

RAÍCES ROMANAS DE LA QUIEBRA DE LOS EMPRESARIOS

Alessandro CASSARINO*

SUMARIO: 1. *Mis objetivos.* 2. *La acción tributaria en las Instituciones de Gayo y de Justiniano.* 3. *Elementos de reflexión en el título del Digesto 14.4 sobre la acción tributaria.* 4. *Los datos procedentes de la Paráfrasis griega de Teófilo a las Instituciones de Justiniano.* Bibliografía.

1. MIS OBJETIVOS

La elección para la presente contribución de un título tan incisivo, para entender los orígenes de la quiebra, con referencia a los empresarios romanos, tiene como finalidad, aunque solo en línea general, la de suscitar en el lector una reflexión sobre lo que comúnmente se dice, hasta ahora en torno al nacimiento del procedimiento concursal. De hecho, no he escondido en otros escritos,¹ cómo la cuestión de sus orígenes es tratada por la mayoría de la doctrina moderna, sin tener en cuenta los datos incluidos en las fuentes jurídicas romanas y en particular sin considerar la esencia del procedimiento concursal, que reside en la igual condición de los acreedores (*par condicio creditorum*). A continuación, veremos que hay datos que exclusivamente se refieren a quienes tenían un papel activo en los sectores comerciales e indican que la satisfacción de sus acreedores ocurría no según el criterio de la precedencia temporal de los créditos (*prioritas tempore*) sino según el de la igualdad.

* Doctor en Derecho romano y becario de investigación del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa.

¹ A. CASSARINO, "Riflessioni sulla nozione di 'Foro cedere' in riferimento all'esecutato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato", en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, pp. 1-ss.

Momento central de dicha reflexión es el estudio de la acción *tributoria*,² que con razón se incluye entre las seis acciones adiecticias (*actiones adiecticiae qualitatis*).³ El motivo por lo que nacieron se relaciona a la función jurisdiccional del pretor, en el ámbito del derecho honorario, que también en este caso,⁴ logró solucionar la distinta reglamentación prevista por el *ius civile* para las obligaciones contraídas por un esclavo o hijo bajo potestad hacia terceros.

Tal intervención que se puede datar en torno al final de la primera guerra púnica (264-271 a.C.), permitió que, también en caso de obligaciones hacia terceros, asumidas por un hijo bajo potestad o un esclavo, el padre o amo pudiese ser condenado en lugar de ellos.⁵ El *ius civile*, por el contrario, preveía que los créditos conseguidos por el hijo bajo potestad o el esclavo pudiesen incrementar el patrimonio del padre o amo, mas no empeorarlo.

La exigencia de equidad entre adquisiciones y deudas se hizo apremiante cuando en la así dicha “edad comercial”, identificable entre la mitad del siglo III a.C. y la mitad del siglo III d.C., la economía romana se desarrolló gracias a los tráficos mercantiles y el gran empleo de esclavos en la vida empresarial, que se articulaba en todas las regiones conquistadas.⁶

En el proceso formular, nacido por mérito del derecho pretorio, el problema encontró una solución al admitir que en la *intentio* de la fórmula, la cláusula que incluía la pretensión del actor, se insertara el nombre de aquel con que se hubiera contraído la obligación (el hijo bajo potestad o esclavo), mientras que en la *condemnatio*, la cláusula en donde se le atribuía al juez el poder de condena o absolució del llamado en juicio, se ponía el nombre del titular de la potestad (padre o amo) sobre el contratante.

² En generale véase W.W. BUCKLAND, *The Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, pp. 159-ss. T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, pp. 277-ss. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, pp. 213-ss., F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, pp. 24-ss. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 509-ss. P. CERAMI, *Diritto commerciale romano*, pp. 42-ss. A. PETRUCCI, *Nozioni elementari di diritto romano*, pp. 248-ss.

³ El nombre *actiones adiecticiae qualitatis* proviene de la doctrina medieval, con base en la interpretación de un fragmento del jurista Paulo, extraído de su libro vigésimo noveno del comentario al Edicto, en D. 14.1.5.1, el cual sin embargo corresponde sólo a un caso específico, consistente en el incumplimiento de la obligación por parte del comandante de una nave en el giro de una empresa de navegación.

