las consecuencias más extremas.

Ello determinaría la exasperación de la clase plebeya, y que daría lugar a la emanación de la *lex Poetelia Papiria de nexis* en el año 326 a.C.<sup>85</sup>, que, entre otras disposiciones, prohibió encadenar a los deudores y estableció como única garantía para los acreedores el patrimonio del deudor<sup>86</sup>.

Así pues, y siguiendo la opinión de Guarino<sup>87</sup> al respecto, sería en el inseguro ambiente político y económico que vivió Roma entre los siglos II y I a.C.<sup>88</sup>, que parece haber surgido la concreta iniciativa por parte del pretor de beneficiar con una condena limitada al deudor insolvente que haya sido ya sometido a la *bonorum venditio* y que

<sup>79</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.25.

<sup>80</sup> En efecto, la legislación de las XII tablas preveía el derecho del acreedor de apresarles y conducirlos encadenados al cuello hasta su casa, de atarlos con grilletes de hasta quince libras de peso, con el sólo deber de alimentarlos con una libra de pan fárreo al día, vid. XIITab.3.3-4.

<sup>81</sup> Vid. M.FINLEY, *La servitude pour dettes* (tr. S.Duparc), RHDF 43 (1965), p.159ss.

<sup>82</sup> Cf. F.DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, Labeo 20 (1974), p.170.

<sup>83</sup> Vid. F.DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma* cit., p.169s.

<sup>84</sup> La referencia va a XIITab.3.5 (vid. A.Gell., *Noct. Att.* 20.1.46-47) y XIITab.3.6. Al respecto, L.PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale* cit., p.126, comenta a Tertuliano (Apol. 4.9) en nt.52 observando: «[...] al rossore del sangue versato nella divisione del corpo del debitore per la *capitis poena* si sostituisce il rossore della vergogna per la *bonorum praescriptio*».

<sup>85</sup> Al respecto vid. C.AUSIELLO, *La lex poetelia*, Roma 1927; G.MAC CORMACK, *The "lex Poetelia"*, Labeo 19 (1973), p.306ss.; M.DI PAOLO, *Alle origini della "lex Poetelia Papiria de nexis"*, Index 24 (1996), p.275ss.

<sup>86</sup> Liv., *Ad urb.* 8.28: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*.

<sup>87</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.32ss.

<sup>88</sup> Como observa A.GUARINO, *La condanna* cit., p.32s., la época se caracterizó por un clima de violencia, conjuras y reacciones de las diferentes facciones políticas, en el marco de los desordenes de la administración en Roma.

fuese aún demandado por aquellos acreedores que se quedaron en todo o en parte insatisfechos durante el año de haber sufrido dicha ejecución<sup>89</sup>.

Por lo que concierne el régimen de la *bonorum venditio*<sup>90</sup>, ésta consistía en el embargo y en la venta de los bienes que conformaban el patrimonio del deudor insolvente al objeto de satisfacer a sus acreedores, y se estructuraba por lo tanto en dos distintas fases: una preventiva y dirigida al embargo de los bienes del insolvente (*missio in bona rei servandae causae*)<sup>91</sup>, y otra ejecutiva, que se concretaba en la venta por subasta pública<sup>92</sup> de los bienes del insolvente al que se le había practicado la *missio in bona*, siendo presupuesto para proceder, además del impago de la deuda<sup>93</sup>, también la inobservancia de una condena pecuniaria establecida por el *iudex*, ya que según observa la

<sup>89</sup> Sobre tal supuesto vid. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.35; A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.138ss.; W.LITEWSKI, *Das beneficium competentiae* cit., p.560ss.; M.MARRONE, *Note di diritto romano sul beneficium* cit., p.1319; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.338ss.

<sup>90</sup> En tema de *bonorum venditio* vid. entre otros, G.E.LONGO, s.v. «Esecuzione forzata (Diritto romano)», en NNDI, VI, Torino 1957, 713ss.; F.MILONE, *Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata*, AG 16 (1876), p.169ss.; S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 4 vols. Napoli 1935-43; ID., *In tema di bonorum venditio*, IVRA 6 (1955), p.78ss. [en Scritti di S.Solazzi, V (1947-1956), p.609ss.]; E.CARRELLI, *Per un'ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, SDHI 4 (1938), p.429ss.; G.SCHERILLO, *La "bonorum venditio" come figura di "successio"*, IVRA 4 (1953), p.205ss.; P.VOCI, s.v. «Esecuzione forzata (Diritto romano)», ED XV, Milano 1966, p.422ss.; I.ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano*, Jus 17 (1966), p.127ss.; V.GIUFFRÉ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, Labeo 39 (1993), p.317ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit.; M.A.SOZA, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor*, Madrid 2008; A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit.

<sup>91</sup> Vid. G.BRANCA, *Missiones in possessionem e possesso*, en Studi in onore di S.Solazzi, Napoli 1948, p.483ss.; L.DE SARLO, *Missio in possessionem e proscriptio*, en Studi in memoria di E.Albertario, I, Milano 1953, p.475ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.112ss.

<sup>92</sup> Término este que proviene de la colocación de una lanza por parte de los soldados para vender al mejor postor su botín de guerra, vid. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *Las ventas por subasta en la esfera del derecho público*, en Revista General de Derecho Romano-Iustel, 14 (2010).

<sup>93</sup> Vid. A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.179ss.

doctrina<sup>94</sup>, el condenado que no cumplía dicha sentencia quedaba sujeto a la *actio iudicati*<sup>95</sup>, y si en el plazo de treinta días persistía en el impago, entonces el pretor decretaba la *missio in bona* de su patrimonio a petición (*postulatio*) de uno o varios de sus acreedores<sup>96</sup>.

Por otra parte, la doctrina<sup>97</sup> considera que ya ante la iliquidez del deudor, cualquiera de sus acreedores, en vez de proceder con la acción que le competía en vía ordinaria, habría podido acudir directamente al pretor para solicitarle el embargo de los bienes del insolvente y así paralizar también cualquier actividad que pudiera arriesgar el patrimonio que serviría de garantía de su crédito, decretando la *missio in bona rei servandae causa*<sup>98</sup>.

A tal respecto, de las afirmaciones de Gayo (Gai.3.78) resultan algunos de los supuestos y por consecuencia, también los presupuestos objetivos para iniciar la *bonorum venditio*, la cual fue la forma tradicional de ejecución<sup>99</sup> patrimonial en la época clásica<sup>100</sup>:

*Bona autem ueneunt aut uiuorum aut mortuorum: uiuorum ueluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur [...].*

<sup>94</sup> M.E.CLEMENTE MEORO, *Término y vencimiento anticipado* cit., p.1550; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.121; P.ZAMBRANA MORAL, *Derecho concursal histórico: trabajos de investigación*, Málaga 2001, p.94.

