

ORIGEN Y PRESUPUESTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN ROMA

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II.-ORIGEN DEL PRIMER PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN ROMA: LA *BONORUM VENDITIO*: 1.- Su creación por obra del Pretor. 2.- Finalidad con que aparece esta institución.- III. PRESUPUESTOS DE LA *BONORUM VENDITIO*: 1.- Presupuesto subjetivo. 2.- Presupuestos objetivos. a) *Posible orden de aparición de los supuestos edictales por los que el pretor autoriza la apertura del procedimiento.* b) *Los supuestos recogidos por el Edicto Perpetuo.* 3.- Presupuestos formales. a) *Petición al magistrado (postulatio) por quien está legitimado:* - el deudor. - el acreedor o un grupo de acreedores. - el titular de un derecho real. b) *Decreto del magistrado autorizando la apertura del procedimiento. – La función del magistrado; - El decreto.*- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente artículo se corresponde sustancialmente con el desarrollo de la exposición que realicé con ocasión de las *IV Jornadas de la RJUAM* sobre la “Nueva Ley Concursal”. Al plantearme cuál debía ser el objeto de estudio, consideré, dado el ámbito multidisciplinar y el foro al que iban principalmente dirigidas (estudiantes de Derecho), que más que desarrollar, a través del análisis de las fuentes, un tema concreto del largo y complejo procedimiento concursal clásico¹, lo

* Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, pilar.perez@uam.es

¹ La complejidad de este procedimiento deriva de su propio origen a través de la concatenación de dos instrumentos de tutela pretoria diferentes: *la missio in bona* y *la bonorum venditio*. Precisamente, la complejidad, a la que hace referencia el propio Justiniano (I.3.12.pr) al hablar de la derogación de este procedimiento, junto con su carácter especulativo (pues no era necesaria la insolvencia del deudor y solía especularse con enorme lucro en la venta de los bienes del deudor) favorece la aparición de otro procedimiento, la *distractio bonorum*, que aunque comienza a utilizarse en casos excepcionales acaba generalizándose y sustituyendo a la *bonorum venditio*.

que podía resultar de mayor interés era una exposición más general con el objeto de ofrecer una visión más completa del concurso en Roma.

De entre todos los procedimientos que el ordenamiento jurídico romano substanció para dar la posibilidad a una pluralidad de acreedores de cobrarse sobre el patrimonio de un deudor insolvente, elegi la *bonorum venditio* por dos motivos fundamentalmente: por un lado, es el primer procedimiento de ejecución patrimonial, pues hasta entonces la única forma de ejecución posible era la ejecución personal (salvo la excepcional aplicación de la *legis actio per pignoris capionem* para casos muy concretos y determinados como son algunos créditos de carácter fiscal, militar y sacral), por otro lado, se mantuvo vigente durante toda la época clásica, concretamente desde el s.II a.C, fecha en la que el pretor lo introduce en su Edicto, hasta el s.III d.C, fecha en la que -según informa Justiniano²- deja de utilizarse junto con los llamados juicios ordinarios. Sin embargo, no debemos olvidar que este procedimiento coexistió tanto con la ejecución personal (*manus iniectio*), única forma de ejecución reconocida por el derecho civil, como con otros procedimientos de ejecución patrimonial, a saber, la *distractio bonorum*³ y la *cessio bonorum*⁴, a los que haremos alguna referencia, pero sólo en cuanto sea necesaria en aras de una mayor comprensión del procedimiento que nos ocupa.

El procedimiento concursal clásico presenta -como veremos- muchas analogías con los modernos procedimientos concursales, lo que ha llevado a un importante sector doctrinal⁵ a considerar que es, precisamente, en el Derecho Romano, modificado en mayor o menor medida por instituciones germánicas, donde se encuentra el origen de *il fallimento* del Derecho estatutario italiano,

² I.3.12.pr.: *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt...*

³ Forma de ejecución patrimonial colectiva que consiste en la venta en pública subasta de bienes concretos del deudor hasta el pago de sus deudas, que comenzó siendo de aplicación excepcional para personas de rango senatorial y pupilos, para acabar generalizándose y sustituyendo a la *bonorum venditio* en cuanto procedimiento menos complejo y mucho menos gravoso para el deudor, pues evitaba la infamia y no conllevaba la venta del patrimonio en su conjunto

⁴ Consiste en la cesión de los bienes por parte del deudor a sus acreedores, en mi opinión, no es más que uno de los casos recogidos por el Edicto como idóneo para promover el *iter* de la *bonorum venditio*, aunque conlleva algunas prerrogativas, tales como que el deudor no cae en infamia y goza del beneficio de competencia.

⁵ MILONE, F., "Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata", *A.G.* 16 (1876), p. 169 y ss.; HUVELIN, P., "Droit commerciale; définition et évolution générale", *Revue de syntèse historique* VII 1, n. 19 p. 60-85 y VII -2 p. 198-243; ROCCO, A., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica* Milano, Ed. Giuffrè, 1962.

cuyos principios y reglas, influidos por la doctrina española del siglo XVII⁶, se difundieron rápidamente por Europa e informan, aún hoy, las legislaciones vigentes. Incluso los autores más críticos⁷, que consideran que la *procedura fallimentare* es un procedimiento característico de la época altomedieval italiana aceptan la influencia del Derecho Romano a través de la supervivencia de los conceptos y principios de este ordenamiento durante el período de predominio germánico, aunque, en este sentido, consideren más correcto hablar de precedentes que de origen porque -según afirman- no existe un nexo de unión entre ambas regulaciones⁸.

En cualquier caso, y dejando a un lado el llamado “problema de orígenes”, lo que puede afirmarse, sin género de duda, es que en un periodo en que las exigencias del crédito y del comercio eran muy semejantes a las del Medioevo italiano⁹, los romanos sustanciaron una serie de procedimientos de ejecución colectiva tendentes a satisfacer a una pluralidad de acreedores sobre un patrimonio insolvente conforme al principio *par condicio creditorum*.

En el presente artículo nos limitaremos al estudio del origen y presupuestos de la *bonorum venditio*, institución que, en una primera aproximación, podemos definir como un expediente de naturaleza pretoria, de carácter universal (porque afecta a todos los bienes del deudor) y, cuando hay pluralidad de acreedores, colectivo, que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del deudor a petición de uno o varios acreedores que son puestos en posesión por decreto del magistrado. Transcurridos determinados plazos, el magistrado autoriza a la asamblea de acreedores a

⁶ SALGADO DE SOMOZA, F., (*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Valladolid, 1646), a quien debemos la corriente publicista, que trata de un nuevo sistema de cesión de bienes que no conlleva el previo encarcelamiento del deudor y cuya nota más característica es la constante intervención de un juez y la subordinación del concurso a las solemnidades de un juicio; Amador RODRÍGUEZ, *Tractatus de concursu et de privilegiis creditorum in bonis*, 1616. En este sentido, vid. KOHLER, J [*Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1891, p. 24 y ss. y *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1903, p. 25 y ss.] que destaca la profunda influencia de la doctrina española en la modificación de los principios del *fallimento*. Contrariamente ROCCO, [*Il fallimento... cit.*], p. 200] considera que dicha influencia no fue tan importante.

⁷ Vid. SANTARELLI, U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, Ed. Antonio Milani, 1964, p. 20 y ss.; SALVIOLI, G., *Storia del diritto italiano. Storia della procedura civile e criminale*, III/2, Firenze, 1969, p. 721 y ss.

⁸ Vid. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento... cit.*, p. 24.

⁹ Sobre las condiciones económicas y las relaciones comerciales en Roma a finales de la República, vid. FRANK, T., *Storia economica di Roma dalle origini alla fine della Repubblica*, trad. LAVAGNINI, Firenze, 1924, p. 201 -259. Sobre la amplitud del comercio en la época imperial, vid. BONFANTE, P., *Storia del commercio*, 2º edic., v.I, Roma, 1938, p. 133.149.

nombrar de entre ellos un *magister bonorum* (especie de síndico¹⁰) encargado de preparar y realizar la venta en pública subasta del patrimonio en su conjunto y de adjudicarlo a aquel licitador que ofrezca pagar, no una cantidad de dinero, sino la más alta cuota de los créditos reconocidos en la condiciones de venta.

Los temas elegidos (origen y presupuestos) presentan interés porque plantean varias controversias doctrinales, que en ocasiones son de difícil solución debido al estado actual de las fuentes. Menos lagunas presenta todo lo que se refiere al procedimiento, su tramitación y efectos pues contamos con fuentes, tanto jurídicas como literarias¹¹, para su reconstrucción, aunque tampoco estos aspectos están exentos de problemas pues Justiniano adaptó las fuentes jurídicas clásicas a la forma de ejecución colectiva vigente en su época: la *distractio bonorum*¹². No entraremos, sin embargo, a detallar su larga y compleja tramitación ni los efectos que produce sobre el deudor, los acreedores o el adjudicatario de los bienes, la

¹⁰ Algunos autores consideran que el *magister bonorum* es una especie de síndico que realiza funciones muy semejantes a las que realizaba este órgano en el procedimiento de quiebra, *vid.* ARMUZZI, A., "Il *magister* ed il *curator* della *bonorum venditio* (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)", *A.G.*, 72, (1904) 1, pp. 481 y ss.

Sin embargo, en mi opinión, las funciones desempeñadas por la sindicatura en la quiebra (*vid.* TIRADO MARTÍ, I., *La sindicatura de la quiebra. El problema de la 'posición jurídica' de la sindicatura concursal*, Madrid, 2004) se asemejan más a la función del *curator bonorum*, órgano eventual del concurso romano, que se nombra en la primera fase del procedimiento (*missio in bona*) en el caso en que haya necesidad de realizar alguna de las funciones que el ordenamiento atribuye en exclusiva, y que concretamente abarcan funciones de custodia (operaciones de reintegración y reducción de la masa activa) pero también de administración, puesto que se le otorga la función de vender los bienes que puedan deteriorarse o perderse por el transcurso del tiempo; mientras que el *magister bonorum* es un órgano necesario del concurso que se nombra en la segunda fase del procedimiento (*venditio*) y que limita su función a la preparación (a través de la redacción de las condiciones de venta) y a la realización de la venta del patrimonio en su conjunto en pública subasta. Este órgano, en el concurso romano no viene encargado de las operaciones de liquidación, sino que estas se realizan por el adjudicatario de los bienes (*bonorum emptor*) que es el encargado de pagar los créditos según las condiciones de venta y dentro del porcentaje por él ofrecido.

¹¹ Entre las fuentes jurídicas que se han conservado: en primer lugar, los títulos IV (*Quibus ex causis in possessionem eatur*), V (*De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*) y VII (*De curatore bonis dando*) del Libro 42 del Digesto. En segundo lugar, especial atención merecen las fuentes que han llegado a nosotros fuera de la Compilación de Justiniano: las Instituciones de Gayo que, desde su descubrimiento, vinieron a corroborar y completar un texto de la Paráfrasis de Teófilo 3.12.pr. que, a mi juicio, facilitan indicaciones precisas sobre la tramitación del procedimiento concursal clásico. Entre las fuentes literarias, destacan las referencias al procedimiento de Cicerón en la *Oratio pro Quinctio* pronunciada en el año 81 a.C., de capital importancia para la reconstrucción del procedimiento ejecutivo y, en concreto, para el caso del deudor indefenso.

¹² De aquí la importancia de las fuentes que han llegado a nosotros fuera de la Compilación de Justiniano.

sustanciación de cada una de las dos fases bien diferenciadas que lo componen a saber, la *missio in bona* (puesta en posesión) y la *venditio bonorum* (venta del patrimonio en su conjunto) porque todo ello ha sido tratado en otro lugar¹³.

Respecto al origen de este procedimiento, los autores no sólo discrepan en relación con el momento cronológico en que apareció, sino también sobre cuál fue, de los múltiples supuestos que fue recogiendo el pretor en su Edicto, el primero al que se aplicó. Algunos autores consideran que surgió para el caso del deudor difunto que fallece sin herederos (*cui heres non extabit*) y que faculta para el ejercicio de la acción Serviana. Para otros, se aplicó por primera vez al caso del deudor vivo que se oculta para evitar la *in ius vocatio* (*qui fraudationis causa latitabit*) y que desembocaría en el ejercicio de la acción Rutiliana, opinión —esta última— que preferimos porque parece venir corroborada por un texto de Cicerón. Igualmente, constataremos que la finalidad con la que surgió este expediente es muy distinta al fin al que tiende todo procedimiento concursal: la satisfacción de una pluralidad de acreedores sobre el patrimonio de un deudor insolvente conforme al principio *par condicio creditorum*.

En cuanto a los presupuestos de la *bonorum venditio*, los dividiremos a efectos sistemáticos y didácticos en presupuestos subjetivos, objetivos y formales, tal y como suelen hacerlo los actuales Tratados de Derecho Mercantil y la propia legislación¹⁴. Dentro de este apartado, uno de los temas más interesantes y menos estudiados es la legitimación para solicitar (*postulatio*) al pretor la apertura del procedimiento, pues a pesar de que las fuentes y la doctrina romanista suelen señalar que se dirige a tutelar los derechos de crédito en los casos recogidos por el Edicto, consideramos que originariamente podía pedirse la puesta en posesión y subsiguiente venta para la tutela de los derechos reales.