⁴ Sobre el papel del pretor romano en la creación del *ius honorarium* véase Papiniano (2 Def.) in D. 1.1.7.1.

⁵ CERAMI *Diritto commerciale romano*, op. cit., p. 42.

⁶ SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, op. cit., pp. 17-ss.

2. LA ACCIÓN TRIBUTORIA EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO Y DE JUSTINIANO

La *actio tributoria* es tratada en los dos manuales institucionales de Gayo y Justiniano, ambos dirigidos al estudio básico inicial del derecho y de manera más profundizada en el título IV del libro 14 del Digesto justiniano. Por último, en la Paráfrasis a las Institutas de Justiniano escrita en griego por el jurista Teófilo, es posible encontrar una ayuda aunque con la debida prudencia, para entender si al interior del procedimiento al que se relaciona esta acción hubiese una participación activa del pretor por medio de actos preparatorios.

En las Institutas gyanas (4.72) así se dice:

Además también ha sido constituida (por el pretor) una acción tributoria contra el padre o el amo, cuando el hijo o el esclavo, sabiéndolo (sciente) el padre o el amo, negociase con mercancías que pertenezcan al peculio. Pues si se hubiese contratado con él en tales condiciones, el pretor así señala el derecho, de manera que con todas aquellas mercancías que habrá (en el peculio) y también con lo que se recibirá por ellas, el padre o amo si alguna cosa le hubiera sido debida, lo distribuyan entre sí y los demás acreedores proporcionalmente a pro rata. Y si los acreedores se lamentan de que les ha sido distribuido menos de lo que se debiera, por la parte que faltara se le ofrece a éstos (por el pretor) una acción, la cual, como dijimos, se llama tributoria.⁷

El texto de las Institutas de Justiniano (4.7.3) es el siguiente:

El pretor también introdujo otra acción, la cual es llamada tributoria. Si, pues, un esclavo negociase con mercancías pertenecientes al peculio, sabiéndolo (sciente) el dueño, y se fuere a contratar con él a causa de esto, entonces el pretor indica el derecho, de manera que con todas aquellas mercancías que habrá (en el peculio) y también con lo que se recibirá por ellas, se distribuya aquello entre el dueño si alguna cosa se le debiera, y los demás acreedores proporcionalmente a pro rata. Y porque (el pretor) permite la distribución al propio dueño, si los acreedores se lamentan de éste, como que se les hubiese atribuido de menos respecto de lo que se les debía, (el pretor) les acomoda una acción, la cual se llama tributoria.⁸

⁷ *Praetera tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quod inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuant. Et si creditores querantur minus sibi distributum quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.*

⁸ *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit, ut, quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae tributoria appellatur.*

Ambos pasajes se presentan casi especulares, en su perspectiva didáctica, a pesar de la falta en el texto justiniano de la referencia a la figura del *pater familias*. Dicha falta se explica como se observa en doctrina,⁹ por la evolución de la capacidad patrimonial del hijo bajo potestad a partir de la época augustea (inicio del siglo I a.C.).

Los dos textos se abren con una digresión histórica, sobre la introducción de la *actio tributoria* por parte del pretor y siguen afirmando que la tutela de los acreedores encuentra su fundamento en el hecho de que el padre —agrega Gayo— o el dueño sabe del desarrollo de una actividad comercial realizada por un hijo, bajo potestad, o un esclavo con mercancías pertenecientes al peculio (*merx peculiaris*). Esta referencia a una parte de mercancías incluidas en el peculio mas distintas del remanente, ha inducido a la doctrina moderna a calificarlas como un patrimonio comercial autónomo.¹⁰

Además de los dos supuestos esenciales que acabamos de mencionar (conocimiento del titular de la potestad y *merx peculiaris*), el otorgamiento de la *actio tributoria* dependía como es obvio, de la situación de insolvencia de la actividad comercial desarrollada por el hijo o esclavo que ocasionaba la imposibilidad a satisfacer a los acreedores.

Según lo que dispuso el pretor en su edicto, las mercancías aun presentes en el patrimonio separado (*merx peculiaris*) y los eventuales precios recabados de su venta tenían que ser distribuidos por el padre o dueño en partes proporcionales entre todos los acreedores, en los que se incluía al propio padre o dueño si algo se les debía, sin que pudiera deducir sus créditos previamente. Lo que significa que no vale el criterio ni de la anterioridad temporal (*prioritas tempore*) o ni de la previa deducción de los credito, sino el principio de la igual condición de los acreedores (*par condicio creditorum*), que aun hoy se aplica a los procedimientos concursales.