<sup>95</sup> En efecto, observa M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.121: «Si el deudor se oponía a esta acción, asume el riesgo de una condena al doble, pues la *actio iudicati* es aquella *quae infitiando in duplum crescunt*», vid. Gai.4.9.

<sup>96</sup> Vid. A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.179, en particular a las observaciones que realiza en la nt.249.

<sup>97</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.34; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.122.

<sup>98</sup> Vid. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *Aplicación del régimen de la missio in bona para la tutela de los derechos reales*, en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, 18, Madrid 2001, p.109.

<sup>99</sup> Sobre la expresión *executio* vid. L.PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale* cit., p.137ss.

<sup>100</sup> Sobre su origen Gai.4.35; al respecto vid. E.CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio* cit., p.429ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.78ss.

Según el texto de Gayo, la venta de los bienes del deudor (vivo) tenía lugar, entre otras causas<sup>101</sup>, cuando el deudor se ocultaba al objeto de defraudar a sus acreedores y no se defendía por estar ausente, cuando cedía sus bienes acogiéndose a la *lex Iulia de bonis cedendis*, y cuando condenado, transcurría el plazo de treinta días concedido para pagar<sup>102</sup>; por lo tanto, la *bonorum venditio* podía iniciarse sin que existiese una previa sentencia de condena contra el deudor insolvente.

En este mismo contexto, Gayo refiere (Gai.3.79) el *iter* por el cual se llevaba a cabo la ejecución sobre los bienes del deudor:

*Siquidem uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si uero mortui, per dies XV. Postea iubet conuenire creditore et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona ueneant. Itaque si uiui bona ueneant, in diebus <X bonorum> uenditionem fieri iubet, si mortui, in dimidio. Diebus itaque uiui bona XXX, mortui uero XX emptori addici iubet. Quare autem tardius uiuentium bonorum compleri iubet, illa ratio est, quia de uiuis curandum erat, ne facile bonorum uenditiones paterentur.*

Según el texto, la ejecución empezaba con el embargo de todo el patrimonio del insolvente<sup>103</sup> por instancia de uno o de varios acreedores<sup>104</sup>, a lo que si el magistrado lo admitía decretaba la *missio in bona* y ordenaba también en el mismo decreto la *bonorum proscriptio*<sup>105</sup>, es decir, que se anuncie mediante pancartas públicas

<sup>101</sup> Sobre los supuestos en los que se aplicaba la *bonorum venditio* vid. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, cit., p.35ss.; I.ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione* cit., p.110ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.81ss.; A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.183ss.

<sup>102</sup> Al respecto M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.83, observa como al *iudicatus* se le equiparaba en la aplicación de la *bonorum venditio*, «aquel que ha realizado la *confessio in iure certae pecuniae*».

<sup>103</sup> Así pues, todos los bienes coporales e incorporales del deudor, observando a tal respecto A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.198: «...de esa totalidad patrimonial habría que deducir las deudas para determinar el patrimonio objeto de la *missio*, ya que se consideraban bienes lo que le queda a uno después de deducir sus deudas», vid. D.50.16.39.1 y D.49.14.11.

<sup>104</sup> Pero nunca por iniciativa del magistrado, y si existían varios acreedores y fuere solicitada sólo por uno de ellos, los demás podían incorporarse a la *missio* sometiéndose a un régimen paritario, según se recaba de D.42.5.12pr., cf. A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.195.

<sup>105</sup> Vid. L.DE SARLO, *Missio in possessionem e proscriptio* cit., p.475ss.; U.BRASIELLO, s.v. «*Publicatio bonorum*», en NNDI, VIII, Torino 1967, p.584ss.;

(*libelli*) que los bienes del deudor habrían sido embargados, siendo esta la primera forma de publicidad en ámbito de ejecución concursal, la cual duraba treinta días (quince si el deudor había fallecido), tiempo en el que los acreedores adquirirían sólo la detentación de los bienes embargados<sup>106</sup>.

Trascurrido el plazo para la *missio in bona* y la *proscriptio bonorum*, el pretor nombraba un *curator bonorum*<sup>107</sup> que tenía la función de vigilar y administrar los bienes del deudor embargado en representación de todos los demás acreedores<sup>108</sup>. Luego el pretor emanaba un segundo decreto con el que autorizaba la reunión de todos los acreedores para nombrar entre ellos a un *magister bonorum*<sup>109</sup> quien debía compilar la *lex bonorum venditionis* que contenía las condiciones de la venta de los bienes embargados y que también se publicaba por otros treinta días (veinte si el deudor había fallecido)<sup>110</sup>, siendo esta la segunda forma de publicidad en materia concursal<sup>111</sup>.

Sólo entonces se procedía a la venta de los bienes embargados mediante subasta pública<sup>112</sup>, que inmediatamente venían adjudicados a

---

F.HINARD, *Les proscriptions de la Rome républicaine*, Roma 1985; C.CASCIONE, *Bonorum proscriptio apud columniam Maeniam*, *Labeo* 42 (1996), p.444ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.159ss.

<sup>106</sup> Y que comportaba para los acreedores la responsabilidad de vigilar y administrar dichos bienes, vid. A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.198ss.

<sup>107</sup> Vid. L.D'AMATI, *Curator bonorum: una rilettura*, *BIDR* 94-95 (1991-1992), p.440ss.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.194ss.

<sup>108</sup> Cf. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.204ss.

<sup>109</sup> Vid. A. ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, *AG* 72, 1 (1904), p.481ss.

<sup>110</sup> Vid. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.240ss.

<sup>111</sup> Los textos que refieren de las publicaciones durante el *iter* de la *bonorum venditio* son principalmente Gai.3.79, y un texto del bizantino Teófilo, 3.12pr.; vid. a tal respecto M.TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, en *Studi in onore di P.De Francisci*, II, Milano 1956, p.244, además de las opiniones doctrinales en M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.161ss.

<sup>112</sup> Vid. M.TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo romano*. *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, Roma 1954; ID., *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano* cit., p.239ss.; M.GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Barcelona 2005; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *Las ventas por subasta en la esfera del derecho público* cit.

un *bonorum emptor*<sup>113</sup> que con el recabado procedía a pagar a los acreedores de acuerdo a la mayor porcentual de los respectivos créditos<sup>114</sup>.

Las consecuencias de la venta del patrimonio subastado eran que el deudor insolvente, además de resentir la desastrosa pérdida patrimonial<sup>115</sup>, sufría las consecuencias de la nota de infamia<sup>116</sup> consiguiente a la *bonorum venditio*<sup>117</sup>.