Estas cuestiones son esencialmente las que nos ocuparán en las páginas siguientes.

II. ORIGEN DEL PRIMER PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN ROMA: LA *BONORUM VENDITIO*

1. Su creación por obra del pretor

La *bonorum venditio* nace en el ámbito del Derecho honorario en el s.II a.C. En un momento determinado, el pretor introdujo en su Edicto, junto a la ejecución

¹³. Vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “*La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano Clásico*”, Madrid, UAM Edics- Mira edits., 2000, 439 págs.

¹⁴. La nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio, que ha entrado recientemente en vigor, concretamente el 1 de septiembre de 2004, los recoge en el Capítulo I bajo la rúbrica “De los presupuestos del concurso”.

personal, única reconocida y regulada por el *ius civile*, una ejecución sobre los bienes del deudor que, en la práctica, llegó a ser más utilizada en cuanto procedimiento más satisfactorio para los acreedores. Este expediente es el producto de la concatenación de dos instrumentos de tutela pretoria distintos y sucesivos, uno de carácter preliminar y conservador, la llamada *missio in bona* y uno más estrictamente ejecutivo, la *bonorum venditio*, lo que va a determinar –como veremos– la fisonomía de esta institución, dividida en dos fases, a lo largo de toda su evolución posterior.

En relación con el momento concreto de aparición de la *bonorum venditio*, GAYO afirma que la acción Rutiliana¹⁵, se llama así por haberla creado el pretor Publio Rutilio, que, según se dice (*dicitur*), fue el que introdujo también la venta de los bienes en concurso:

GAYO 4.35: Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur. Quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisset dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.

El pretor, del que nos da noticia el jurista clásico, es generalmente identificado –por la mayor parte de la doctrina¹⁶– con PUBLIO RUTILIO RUFO, que habría desempeñado el consulado en el año 105 a.C.¹⁷ y la pretura urbana hacia el 118 a.C.¹⁸.

¹⁵. Fórmula con trasposición de sujetos, que se pone a disposición de los acreedores frente al adjudicatario de los bienes (*bonorum emptor*), o viceversa, en donde la *intentio* era redactada a nombre del deudor y la *condemnatio* a nombre del *bonorum emptor* (o del acreedor).

¹⁶. RAMADIER, P., *Les effets de la missio in bona rei servandae causa*, París, 1911, p. 24-25; ARMUZZI, "Il magister... cit.", p. 486; GIRARD, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ª edic., París, 1918, p. 1064; ID., "La date de la loi Aebutia", *NRH*, 21 (1897) p. 273 y ss [=ZSS, 14, (1893) p. 32 y ss = *Melanges de diritto romano I*, París, 1912, p. 90 y ss.]; ROTONDI, G., "Bonorum venditio (Lineamenti)", *Per il XIV centenario delle codificazione giustiniana*, Milano, Ed. Fratelli Bocca, 1938, p. 102 [= s.v. *Bonorum venditio*, *Enciclopedia giuridica italiana* v.II/1, Milano, 1911, p. 1263 y ss.]; CARRELLI, E., "Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio", *SDHI*, 4 (1938), p. 431-432; COLLINET, P., D-S, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, s.v. *Venditio Bonorum*, t.V, Graz, 1969; BAUDRY, F., D-S, *Dictionnaire... cit.*, s.v. *Bonorum emptio*; FRANCIOSI, G., *Usucapio pro herede. Contributi allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, Ed. Jovene, 1965, p. 109.

¹⁷. CICERÓN, *pro Flacco*, 7.21.

¹⁸. Algunos autores no han dudado en identificar a este personaje con el pretor RUTILIO, recordado en el fragmento ulpiano D.38.2.1.1 (*ULP. l.XLII ad ed.*), y dado que las relaciones entre patrono y liberto fueron competencia del *praetor urbanus*, sostienen que P. RUTILIO RUFO debió desempeñar la pretura urbana, *Vid.* CARRELLI, E., "Ancora sull'origine della bonorum venditio", *SDHI*, 10 (1944), p. 313, n. 36.

Frente a esta opinión, otros autores¹⁹, sobre la base de un texto de LIVIO²⁰, lo identifican con P. RUTILIO CALVO, pretor en el año 168 a.C.

Si damos crédito a las noticias de GAYO resultaría que el origen de la *bonorum venditio* se habría producido por obra del pretor RUTILIO en el año 118 a.C., el cual sería además el creador de la acción Rutiliana²¹. Sin embargo, se puede discutir la veracidad de esta información, no sólo por el tono dubitativo con que se expresa el propio jurista clásico *-dicitur... (se dice...)*²²- sino también por el hecho de que la *bonorum venditio* aparece como institución plenamente desarrollada poco tiempo después, tal y como demuestra una ley agraria, *lex (Baebia) agraria*, del año 111 a.C.:

ll. 56 y 57: "utei curator eius profiteatur; item utei... ex eo edicto, utei is, quei ab bonorum emptore magistro curatoreve emerit".

Efectivamente, cabe preguntarse cómo una institución tan compleja puede haber sido desarrollada por un solo pretor y en un solo año (118 a.C.) y aparecer completamente conformada sólo siete años después de su (probable) fecha de aparición. Por estos motivos, algunos autores²³ sólo dan crédito a una parte del texto, considerando que la *bonorum venditio* es un instituto anterior y que el pretor Rutilio únicamente habría creado la fórmula Rutiliana autorizando la venta de los bienes de un deudor vivo, distinta de la acción Serviana, acción ficticia en la que se indica al juez que considere al adjudicatario de los bienes como sucesor del deudor insolvente (*bonorum emptor perinde ac si heres esset*), creada en un momento anterior para el caso de venta de los bienes de un deudor fallecido.

¹⁹ Vid. DERNBURG, A., *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1850, p. 23 y sobre todo p. 25, n. 4; ACCARIAS, C., *Précis de droit romain*, t.I, 4ª edic., París, Ed. F. Picchon, 1886, p. 1315, n. 1; MAYNZ, Ch., *Cours de droit romain*, v.II, 5ª edic., Bruselles, 1891, p. 601, n. 30; SERAFINI, E., *Della revoca degli atti fraudolenti*, t.I, Pisa, 1887, p. 74.

²⁰ LIVIO, 45.44

²¹ En este sentido se expresa, GIRARD, *Manuel ...cit.*, p. 1064; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 24 y ss.

²² Algunos autores consideran que GAYO se limitó a recoger una opinión generalmente aceptada en su época. Vid. SERAFINI, *Della revoca... cit.*, t. I, p. 74; DERNBURG, *Ueber die emtio... cit.*, p. 24; GUARINO, A., *La condanna nei limite del possibile*, 2ª edic., Napoli, Ed. Jovene, 1978, p. 118, n.7.

SOLAZZI, por su parte, no se limita a poner en duda el contenido del texto, sino que considera que toda la frase es un glosema, vid. SOLAZZI, S., "Spigolature gaiane", *SDHI*, 1, 1935, p. 267.

²³ CARRELLI, "Per una ipotesi... cit.", p. 473; SCHERILLO, G., "La bonorum venditio come figura di successio", *IURA*, 4 (1953), p. 213.

Entre los autores partidarios de esta última hipótesis, que sitúa en un momento anterior la creación de la *bonorum venditio*, encontramos dos posturas, los que sostienen que esta institución es posterior a la introducción del procedimiento formulario y aquéllos que consideran que es anterior. Para los primeros²⁴ el procedimiento formulario (introducido a través de la *lex Aebutia de formulis*, fechada en la segunda mitad del S.II a.C.)²⁵ representa un *terminus a quo* en cuanto a la fecha de nacimiento de cualquier instituto de derecho pretorio, ya que ninguno habría encontrado aplicación en el procedimiento de las acciones de la ley²⁶. Pero, esta última opinión es, cuando menos, discutible, pues ha sido demostrada la existencia de algunas figuras de derecho pretorio antes de la introducción del proceso formulario, v.gr. los interdictos²⁷ o la *restitutio in integrum ob absentiam*²⁸. En este sen-

²⁴ GIRARD., *Manuel... cit.*, p. 1064, n.2; ID., "La date de la loi... *cit.*", p. 90 y ss.; SARGENTI, M., "Studi sulla restitutio in integrum", *BIDR*, 69 (1966), p. 193 y ss. y p. 230; KASER, M., *Derecho romano privado*, tr. José Santa Cruz Teijeiro, 5ª edic., Madrid, Ed. Reus, 1968, p. 383.

²⁵ ROTONDI la sitúa entre el 149 y el 125 a.C. en *Leges publicae populi romani*, Milano, 1922 (reimpr. Hildesheim, 1966, p. 304; GIRARD fija su fecha entre los años 151 al 126 a.C. "La date de la loi... *cit.*", p. 67 y ss.

²⁶ Ciertos autores señalan que el origen de algunas instituciones pretorias, como la *restitutio in integrum*, deben buscarse en el ejercicio del *imperium* por parte de los magistrados romanos en provincias y del Pretor peregrino en Roma, y no en las relaciones entre ciudadanos romanos dentro del procedimiento de las acciones de la ley. *Vid.* CERVENCA, G., "Per lo studio della restitutio in integrum (Problematica e prospettive)", *Studi in onore di B. BIONDI*, v.I, Milano, 1965, p. 605; SARGENTI, "Studi sulla restitutio... *cit.*", p. 230.

En este sentido, CERVENCA ["Per lo studio... *cit.*", p. 605, n.11] advierte que las aplicaciones más antiguas de la *restitutio in integrum* son, en su mayor parte, concesiones de los magistrados provinciales o de los órganos estatales a favor de los peregrinos, v.gr. el Senadoconsulto "*De asclepiade sociisque*", emitido por el Senado en el año 78 a.C., con el que se concedía la *r.i.i.* a tres griegos como compensación a la válida colaboración prestada durante la guerra itálica. *Cfr.* en sentido semejante, LAURIA, M., "Iurisdictio", *Studi in onore di P. BONFANTE*, v.II, Milano, 1930, p. 513, n. 192.

²⁷ *Vid.* BISCARDI, A., *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, Ed. Cedam, 1938. p. 91 y ss.

²⁸ La *restitutio in integrum ob absentiam* está recogida en el *Phormio* de TERENCE del año 161 a.C:

vv. 450-452: *quod te absente hic filius egit, restitui in integrum aequum et bonum et id impetrabis.*

vv. 455-456: *mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse, et turpe inceptu est.*

En nuestra opinión esta obra prueba que la *restitutio in integrum* se aplicó desde una época anterior al año en que TERENCE escribió su comedia y en consecuencia la anterioridad de estas intervenciones pretorias antes del procedimiento formulario. *Vid.* LAURIA, "Iurisdictio... *cit.*", p. 513, n. 192; CARRELLI, "Per una ipotesi... *cit.*", p. 440 y ss; CERVENCA, "Per lo studio della restitutio... *cit.*", p. 604; SARGENTI, "Studi sulla restitutio... *cit.*", p. 230; BUIGUES OLIVIER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho romano* (Premisas para un estudio de la *restitutio in integrum*), Valencia, 1992, p. 17.

tido CARRELLI²⁹ afirma que la *bonorum venditio* es anterior al procedimiento formulario, concretamente, habría tenido su origen en la *praxis* del *praetor peregrino* aproximadamente un siglo antes de la fecha de creación por RUTILIO RUFO de la acción Rutiliana³⁰ y para el caso del deudor *cui heres non exstiterit*³¹. En la misma línea SCHERILLO³² afirma que la *bonorum venditio* es anterior al pretor RUTILIO RUFO pero sólo para el caso de los bienes del difunto sin herederos o de una persona que ha sufrido la *capitis deminutio maxima*. En opinión del mencionado autor, este pretor, creador de la acción Rutiliana, se limitó a extender su aplicación a la *missio* sobre los bienes de una persona viva.

Si bien, sobre este punto, la doctrina se ha movido en el terreno de la mera hipótesis³³ y la falta de fuentes nos impide llegar a soluciones definitivas, acaso debamos admitir -con la doctrina mayoritaria³⁴- que conforme a la tradición jurídica romana, la *bonorum venditio* debió desarrollarse de un modo lento y progresivo, donde destacaron dos momentos: el inicial, en que el pretor se limitó a poner al acreedor o acreedores en posesión del patrimonio del deudor que no se presenta en la etapa *in iure* con una finalidad de coacción o presión para obligarlo a que acuda a juicio y se defienda, la llamada *missio in bona* y, un segundo momento, en que el magistrado les otorgaba la facultad de vender

Para GIRARD ["La date de la loi... *cit.*", p. 268] (contrario a aceptar que estos expedientes surgieran durante la vigencia del procedimiento de las acciones de la ley) la obra de TERENCE se refería al Derecho griego, pues esta obra no es más que una trasposición del *Apollodoro de Karystios*. Sin embargo, aceptar la hipótesis de GIRARD, sería -como señala CARRELLI ["Per una ipotesi... *cit.*", p. 441]- admitir que TERENCE utilizó una terminología y una institución típicamente romanas antes de su aparición.