El que realizaba la distribución del activo era el padre o dueño a través de un procedimiento específico llamado *vocatio in tributum* (llamada de los acreedores a la distribución) y si lo hubiera hecho con dolo, el acreedor perjudicado podría pedir al pretor la concesión de la *actio tributoria*.

En las Institutas de Justiniano en cambio, se encuentra una referencia más precisa a un aspecto del procedimiento que ha ocasionado un importante problema interpretativo a los modernos pues se dice: “y porque (el pretor) permite la distribución al propio dueño” (*et qui (praetor) ipsi domino distri-*

⁹ A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 100.

¹⁰ CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto "De tributoria actione"*, op. cit., pp. 283-ss., CERAMI en *Diritto commerciale romano*, op. cit., p. 17.

butionem permittit); en efecto de tales palabras, lo que resulta dudoso es si la distribución entre los acreedores se basaba en una autorización dada al padre o dueño por el pretor con un decreto (*decretum*), o bien, si la intervención pretoria tenía lugar solo por motivo de las quejas de los acreedores perjudicados en la distribución y se concretaba en la concesión de la *actio tributoria*. La brevedad de la referencia no nos permite dar respuestas ciertas sobre el papel del pretor en el procedimiento concursal de la *vocatio in tributum*, pero las palabras empleadas parecerían suponer la existencia de un acto de autorización procedente del mismo.

Una confirmación a favor de dicha hipótesis podría desprenderse de lo que escriben los juristas contemporáneos a Justiniano, en particular Teófilo, en su Paráfrasis griega a las Instituciones que mencionamos antes, gracias no solo a su conocimiento de tal obra, siendo uno de sus redactores, sino también al estudio de los escritos de los juristas clásicos.

3. ELEMENTOS DE REFLEXIÓN EN EL TÍTULO DEL DIGESTO 14.4 SOBRE LA ACCIÓN TRIBUTORIA

Concluida la exposición sobre la acción tributoria que nos ofrecen las dos obras manualísticas, escritas y orientadas prevalentemente a los estudiantes, pasemos a continuación a la lectura del régimen previsto en el libro décimo cuarto, título cuarto, del Digesto (D. 14.4) que, por razones obvias de espacio, sólo será analizado en sus elementos fundamentales. El análisis de tal título resulta muy importante para un primer acercamiento a la temática de los orígenes de la quiebra de un empresario.

El título se abre con un fragmento de Ulpiano, extraído del título vigésimo noveno de la obra de comentario al Edicto, en donde se confirman y explican mejor los requisitos para intentar la *actio tributoria*. En el principio (*principium*), el jurista reconoce la gran utilidad de esta cláusula edictal para los acreedores, porque todos se encuentran en una igual situación (*par condicio creditorum*), incluido al amo del esclavo insolvente, en el caso de que tuviera conocimiento del ejercicio de una actividad empresarial con mercancías del peculio (*merx peculiaris*). En cambio, su ignorancia en torno al ejercicio de la actividad empresarial lo facultaría a deducir previamente sus créditos respecto de los demás acreedores¹¹. Lo que corresponde al régimen expuesto en los dos manuales institucionales que hemos examinado antes.

¹¹ También de este edicto no es mínima la utilidad, de modo que el dueño que tendría un privilegio en los contratos del esclavo (pues cuando está obligado con la acción del peculio, el cómputo del pec-

En el § 1 de D. 14.4.1 Ulpiano menciona la interpretación del jurista Pedio (fines del siglo I d.C.), que extendía el concepto de mercancías (*merx*) del peculio también a categorías de actividades económicas gestionadas por esclavos (tintorería, sastrería, producción textil y venta de otros esclavos), que en una visión más estrecha, eran excluidas de la aplicación de la *actio tributoria*.¹² La interpretación extensiva de Pedio es muy importante porque refleja una orientación que incorpora cualquier tipo de actividad empresarial.