Sin embargo, el recabado de la venta de los bienes del deudor que se distribuía entre los acreedores a veces no alcanzaba para satisfacer a todos ellos, a lo que hay que añadir que raramente le quedaba algo al mismo insolvente (*decoctor*)<sup>118</sup> para que pudiera sobrevivir<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> Sobre el *bonorum emptor* vid. M.L.BLANCO RODRÍGUEZ, *El bonorum emptor como sucesor*, en IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, I, Orense 1998, p.167ss.

<sup>114</sup> Según las normas de la *lex venditionis*, vid. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.264ss.

<sup>115</sup> En efecto, la sociedad romana concebía a aquellos que sufrían la *bonorum venditio* como una ‘muerte civil’, o mejor contextualizado, como una *capitis diminutio maxima* del desafortunado deudor insolvente (cf. L.PEPPE, *Riflessioni intorno alla esecuzione personale* cit., p.125), según se entiende de CIC., *Pro Quintio*, 15.49, vid. G.PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell’insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, en Convegno “Lo spettacolo della giustizia: le orazioni di Cicerone”, Palermo 7-8 marzo 2006, p.63ss. [en Fides Humanitas Ius. Studi Luigi Labruna, VII, Napoli 2007, p.4541ss.; SIHDA, Komotini, 26-30 ottobre 2006; IVRA, Portale di diritto romano e dei diritti dell’antichità del Dipartimento di Storia del Diritto dell’Università; Archaeogate.org, marzo 2007]. Vid. también el mismo autor en *La sorte dei debitori oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem (Ambr. De Tobia 10.36.1)*, III incontro tra storici e giuristi: «Debito ed indebitamento», Ferrara 6.12.2007, en *Iuris antiqui historia: an international journal on Ancient Law*, I (2009), p.41ss.

<sup>116</sup> Sobre las limitaciones derivadas de la declaración de infamia, un elenco completo está en A.FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en el derecho romano* cit., p.338ss.

<sup>117</sup> Cf. A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.213ss.

<sup>118</sup> *Decoctus* es aquél deudor que paulatinamente consume su patrimonio con consiguiente detrimento de las obligaciones que tiene hacia sus acreedores; a tal respecto observa E.CUZZERI, *Del fallimento*, Torino 1927, p.13, nt.4: «come scrive ROCCO (*De decoctione*, nt.3, n.2), “dicitur decoctus quia substantiam suam consumit sicut ignis paulatim coquendo diminuit”»; vid. también B.STRACCHA, *De mercatura seu mercatore tractatus*, ed. Venetiis 1558, tit. *De conturbatoribus et decoctoribus*, c. 172, part. VIII, cap. II, n.6. Asimismo, sobre la denominación del deudor que sufrió la *bonorum venditio* existe un aforismo tal vez reconducido al comentarista italiano BALDO DE LOS UBALDOS [en *Opera omnia super varias partes iuris romani*, ed. Venetiis 1595, Consiliorum, vol. V. p.399, n.3]: «falliti dicuntur fraudatores. Nec

Así pues, el hecho de quedar aún debiendo, junto al inconveniente de que apenas el deudor lograba acumular algo, sus demás acreedores aún insatisfechos se le presentaban para cobrarle, solicitando a menudo una nueva ejecución patrimonial, determinó una situación imposible de conllevar para el insolvente<sup>120</sup>.

Ante tal situación surgió la necesidad de tutelar a quien había ya sufrido una *bonorum venditio* pero que aún quedaba debiendo a otros acreedores, por lo que cuando éstos intentaban una nueva demanda de ejecución patrimonial durante el mismo año de función del pretor que había ordenado la primera, el insolvente venía beneficiado con una condena limitada al *id quod facere potest*<sup>121</sup>.

Sin embargo, esta praxis inicial debió plasmarse en una cláusula en el edicto en la que el plazo de respiro para el insolvente que sufrió la *bonorum venditio* se consolidó de manera aún más favorable para él, ya que no se consideró el año efectivo en el que el magistrado que instituyó la *bonorum venditio* empezó a desempeñar su función, sino que dicho período se empezó a contabilizar desde el momento de la misma ejecución concursal<sup>122</sup>.

La razón a la base de la concesión del beneficio de la condena limitada parece haber radicado en la voluntad de retrasar la intención de los acreedores aún insatisfechos de solicitar el pago de sus créditos,

---

*excusantur adversam fortunam est decoctor ergo fraudator*», y que indicaría que aquél que quiebra defrauda; así pues, se suele denominar al deudor insolvente que ha sufrido la *bonorum venditio* como *decoctor* o *fraudator*, aunque esta última expresión hace presumir que el insolvente ha actuado fraudulentamente, siendo indudable que hay insolvencias provocadas de manera intencional y otras que nacen de una actuación negligente, por lo que se debe determinar *a priori* las causas del desastre económico del insolvente para así poderlo calificar como fortuito o culpable (*decoctor*) o fraudulento (*fraudator*).

<sup>119</sup> Vid. P.ORSO, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, SDHI 60 (1994), p.261ss.

<sup>120</sup> Ya que como observa A.GUARINO, *La condanna* cit., p.35, tales acreedores estaban pendientes a recaerle aun el día siguiente a la misma *bonorum venditio*, apenas sabían de algún incremento en su patrimonio.

<sup>121</sup> Vid. al respecto M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.339, nt.1878.

<sup>122</sup> De modo que si ésta se hubiere verificado, por ejemplo, a mitad del año de función del magistrado que la concedió, el lapso de tiempo en el que el *decoctor* habría podido rehacerse un patrimonio no habría sido limitado sólo a los seis meses que le quedaban al magistrado en función, sino que habría durado también los seis primeros meses del siguiente magistrado por incorporarse a su función, cf. A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.139.

y así dejar un mínimo de tiempo para que el deudor ya ejecutado pudiera restablecer su complicada situación económica, y también para evitarle la desventura de una aún posible ejecución personal, a pesar de que en época clásica, si el deudor insolvente era asignado por el pretor a su acreedor, éste ya no podía encadenarlo y venderlo al extranjero como ocurría en épocas anteriores a la *lex Poetelia Papiria*<sup>123</sup>, aunque bien podía aprovechar de su fuerza de trabajo para satisfacer de esta forma su crédito hasta los límites extremos<sup>124</sup>.