²⁹ CARRELLI, "Per una ipotesi... *cit.*" p. 435 y ss y sobre todo p. 446 y ss.

³⁰ CARRELLI, ["Per una ipotesi... *cit.*", p. 473] opina que hasta la creación de esta acción se utilizaría la acción Serviana para todos los casos de *bonorum venditio*.

³¹ CARRELLI, "Ancora sull'origine... *cit.*", p. 313. En contra de esta opinión *vid.* GIUFFRÈ, V., "Sull'origine della bonorum venditio como esecuzione patrimoniale", *LABEO*, 39 (1993) 3, p. 345, n. 99.

³² SCHERILLO, "La 'bonorum venditio'... *cit.*", p. 213.

³³ *Cfr.* ALVAREZ SUAREZ, U., *Curso de Derecho Romano*, t.I, Madrid, Ed. Rev. De Derecho Priv., 1955, p. 476, n. 512; CARRELLI, "Per una ipotesi... *cit.*", p. 476.

³⁴ *Cfr.* RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 24; SCHERILLO, "La bonorum venditio... *cit.*", p. 213; CARRELLI, "Per una ipotesi... *cit.*", p. 436; ALVAREZ SUAREZ, *Curso... cit.*, p. 476, n. 512; PROVERA, G., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, Ed. Giappichelli, 1970, p. 101 y ss.; DI LELLA, L., *Formulae ficticiae. Contributto allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, Ed. Jovene, 1984, p.58; GIUFFRÈ, "Sull'origine... *cit.*", p. 344 y ss.

esos bienes y resarcirse con su importe, la llamada *bonorum venditio* propiamente dicha.

2. Finalidad con la que aparece esta institución

Es interesante advertir, que el procedimiento concursal clásico, el cual acaba siendo utilizado cuando hay una pluralidad de acreedores, nace con una finalidad muy distinta a la principal de todo procedimiento concursal, pues en Derecho Romano, basta con que el deudor incumpla una sola de sus obligaciones para que el acreedor puede pedir la apertura del procedimiento en los supuestos y con los requisitos recogidos en el Edicto. De modo que, en la práctica, puede producirse la venta de todo el patrimonio del deudor cuando existe un solo acreedor y aunque el activo patrimonial sea muy superior al pasivo, y ello, porque el pretor adaptó a la ejecución, tanto individual como colectiva, una institución que originariamente tendía al fin de garantizar la presencia *in iure* del deudor.

Y es que, si bien en época clásica esta institución representa la forma principal de ejecución de sentencia -lo que determina que los actuales manuales y tratados de Derecho Romano enmarquen su estudio dentro del tema más general del Proceso ejecutivo romano- sin embargo, hay que advertir, que éste no fue ni el único ni el primer supuesto al que se aplicó, sino que comenzó a ser admitido por el pretor en determinados casos en que la ejecución personal sobre el deudor no fuera posible porque el deudor se hubiese escondido (*latitatio*), estuviese ausente (*absentia*) o hubiese fallecido sin dejar herederos³⁵, extendiéndose después a los casos del demandado que presente ante el magistrado (*praesens in iure*) no responde o no quiere defenderse o se niega a concluir la *litis contestatio*. En todas estas hipótesis, la puesta en posesión (*missio in bona*) y la sucesiva venta (*venditio*) aparecen preordenadas al fin de hallar un sujeto contra el que contestar la *litis* en el puesto de aquél contra el que no fuera posible porque hubiese muerto sin herederos o fuese *capite minutus* o porque hubiesen fallado las medidas de coacción para obtener su presen-

³⁵ Cfr. KÉLLER, *De la procedura civile et des actions chez les romains*, tr. Ch. Capmas, París, Ed. E. Thorin, 1870, p. 403; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Ed. Athenaeum, 1918, p. 117; ANDOLINA, I., "I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio 'non inchoandum ob exsecutione'", *JUS*, 19 (1968), fasc.2, pp. 110 y ss.; VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961 (Reimpr. 1978), p. 238; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano. Ius, fonti, processo*, Palermo, Ed. Palumbo, 1984, p. 136.

cia *in iure* y su defensa³⁶. Posteriormente, el pretor se encargó de adaptar al supuesto del *iudicatus* (condenado) y del *confessus in iure* (confeso) de cantidad cierta de dinero (asimilado al anterior desde la época decemviral³⁷) una institución que no tendía a la satisfacción directa del acreedor o acreedores sino a la sustitución del deudor que no paga o asume su defensa por otro sujeto pasivo que asuma ese deber³⁸. Lo que -en mi opinión- explica que GAYO³⁹ y JUSTINIANO⁴⁰, en sus respectivas Instituciones, no lo recojan como forma de ejecución, ni individual ni colectiva, sino como figura de sucesión universal *iure praetorio* que no presupone necesariamente la insolvencia del deudor.

En conclusión, ya se comprende que el nuevo régimen pretorio nace con una finalidad muy distinta a la esencial de todo procedimiento concursal, surgiendo preordenado a asegurar el principio de contradicción, principio que preside todo el proceso civil romano, si bien opera con distinta intensidad en las diferentes etapas del mismo. Así mientras que en el ámbito de los juicios ordinarios (*ordo iudiciorum privatorum*)⁴¹ se exige la presencia física de las partes ante el magistrado y su activa participación en el rito procesal, en el procedimiento extraordinario (como también ocurre en la actualidad, donde la contradicción opera como principio informador del proceso civil⁴²), la participación de ambos litigantes no es indispensable, sino que es suficiente con que el demandado haya sido puesto en condición de intervenir en el proceso y asumir su propia defensa, condición que se entiende cumplida con la citación de aquél⁴³. En el procedimiento formulario, único que aho-

³⁶. Cfr. SCHERILLO, "La bonorum venditio... cit.", p. 208; PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, 3ª edic., Torino, Ed. Giappichelli, 1991, p. 366.

³⁷. Aquél que había realizado la *confessio in iure certae pecuniae* se equiparaba al *iudicatus*, vid. D.42.1.56 (Ulp. l. XXVII ad ed.) ... *in iure confessi pro iudicatis habentur*.

En caso de que la *confessio* tenga por objeto una cosa distinta a una cantidad cierta de dinero, algunos autores afirman que era necesario un procedimiento de naturaleza particular que tenía por objeto la valoración de la deuda confesada. Vid. VOCI, P., EDD., s.v. *Esecuzione forzata (Diritto romano)*, XV, Varese, Ed. Giuffrè, 1966, ARU, L., *Il processo civile contumaciales*, Roma, Ed. L'Erma, 1934 (reimpr. 1971), p. 41.

³⁸. Cfr. SCHERILLO, "La bonorum venditio... cit.", p. 208; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 366.

³⁹. GAYO, 2.98 y 3.77

⁴⁰. I. 3.12.pr

⁴¹. Como es sabido, el *ordo iudiciorum privatorum* se refiere a las acciones de la ley y al procedimiento formulario.

⁴². Vid. RAMOS MENDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, I, 5ª edic., Barcelona, Ed. Bosch, 1992, p. 339 y 458 y ss.

⁴³. PROVERA, *Il principio del contraddittorio...cit.*, p. 5 y ss. y p. 90 y ss.; GUARINO, A., *La condanna nei limite del possibile*, 2ª edic., Napoli, Ed. Jovene, 1978, p. 11 y ss..

ra nos interesa, no es suficiente para evitar la puesta en posesión y subsiguiente venta, la presencia física del demandado *in iure*, sino que es necesaria una concreta actividad procesal que en la fuentes se indica con el término *se defendere*⁴⁴ y que comporta la adhesión del demandado a la *litis contestatio*. *Sensu contrario* el *se non defendere* se produce al rehusar la participación en la *litis contestatio*⁴⁵:

D.50.17.52 (Ulp. l. 49 ad Ed.).- Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem

Del texto de Ulpiano, aparte de la equiparación del latitante al indefenso, se deduce claramente que el *vocatus* (citado o llamado a juicio) presente ante el magistrado era considerado *indefensus*, no sólo cuando se negaba a participar en el procedimiento (*negat se defendere*), sino también cuando rehusaba la aceptación de la fórmula propuesta. En este sentido, tiene razón PUGLIESE⁴⁶ cuando afirma que el concepto de *indefensio*, que originariamente sólo recogía las hipótesis de quien presente ante el magistrado no se defiende, o no presta las garantías procesales (la *cautio iudicatum solvi*) en los casos en que venga establecido, o se niega a concluir la *litis contestatio* (momento procesal en que las partes aceptan la fórmula y se someten a lo que decida el juez) fue, posteriormente, dilatándose recogiendo en su ámbito el caso del deudor latitante (que se oculta o esconde) o el ausente cuando nadie intervenga en juicio dispuesto a asumir su defensa, el incapaz (pupilo) o el caso del fallecido sin dejar herederos e, igualmente, el representante que, después de prestar la *cautio iudicatum solvi* hubiese rehusado asumir la defensa del insolvente. Supuestos, todos ellos, que fueron introducidos de forma lenta y progresiva por el pretor a través de su edicto (entre los siglos II y I a.C.) y que son igualmente idóneos para promover el *iter* de la *bonorum venditio*.

De modo que, de todo lo dicho podemos concluir, que cuando el pretor concede la puesta en posesión sin posibilidad de venta, lo hace como medida de presión, de coacción para obligar al deudor a pagar o a acudir a juicio y a asumir correctamente su defensa (*accipere iudicium*). Posteriormente, cuando el pretor comienza a autorizar la venta de los bienes, se produce una transformación en la *missio in bona*, porque a partir de entonces, después de un plazo de tiempo establecido en el Edicto (treinta días, si se trata de un deudor vivo, y

⁴⁴. Vid. D.5.1.63 (Ulp. l. 59 ad Ed.); *Lex Rubria de la Galia Cisalpina* c.21 y 22

⁴⁵. Vid. ARU, *Il processo...* cit., pp. 41 y ss.

⁴⁶. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, t.II, Milano, Ed. Giuffrè, 1939, p. 373.

quince, si se trata de un difunto⁴⁷), puede procederse a la venta en subasta del patrimonio en su conjunto, surgiendo entonces el interés de los acreedores en que el patrimonio tenga el valor más elevado posible. De este modo esta fase pasa de ser una simple medida de presión, de coacción sobre el deudor a ser una fase preliminar y accesoria de la ejecución (*venditio*) destinada a la conservación del patrimonio (*missio in bona rei servandae causa*) para asegurar el Derecho de venta de los acreedores. Sin embargo tampoco, en este segundo momento, el procedimiento tiende a la satisfacción directa del acreedor o acreedores sobre el patrimonio, sino a la sustitución del deudor que no paga o asume su defensa por otro sujeto pasivo que acate ese deber.

III. PRESUPUESTOS DE LA *BONORUM VENDITIO*

Denominamos presupuestos de la *bonorum venditio* a aquellos requisitos previos de cuya concurrencia depende la apertura del procedimiento, los cuales operan como *condiciones iuris* que determinan el desarrollo del mismo.

En Derecho Romano, para que la *missio in bona* y subsiguiente venta se produzcan no se exige título ejecutivo⁴⁸ porque no es un medio exclusivo frente al *iudicatus* o al *confessus in iure* sino también contra el indefenso en sentido lato. Basta con que el deudor incumpla una sola de sus obligaciones para que el acreedor pueda solicitar en los casos y con los requisitos establecidos en el Edicto la apertura de este procedimiento. El pretor autoriza a los acreedores a entrar en posesión de los bienes *ex edicto*⁴⁹ con el fin de conservarlos y transcurrido el plazo de 30 ó 15 días, según el deudor esté vivo o haya fallecido, se entiende que la tentativa de coacción ha fallado y la ejecución asume netamente el carácter de un proceso de expropiación colectivo y universal, abriéndose

⁴⁷. Los plazos para proceder a la *bonorum venditio* se recogen por Gayo 3.79. Estos plazos representan un *minimum* de duración pues en ocasiones la *missio* se prorroga por un tiempo mucho mayor, Cfr. SERAFINI, *Della revoca... cit.*, pp. 58 y ss.; ARMUZZI, "Il magister... cit.", p. 498, n. 4; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 110; TALAMANCA, M., "La vendita all'incanto nel processo civile romano", *Studi in onore P. FRANCISCI*, II, Milán, 1956, p. 247.

En general, todos los plazos recogidos por el Edicto en relación con este procedimiento son dilatorios, Vid. SOLAZZI, S., "In tema di bonorum venditio", *IURA*, 6 (1955), p. 81 [=Scritti, V, pp. 609 y ss.]

⁴⁸. Vid. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 43; ANDOLINA, «I presupposti... cit.» (1968), p. 110 y ss.