A continuación en el § 2, Ulpiano precisa que las mercancías del peculio destinadas a una actividad económica constituyen un patrimonio comercial autónomo (la *merx peculiaris*), que debe considerarse distinto del propio peculio, porque se le prohíbe al dueño que lo sepa, la previa deducción de sus créditos¹³ y en el § 3 explica que en el término “conocimiento” (*scientia*) también se comprende su voluntad y tolerancia (*patientia*),¹⁴ esto quiere decir para expresarlo con otras palabras, que no debe oponerse o declarar estar en contra de la actividad comercial.

Las noticias del fragmento 1 de D. 14.4, que acabamos de comentar nos proporcionan un régimen más detallado respecto de lo que se encuentra en Gayo y Justiniano.

Tomemos ahora en consideración el texto 5, uno de los más largos dentro del título sobre la *actio tributoria*, que describe toda una serie de casos

ulio se hace después de haber deducto lo que se debe al propio dueño), es llamado a la distribución con base en este edicto, como un acreedor extraño, si haya conocido que el esclavo realizaba una actividad empresarial con las mercancías pertenecientes al peculio” (*Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur*).

¹² “Aunque el término mercancía tenga un sentido más estrecho, al punto que no se aplica a los esclavos que ejercen actividades de tintorería, sastrería, producción textil y venta de otros esclavos, sin embargo Pedio escribe en el libro décimo quinto de su comentario que este edicto debe extenderse a todas las actividades empresariales” (*Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum*).

¹³ “Consideramos como mercancías del peculio las destinadas a una actividad económica como algo distinto del peculio, pues el peculio se computa deduciendo lo que se debe al dueño, mientras que las mercancías del peculio destinadas a una actividad económica obligan al dueño con la acción tributoria, también si nada se encuentre en el peculio, con tal que el esclavo ejerza la actividad sabiéndolo el dueño” (*Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur*).

¹⁴ “Consideramos como conocimiento lo que también incluye a la voluntad, pero yo reputo que deba incluir no la voluntad, sino la tolerancia: de hecho el dueño no debe querer, sino no estar en contra. Por lo tanto si lo sabe y no protesta y no está en contra, será obligado con la acción tributoria” (*Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria*).

prácticos de participación de los acreedores en la repartición del patrimonio comercial autónomo (*merx peculiaris*). En el enfoque del presente artículo dos son los puntos de dicho texto que merecen nuestra atención.

El primero es el § 15, en que se trata la cuestión de cuando haya una pluralidad de acreedores, pero de patrimonios comerciales separados gestionados por un mismo esclavo gerente. El caso reportado prevé algunos acreedores de un comercio de cogullas y otros correspondientes a un comercio de tejidos en lino. Frente a la pregunta si los dos grupos de acreedores tienen que satisfacerse conjuntamente, Ulpiano reputa que deben ser considerados separadamente, cada grupo con relación a la actividad a la que se refieren los créditos, porque los acreedores son tales, no respecto del gerente, sino del patrimonio comercial.¹⁵ Por lo tanto, en líneas generales, podemos afirmar que a un distinto patrimonio comercial corresponde una distinta distribución.

En cambio en el § 16 se hace el ejemplo de un caso en donde una misma actividad empresarial es desarrollada en dos distintos lugares: en un sitio llamado Bucino y tras el Tíber. Como la actividad empresarial es la misma, en línea teórica podría manejarse la hipótesis de que los acreedores de ambos lugares puedan confundirse y participar juntos a una única distribución. Por el contrario Ulpiano los considera separadamente con relación a cada uno de los lugares, justificando tal solución en la equidad para no perjudicar a los dos distintos grupos de acreedores.¹⁶

Otro punto central está previsto en el § 19 del fragmento D. 14.4.5, que se refiere al caso en que se presenta un solo acreedor el cual sea íntegramente satisfecho. En tal situación, dice Ulpiano, como la distribución debe ser efectuada en proporción a cuanto le sea debido a cada acreedor en una condición de igualdad (*par condicio creditorum*), si se presentarán otros acreedores

¹⁵ “Si el esclavo tuvo a más acreedores, algunos con referencia a un patrimonio comercial separado y otros con referencia a otro patrimonio comercial separado ¿deberán confundirse todos y ser llamados todos al procedimiento de distribución? Por ejemplo, si el esclavo ejercía dos distintas actividades, como un comercio de cogullas y uno de tejidos en lino, y tenía a distintos acreedores. Reputo que los acreedores sean llamados al procedimiento de distribución separadamente, pues cada grupo de ellos es acreedor del patrimonio más que del gerente” (*Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? Ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi creditur*).