A tal respecto, las referencias sobre el beneficio de la condena limitada en favor del insolvente que había sufrido la *bonorum venditio* se recaban en primer lugar de la reconstrucción interpretativa de un fragmento de Paulo colocado en D.42.1.51pr.:

D.42.1.51pr. (Paulus, *libro 2 Manualium*):

*Si quis dolo fecerit, ut bona eius venirent, in solidum tenetur.*

Según el texto, el insolvente que ha actuado con dolo o en mala fe estaba obligado a pagar su deuda *in solidum*, es decir, en su totalidad, y cabría afirmar, aun durante el primer año de haberse llevado a cabo la *bonorum venditio*<sup>125</sup>. Sin embargo, si se interpreta el texto en sentido inverso, resultaría que el insolvente que había caído desafortunadamente en tal condición, es decir, no por haber actuado con dolo o en mala fe, podría responder de su deuda limitadamente al *id quod facere potest*<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> En efecto, a pesar de que la *lex Poetelia Papiria de nexis* había mitigado la esclavitud por deudas, es plausible que aún en el I siglo a.C., y también después, el insolvente podía ser demandado con la antigua *legis actio per manus iniectioem*, que según observa A.GUARINO, *La condanna* cit., 37, no parece haber sido tocada por la reforma actuada por la *lex Iulia iudicorum privatorum*, vid. F.BERTOLDI, *La lex Iulia iudicorum privatorum*, Torino 2003. Y tampoco podía proceder según las rígidas reglas de las XII tablas; a tal propósito vid. A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.VI.

<sup>124</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.38, y en lo que concuerda también M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.339, nt.1879.

<sup>125</sup> Cf. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.343.

<sup>126</sup> Vid. O.LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3ª ed., Leipzig 1927, p.432; J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.38. Sin embargo, observa S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, Napoli 1945, p.58, que era incierto que los romanos distinguieren entre un deudor desafortunado con o sin culpa y uno deshonesto, ya que en todo caso el *fraudator* al que se le practicaba la *bonorum venditio* sufría las consecuencias de la infamia.

A pesar de esto, resulta algo arriesgado determinar con seguridad el reconocimiento del beneficio de la condena limitada sólo en base a una interpretación *ex adverso* del texto de Paulo.

Por otra parte, de un rescripto colocado en C.7.75.6<sup>127</sup> se recaban mayores informaciones sobre la concesión del beneficio de la condena limitada en la praxis procesal de la época más avanzada:

C.7.75.6: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Menandrae:

*Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum, in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, Edicto perpetuo tantum actionem permitti.*

La interpretación del rescripto<sup>128</sup> ha comportado diversas y contrastantes opiniones doctrinales: así pues, Lenel<sup>129</sup> deduce que Menandra tenía un crédito privilegiado, pero se había dejado inducir por su deudor para convertirlo mediante novación en un crédito ordinario *ex stipulatu*<sup>130</sup>. A pesar de ello se procede a la *bonorum venditio* contra tal deudor pero Menandra queda insatisfecho de su crédito, por lo que recurre al emperador solicitándole si podía proceder con alguna acción contra el *bonorum emptor* o proceder nuevamente contra el *fraudator*, a lo que el emperador le responde

<sup>127</sup> Bajo el título «*de revocandis his quae per fraudem alienata sunt*», sobre el tema E.SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano. Studio esegetico*, II, Pisa 1887; S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, cit., p.55ss.; T.KIPP, *Impugnación de los actos "in fraudem creditorum" en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español*, RDP, XI, 124 (1924) p.1ss.; C.FERRINI, *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, en *Opere di C.Ferrini*, III, Milano 1929, p.315ss.; G.IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova 1958; H.ANKUM, *Interdictum fraudatorium et restitutio in integrum ob fraudem*, en *Syntelesia Arangio Ruiz*, II, Napoli 1964, p.779ss.; X.D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid 1974; F.DEL PINO TOSCANO, *Recursos procesales contra el 'fraus creditorum' en el Derecho Romano Clásico*, Sevilla 2002.

<sup>128</sup> Que el mismo S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, cit., p.55, considera ser complicada, al observar: «dopo aver dichiarato inaccettabili tutte le intepretazioni da altri proposte [...] e aver soggiunto che, a giustificare dal titolo in cui l'hanno collocata, neppure i compilatori mostrano di aver inteso la nostra legge».

<sup>129</sup> O.LENEL, *Das Edictum* cit., p.431ss.

<sup>130</sup> Cf. J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.36s.; M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.341.

que según el edicto del pretor, no tiene por el momento, es decir, *intra annum*, otro recurso que proceder *in quantum reus facere potest*<sup>131</sup>.

En contra de esta reconstrucción se manifiesta Solazzi<sup>132</sup>, quien niega que la acción del acreedor durante el primer año de la *bonorum venditio* estuviese limitada al *id quod reus facere potest*<sup>133</sup>, y que la respuesta de Diocleciano a Menandra fue en realidad «Si por un acto solemne (*acceptilatio*) has extinguido una obligación precedente, sabes que por el edicto perpetuo te es concedida la acción dentro del año contra el deudor»<sup>134</sup>.

Asimismo, otra objeción de Solazzi<sup>135</sup> es que Gayo en Gai.2.155<sup>136</sup> y Modestino en D.42.3.7<sup>137</sup> señalan que era posible repetir la *bonorum venditio* toda vez que los deudores *quid postea adquirant*, es decir, cuando hayan adquirido algo en su patrimonio con posterioridad a la *bonorum venditio*; sin embargo, ambos textos no refieren si tal posibilidad empezaba al año de la *bonorum venditio*, tiempo durante el cual el *fraudator* habría gozado del beneficio de la condena limitada, sino sólo a la posibilidad de realizar una nueva ejecución patrimonial<sup>138</sup>.

<sup>131</sup> Cf. A.LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., p.140; S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, cit., p.56. Por otra parte, el mismo O.LENEL, *Das Edictum* cit., p.432, nt.2, reconocerá con posterioridad que la locución '*praecedentem obligationem*' significa sólo que la obligación ha sido objeto de *novatio*, y que por ende el crédito de Menandra no sólo podía ser un crédito privilegiado contra el *fraudator* sino también frente a terceros, cf. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.341.

<sup>132</sup> S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, cit., p.57ss.

<sup>133</sup> Quién señala además que la frase '*actu sollemni obligationem peremisit*' no se refería a una *novatio* objetiva, sino a una *acceptilatio*, cual forma solemne de extinción de una obligación preexistente, cf. S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, cit., p.57; vid. también M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.342.

<sup>134</sup> Para M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.342, esta acción parecería ser la de dolo.

<sup>135</sup> S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, II, cit., p.57.

<sup>136</sup> Gai.2.155: *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur ut eaque post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem siue postea, ipsi reseruentur [...]*.

<sup>137</sup> D.42.3.7 (Mod., libro 2 Pandectarum): *Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursus eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus Praetor moveri posse.*

<sup>138</sup> Cf. M.P.PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio* cit., p.343.