⁴⁹. El pretor emana el decreto autorizando la puesta en posesión sin necesidad de conocimiento preventivo de la causa (*causae cognitio*). Vid *infra* p. 146 y ss.

la fase de venta del patrimonio en bloque del deudor cualquiera que sea tanto la entidad del pasivo como el número de acreedores existente⁵⁰. Por tanto, aparte los llamados requisitos materiales (subjctivos y objetivos) es requisito ineludible e inexcusable de carácter procesal de la *bonorum venditio*, la petición de alguno de los legitimados y el decreto del magistrado autorizando la *missio in bona*⁵¹

La universalidad de la ejecución sobre todo el patrimonio del condenado parecería desproporcionada si la finalidad perseguida fuese la satisfacción del acreedor o acreedores, sin embargo, la realización del total patrimonio del deudor no tiene nada que ver con la necesidad de insolvencia, de desequilibrio económico entre el activo y el pasivo; la explicación se halla en el hecho de que el pretor adaptó una institución cuyos fines, en su origen, no se habían acordado para el caso del condenado o del confeso, sino, al contrario para el supuesto de falta de ellos y cuya finalidad era colocar a un sujeto en lugar de otro para dar posibilidad de llegar a la *litis contestatio*⁵².

En el procedimiento concursal romano no es esencial ni la existencia de una pluralidad de acreedores (como tampoco lo es actualmente⁵³) ni es requisito indispensable la insolvencia⁵⁴, pues como presupuesto de la *bonorum venditio* y de la *missio in bona* que la precede, basta que el deudor incumpla una única obligación, ya sea por insolvencia efectiva o porque no tenga dinero inmediatamente disponible (la llamada insolvencia relativa o iliquidez transitoria) para que cualquier legitimado pueda pedir y conseguir la apertura del procedimiento (la

⁵⁰. Vid. GIUNTI, P., *Ius controversum e separatio bonorum*, Cagliari, Ed. AV, 1993, p. 45.

⁵¹. En el ordenamiento jurídico actual es necesario la solicitud y la declaración de concurso, que aunque no aparecen explícitamente como presupuestos del concurso de acreedores en la nueva Ley Concursal, constituyen sin embargo un requisito inexcusable de carácter formal para que se abra el procedimiento.

⁵². Vid. SCHERILLO, "La bonorum venditio... cit.", p. 208, seguido más recientemente por GIUFFRÈ, "Sull'origine della bonorum venditio... cit.", p. 337; ID., "La substantia debitoris tra corpus e bona", *Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 1992*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 1994, pp. 279-280.

⁵³. Ni para la declaración de quiebra, según la anterior legislación, vid. art. 876-1º del C.Co., ni para la declaración de concurso de acreedores según la nueva Ley Concursal, pues basta la solicitud de un solo acreedor para que el procedimiento pueda alcanzar sus objetivos y cumplir sus funciones.

⁵⁴. La Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, en su art. 2.2 bajo el título *Presupuesto objetivo*, y frente al sistema concursal anterior, determina con claridad un único condicionante objetivo para que pueda declararse el concurso de acreedores: la insolvencia del deudor común, la cual se define legalmente como el estado en el que se encuentra el deudor "que no puede cumplir legalmente sus obligaciones exigibles".

missio in bona, precedente necesario de la venta) en los casos recogidos por el Edicto. Aunque es probable que el deudor que estuviese en situación de iliquidez se apresuraría en esos treinta días de duración de la *missio in bona* a conseguir el dinero con que pagar a su acreedor o acreedores, ya que no es muy probable que alguien estuviese dispuesto a sufrir la expropiación y subasta de todo su patrimonio más la infamia que conllevaba si podía evitarlo. Para el caso de que el deudor hubiera fallecido sin herederos testamentarios o legítimos, sólo una *hereditas suspecta* o *damnosa* no encontraría a nadie dispuesto a realizar la *usucapio pro herede* para adquirir, por posesión anual y de mala fe, la herencia y el *nomen heredis*⁵⁵.

1. Presupuesto subjetivo

La *bonorum venditio* es un procedimiento aplicable frente al deudor en general, excepto frente a los deudores de rango senatorial (*clarae personae*) y los pupillos contra los que procede la *distractio bonorum*. Algunos autores⁵⁶ consideran que el primer caso de *distractio bonorum* fue regulado por un Senadoconsulto⁵⁷ a favor de las personas de rango senatorial y de ahí se iría extendiendo progresivamente en detrimento de la *bonorum venditio* hasta excluir completamente esta institución. Exclusión que, por otra parte, debía sentirse como necesaria tanto por las graves consecuencias personales y económicas que produce para el deudor concursado como por el carácter especulativo que presenta este procedimiento⁵⁸, pues en las compras de estos patrimonios solía especularse con enorme lucro, ya que la venta del patrimonio es compatible con la existencia de bienes suficientes aunque éstos no fuesen inmediatamente liquidables.

⁵⁵ En este sentido, algunos autores consideran que es presupuesto de la *bonorum venditio* la irremediable insolvencia del deudor, porque sólo quién está gravado con un irremediable pasivo podrá preferir exponerse a las dañosas consecuencias de la *indefensio*, en lugar, si no de cumplir, al menos de asumir correctamente la *litis*. Vid. VOICI, EDD, *s.v. Esecuzione forzata... cit.*; GIUNTI, *Ius controversum... cit.*, p. 58 y ss.

⁵⁶ Vid. ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 125; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 142 y ss.; SOLAZZI, S., *Il concorso dei creditor nel diritto romano*, v.II, Napoli, Ed. Jovene, 1937, p. 207 y ss. y 220 y ss.

⁵⁷ Sobre la fecha de este Senadoconsulto, la doctrina considera que no es posible conocer su fecha, sólo RAMADIER [*Les effets... cit.*, p. 142 y ss.] se atreve a afirmar que es de época de Augusto.

⁵⁸ Varios autores han destacado esta característica, vid. COSTA, *Profilo storico... cit.*, p. 99; ROTONDI, "Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio", *Scritti giuridici*, v. III, Pavia, 1922, p. 6 [=Filangeri, 36 (1911), p. 164 y ss.]; ID., "Bonorum venditio... cit.", p. 125; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 120; d'ORS, A. *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1968, p. 120.

2. Presupuestos objetivos

Basta con que el deudor esté en alguno de los supuestos recogidos taxativamente por el Edicto para que el pretor autorice la puesta en posesión seguida de venta, independientemente del número de acreedores y de la entidad del pasivo.

- a) *Posible orden de aparición de los supuestos edictales por los que el pretor autoriza la apertura del procedimiento.*

Las variadas hipótesis en que se aplicó la *missio in bona* fueron reuniéndose en el Edicto de forma lenta y progresiva, concretamente entre los siglos II y I a.C.

La lista más antigua de casos de puesta en posesión y subsiguiente venta que se conserva es la recogida por CICERÓN en la *Oratio Pro Quinctio* pronunciada por el *rethor* en el año 81 a.C.

19.60: Recita edictum. QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. Non est is Quinctius; nisi si latitant qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. CUI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QUI EXSILI CAUSA SOLUM VERTERIT. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi absentem Quinctium defendi aut quo modo? tum, cum postulabas, ut bona possideri?...

Este texto lleva a afirmar a un sector doctrinal⁵⁹ que éstos eran los únicos casos que existían en el año 81 a.C., es decir, que CICERÓN enumeraba completa y taxativamente los casos de *bonorum venditio* que el Edicto del Pretor recogía en su época según su orden cronológico de aparición. Sin embargo, como el orador habla en varias ocasiones de la ausencia dentro de su discurso⁶⁰, y al-

^{59.} Vid. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3ª edic., Leipzig, 1927, p. 415; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 29 y ss.; BIONDI, B., "Recensioni di études d'histoire juridique offertes a P.F. GIRARD", *BIDR*, 29 (1916), p. 232.

^{60.} CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.61: *Quid aliud sit absentem defendi, ego non intelligo*; 20.62: *Et audes, Sex. Naevi, negare absentem defensum esse Quinctium...*; 20.65: *... probari omnibus necesse est, defensum esse iudicio absentem Quinctium...* 21.66: *... ne quid atrocius in P. Quinctium absentem sine causa facere conetur... se paratum esse omni recta atque honesta ratione defendere...* 22.68: *Quid affertur, quare P. Quinctius negetur absens esse defensus?* 23.74: *Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat, quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium?* Cfr. FLINIAUX, A., "Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo iudiciorum privatorum a l'époque de Cicéron (pro Quinctio XIX.60, in verbe II.2.22-26)", *Études d'histoire juridique offertes à P.F. GIRARD*, I, París, Ed. P. Geuthner, 1913 (Reimpr. Aalen, Ed. Scientia, 1981) p. 54 y ss.; COSTA, E., *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, Ed. Nicola Zanichelli, 1899, p. 13 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 67.

gunos autores del S.XVI y XVII⁶¹ declaran haber visto la cláusula "*QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT*" en manuscritos antiguos, hoy perdidos, otro sector doctrinal⁶² considera que recogía un cuarto edicto que iría después de "*verterit*": *qui absens iudicio defensus non fuerit* y que no estaba recogido en el texto debido al error de un copista, integrando el final del texto de CICERÓN de la manera siguiente: ... *QUI EXILII CAUSA SOLUM VERTERIT. Dicit id non potest. QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT. Quo tempore existimas...*⁶³

Otro texto que recoge una lista de los casos de *missio in bona* seguida de venta es un pasaje de las Instituciones de GAYO, pero el elenco gayano no es completo como lo pone de manifiesto el "*velut*" que precede a las dos enumeraciones en los bienes de un vivo y en los bienes de un difunto.

3.78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum velut 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 expe-*

⁶¹. En el S.XVI, LAMBINUS, "*M. Tullii Ciceronis opera omnia quae exstant, a Dionysio Lambino Monstroliensis ex codicibus manuscriptis emendata et aucta*", Parisiis, 1566, p. 11 y HOTMAN, "*Opera*", t.III, Lyon, 1600, col. 803 (ambos citados por FLINIAUX, "Les effets de la simple absence... *cit.*", p. 53, n.1) y en el S.XVII HOTOMANUS, "*In omnes M. T. Ciceronis orationes selecta commentaria nota scholia*", Coloniae Agripp., 1621, p. 1-47 (citado por COSTA, "*Le orazioni... cit.*", p. 3, n.1.). Cfr. LENEL, "*Das Edictum... cit.*", p. 415, n. 13; SOLAZZI, "*Il concorso... cit.*", I, p. 68.

⁶². BETHMANN-HOLLWEG, M. H. von, "*Der römische Civilprozess*", II, Bonn, 1865, p. 560; LENEL, "*Das Edictum... cit.*", p. 415; FLINIAUX, "Les effets de la simple absence... *cit.*", p. 51 y 56; RAMADIER, "*Les effets... cit.*", p. 29 y ss; ROTONDI, "*Bonorum venditio... cit.*", p. 121; ARU, "*Il processo... cit.*", p. 46 y ss.; SOLAZZI, "*Il concorso... cit.*", I, p. 66.

En contra BIONDI, ["*Recensioni de études... cit.*", p. 232] opina que en época de CICERÓN no existía el edicto general: *qui absens iudicio defensus non fuerit* y se basa en el propio CICERÓN *pro Quinct.* 28.86 que sólo menciona al *latitans* y al *exilii causa*: *Ex edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi, quod neque fraudandi causa latitasset neque exsili causa solum vertisse diceretur*". Por su parte, FILOMUSI GUELFU, F. [*Il processo contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873, p. 25], basándose en que la cláusula se expresa en tiempo pasado y que recoge el término *iudicium*, estima que se refiere a la obligación de aceptación del proceso, es decir al *vadimonium desertum*.

⁶³. FLINIAUX, ["*Les effets de la simple absence... cit.*", p. 59] seguido por SOLAZZI [*Il concorso... cit.*, I, p. 66] reconstruye el final del texto, por analogía con el caso recogido en CICERÓN, *pro Tullio*, 20.48: *Mum quem tribunum plebis servi Tullii pulsaverunt? Non opinor. Num furatum domum P. Favii noctu venerunt? Ne id quidem. Num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? Dicit non potest.*

diendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

El jurista, después de distinguir los casos de venta de bienes de una persona viva de aquélla de los bienes de un difunto, recoge entre las primeras los supuestos del que se oculta fraudulentamente, del ausente indefenso, el caso del que ha hecho la cesión de sus bienes después de la *lex Iulia* y el del *iudicatus*; entre los segundos sólo recoge el caso de difunto sin herederos, sin *bonorum possessor* y sin ningún otro heredero legítimo⁶⁴.

La lista más reciente de casos en que el pretor concede la *missio in bona* (seguida o no de venta⁶⁵) es la del Edicto de Juliano, cuya reconstrucción por parte de LENEL⁶⁶ y de SOLAZZI⁶⁷ coinciden en gran medida, comprendiendo ocho casos en el Tít. XXXVIII del Edicto, bajo la rúbrica "*Quibus ex causis in possessionem eatur*". La mayoría de la doctrina considera que la lista de supuestos recogida por LENEL es acertada, sin embargo, ante la falta de fuentes que lo indiquen expresamente, se discute cuál fue el primer supuesto al que se aplicó la *bonorum venditio*, la concreta redacción de algunas de estas cláusulas edictales y su orden de colocación dentro del propio Edicto perpetuo.

⁶⁴. Esta última referencia al heredero legítimo se refería al *bonorum sector* según SCHERILLO, "La bonorum venditio... cit.", p. 207 y al *populus* según CARRELLI, "Per una ipotesi... cit.", p. 449, n. 51. Vid. D.49.14.1.1.