¹⁶ “Además si el esclavo ejerció como gerente una misma actividad en dos distintas tiendas y por ejemplo, yo fui acreedor de aquella que se encuentra en Bucino y otro acreedor de la que está tras el Tíber, reputo que es muy equitativo que se deba hacer la distribución separadamente para evitar que con el patrimonio de una sola unos acreedores sean indemnizados y otros sufran daños” (*Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad Bucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans Tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*).

tardíos, el que haya sido satisfecho deberá prestar una estipulación de garantía, de modo que también éstos puedan conseguir un pago proporcional a sus créditos.¹⁷

Ahora la pregunta fundamental es entender si existe algún elemento esencial que permita explicar la injusta distribución que conduce a la aplicación de la *actio tributoria*. Con base en la lectura de los textos jurisprudenciales incluidos en el título que estamos analizando, la respuesta debe centrarse en el dolo de aquel que realiza la distribución misma.

Siempre es Ulpiano que nos expone varios casos en que se configura este dolo a empezar con D. 14.4.3.1, extraído del libro 29 de su comentario, en donde se admite el empleo de la acción aun cuando la distribución dolosa sea llevada a cabo por el tutor o el curador que sepan que el esclavo del pupilo o enfermo de mente ejerzan una actividad comercial con el peculio, pero en tal caso la responsabilidad de la persona incapaz no excede los límites del enriquecimiento.¹⁸ Sigue en D. 14.4.7.2 el ejemplo de quien en propósito haya distribuido menos de lo que se debía o no haya distribuido nada, porque, escribe el jurista, es comparable con quien haya distribuido menos. Sin embargo, se excluye el dolo en la actitud de quien distribuye, si no tiene conocimiento del monto efectivo del activo existente al interior del patrimonio comercial autónomo perteneciente al peculio (*merx peculiaris*). En cambio, una vez aprendida la cantidad del activo, si no procede a una sucesiva distribución adecuada a restablecer el equilibrio entre acreedores, le será imputado un comportamiento doloso.¹⁹

¹⁷ “Luego, la distribución se hace pro rata de lo que se debe a cada uno de los acreedores. Por lo tanto si un solo acreedor venga para la distribución, conseguirá su parte por entero, pero puesto que puede ocurrir que puedan existir otro u otros acreedores del patrimonio comercial autónomo perteneciente al peculio, el acreedor único que quiere ser satisfecho debe garantizar que si se presentarán otros acreedores, les pagará pro rata” (*Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeat. Et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur: sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emergerint creditores.*)

¹⁸ “Si el esclavo de un pupilo o un enfermo mental ejerza una actividad comercial con el patrimonio autónomo perteneciente al peculio y lo sepa el tutor o curador ... el pupilo está obligado con la acción tributaria en base al dolo del tutor en la medida de su enriquecimiento, y yo reputo que lo mismo vale también para el enfermo mental” (*Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiaris negotietur... hactenus eum ex dolo tutoris tributaria teneri, si quid ad eum pervenerit: idem et in furioso puto.*)

¹⁹ “Si por dolo de alguien sucedió que la distribución no haya sido hecha pro rata entre los acreedores, contra él se da la acción tributaria para que lleve a cabo la integración de lo menos que haya distribuido; dicha acción reprime el dolo del dueño. Luego se considera distribuir menos también si no se haya distribuido nada. Sin embargo si distribuyó menos porque ignoraba lo que el esclavo tenía en el patrimonio comercial autónomo, no se considera haber distribuido menos; pero una vez descubierto el monto real de dicho patrimonio, se encuentra en dolo si no corrige la distribución. Por lo tanto si el dueño se hace pagar previamente con la cantidad descubierta, por cierto se considera haber distribuido

Además, en los §§ 3 y 4 de D. 14.4.7, se presume en dolo quien haya dejado perecer las cosas incluidas en el patrimonio comercial autónomo, sin llevar a cabo las necesarias cautelas o bien quien lo haya revocado o haya vendido en menos de su valor las cosas que lo componen y no haya conseguido de los compradores el precio. Por último, a parecer de Labeón, también se presume dolosa la negación de la existencia de deudas hacia los acreedores.²⁰

En el § 1 de D. 14.4.7 se encuentra una referencia que, a mi parecer, podría dar fuerza a la hipótesis que sea el pretor con un decreto (*decretum*) previa a disciplinar la distribución. En efecto, se prevé la posibilidad que el dueño rehuse proceder a hacerla, en tal caso el jurista Pedio sostiene que no se deba obligarlo, sino que la efectúe un juez nombrado por el pretor.²¹ Con base en lo que afirma Pedio, existen dos distintas interpretaciones, ambas posibles.