Guarino<sup>139</sup> por su parte sigue la opinión de Lenel, y enfatiza la relación intrínseca del rescripto con C.8.35.7, al ser en origen un único texto, ya que el rescripto a Menandra habría sido separado por los compiladores en dos distintos fragmentos, uno de los cuales es C.7.75.6, que por tal motivo quedo sin la indicación de su fecha<sup>140</sup>.

Así pues, sobre la base de las pocas fuentes a disposición, cabría en principio admitir una praxis dirigida a conceder el beneficio de la condena limitada en favor del insolvente que sufrió la *bonorum venditio* y fuese nuevamente demandado por los acreedores insatisfechos durante el mismo año desde la primera ejecución patrimonial<sup>141</sup>.

b) El beneficio en favor del insolvente que efectuó la *cessio bonorum*

Cuando el deudor en estado de insolvencia procedía, después de la autorización del magistrado competente, a ceder sus bienes a sus acreedores mediante el beneficio de la *cessio bonorum*<sup>142</sup>, podía evitar la ejecución concursal de la *bonorum venditio* que le habría marcado con los perjuicios que comportaba la nota de infamia, ya que de C.2.12.11 resulta que de tal condición venían excluidos quienes hubieren efectuado la cesión de sus bienes<sup>143</sup>:

C.2.12.11 Imp. Alexander A. Herennio:

*Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.*

PP. X. Kal. Maias Maximo II. et Aeliano Conss. [223.]

<sup>139</sup> A.GUARINO, *La condanna* cit., p.120.

<sup>140</sup> Sobre la reconstrucción del rescripto vid. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.120.

<sup>141</sup> Cf. J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.141.

<sup>142</sup> La cual también podía realizarse sin la autorización del magistrado, el pretor en Roma o el presidente de la provincia, cf. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.153, pero cuando era solicitada al pretor, éste autorizaba un procedimiento análogo al de la *missio in bona* de la *bonorum venditio*, pero sin comportarle la infamia, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.39, vid. también B.BIONDI, s.v. «*Cessio bonorum*», en NNDI, III, Torino 1967, p.137ss.; L.GUENOUN, *La cessio bonorum* (Thèse), Paris 1913; W.PAKTER, *The mystery of "cessio bonorum"*, Index (Omaggio a P.Stein) 22 (1994), p.323ss.

<sup>143</sup> Al respecto vid. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.166s.

Asimismo, el *cedens* habría podido evitar una posible ejecución personal<sup>144</sup>, así como el ser encarcelado por aquellos acreedores que no pudieron ser satisfechos de sus créditos<sup>145</sup>, según C.7.71.1<sup>146</sup>:

C.7.71.1 Imp. Alexander A. Irenaeo:

*Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem.*

PP. X Kal. Decemb. Maximo II. et Aeliano Conss. [223.]

En este sentido, a ciertas condiciones<sup>147</sup> el deudor insolvente podía evitar su ejecución patrimonial y personal poniendo a disposición de sus acreedores todo su patrimonio<sup>148</sup>, lo que explica la importancia que fue adquiriendo la *cessio bonorum* hasta el punto de llegar a suplantar en época justiniana a la *bonorum venditio*<sup>149</sup>.

Y efectivamente, ya la legislación vigente durante la transición de la República al Principado consideró conveniente aligerar la situación personal del deudor insolvente ante el clima de crisis económica que vivía Roma en aquél entonces. Y a tal propósito una *lex Iulia de cessione bonorum* de finales del I siglo a.C.<sup>150</sup> reglamentó la cesión de

<sup>144</sup> Observa M.TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p.360: «Il debitore caduto senza sua colpa in insolvenza può evitare l'esecuzione personale e l'infamia conseguente a quella patrimoniale ricorrendo alla *cessio bonorum*: egli cede tutti i suoi beni ai creditori, mediante una dichiarazione al magistrato, che successivamente immette i creditori stessi nel patrimonio così ceduto».

<sup>145</sup> Observa L.PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale* cit., p.134, como Justiniano consideró que en consecuencia de dicha cesión, al deudor se le evitaría cualquier sufrimiento físico, según se recaba de C.7.71.8pr.

<sup>146</sup> Sobre el texto vid. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.166; J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.33.

<sup>147</sup> El *cedens* no debía ser *infamis* en consecuencia de una anterior *bonorum venditio*, y no haber realizado actos fraudulentos a sus acreedores, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.39.

<sup>148</sup> Según A.GUARINO, *La condanna* cit., p.38, ello equivalía a una especie de abandono del tal patrimonio a sus acreedores, quienes si por un lado quedaban obligados en virtud de la iniciativa del deudor a renunciar a las eventuales ventajas de un proceso ejecutivo, por otro lado conservaban el derecho a solicitarle sucesivamente el residuo al *cedens*.

<sup>149</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.40.

<sup>150</sup> Sobre la *lex Iulia de bonis cedendis* vid. G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, p.451, mientras que por lo que respecta a la cuestión de quién fue que propuso esta disposición legislativa, si César o Augusto, observa V.GIUFFRÈ, «*La c.d. lex Iulia de bonis cedendis*», *Labeo* 18 (1972), p.176ss.: «Si noti preliminarmente che, se la pratica della cessione dei beni è più diffusa – come

los bienes del deudor con problemas de insolvencia, como resulta de las referencias de un rescripto colocado en C.7.71.4<sup>151</sup>, en el que se relaciona la *cessio bonorum* con la *lex Iulia* en cuestión:

C.7.71.4 Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. et CC. Chiloni:

*Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium, constitutionibus divorum nostrum parentium ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est; non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona et iure domini detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantiae patitur, indemnitati suae consulere permissum est. Cum itaque contra iuris rationem res iure domini teneas eius qui bonis cessit, creditorem te dicens, logi temporis praescriptione petitorum submoveri non posse manifestum est. Quod si non bonis eum cessisse, sed res suas in solutum tibi dedisse monstratur, praeses provinciae poterit de proprietate tibi accommodare nozione.*

Por otra parte, parece que al beneficio de la *cessio bonorum* podía acceder el *reus iudicatus* o *confessus* mediante una declaración solemne ante el magistrado competente, según se recaba de D.42.3.8<sup>152</sup>:

D.42.3.8 (Ulpianus, libro 26 ad Edictum):

*Qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat, condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet.*

---

insegna l'esperienza del III sec. – in fasi fluide di crisi economiche, monetarie e commerciale, la sua introduzione è, in abstracto, riferibile plausibilmente piú agli anni di Cesare che a quelli, anche iniziali, della vita pubblica di Augusto. Infatti, con la *pax Romana* e la *quies Italiae* [...] a cui è connessa la fiducia nell'iniziativa privata, sembra improponibile che la vita economica nuova ed il clima di ripresa produttiva e commerciale esigessero ormai piú come attuali, anzi come riforme essenziali, provvedimenti diretti a regolare la sorte dei debitori decotti. Viceversa, gli anni della monarchia cesariana si prestano ad ambientare piú convenientemente, anche come strumento politico, un istituto giuridico inteso ad eliminare le conseguenze di situazioni di insolvenza o d'indisponibilità di danaro». Sin embargo, A.GUARINO, *La condanna* cit., p.40ss., cree que fue el pretor que la desarrolló para favorecer los deudores oprimidos por el fenómeno de la usura que estaba en auge en un momento de crisis económica y marcado también por guerras civiles, como era el que vivía Roma en aquél entonces.