⁶⁵. Hay casos en los que no se aplicaba el procedimiento de la *bonorum venditio*, limitándose el pretor a conceder la *missio in bona*. Vid. *infra* 131 y ss

⁶⁶. Para LENEL [*Das Edictum... cit.*, 413 y ss.], comprende un caso en el título V: "De *in ius vocando*" frente al *vocatus*, que habiendo presentado un *vindex*, llegado el día no se presenta *in iure* ni se defiende y ocho casos en el título XXXVIII que recoge los supuestos de *missio in bona*, seguida o no de venta, y en el orden siguiente: 1º.- *Qui iudicatus prove iudicatus erit quive ita ut oportet defensio non fuerit*; 2º.- *Qui ex lege Iulia bona cesserit*; 3º.- *Quod cum pupilo contractum erit, si eo nomine non defendetur*; 4º.- *Qui fraudationis causa latitabit*; 5º.- *Qui absens iudicio defensio non fuerit*; 6º.- *Cui heres non extabit*; 7º.- *Si heres suspectus non satisfabit*; 8º.- *Qui capitali crimine damnatus erit*.

⁶⁷. SOLAZZI reconstruye este título de la siguiente manera: 1º.- *Qui contraxerit, si ita ut oportet non defendetur*; 2º.- *Qui fraudationis causa latitabit*; 3º.- *Qui absens iudicio defensio non fuerit*; 4º.- *Qui ex lege Iulia bona cesserit*; 5º.- *Qui iudicatus prove iudicatus erit*; 6º.- *Cui heres non extabit*; 7º.- *Si heres suspectus non satisfabit*; 8º.- *Qui capitali crimine damnatus erit*. A estas causas prevista en el título "*Quibus ex causis in possessionem eatur*" se añade: 9º.- *Qui se alieno iuri subicerit, si defensio non fuerit*", recogida en el título "*De restitutionibus*". Vid. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori... cit.*, I, p. 111. Para SCHERILLO ["La bonorum venditio... cit.", p. 207] esta reconstrucción es preferible a la de LENEL. Cfr. ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 119 y ss.

Según la opinión que preferimos⁶⁸, corroborada por el texto de CICERÓN (*pro Quinct.*, XIX.60), que recoge en primer lugar el caso del latitante, la *bonorum venditio* nace como forma subsidiaria a la ejecución personal, comenzando a aplicarse en los casos en que el deudor impidiese la ejecución sobre su persona huyendo y ocultándose para no acudir ante el magistrado ("*qui fraudationis causa latitabat*"), y de ahí se extendería a todas las demás hipótesis recogidas en el Edicto⁶⁹.

Frente a esta opinión, otros autores consideran que esta institución se aplicó en primer lugar para el caso del difunto sin herederos. En este sentido, se expresa CARRELLI⁷⁰ que sostiene que desde un punto de vista lógico la *bonorum venditio* debió concederse por vez primera en el caso de un deudor fallecido sin dejar herederos "*Cui heres non extabit*" o para el caso de que los herederos, testamentarios o legítimos, habiendo constatado que la *hereditas* era *suspecta* o *damnosa*, hubieran renunciado a realizar la *cretio*. Para CARRELLI, la *bonorum venditio* habría nacido como un caso de *bonorum possessio*, pasando por dos momentos, en un primer momento el magistrado se habría limitado a hacer de intermediario entre los acreedores del difunto y su potencial heredero, a fin de conseguir que aquéllos redujeran su pretensión y éste realizase la *cretio*; y un segundo momento en el que, si se presentaba alguien que ofrecía una cuota mayor de la que estuvieran dispuestos a pagar los herederos, habría puesto a éste en la posesión de esos bienes⁷¹. En sentido semejante SCHERILLO⁷² opina que la *bonorum venditio* se aplicó por vez primera al caso del fallecido sin herederos. Para hacer esta afirmación se basa en la teoría según la cual en una primera fase sólo se otorgaría la *missio in bona rei servandae causa* sin posibilidad de venta. Opina que mientras la *missio* en los bienes de un vivo tiene: por un lado, un fin cautelar y conservador⁷³

⁶⁸. Vid. SERAFINI, *Della revoca... cit.*, p. 66 y ss; GIRARD, *Manuel... cit.*, p. 1064; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 31; COSTA, *Profilo storico... cit.*, p. 93; DONATUTI, G., "Voci dal Nuovo Digesto Italiano: Bonorum possessio, Cessio bonorum, Bonorum venditio", *Studi DONATUTI*, v. II, Milano, 1977, p. 1023 [= NDI, s.v. *Bonorum possessio, Cessio bonorum; Bonorum venditio*, t.II, Torino, 1938]; ARMUZZI, "Il magister... cit.", p. 481; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 102 y 119.

⁶⁹. En este sentido, GIUNTI sostiene que debió aplicarse por primera vez al deudor vivo, concretamente al caso del *indefensus*, de ahí se extendería al caso del latitante, del *absens iudicio defensus non fuerit. Ius controversum... cit.*, p. 57, n. 18.

⁷⁰. CARRELLI, "Per una ipotesi... cit.", p.450 y ss; ID., "Ancora sull'origine... cit.", p. 302.

⁷¹. CARRELLI, "Per una ipotesi... cit.", p. 474 y ss; ID., "Ancora sull'origine... cit.", p. 302 y ss.

⁷². SCHERILLO, "La bonorum venditio... cit.", p. 210 y ss. Cfr. CARRELLI, "Per una ipotesi... cit.", p. 450 y 477; SCHERILLO, G., "Appunti sulla sectio bonorum", *IURA*, 4 (1953), p. 204.

⁷³. Este fin cautelar se pone de manifiesto en la denominación de *missio in bona rei servandae causa*. Vid. el edicto "*Quod cum pupilo contractum erit si eo nomine non defendatur*" y el comentario de ULPIANO en D.42.4.3.pr. (ULP. *l.LIX ad ed.*) y en D. 42.4.5.2 (ULP. *l.LIX ad ed.*)

y por otro, de coacción con el propósito de hacer presión sobre la persona del *latitans* o del *indefensus* para que comparezca o asuma su defensa, la concesión de la *missio in bona* sobre los bienes de un difunto que muere sin herederos no ejercita presión ni sobre el difunto, ni sobre los herederos que no realizarán la *cretio* de una *hereditas damnosa*, por lo que en estos casos el pretor comenzaría a autorizar la venta de los bienes. Después, por obra del pretor RUTILIO RUFO, comenzaría a autorizarse sobre los bienes de un vivo⁷⁴. Por su parte, GIUFFRÈ⁷⁵ relaciona la aparición de la *missio in bona* con una antigua institución típica del *ius civile*, la *usucapio pro herede*. El autor opina que el primer caso que debió solicitar la atención de los *veteres iuris prudentes* fue el del *paterfamilias* muerto "*cui heres non extabit*", o en el caso de que hubiese herederos, éstos hubiesen renunciado a la *hereditas suspecta* o *damnosa*. Este problema debió plantearse a finales del S.III o principios del S.II a.C., ya que anteriormente el caso debió presentarse del todo marginal por la normal presencia de *heredes sui* a los que no les era concedida la posibilidad de abstenerse de la *hereditas damnosa*. En este caso no se procede a la *missio in bona*, sino que el acreedor o acreedores podían proceder a apoderarse de los bienes hereditarios y, después de un año, realizada la *usucapio pro herede*, liquidar al resto de acreedores⁷⁶. Este expediente sirvió de modelo para la ejecución sobre los bienes de un deudor vivo mediante *bonorum venditio*, aplicada por primera vez al caso de "*qui uti oportet defensus non fuerit*".

La falta de fuentes no nos permite llegar a una solución definitiva sobre este tema, sin embargo, advertimos que, tanto el texto de GAYO como las reconstrucciones de LENEL y SOLAZZI, colocan siempre en primer lugar las *missiones in possessionem* de los bienes de un vivo y después las de los bienes del difunto. Sabemos que estos supuestos no están ordenados cronológicamente, pues en todos los casos viene recogida antes la cláusula introducida por la *lex Iulia de cessione bonorum* de época de César⁷⁷ o de Augus-

⁷⁴. Cfr. SCHERILLO, "La bonorum venditio...cit.", p. 210 y ss.

⁷⁵. GIUFFRÈ, "Sull'origine de la bonorum venditio... cit.", p. 338 y ss.; ID., "La substantia debitoris... cit.", p. 281 y ss.

⁷⁶. Se discute si la *usucapio pro herede*, al menos en el momento histórico mencionado, determinaba la adquisición del título de *heres* o sólo el conjunto de las *res hereditarias*. Admite la adquisición del título de *heres* FRANCIOSI, *Usucapio pro herede... cit.*, p. 155 y 189 y ss. En contra de esta opinión GALLO, F., "Rec. a FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede', Napoli, Ed. Jovene, 1965", *SDHI*, 32, (1966), p. 422.

⁷⁷. A pesar de que GAYO 3.78, el CTh.4.20.1 y C.7.71.4. (*Imp. Diocl.*) relacionan la *condemnatio* limitada del *bonis cedens* con una *lex Iulia*, GIUFFRÈ, V., ["La c.d. Lex Iulia de bonis cedendis", *LABEO*, 18 (1972) p. 173 y ss.] que ha sostenido recientemente que la *cessio bonorum* fue introducida en época de César y por creación pretoria, no legislativa.

to⁷⁸ -según la opinión que preferimos⁷⁹- y después la cláusula *cui heres non extabit* que es -según la *communis opinio*- bastante más antigua y que ya recogía CICERÓN en *pro Quinctio* 19.60. Por este motivo, parece lógico pensar que JULIANO siguió un orden racional en la exposición de estas cláusulas, como ya hiciera GAYO, recogiendo en primer lugar los casos de *bonorum venditio* en los bienes de un vivo y después los casos de venta de los bienes de un difunto; sin embargo, el antiguo Edicto recogido por CICERÓN⁸⁰, no sigue orden lógico alguno, por lo que nos parece razonable la opinión de aquéllos⁸¹ que sostienen que estos supuestos fueron colocados uno detrás de otro por orden cronológico de aparición. De modo que, los supuestos previstos en el título XXXVIII del Edicto, titulado "*Quibus ex causis in possessionem eatur*" (*De las causas por las que se entra en posesión*), estarían colocados por orden cronológico de aparición:

- | *Qui fraudationis causa latitabit.*
- | *Cui heres non extabit*⁸².
- | *Qui exsilii causa solum verterit.*
- | *Qui absens iudicio defensus non fuerit*⁸³.

En cuanto a las otras cuatro cláusulas recogidas por el Edicto de Juliano, dos son fáciles de datar:

⁷⁸. La mayoría de la doctrina sostiene que esta ley es de creación augustea, *Vid.* ROTONDI, *Leges publicae... cit.*, p. 451; BERGER, A., "Bonam copiam iurare", *Studi in onore di Vincenzo ARANGIO-RUIZ*, II, Napoli, Ed. Jovene, 1945, p. 129; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, IV, p. 133 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 334; GUARINO, *La condanna nei limite... cit.*, p. 38; MARRONE, M., "Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae", *Studi in onore di Andrea ARENA*, v.III, Padova, Ed. Cedam, 1981, p. 1314, n. 4; PAKTER, W., "The mystery of cessio bonorum" *INDEX. Omaggio a Peter STEIN*, 22 (1994), p. 326.

Algunos autores opinan que esta ley es probablemente un capítulo de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* de Augusto, así ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 116; D'ORS, *Derecho privado romano... cit.*, p. 119.

⁷⁹. *Vid infra* p. 124.

⁸⁰. CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.60.

⁸¹. En este sentido, expresamente FLINIAUX, "Les effets de la simple absence... cit.", p. 56 y ss.; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 30 y ss.

⁸². Tiene razón GIUFFRÈ cuando afirma que este supuesto debió plantearse a finales del S.III o principios del S.II a.C., ya que antes el problema debió aparecer como marginal por la existencia de *heredes sui* o *heredes sui et necessarii*, a los que no les era posible abstenerse de la *hereditas damnosa* "Sull'origine della bonorum venditio... cit.", p. 338 y ss.; ID., "La substantia debitoris... cit.", p. 281 y ss.

⁸³. Este supuesto es anterior al año 81 a.C. e, incluso, al año 47 a.C., fecha de la *Lex Iulia municipalis*. *Vid infra* p. 124.

‡ *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non erit*: La doctrina data la aparición de este supuesto en fechas muy dispares⁸⁴. En nuestra opinión habría aparecido entre el año 81 a.C., fecha de la *oratio* ciceroniana que no recoge este supuesto, y el 49 a.C., fecha en la que la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* ya lo recoge en el c. 22: "*iudicium det itaque iudicare iubeat*".

‡ *Qui ex lege Iulia bona cesserit*: En nuestra opinión es más verosímil que la ley sea de época augustea, lo que viene corroborado por dos motivos: En primer lugar, por el hecho de que todas las referencias a la *cessio bonorum* que se conservan se recogen tanto en fuentes literarias (*Vid.* OVIDIO, *Her.*, 9.110; QUINTILIANO, *Inst. or.*, 6.1.19.) como jurídicas (el primer jurista que hace referencia a la *cessio bonorum* es SABINO. *vid.* D.42.3.4.1.) contemporáneas o posteriores al reinado de Augusto. En segundo lugar, nos parece definitivo el hecho -señalado ya por BIONDI⁸⁵ y, que la doctrina posterior parece haber pasado por alto, de que el Edicto del Prefecto de Egipto Tit. Iul. Alex. del año 68 d.C. mencione expresamente la *voluntas divi Augusti*.