La primera es que el acreedor o los acreedores de una forma privada intiman al dueño de proceder a la distribución de lo que les es debido. Si no lo hace, llaman en juicio ante el pretor al dueño, cuya presencia resulta necesaria en el sistema procesal romano clásico, y en tribunal el confirmará su voluntad de no proceder.

La segunda interpretación excluye la fase de la intimación de forma privada y se apoya en un sentido técnico de la expresión *vocatio in tributum* con la que se haría referencia a la llamada en juicio del dueño ante el pretor. Entonces si ahí manifiesta su negativa de efectuar la distribución, el pretor nombra a un juez que lo sustituya.

menos con dolo” (*Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributaria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coerces domini. Minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. Proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse.*)

²⁰ “3. También si el dueño toleró que el patrimonio comercial autónomo haya perecido o bien lo cedió o vendió a menos de su valor o no exigió el precio de los compradores, se deberá decir que sea obligado con la acción tributaria con tal que haya dolo. 4. Luego también si el dueño haya negado deber algo a alguien, deberá verse si se aplica la acción tributaria; y es más verdadera la opinión de Labeón que se aplica, de otra parte convendría al dueño negar (3. *Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exegerit, dicendum erit teneri eum tributaria, si dolus intervenit. 4. Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributariae locus sit: et est verior Labeonis sententia tributariam locum habere: alioquin expedit domino negare.*)

²¹ “¿Qué ocurre, si el dueño no quiera distribuir ni asumir una tal molestia, pero sea listo a ceder el peculio o el patrimonio comercial autónomo? Pedio refiere que se debe escuchar y su opinión es equitativa y en la mayoría de los casos el pretor deberá dar un juez para esto, por intervención del cual se distribuye el patrimonio comercial autónomo” (*Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debet dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.*)

La falta de otras fuentes jurídicas antiguas nos hace muy difícil elegir cuál sea la interpretación mejor. Trataré hacerlo en una próxima investigación que estoy realizando.

Por fin Ulpiano en D. 14.4.7.5, nos señala como la concesión de la acción tributaria no sea impedida por la muerte del dueño que haya llevado a cabo una distribución dolosa. En efecto, se otorga en contra de su heredero pero dentro de los límites de lo que haya recibido como enriquecimiento.²²

Al fragmento que acabamos de examinar, los compiladores del Digesto han agregado un texto del libro undécimo de los Digestos de Juliano en D. 14.4.8, en donde el jurista explica que en caso de muerte del esclavo gerente del patrimonio comercial autónomo, l'*actio tributaria* tiene la finalidad de indemnizar a los acreedores por los daños sufridos a causa de la reunión de dicho patrimonio con el resto del patrimonio del dueño; si el muere, lo mismo vale también para su heredero.²³

Como subraya una doctrina que me parece convincente y aceptada por la mayoría de los estudiosos,²⁴ con base en algunas referencias de los juristas, la *actio tributaria* tendría naturaleza sólo reipersecutoria, esto es para la indemnización de los daños, y no, por tanto, naturaleza penal, para el pago de una pena pecuniaria. Dicha afirmación sería demostrable por la lectura conjunta de los comentarios de Ulpiano en D. 14.4.9.1 y de Gayo, en D. 14.4.11, en donde se le impone al actor una elección entre el ejercicio de la acción tributaria y de la acción dentro de los límites del peculio (*actio de peculio*).²⁵ Obviamente tal elección no tendría ningún sentido, si la acción tributaria fuera de naturaleza penal.

²² "Esta acción se da en perpetuo y en contra del heredero dentro de los límites del enriquecimiento que le haya llegado" (*Haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit*).