<sup>151</sup> Sobre el texto vid. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, cit., p.48ss.

<sup>152</sup> Así A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*, cit., p.215. Luego se admitirá una *cessio bonorum* extrajudicial, vid. D.42.3.9 y C.7.71.6.

En tal contexto, sin embargo, podía suceder que el *cedens* fuese aún demandado por los acreedores que se quedaron insatisfechos por no haber alcanzado los bienes cedidos, ello en simetría con el momento en el que el mismo *cedens* hubiese adquirido algo e incrementado por consecuencia su patrimonio, siendo entonces cuando surgiría la posibilidad para éste de ser beneficiado con una condena limitada al *id quod facere potest*<sup>153</sup>, al objeto de darle el tiempo para rehacerse su patrimonio y también para dejarle el tanto necesario para su subsistencia<sup>154</sup>.

A tal respecto, resulta relevante el rol que tuvo la jurisprudencia romana al haber concretado en favor del *cedens* el beneficio de la condena limitada, siempre en concomitancia con las disposiciones de la *lex Iulia* que establecía que el acreedor insatisfecho podía proceder contra el *cedens* limitando su acción mediante una *praescriptio*<sup>155</sup> para no exponerse a la *exceptio nisi bonis cesserit* del *cedens*, prevista en la misma *lex*<sup>156</sup>, lo que resulta de I.4.14.4:

I.4.14.4:

[...] *Ecce enim debitor si bonis suis cesserit et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem <nisi bonis cesserit>*.

Por otra parte, de un fragmento de Ulpiano en D.42.3.4.1<sup>157</sup> se recaba que Sabino y Casio ya se plantearon la eventualidad de que el *cedens* fuese nuevamente demandado por los acreedores insatisfechos tras haber efectuado la *cessio bonorum*:

D.42.3.4.1 (Ulpianus, libro 59 ad Edictum):

*Sabinus et Cassius putabant eum qui bonis cessit ne quidam ab aliis, quibus debet, posse inquietari.*

En este sentido los sabinianos consideraban que quien cedió sus bienes ya no podía ser demandado por sus acreedores *ex eadem*

<sup>153</sup> Vid. M.A.SOZA, *Procedimiento concursal*. cit., p.190; A.ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia*. cit., p.220.

<sup>154</sup> Cf. O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.43.

<sup>155</sup> Al respecto Gai.4.130-137, vid. L.PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003.

<sup>156</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.38.

<sup>157</sup> Sobre el texto, S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.162, considera interpolada la expresión '*inquietari*'; vid. J.GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae* cit., p.33s.

*causa*<sup>158</sup>. Sin embargo, y dejando a un lado la cuestión de si tales acreedores eran anteriores o posteriores a la *cessio bonorum* realizada por el insolvente, es cierto que para ellos dicha cesión no les logró satisfacer, ya que de lo contrario no habrían intentado proceder nuevamente contra el *cedens*<sup>159</sup>.

Y a tal respecto Ulpiano trató de concretar el contenido de la opinión sabiniana ampliando la sustancia de la *cessio bonorum*, y que llevaría a establecer el beneficio de la condena limitada en favor del *cedens*, como se recaba del *principium* del mismo D.42.3.4pr.:

*Is qui bonis cessit si quid postea acquirerit, in quantum facere potest convenitur.*

Según esta frase, el deudor insolvente que hubiere realizado la *cessio bonorum* en favor de sus acreedores y que luego hubiere adquirido algo, podía ser llamado a juicio para pagar los créditos insolutos, pero limitadamente a sus posibilidades, esto es *in quantum facere potest*<sup>160</sup>.

Ante tales circunstancias se disciplinó el beneficio de la condena limitada en favor del *bonis cedens*, relacionándolo con el beneficio ya previsto en la *lex Iulia* que permitía la posibilidad para el *cedens* de oponer a los acreedores que aún lo demandasen una *exceptio nisi bonis cesserim*<sup>161</sup>, pero que parece que era dirigida sólo en contra de aquellos acreedores anteriores a la misma cesión<sup>162</sup>, mientras que la referencia de Ulpiano haría alusión al hecho que para los bienes futuros que el *cedens* hubiese adquirido, los acreedores sólo podían obtener una condena limitada al *quantum debitor facere potest*.

Sin embargo, esto habría alejado la *cessio bonorum* de su función original volviéndose doblemente en favor del *cedens*, ya que no sólo se tutelaba a este poniéndole a disposición la facultad de oponer dicha *exceptio*, sino que también obtenía el beneficio de la condena limitada

<sup>158</sup> Cf. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.163.

<sup>159</sup> Cf. O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.44.

<sup>160</sup> Así pues, no caben dudas sobre el contenido del texto de Ulpiano, que implicaría que el acreedor demandante tendría que limitar su pretensión contra el *cedens* mediante una *preascriptio* del tipo *ea res agatur in quantum reus facere potest*, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.38.

<sup>161</sup> También el emperador Gordiano reconoce la *exceptio nisi boni cesserit* en C.7.72.3.

<sup>162</sup> Cf. O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.46.

al *id quod facere potest*, todo ello ante la instancia que los acreedores hubiesen realizado apenas el *cedens* haya adquirido algo para incrementar su patrimonio; en este sentido se puede hablar casi de un *privilegium* para el *cedens*<sup>163</sup>, no extensible, sin embargo, a sus herederos o fiadores<sup>164</sup>.

Esta tendencia sería la seguida también por los compiladores, que además se acentuaría en concomitancia con algunos principios de carácter humanitario<sup>165</sup> y plasmados en I.4.6.40, donde se consideró el supuesto específico del *bonis cedens* haciéndolos coincidir con la tendencia hacia el llamado *favor debitoris*:

I.4.6.40:

*Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores cum eo experiuntur; inhumanum enim erat, spoliatum fortunis in solidum damnari.*

Según el texto<sup>166</sup>, en contra de quien cedió sus bienes y que luego adquirió algo que le proporcionó una utilidad suficiente, podrían proceder sus acreedores aún insatisfechos pero limitadamente a lo que el *cedens* pueda satisfacer, ya que sería inhumana una condena que lo despojara totalmente de sus haberes<sup>167</sup>.