‡ En cuanto a los otros dos supuestos recogidos por el Edicto Juliano, *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur* y *Si heres suspectus non satisfabit*, RAMADIER⁸⁶ opina que no hay índice alguno en las fuentes para poder datar su aparición. Sin embargo, al menos con respecto al supuesto del pupilo, existe un indicio en un texto de *ULPIANUS I.LIX ad ed. D. 42.4.7.pr.*, que refiriéndose a este caso, cita una opinión de *FULCINIUS*, jurista de mitad del s. I a.C.⁸⁷.

b) *Los supuestos recogidos en el Edicto Perpetuo*

En la exposición de los supuestos de *missio in bona* seguida de venta seguiremos el orden establecido por LENEL, pues dado el profundo cambio que

⁸⁴ Así, CANNATA, C.A., [*Profilo istituzionale del processo privato. Il processo formulare*, II, Torino, ed. Giappichelli, 1982, p. 188, n.7] afirma que el empleo de la *bonorum venditio* como procedimiento ejecutivo es una extensión que se produce en el último período republicano. De forma más general, CERVENCA, G. [*Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna, Ed. Patron, 1983, p. 127, n.2.] se limita a decir que se comenzaría a aplicar al *iudicatus* a partir del S.I a.C. Para GIUFFRÈ la fecha más probable es la segunda mitad del S.II a.C. "Sull'origine della bonorum venditio... *cit.*", p. 348, n. 110.

⁸⁵ BIONDI, B., *NNDI, s.v. Cessio bonorum*, Torino, 1967, p.137.

⁸⁶ RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 30.

⁸⁷ *Vid.* KIPP, Th., *Geschichte der Quellen*, 3ª edic., 1909, p. 120.

experimentó la ejecución en época justiniana la discusión sobre el orden de colocación de estos supuestos en el Edicto sigue abierta. En nuestra opinión, es posible que JULIANO, siguiese un orden racional en la exposición de las cláusulas edictales, recogiendo, como posteriormente hizo Gayo, en primer lugar los casos de venta de los bienes de un deudor vivo y, después, los de un difunto.

1º.- Entre los supuestos de *missio in bona* seguida de venta encontramos el caso más normal y más frecuente durante la época clásica, aunque no el primero en aparecer: "*Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit*".

La *bonorum venditio* se aplicaba frente al *iudicatus*⁸⁸, al que se equiparaba⁸⁹, como ya sucediera en el proceso decemviral, aquél que ha realizado la *confessio in iure certae pecuniae*⁹⁰. Igualmente se aplicaba frente al demandado con una *actio in personam*, que estando presente *in iure* no se defiende, haciendo imposible la consecución de la *litis*⁹¹. En cuanto al caso del demandado a través de una *actio in rem* nadie está obligado a defenderse, sino que la posesión de la cosa litigiosa se transfiere al actor. En este sentido, SOLAZZI⁹² considera que el Edicto recogía la limitación con respecto a las acciones personales, proponiendo la siguiente redacción para esta cláusula edictal:

qui contraxerit, si ita ut oportet non defendetur, eius bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo.

⁸⁸. Vid. GAYO 3.78; D.15.1.51 (*SCAEV. I.II quaest.*); C.8.17.4 (año 215). Cfr. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 413, n.8. Para SOLAZZI el texto recogido en C.8.17.4 se refiere a un *pignus in causa iudicati captum* y no a una *missio in bona*, *Il concorso... cit.*, I, p. 41. n.3.

⁸⁹. Vid. D.42.1.56 (*ULP. I.XXVII ad ed.*): *in iure confessi pro iudicatis habentur*.

⁹⁰. Indudablemente era admitido *pro iudicato* el *certae pecuniae confessus*. Vid. *Lex Rubria* c.21 y 22.

En el caso de que la *confessio* tenga por objeto una cosa distinta a una cantidad cierta de dinero, algunos autores afirman que era necesario un procedimiento de naturaleza particular que tenía por objeto la valoración pecuniaria de la deuda confesada, Vid. VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*; ARU, *Il processo civile... cit.*, p. 41. Otros autores mantienen que sólo podría obtenerse la *missio* en cuanto el *confessus* no cumpliera con sus obligaciones de defensa. Vid. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 414; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 112, n. 82.

⁹¹. Para SOLAZZI esta segunda proposición (*qui ita ut oportet defensus non fuerit*) constituía una cláusula edictal independiente. Afirma que mientras PAULO, en D.42.4.6.1., se refería al pupilo ausente que no es defendido (recogiéndolo como una excepción a la venta de los bienes del ausente indefenso), ULPIANO, en D.42.4.3 y 5, recoge el caso del pupilo presente *in iure* que no es defendido (constituyendo una excepción a la venta de los bienes del deudor presente e indefenso). Vid. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 43-44.

⁹². SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 46.

Sin embargo frente al que se oculta o está ausente no es posible ni el ejercicio de una acción personal ni real –en mi opinión– para estos casos hay indicios suficientes en las fuentes que permiten defender la aplicación del régimen de la *missio in bona* y subsiguiente venta⁹³. A pesar de ello, considero acertada la redacción de esta cláusula edictal por parte de SOLAZZI dado que –como veremos– entre los juristas que empezaron a desaconsejar la aplicación de este remedio en favor de otros más cómodos y expeditos, se encuentra JULIANO, *conditor edicti*⁹⁴ por orden del Emperador Adriano en el año 130 d.C.

2º.- A la *bonorum venditio* se procede de igual manera cuando el deudor haya realizado la cesión de bienes, conforme a la *lex Iulia de cessione bonorum*⁹⁵: “*Qui ex lege Iulia bona cesserit*”⁹⁶

En cuanto a la colocación de esta cláusula dentro del Edicto, SOLAZZI⁹⁷ afirma que es indudable su precedencia a la *missio ex causa iudicati*. LENEL⁹⁸ también recoge esta posibilidad. Sin embargo, nosotros preferimos la colocación, de la *missio ex lege Iulia* detrás de la *missio ex causa iudicati*, dado que aquélla es posterior en el tiempo a ésta. La *cessio bonorum ex lege Iulia* es de época de Augusto (aunque –como hemos señalado⁹⁹– es posible ver su antecedente en el juramento de insolvencia, *bonam copiam iurare*, recogido en la *lex Iulia municipalis* del año 47 a.C.), por tanto, muy probablemente, es posterior a la *missio ex causa iudicati* que apareció entre el año 81 a.C., fecha de la *oratio pro Quinctio* que no la recoge, y el año 49 a.C., fecha de la *lex Rubria* que ya la menciona en el c.22.

⁹³. Vid. *infra* p. 138 y ss.

⁹⁴. Esta terminología es la que usa Justiniano para referirse a Juliano como orgazinator o recopilador del Edicto en C-1.17.2.18.

⁹⁵. Vid. GAYO 3.78: “*bona veneunt... eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt*. Cfr. en general, C.2.11[12].11 (año223); C.Th.4.20; D.42.3; C.7.71.

⁹⁶. Sobre la cesión de bienes, vid. WLASSAK, M., PW, s.v. *Cessio bonorum*, v.III/2, Stuttgart, 1899, col. 1997 y ss.; GUENOUN, L., *La cessio bonorum*, París, Ed. P. Geuthner, 1913, 101 págs.; DONATUTI “Voci dal Nuovo... cit.” p. 1020 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, IV, p. 130 y ss.; BIONDI, B., NNDI, s.v. *Cessio bonorum*, t.III, Torino, 1967, p. 137 y ss.; HUMBERT, G., D-S, s.v. *Bonorum cessio*, v.I, Graz, 1969, p. 733 y ss.

La cesión de bienes es calificada por algunos autores como el antecedente romano de la quiebra voluntaria (*voluntary bankruptcy*) [Vid. en este sentido PAKTER, “The mystery of cesio... cit”, p. 323 y la bibliografía citada por este autor en la p.337, n. 2.

⁹⁷. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 47.

⁹⁸. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 414, n.7.

⁹⁹. Vid. PEREZ ALVAREZ, *La bonorum venditio... cit.*, p. 70.

3º.- Se procede a la venta de los bienes en el supuesto del deudor que voluntariamente se sustrae a la búsqueda de su acreedor: "*Qui fraudationis causa latitabit*¹⁰⁰".

Esta cláusula edictal está recogida por ULPIANO en D.42.4.7.1:

ULP. l.LIX ad ed.- Praetor ait: "Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo".

El mismo jurista explica qué debe entenderse por *latitatio*: *Latitare est cum tractu aliquo latere, quemadmodum factire frequenter facere*¹⁰¹. Es latitante quien se sustrae a la búsqueda del acreedor, y por tanto, de la posibilidad de ser *vocatus*, ya sea porque se oculte ya sea porque huya de la ciudad para defraudar a sus acreedores. Por tanto, no importa el lugar donde aquél se encuentre¹⁰², pero es necesaria la existencia de un elemento subjetivo, el *animus latitans* o intención de defraudar a los acreedores¹⁰³ porque el hecho de ocultarse -dice ULPIANO¹⁰⁴- puede ocurrir sin una *turpis causa*, como para escapar de la persecución de un tirano, de la violencia de los enemigos o de la guerra civil. Además es necesario un elemento objetivo: que el deudor no sea defendido *boni viri arbitrato*¹⁰⁵.

4º.- Otro caso, muy discutido por la doctrina, es el del *absens indefensus*¹⁰⁶. Esta causa de *bonorum venditio* estaba recogida ya en el Edicto del pretor en época de CICERÓN¹⁰⁷: "*Qui absen iudicio defensus non fuerit*".

¹⁰⁰. Esta cláusula ya se recogía en el Edicto en tiempos de CICERÓN (*pro Quinct.*, 19.60). Vid. GAYO 3.78; D.42.5.31.3. (*ULP. l.II de omn. trib.*). Cfr. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 415; ARU, *Il processo... cit.*, p. 50; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 58 y ss.; VOCCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 87.

¹⁰¹. ULP. D.42.7.4.8.

¹⁰². Vid. D.42.4.7.13 (*ULP. l.LIX ad ed.*) y D.42.5.36. (*ULP. l.XLV ad Sab.*) donde el jurista informa que tanto se oculta el que huye de la ciudad para defraudar como el que viviendo en Roma no se deja ver, e igualmente el que se oculta en casa e impide la *in ius vocatio* D. 2.4.18 (*GAI. l.I ad leg. XII tab.*) y D.2.4.19 (*PAUL. l.I ad ed.*). Cfr. ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 119; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 58 y ss.

¹⁰³. Vid. ULPIANUS, l. LIX ad ed., D.42.4.7.2-7.

¹⁰⁴. ULPIANO afirma en D.42.4.7.4 que el hecho de esconderse puede ser por otros motivos honestos: *potest enim quis latitare non turpi de causa, veluti qui tyranni crudelitatem timet aut vim hostium aut domesticas seditiones.*

¹⁰⁵. ULP. D.42.4.7.1

¹⁰⁶. Vid. *Lex Iulia municipalis*, ll. 116 y ss.; GAYO 3.78; CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.60 y 17.54, D. 42.4.6.1.; D.42.4.7.17; D.43.29.3.14; C.2.50.4 (año 236).

¹⁰⁷. CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.60.. Vid. *supra* p. 118 y ss.

Se discute si la simple ausencia *sine defensione* podía legitimar un procedimiento de tanta gravedad como la venta en subasta. La doctrina más antigua¹⁰⁸ afirma que la *missio* por causa de ausencia no conlleva, al contrario que la *latitatio*, la venta de los bienes del ausente. Sin embargo, considero preferible la tesis de los autores¹⁰⁹ que admiten la *bonorum venditio* contra los ausentes, basándome principalmente en los siguientes textos: GAYO 3.78; CICERÓN, *pro Quinct.*, XIX.60; D.42.4.6.1. (*PAUL. l.LVII ad ed.*); y C.2.50.4 (año 236). Analizaremos a continuación con más detenimiento cada uno de ellos:

GAYO 3.78: Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum veluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur...

Este texto admite dos interpretaciones diferentes: Mientras que los partidarios¹¹⁰ de que sólo el latitante sufre la *bonorum venditio* interpretan las palabras "*nec absentes defenduntur*" como una cláusula condicional del Edicto contra el latitante, equivalente a la expresión: "*Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur*". Otros autores¹¹¹ mantienen que son dos cláusulas independientes¹¹² y que desde la aparición del manuscrito vero-

^{108.} Los autores más antiguos antes del descubrimiento del manuscrito veronés afirmaban que la *missio* por causa de ausencia no autorizaba la venta de los bienes: CUJACIO, J., *Opera*, Ed. Prati, 1837, v.III, p. 286; DONELLI, *Commentar. de iure civile*, 23.13.