²³ "Porque no es una acción de dolo, sino contiene la indemnización de los daños; por lo tanto, también después de la muerte del esclavo, el dueño así como su heredero, deberán estar obligados en perpetuo por la actividad del esclavo fallecido, aunque la acción tributaria no se aplica otro que si intervenga el dolo" (*quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet: quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debet propter factum defuncti: quamvis non aliter quam dolo interveniente competat*).

²⁴ Véase entre todos, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, pp. 330-ss.

²⁵ D. 14.4.9.1: "Uno debe elegir cuál acción utilizar: la de peculio o bien tributaria, con tal que sepa que una vez elegida una, no podrá recurrir a la otra" (*Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributaria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum*); D. 14.4.11: "Talvez a los actores conviene utilizar la acción de peculio más que la tributaria" (*Aliquando etiam agentibus expedire potius de peculio agere quam tributaria*).

4. LOS DATOS PROCEDENTES DE LA PARÁFRASIS GRIEGA DE TEÓFILO A LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

La última fuente a tomar en consideración, como dije al inicio, es la Paráfrasis de Teófilo. El era profesor de Constantinopla y tuvo un papel activo en la Compilación de Justiniano como miembro de las comisiones que redactaron el primer Código del año 529 d.C. y el Digesto del 533 d.C.; finalmente, en el mismo año, junto a Doroteo, profesor de Beirut, y a Triboniano, escribió las Instituciones. Su muerte se remontaría según la interpretación doctrinal más común,²⁶ a poco tiempo después de la publicación del Digesto y las Instituciones, puesto que su nombre desaparece en la constitución *Cordi*, con la que Justiniano promulga en el año 534, la segunda edición del Código.

Una doctrina autorizada aunque no reciente,²⁷ supone que Teófilo haya redactado una Paráfrasis en griego de las Instituciones justinianeas, para facilitar su conocimiento a los alumnos de primer año, que como eran de lengua madre griega, tenían dificultades en entender el latín. De hecho el término "paráfrasis" procede del verbo griego *paraphrázō* que significa "decir con otras palabras", lo que nos permite afirmar que la obra de Teófilo, considerada con las debidas cautelas, nos ofrece unas importantes aclaraciones para entender el procedimiento concursal examinado aquí.

Escribe el jurista en Paráfrasis ad I. 4.7.3:

El pretor también introdujo otra acción, que llamamos tributaria. De hecho, si mi esclavo con su mercancía del peculio ejerza una actividad comercial, ni habiéndolo ordenado yo ni habiéndolo encargado, pero, sabiéndolo y no oponiéndome, y alguna cosa se hubiera contratado con él, así dice el derecho de esto el pretor. Si se ha obligado a varias personas, entre las cuales también estoy yo que soy el amo (y cuando digo que es obligado no se debe entender como obligación civil, sino natural), y está presente el esclavo que tenía su patrimonio peculiar autónomo, los acreedores recurren al pretor, el cual constriñe al amo a conferir las mercancías en el activo, y si alguna mercancía fue vendida y de esto hubo recaudación, se incluye también ese dinero, de modo que el total del activo sea distribuido pro rata entre el amo y todos los demás acreedores. Si en cambio el amo, a quien se permite la distribución del patrimonio peculiar autónomo, hubiera sustraído alguna cosa de allí o no haya conferido todo en el activo, y se queje alguno de los acreedores y diga que el patrimonio que fue conferido es poco respecto de aquel con el cual se negoció con el esclavo, le competará a aquél la acción tributaria contra el amo, con la cual será constreñido a conferir en el

²⁶ Expresada por V. ARANGIO-RUIZ-A.GUARINO, *Breviarium iuris Romani*, p. 198 nt. 3.

²⁷ *Ibidem*, p. 198.

activo cualquier parte del patrimonio autónomo que hubiere escondido. Luego se dice "tributoria" al derivar de "distribuir".²⁸

En la primera parte del texto se encuentra la confirmación que fue el pretor a introducir la acción tributaria y que para su utilización, necesita el requisito del conocimiento del dueño del esclavo que negocia. Sin embargo, se explica mucho mejor en qué consiste tal conocimiento, ampliando las trataciones de la Instituciones de Gayo y Justiniano y acercándose más a la interpretación de Ulpiano que vimos en D. 14.4.1.3. En efecto, se pone en relieve que el dueño además se sabe de la actividad comercial desarrollada por su esclavo, no debe ni oponerse ni haberlo encargado de dicha actividad.