Así pues, y a pesar de las pautas iniciales de la *lex Iulia*, es plausible atribuir un preciso valor a la jurisprudencia clásica, y en particular a las afirmaciones de Ulpiano en D.42.3.4pr., al establecer que contra el *bonis cedens* podían proceder sus acreedores pero limitadamente al *quantum facere potest*<sup>168</sup>.

<sup>163</sup> Vid. V.SCARANO USSANI, s.v. «Privilegio (Diritto romano)», ED XXXV (1986), p.705ss.; ID. *Le forme del privilegio. Beneficia e privilegia tra Cesare e gli Antonini*, Napoli 1992.

<sup>164</sup> Excluyendo para ellos los principios basados en la *humanitas*, al ser estos exclusivos del *cedens*, vid. D.42.1.25 y I.4.14.4.

<sup>165</sup> Ya evidenciados por el mismo Ulpiano en D.42.3.6.

<sup>166</sup> Vid. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.170s.

<sup>167</sup> Vid. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.162.

<sup>168</sup> Siendo la *ratio* de tal beneficio la misma de aquél reconocido por el edicto al *fraudator*, es decir, la de moderar hacia un deudor desafortunado la intemperancia de sus acreedores, cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.43; O.CLERICI, *Cenni sul beneficium competentiae* cit., p.43.

En tal contexto además, cabe referir otro texto del mismo Ulpiano en D.42.3.6, en el que se recaba que sería conveniente dejarle al *cedens* un mínimo necesario para su subsistencia:

D.42.3.6: (Ulpianus, libro 64 ad Edictum):

*Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita acquisivit, iterum bona eius non veneunt. Unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate? Et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum, vel annum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari; nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. Idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est.*

En síntesis, a quien cedió sus bienes y luego adquirió algo de poco valor, no se le venderán de manera forzosa tales adquisiciones, ya que por misericordia se le debe dejar algo, como una mensualidad o anualidad para que al menos logre alimentarse, siendo tales haberes necesarios para su diaria subsistencia<sup>169</sup>.

En este sentido, el *cedens* no sólo venía tutelado con una condena limitada para disponer del tiempo necesario para rehacerse su patrimonio y poder así pagar sus deudas, sino que además dicho beneficio venía concedido para que logre sobrevivir y evitar que caiga en pobreza.

#### 4. Connotaciones de una tendencia hacia el llamado favor debitoris

Desde la época arcaica el vínculo que mantenía atado físicamente el deudor a su acreedor (*nexum*)<sup>170</sup> era dirigido a garantizar el exacto cumplimiento de la prestación debida por parte del deudor<sup>171</sup>, y la *solutio* representaba su desatadura<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> Cf. S.SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, cit., p.177s.

<sup>170</sup> Sobre el *nexum* (XIITab.1.5) vid. G.PACCHIONI, *Nexum. Impressioni e reminiscenze*, Paris 1912; A.SEGRÉ, *Il nexum*, Modena 1929; P.NOAILLES, «*Nexum*», RHD 19-20 (1940-1941), p.205ss.

<sup>171</sup> Y que en época clásica también podía realizarse por un tercero, vid. B.FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, en Studi Bonfante, III, Milano 1939, p.431ss.; P.APATHY, *Procurator und solutio*, ZSS 96 (1979), p.65ss.; C.EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin 2006.

<sup>172</sup> Vid. D.42.1.4.7 y D.50.16.47.

A tal respecto, entre los principios vigentes en el ámbito de la *obligatio* romana estaba aquél por el cual el deudor debía pagar su deuda *in solidum*, es decir, en su totalidad, ya que un pago parcial no habría sido admisible<sup>173</sup> según cuanto se recaba de la máxima gayana *Tollitur autem obligatio precipue solutione eius, quod debetur*<sup>174</sup>, y que sería retomada también por Justiniano<sup>175</sup>.

Sin embargo, el derecho justiniano no fue ajeno en admitir excepciones a tal principio, como lo demuestra la posible manipulación de D.12.1.21:

D.12.1.21 (Iulianus, libro 48 Digestorum):

*Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi; sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, quum ad officium eius pertineat lites deminuere.*

En efecto, el texto parece haber sido alterado<sup>176</sup>, ya que *-humanitas ratio*, Juliano no se muestra contrario a excluir el principio de la *solutio eius quod debetur*, y esta tendencia demuestra la relevancia que habría adquirido también el beneficio de la condena limitada en época justiniana<sup>177</sup>, cual excepción a la regla de la *solutio in solidum* del deudor, y que se podría interpretar en contra de la máxima de la *solutio eius quod debetur*<sup>178</sup>, ya que el deudor no estaría obligado a pagar la totalidad de la deuda<sup>179</sup> al reconocerle el pretor la facultad de pagar, en ciertas situaciones, en el límite de sus posibilidades<sup>180</sup>.

Esta excepción, sin embargo, tendría un ámbito de aplicación sólo inicial, es decir, sería restringida al momento de la *condemnatio* del *iudex*, ya que el deudor quedaría siempre obligado a pagar la deuda en su totalidad en el momento que hubiese mejorado su situación

<sup>173</sup> Cf. S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.230ss.

<sup>174</sup> Gai.3.168.

<sup>175</sup> I.3.29pr.

<sup>176</sup> Vid. S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.94.

<sup>177</sup> Donde el objetivo era el de no dejarle al deudor sin medios para sobrevivir, vid. D.50.17.173pr.

<sup>178</sup> Cf. A.GUARINO, *Studi sulla 'Taxatio in id quod facere potest'* cit., p.8ss.

<sup>179</sup> Cf. M.MARRONE, *Istituzioni* cit., p.110; A.BURDESE, *Manuale* cit., p.594.

<sup>180</sup> En el derecho justiniano las posibilidades patrimoniales del deudor se evaluaban de modo de dejarle a éste lo necesario para su subsistencia personal (*ne egeat*).

económica gracias al respiro que la condena limitada le habría proporcionado.

Asimismo, y a pesar de que en época preclásica la praxis en ámbito de obligaciones siguió un rígido esquema de principios sobre el cumplimiento de las mismas<sup>181</sup>, esta tendencia se iría paulatinamente atenuando en favor del deudor. Por ejemplo, en época clásica desaparecería, aunque no del todo, los riesgos de una ejecución personal sobre el deudor<sup>182</sup>, ya que la *lex Poetelia Papiria* aboliría la facultad del acreedor de encadenar al deudor, a pesar de que éste podía siempre aprovechar de su fuerza de trabajo para satisfacer de tal forma su crédito, pero donde se alteraría, sin embargo, la concepción arcaica que consideraba la deuda como un vínculo personal entre las partes, abriéndose paso a una concepción patrimonialista de la responsabilidad por deudas<sup>183</sup>.