Entre los autores posteriores al descubrimiento del manuscrito veronés: DERNBURG, *Ueber die emptio... cit.*, p. 58, n.5; FILOMUSI GUELFU, *Il processo civile... cit.*, p. 25; MAYNZ, *Cours de droit... cit.*, v.I, p. 543, n. 47; SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano*, Tr. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Sendín, Buenos Aires, Edics. Jcas. Europa-América, 1954, p. 324.

^{109.} LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 421; FLINIAUX, "Les effets de la simple absence... cit.", p. 59; SOLAZZI, "L'editto 'qui absens... cit.", p. 415 y ss.; ROTONDI, "La bonorum venditio... cit.", p. 123; VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*, p. 425; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 88 y ss.; ARU, *Il processo civile... cit.*, p. 47 y ss.

^{110.} Vid. HARTMANN, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, Göttingen, 1851, parágr. 8; FILOMUSI GUELFU, *Il processo civile... cit.*, p. 26, n.13; ROBY, H. J., *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, v.II, Cambridge, 1902 (Reimpr. Darmstadt, Ed. Scientia Verlag Aalen, 1975), p. 471 y ss., al que se ha adherido WENGER, L., "Litteratur Henry J. Roby, 'Essays on the law of Cicero's Private Orations', Cambridge, 1902", ZSS, 22 (1914), p. 469 y ss.

^{111.} BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess... cit.*, v.II, p. 560 y ss.; PUCHTA, G. Fr., *Cursus der Institutionem. Entstem und Geschichte des römischen Privatrecht*, v.I, 10ª edic., Leipzig, 1893, parágr. 160; COSTA, E., *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, Ed. Nicola Zanichelli, 1899, p. 20 y ss.; ID., *Profilo storico... cit.*, p. 95, n.1; ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 121 y ss.; SOLAZZI, "L'editto 'qui absens... cit.", p. 413; ARU, *Il processo... cit.*, p. 49.

^{112.} Vid. D.42.4.7.17. (*ULP. l.LIX ad ed.*) donde se habla de estas cláusulas edictales de forma independiente.

nés en 1816¹¹³ no cabe plantearse dudas sobre la posibilidad de venta de los bienes del ausente.

Mucho más claro, a favor de la tesis de que el ausente indefenso que hubiese sufrido la *missio in bona* podía sufrir la venta de sus bienes después de transcurrido los plazos establecidos, es un texto de PAULO D.42.4.6.1:

Cum dicitur "et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit", intelligimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire.

En nuestra opinión no hay duda de que la ausencia *sine defensione* estaba recogida en el Edicto entre las causas de venta del patrimonio del deudor, de lo contrario no se entendería el texto de PAULO, donde el pretor prohíbe expresamente la venta de los bienes del pupilo y del *absens rei republicae causa sine dolo malo*¹¹⁴, que es la misma excepción que se recoge en la *lex Iulia municipalis* del año 47 a.C.:

l.116 y ss: praeterquam sei quouis quom pupillus esset reive publicae caussa abesset neque dolo malo fecit fecerit, quo magis rei publicae causa abesset...

y en una Constitución del emperador GORDIANO del año 239 d.C:

C.2.50.4: Ignorare non debes eorum, qui rei publicae causa sine dolo malo absunt, si absentes boni viri arbitrato non defenduntur, bona tantum possideri, venditionem autem in id tempus differri, quo rei publicae causa abesse desierint.

Los textos afirman que los bienes de los que sin dolo malo están ausentes por causa de la república son únicamente poseídos, no vendidos, por tanto, *sensu contrario*, entendemos que pueden venderse los bienes del ausente con dolo malo. Por tanto, considero que el recurso de la *venditio* contra los ausentes tuvo aplicación desde el momento en que este edicto fue emanado, antes del año 81 a.C. (fecha de la *oratio pro Quinctio* que lo recoge), y probablemente también, antes de la *lex Iulia municipalis*.

Algunos autores¹¹⁵ afirman que este supuesto fue suprimido del *Corpus Iuris* por los compiladores, lo que explicaría porqué las Pandectas no reproducen la cláu-

¹¹³. Año en que fue hallado por NIEBUHR en la Biblioteca Capitulare de Verona un manuscrito casi incorrupto del jurista clásico.

¹¹⁴. Cfr. PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 88; ARU, *Il processo... cit.*, p. 49.

¹¹⁵. SOLAZZI, "L'editto `qui absens... cit.", p. 413; ID., *Il concorso... cit.*, v.I, p. 77 y ss.; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 133-134.

sula edictal: "*qui absens iudicio defensus non fuerit*". Por su parte, ARU¹¹⁶ sostiene que si bien los ausentes indefensos sufrían en principio la venta de los bienes, esta práctica cayó pronto en desuso por el desarrollo de ciertas instituciones pretorias (la *in integrum restitutio*¹¹⁷ y la *negotiorum gestio*¹¹⁸) animadas por un *favor absentia*, de tal modo, que en época clásica sólo el latitante sufría la *bonorum venditio*.

Admitida la existencia de esta cláusula edictal, se plantea la cuestión de fijar qué casos abarcaría este supuesto: Para un sector doctrinal¹¹⁹ se refiere al caso del que, no dejando procurador o no siendo defendido por un gestor¹²⁰, se encuentra lejos de Roma o del lugar en el que tiene su sede el órgano jurisdiccional competente ante el que debe ser demandado. Otro grupo de autores¹²¹ sostiene que este supuesto se refiere también el caso de ausencia *in iure* (excluyendo a los latitantes) bien por estar fuera de Roma o bien porque, hallándose en Roma, no se hubieran presentado ante el Tribunal, rehusando la *in ius vocatio*. Sin embargo considero más acertada la primera postura, porque frente a la última tesis, hay que advertir que una vez realizada la *in ius vocatio* esta cláusula edictal no tiene aplicación, porque el Edicto preveía para el caso del *vocatus neque venerit neque vindicem dederit* una *actio in factum* y para el caso del *vocatus* que hubiese dado un *vindex* y no hubiera comparecido, una *missio in bona* pero no seguida de venta.

5º.- Igualmente se procede a la venta de los bienes cuando se trata de una herencia *cui heres non extabit*¹²², por falta de heredero o de cualquier otro sucesor¹²³, a la que el Fisco ha renunciado¹²⁴.

¹¹⁶. ARU, *Il processo...* cit., p. 47 y ss.

¹¹⁷. Vid. D.4.6.1.1. (*ULP. l.XII ad ed.*)

¹¹⁸. Vid. D.3.5.1. (*ULP. l.X ad ed.*)

¹¹⁹. Se basan especialmente en D.50.16.173.1. (*ULP. l.XXXIX ad Sabinum*); D.3.3.5. (*ULP. l.VII ad ed.*); D.3.3.6. (*PAUL. l.VI ad ed.*) Vid. DERNBURG, *Ueber die emptio...* cit., p. 56; BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess...* cit., p. 560; FLINIAUX, "Les effets de la simple absence...cit", p. 46 y 59; ROTONDI, "La bonorum venditio... cit.", p. 120; PROVERA, *Il principio...* cit., p. 87.

¹²⁰. D.3.5.1. (*ULP. l.X ad ed.*)

¹²¹. Sobre la base de D.39.2.4.5. (*ULP. l.I ad ed.*); D.40.5.51.5. (*MARCIANUS l.IX Instit.*) y D.50.16.199. (*ULP. l.VIII de omn. tribun.*) Vid. FILOMUSI-GUELFI, *Il processo civile contumaciale...* cit., p. 24; SOLAZZI, "L'editto 'qui absens... cit.", p. 411 y ss.; ID., *Il concorso...* cit., v.I, p. 69 y ss.; BIONDI, "Recensioni de études d'histoire... cit.", p. 232 y ss.; LENEL, *Das Edictum...* cit., p. 415; PUGLIESE, G., *Il processo civile. Il processo formulare*, v.II/1, Milano, Ed. Giuffrè, 1963, p. 376.

¹²². Vid. CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.60; GAYO 3.78.

¹²³. GIUFFRÈ afirma que este supuesto debió plantearse a finales del S.III o principios del S.II a.C., ya que antes el problema debió aparecer como marginal por la existencia de *heredes sui* o *heredes sui et necessarii*, a los que no les era posible abstenerse de la *hereditas damnosa* "Sull'origine della bonorum venditio... cit.", p. 338 y ss.; ID., "La substantia debitoris... cit.", p. 281 y ss.

6º.- Se procede a la *missio* y consiguiente venta de los bienes cuando el heredero sospechoso (*heres suspectus*) no atendía la orden del pretor de prestar garantía (*satisdatio*): “*Si heres suspectus non satisdabit*”¹²⁵.

Se recogen dos casos especiales: la *missio* de los bienes de aquél que presta la *cautio vadimonium sisti* y después no se presenta¹²⁶; y el caso, recordado por GAYO III.84, de la *missio* que sanciona la responsabilidad pretoria del que se dio en adopción, de la mujer *sui iuris* que entró bajo la *manus* o del *adrogatus*; en estos casos el pretor concede una acción útil¹²⁷, y si no son defendidos, autoriza la venta de los bienes, que serían del que entra bajo la *potestas* en caso de que no se hubiesen sometido a ella. Esta misma regla se aplica a las personas *in mancipio*¹²⁸.

7º.- El edicto contiene una cláusula que contempla la venta de los bienes de los condenados a penas capitales (*capitis deminutio maxima*)¹²⁹: “*Qui capitali crimene damnatus erit*”. Esta cláusula corresponde a aquélla más antigua, relativa a la venta de los bienes de aquél *qui exilii causa solum verterit*, recogida ya por CICERÓN¹³⁰.

Por último, hay que advertir que el Edicto del pretor, bajo la rúbrica “*Quibus ex causis in possessionem eatur*”, recoge otros casos en los que el pretor se limita a autorizar la puesta en posesión pero sin posibilidad de venta¹³¹, donde la primera fase del procedimiento se va a dilatar durante mucho tiempo. Estos casos son los siguientes:

a) Cuando el demandado era un pupilo del que no se asume su defensa¹³², pues en caso contrario la *missio in bona cesa*¹³³, la venta sólo podría realizarse

¹²⁴. Vid. D.49.14.1.1. (*CALLISTR. l.I de iure fisci*). Cfr. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 416; ROTONDI, “La bonorum venditio... cit.”, p. 122; VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*

¹²⁵. D.42.5.31.3. (*ULP. l.II de omnibus tribunalibus*). Vid. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 421; ROTONDI, “La bonorum venditio... cit.”, p. 123.

¹²⁶. D.42.4.2.pr. (*ULP. l.XII ad ed.*), Vid. VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*

¹²⁷. Vid. GAYO 4.83.

¹²⁸. Vid. GAYO 4.80.

¹²⁹. Vid. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 421; ROTONDI, “La bonorum venditio... cit.”, p. 123; VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*

¹³⁰. CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.60.

¹³¹. Vid. ROTONDI, “Bonorum venditio... cit.”, p. 124; ARU, *Il processo civile contumaciale... cit.*, pp. 48-49; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, pp. 61 y 71; ID., “In tema di bonorum venditio... cit.”, p. 89; VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 332.

¹³². Vid. D.42.4.3.pr. (*ULP. l. 59 ad ed.*).

¹³³. Vid. D.42.4.5.2 (*ULP. l. 59 ad ed.*).

cuando hubiese llegado a la pubertad: "*Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*".

b) El caso del *absens rei publicae causa sine dolo malo*¹³⁴ y, acaso, por interpretación jurisprudencial, el supuesto del que *ab hostibus captus est* (el capturado por el enemigo)¹³⁵, en cuyo caso solo podrá procederse a la venta cuando hayan regresado.

c) Para el caso en que por largo tiempo fuera incierto si habrá de haber o no heredero (*Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit*)¹³⁶.

d) Fuera del título XXXVIII, el título V, *De in ius vocando*, contiene la promesa de una *missio* contra el *in ius vocatus* que habiendo presentado un *vindex*, llegado el día no se presenta *in iure* ni se defiende. La cláusula edictal está recogida por ULPIANO en D.42.4.2.pr.:

*ULP. l.V ad ed.- Praetor ait: 'in bona eius, qui [iudicio sistendi causa fideiussorem] <vindicem> dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*¹³⁷, *iri iubebo*'.

La *missio in bona* decretada por el pretor no está seguida por la venta de los bienes del *vocatus*¹³⁸, porque éste no tiene la obligación de seguir inmediatamente al *vocans*, sino que podía presentar un *vindex*. Para evitar la *missio in bona*, el edicto establecía que aquél que ha dado un *vindex* debe ponerse a disposición del adversario (*potestatem sui facere*); en otro caso y, cuando el *vocatus* no fuese defendido (*neque defendetur*), el pretor otorgaba la *missio in bona* evitando al demandante la carga de buscar de nuevo al demandado¹³⁹.

Tampoco se produce la *bonorum venditio* frente al demandado, que citando ante el pretor, ni acude ni presenta un *vindex* sino que, como nos hace saber GAYO 4.46, contra el *in ius vocatus*, *neque venerit neque vindicem dederit* se concede una *actio in factum*, de carácter penal¹⁴⁰, cuya fórmula ha sido recons-

¹³⁴. Vid. D.42.4.6.1. (PAUL. l. 57 ad ed.).