Luego, cuando comenta la situación de insolvencia del esclavo, Teófilo subraya que también podía tener obligaciones hacia su dueño, afirmando entre paréntesis que en tal caso se trataría de obligaciones naturales, y sigue agregando un elemento procedimental que falta en los textos analizados arriba: los acreedores recurren al pretor para pedirle que sea efectuada la distribución. Con base en este elemento podría darse al término "llamada para la distribución" (*vocatio in tributum*) el sentido de "llamada en juicio del dueño para la distribución del activo", con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas por el esclavo. En este dato ofrecido por la Paráfrasis de Teófilo, podría apoyarse la interpretación que requería un decreto (*decretum*) del pretor para reglamentar el procedimiento concursal.

A continuación se afirma que la sustracción o la no inclusión de algo en el activo del patrimonio comercial autónomo es una actitud del dueño que faculta a los acreedores de pedir la concesión de la acción tributaria.

El testimonio de Teófilo fue muy controvertido en doctrina, pues muchos autores están convencidos que refleja el desarrollo del procedimiento así como era en su época, presentándose entonces como una evolución respecto del que existía en el periodo clásico. Sin embargo, ahora parece prevalecer la

²⁸ Traducción latina que hizo Ferrini: *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributaria vocatur. Namque si servus meus in peculiaribus suis mercibus negotietur, me non iubente neque praeponente, set tamen sciente et non contradicente, et quid cum eo fuerit contractum, ita de hoc praetor ius dicit. Si pluribus obnoxius factus sit, inter quos et mihi domino (quod autem dixi obnoxium esse de naturali non civili obligatione accipiendum est), et adsit servus merces suas habens, adeunt creditores praetorem, qui coget dominum merces in medium proferre et si qua merx distracta fuerit et inde pecunia recepta, hanc inter dominum et ceteros creditores pro rata portione distribuere. Sin autem dominus, cui mercium distributio est permessa, aliquid inde subtraxerit neque omnia in medium protulerit, et queratur quidam ex creditoribus et dicat pauciores merces, quam in quibus negotiatus sit servus, a domino in medium esse prolatas, tributaria actio ei adversus dominum competet, qua is cogetur quas-cumque condiderit merces in medium proferre. Dicitur autem 'tributoria' a 'distribuendo'.*

opinión²⁹ que el jurista bizantino no haya expuesto el derecho de su tiempo, sino que haya realizado un *excursus* histórico, añadiendo para finalidades didácticas elementos más detallados del procedimiento clásico, que en los dos manuales institucionales de Gayo y Justiniano habían sido omitidos. Lo que no sería extraño, si se piensa que el propio Teófilo se había formado con las Instituciones gayanas y que las había enseñado a los alumnos, hasta a la reforma de la carrera de estudios jurídicos realizada por Justiniano en 533³⁰. Si así es, el texto teofilino representa una importante fuente para la reconstrucción en época clásica del procedimiento concursal en caso de insolvencia de una actividad comercial organizada.

BIBLIOGRAFÍA

- BUCKLAND, W. W., *The Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, reimp., Torino, UTET, 2010.
- CASSARINO, "Riflessioni sulla nozione di 'Foro cedere' in riferimento all'executato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato", en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 7, 2014.
- CERAMI y PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'*, en *Mem. Accademia Lincei*, 9 S., 3. 4, 1993.
- FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, en *Annali dell'Università di Palermo (AUPA)*, 45.1, 1998.
- GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, T. 2, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1996.
- MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, Giappichelli, 2001.

²⁹ M. TALAMANCA, rec. a T. J. CHIUSI, "Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'", en *Mem. Lincei*, 9 S., 3. 4, 1993, pp. 277-397, en *BIDR*, 35-36, 1993-1994, pp. 708-709.

³⁰ G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, en *AUPA*, 45.1, 1998, pp. 310-ss.

- A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, Torino, Giappichelli, 2007.
- _____, *Nozioni elementari di diritto romano*, Pisa, Il Campano, 2014.
- F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, Pacini, 2002.
- M. TALAMANCA, *recensione a T. J. CHIUSI, "Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'"*, en *Mem. Lincei*, 9 S., 3. 4, 1993, pp. en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, 35-36, 1993-1994.