Desde esta perspectiva existiría una tendencia hacia el llamado *favor debitoris (pro reus)*<sup>184</sup>, intrínsecamente relacionado con el beneficio de la condena limitada al ser ambos dirigidos a evitar una ejecución personal contra el deudor<sup>185</sup>.

Y las fuentes de la época preclásica ya evidencian una praxis dirigida a facilitar que el deudor pueda extinguir sus deudas<sup>186</sup>, entre otras cosas combatiendo el fenómeno de la usura<sup>187</sup>.

<sup>181</sup> Entre los que destacan aquél que disponía que el deudor debía responder de su deuda con su misma persona, según la interpretación de la fase del proceso arcaico de la *manus iniectio* plasmada en XIIITab.3.6.

<sup>182</sup> A pesar de que persistieron riesgos de una ejecución personal sobre el deudor cuando esta fuere solicitada por el acreedor, por lo que la *lex Iulia* permitió que el deudor pudiera evitarla cediendo todos sus bienes al acreedor (*cessio bonorum*) para evitar los efectos de la infamia que recaían sobre el insolvente, cf. J.C.MOREIRA ALVES, *As normas de protecao ao devedor e o favor debitoris do direito latinoamericano*, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, VIII, Debito Internazionale. Principi Generali del Diritto (a cura di S.Schipani), Padova 1995, p.81ss.

<sup>183</sup> Vid. A.BISCARDI, *La ley Poetelia Papiria y la transfiguración del concepto primordial de "obligatio"* (tr. Javier Paricio), en Seminarios Complutenses de Derecho romano, II, Madrid 1990, p.1ss.; S.TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari 2000.

<sup>184</sup> Sobre dicha locución vid. la frase final de D.45.1.41.1.

<sup>185</sup> Cf. A.GUARINO, *La condanna* cit., p.20; J.C.MOREIRA ALVES, *As normas de protecao ao devedor* cit., p.82.

<sup>186</sup> Al respecto, G.ROTONDI, *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, en Scritti Giuridici, III, Milano 1922, p.390, nt.4, expone algunas disposiciones

Del mismo modo, para la época clásica podemos citar como ejemplo un decreto de Marco Aurelio<sup>188</sup> que establecía que aquél que con la violencia se adueñaba de lo que se le debía habría perdido su derecho de crédito<sup>189</sup>. Y esta misma tendencia se seguiría en época postclásica, donde se emanaron disposiciones imperiales<sup>190</sup> que concedían dilaciones en favor de los deudores para que puedan extinguir sus deudas.

Finalmente Justiniano aumentaría, por razones de índole humanitaria, normas dirigidas a favorecer a los deudores, al considerarles la parte más débil de la relación obligatoria<sup>191</sup>, estableciéndose además sanciones a los magistrados que con amenazas obligaban a los deudores a ceder sus bienes y así reducirles en pobreza<sup>192</sup>, fomentando de tal modo dicho *favor debitoris*<sup>193</sup>.

Precisamente en tal contexto es donde Justiniano enfatizaría la aplicación del beneficio de la condena limitada en favor de determinadas categorías de deudores, dándole mayor sentido a la locución *aliquid sufficiens ne egeat*<sup>194</sup>.

##### 5. Conclusiones

El presente estudio ha reconstruido el *iter* procesal a través del cual tenía lugar el beneficio de la condena limitada al *id quod debitor facere potest* en favor del insolvente, en la especie, el *decoctor - fraudator* y el *bonis cedens*, no siendo posible configurar un instituto unitario para ambas categorías dada la diversidad de los aspectos que los caracterizaban.

Para ambos supuestos la *ratio iuris* en la época clásica radicaba en la voluntad de moderar la intemperancia de los acreedores del deudor

legislativas, como la *lex Lincinia Sextia* del 367 a.C. (vid. Liv., 6.35); un plebiscito del 247 a.C. (vid. Liv., 7.27); una *Rogatio Coelia* del 48 a.C. (vid. Caes., *B.civ.* 1.20).

<sup>187</sup> En efecto, en D.42.1.27 Modestino refiere de leyes y constituciones imperiales que prohibían dicho fenómeno: *Praeses provinciae usuraes usurarum condemnavit contra leges et sacras Constitutiones [...]*; vid. F.FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006, p.52ss.

<sup>188</sup> Vid. D.4.2.13 y D.48.7.7.

<sup>189</sup> Cf. J.C.MOREIRA ALVES, *As normas ao protecao ao devedor* cit., p.82.

<sup>190</sup> CTh.1.2.8.

<sup>191</sup> Cf. S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.101ss.

<sup>192</sup> Vid. la Nov.135.1.

<sup>193</sup> Cf. S.SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., p.159ss.

<sup>194</sup> Cf. B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, p.236.

insolvente, y por lo tanto concederle el tiempo suficiente para rehacerse un patrimonio que le permitiese pagar apenas posible. Mientras que para la época justiniana el beneficio de la condena limitada tendría la función de dejarle al beneficiado un mínimo necesario para su subsistencia y así evitar su total indigencia.

Sin embargo, la praxis en la que se concedía el beneficio en favor del insolvente que había sufrido la *bonorum venditio* y en favor de aquél que realizó la *cessio bonorum*, paulatinamente se iría transformando en consecuencia de la crisis económica que vivió Roma durante la transición de la República al Principado, y que llevaría al beneficio en cuestión a centrarse en el *bonis cedens*, ya que de tal forma se le permitiría a éste de evitar las extremas consecuencias de una ejecución personal y patrimonial.

En efecto, parecería más lógico pensar que quien vivía un estado de insolvencia hubiese preferido proceder a la cesión de sus bienes para que así sus acreedores puedan satisfacerse con el recabado de los mismos, antes de verse despojado con la fuerza de sus haberes con las consecuencias negativas que ello comportaba.

Así pues, el dato que resalta la diversidad de los aspectos característicos del beneficio en cuestión radica en que mientras aquél en favor del insolvente que había sufrido la *bonorum venditio* podía concederse cuando los acreedores insatisfechos intentasen proceder con una nueva ejecución concursal antes del año desde que se llevó a cabo la *bonorum venditio*, en cambio, el *bonis cedens* se veía tutelado con el beneficio de la condena limitada cuando sus acreedores intentasen demandarlo al ver que había adquirido algo en su patrimonio. Por lo que tales aspectos demuestran la existencia en la praxis jurídica romana de una tendencia hacia el llamado *favor debitoris*.