¹³⁵. Vid. D. 42.4.6.2 (PAUL. l. 57 ad ed.) y D.42.5.39.1 (PAUL. l. 5 Sentent.)

¹³⁶. Vid. D.42.4.8 (ULP. l. 60 ad ed.)

¹³⁷. Este término es corregido por *defendetur* por MOMMSEN en la edición del Digesto; LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 72; PUGLIESE, G. "Les voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio", *RIDA*, 3 (1949), p. 249 y ss.

¹³⁸. Vid. PUGLIESE, "Les voies de recours... cit.", p. 272; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 88, n.7.

¹³⁹. Vid. PUGLIESE, "Les voies de recours... cit.", p. 275.

¹⁴⁰. GAYO 4.183: *eum qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere*.

truída por LENEL¹⁴¹ de la manera siguiente: "*Si paret Nm Nm, cum ab Ao Ao in ius vocatus esset, neque venisse neque vindicem pro rei qualitatem locupletem dedisse, recuperatores Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia condemna, si non paret absolvetur*"¹⁴².

3. Presupuestos formales

a) Petición al magistrado (*postulatio*) por quien está legitimado

La puesta en posesión jamás es pronunciada de oficio por el pretor, como tampoco es posible en nuestro ordenamiento la declaración de oficio por el juez o a instancias del Ministerio Fiscal, ni siquiera cuando la insolvencia se ponga de manifiesto por medio de actuaciones delictivas¹⁴³. En Derecho romano es necesaria la petición (*postulatio*) al pretor por parte de alguno de los legitimados para hacerlo, a saber, el deudor, un acreedor o un grupo de acreedores cuyos créditos hayan vencido y también, considero que, en algunos casos, el titular de un derecho real.

1º El deudor:

A partir de la *lex Iulia de cessione bonorum*, el deudor de buena fe¹⁴⁴ podía ofrecer la cesión de sus bienes a los acreedores, evitando la ejecución

¹⁴¹ LENEL, *Das Edictum...* cit., p. 52, seguido por ARU, *Il processo...* cit., p. 39-40 y 66 y ss.

¹⁴² El *in ius vocatus* está obligado a comparecer (aunque puede liberarse presentando un *vindex*); si no comparece, el demandante cuenta con varias vías para hacer respetar esta obligación, como son: 1º.- Una *actio in factum* frente al *vocatus neque venerit, neque vindicem dederit* (GAYO 4.46); 2º.- Una *actio in factum* frente al *vindex* que llegado el día no exhibía al *vocatus* (D.2.8.4. PAUL. *l.IV ad ed.*); 3º.- Una *actio in factum* contra terceros que impedían por la fuerza la comparecencia del *vocatus* (D.2.7.5.pr. (ULP. *l.V ad ed.*) y 4º.- La *missio in bona* contra el *vocatus* que, habiendo presentado un *vindex*, llegado el día no se presenta *in iure* ni se defiende. Sobre el estudio de los procedimientos directos a asegurar la comparecencia del demandado *Vid.* PUGLIESE, "Les voies de recours..." cit., p. 249 y ss.; BUTI, L., *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, Ed. Jovene, 1984, p. 253 y ss.

¹⁴³ El art. 3 LCon. establece que únicamente están legitimados para solicitar la declaración de concurso: el deudor, un acreedor o los socios, miembros personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica, y sólo para solicitar la declaración de concurso de esa persona jurídica.

¹⁴⁴ En este sentido, D'ORS [*Derecho privado romano...* cit., p. 118, n. 14] afirma que en Roma era normal distinguir entre el régimen de ejecución del deudor de buena y de mala fe (*Vid.*

personal¹⁴⁵ y la infamia que deriva de la *bonorum venditio*¹⁴⁶ y además contaba con el llamado *beneficium competentiae* que conlleva la condena dentro del límite de sus posibilidades económicas, *in id quod facere potest*¹⁴⁷.

SÉNECA, *De beneficiis*, 7.16.3), pero la calificación atenuante del concurso no dependía de la causa de la insolvencia, sino de la declaración de la misma al magistrado.

En este sentido, advertimos que las fuentes llaman *fraudator* al deudor que ha realizado algún acto en perjuicio de sus acreedores, pero también al que simplemente tolera la venta de su patrimonio o la *distractio bonorum*. Vid. D.12.2.9.5 (*ULP. l. XXII ad ed.*); D.16.3.8 (*PAPIN. l. IX quaest.*); D.40.9.16.2 (*PAUL. l.III ad leg. Ael. Sent.*); D.42.7.4. (*PAPIR. IUST. l.I de constitut.*); D.42.8.6.9 (*ULP. l. LXVI ad ed.*); D.42.8.10.9,12,20 y 24 (*ULP. l. LXXXIII ad ed.*); D.42.8.14 (*ULP. l.VI disput.*); D.42.8.24.pr., 1, 4 y 7 (*VENUL. l.VI interd.*).

Posteriormente, durante la Edad Media, se parte de que el quebrado es un defraudador (*decoctor ergo fraudator*), de modo que es al Estado al que corresponde la represión de la quiebra como hecho ilícito, surgiendo así la naturaleza pública del procedimiento. Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J (y otros), *Derecho Mercantil*, II, 8ª edic., Barcelona, Ed. Ariel, p. 722.

¹⁴⁵. C.7.71.1. (*Imp. Alexander*, año 223): *ne iudicati detrahantur in carcerem...*

¹⁴⁶. C.2.11.11. (*Imp. Alexander*, año 223) Actualmente para hacer referencia a este instituto se utiliza la expresión *beneficium competentiae*, pero esta terminología es extraña a las fuentes romanas, si bien los juristas ya hablaban de *beneficium* para referirse a la condena limitada al *id quod facere potest*. Vid. D.24.3.13 (*PAUL. l.VII ad Sab.*).

En opinión de CLERICI, O., [*Sul beneficium competentiae in diritto romano*, Napoli, Ed. Jovene, 1982, p. 10] esta expresión deriva del derecho canónico, usándose por primera vez en documentos eclesiásticos del año 1232 con el significado de "*id quod competiti*" (lo necesario para el sostenimiento de una vida decorosa). Posteriormente esta terminología fue adoptada por los comentaristas alemanes del S. XVI para el Derecho romano, generalizándose su uso en el S.XVII. Vid. ZANZUCCHI, P.P., "Sul c.d. beneficium competentiae", *BIDR*, 29, 1916, p. 90. n.3; LÉVET, A., *Le bénéfice de compétence*, París, Inst. Cienc. Jurídicas, 1927, p. XV; GUARINO, A., "Studi sulla taxatio in id quod facere potest", *SDHI*, 7 (1941) p. 7, n.4; ID., *La condanna nei limite... cit.*, p. 19 y 110; MARRONE, "Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae", *Studi in onore di Andrea ARENA*, v.III, Padova, ed. Cedam, 1981, p. 1313.

ZIPPERLING [*Das beneficium competentiae*, Marburg, 1896, p. 36] ha tratado de justificar etimológicamente esta expresión. Estima que *competentiae* deriva de *pot* (antítesis de *impotentia*) con el significado "*quod fieri potest*". Pero esta hipótesis ha sido criticada por dos motivos:

- En primer lugar, ZANZUCCHI advierte que entonces debería hablarse de *beneficium compotentiae* y opina que la terminología más romana es *beneficium condemnationis* ["Sul c.d. beneficium competentiae... cit.", p. 90, n.3]. Sobre la variada terminología utilizada por las fuentes romanas para hacer referencia a este instituto Vid. GUARINO, *La condanna nei limite... cit.*, p. 15-19.

¹⁴⁷. D.42.3.7. (*MODEST. l.II pandect.*).

En mi opinión, la cesión de bienes es un supuesto más de los recogidos por el Edicto en los que el pretor autoriza la venta de los bienes, tal y como lo recoge Gayo 3.78. En relación con este caso, se ha planteado la cuestión de si la cesión sustituye o no al decreto del pretor autorizando la *missio*¹⁴⁸: La doctrina mayoritaria¹⁴⁹ opina que la cesión sólo otorgaba a los acreedores la posibilidad de pedir la *missio in bona*¹⁵⁰, de modo que el pretor tenía que autorizar la posesión y la venta de los bienes cedidos a través de un decreto a petición del propio deudor¹⁵¹ o de los acreedores.

2º Un acreedor o un grupo de acreedores

La petición de la *missio in bona* (*postulatio*) puede ser realizada por un acreedor¹⁵²: *Postulat a Burrieno praetore Naevius ut ex edicto bona possidere liceat...*¹⁵³ o bien por un grupo de acreedores: *Cum unus ex creditoribus postulat*. Esta última expresión utilizada por un texto de PAULO¹⁵⁴ ha hecho suponer¹⁵⁵ que los acreedores podían demandar la *missio* en grupo, lo que –en mi opinión– viene confirmado por un texto de POMPONIO, D.28.5.23.2 (*l.I ad Sab.*), que afirma: *postulantibus creditoribus constituet praetor... se bona defuncti creditoribus possidere iussurum...*

¹⁴⁸. GIRARD se plantea este interrogante sin facilitar una respuesta en uno u otro sentido *Manuel... cit.*, 6º edic., p. 1064, n.3.

¹⁴⁹. WLASSAK, PW, s.v. *Cessio... cit.*, col. 1997 y ss.; GUENOUN, *La cessio bonorum... cit.*, p. 61, n.1; SOLAZZI, S., "P.Ryl. 117", *Scritti di diritto romano*, v.III, (1925-1937) Napoli, Ed. Jovene, 1960, p. 43 [= *Scritti in onore di G. LUMBROSO*, Milano, 1925, p. 246.252]; ID., *Il concorso... cit.*, I, p. 49 y ss.

¹⁵⁰. En este sentido GAYO 3.78 recoge la *cessio* entre los casos de *venditio bonorum* y en el fragmento siguiente recoge las formalidades necesarias que preceden a la *venditio*.

¹⁵¹. Vid. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 49-50; PAKTER, "The mystery of cessio bonorum... cit.", p. 323 y ss.

¹⁵². Cfr. BETTI, E., NNDI, s.v. *Processo civile (Diritto romano)*, t. XIII, Torino, 1968 [= NDI, s.v. *Processo civile romano*, t. X, Torino, 1939]; ALVAREZ SUAREZ, *Curso... cit.*, p. 479; ANDOLINA, "I presupposti... cit.", (1968), p. 102.

¹⁵³. CICERÓN, *pro Quinct.*, 6.25;

¹⁵⁴. D.42.5.12.pr. (PAUL. 1. LIX ad ed.)- *Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is qui petit possidere potest, an, cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit. et commodius dicitur, cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri: quod et Labeo putat. nec videbitur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quicquam adquiri, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit: et ideo ceteris quoque prodest...*

¹⁵⁵. Cfr. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 41, n.3.

Es necesario que el acreedor que pide la puesta en posesión sea titular de un crédito vencido, pues los acreedores a término o a condición no pueden solicitar la venta ni la puesta en posesión que la precede¹⁵⁶, lo cual responde a razones de lógica jurídica pues *pendente condicione* no surge la acción ni es legítimamente ejercitada hasta que haya vencido el término.

Es esencial que quien pida la *missio* sea un acreedor o el titular de una *petitio*¹⁵⁷ pues no se les exige un título ejecutivo sino que es suficiente con que tengan un título jurídico válido. Además es necesario que se encuentren en alguno de los supuestos y con los requisitos establecidos por el Edicto del pretor para la concesión de la *missio in bona*, en otro caso su gestión será nula, así se recoge en D.42.5.12.pr. *in fine: plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio*. En este caso el pretor no protege al que fue puesto en posesión, porque se entiende que la obtuvo sin causa alguna: *proinde si ob falsum creditor vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summo moveri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est*.

Una vez pedida la *missio in bona* por uno o varios acreedores, el *iussum* concedido por el Pretor beneficia a todos los demás acreedores¹⁵⁸. PAULO lo expresa diciendo: *non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem*¹⁵⁹ y ULPIANO afirma: *... cum creditores rei servandae causa mittuntur in possessionem: nam is qui possidet non sibi, sed omnibus possidet*¹⁶⁰. Y además, el Pretor no indica quién es el beneficiario de la *missio*, sino que en su Edicto utiliza términos generales y habla en plural de los que entran en pose-

¹⁵⁶. Lo que viene probado por dos textos del Digesto: uno de Ulpiano (D.42.4.7.14) y otro de Papiniano (D.15.1.50.pr). Sobre este punto remitimos a PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio... cit.*, p. 140 y ss.

¹⁵⁷. La petición de la *missio in bona* también puede ser realizaba por el titular de un derecho real (*petitio*) D.42.4.7.16 (ULP. I.LIX ad ed. y D.43.4.1.5. (ULP. I.[LXXII] <LXII> ad ed.).

¹⁵⁸. Cfr. ARMUZZI, "Il magister... cit.", p. 484; COSTA, *Profilo... cit.*, p. 93-94; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 42.43; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 106; CUQ, *Manuel... cit.*, p. 902; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni... cit.*, p. 145; ALVAREZ SUAREZ, *Curso... cit.*, p. 480; LONGO, G.E., NNDI, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*; COLLINET, D-S, s.v. *Venditio bonorum... cit.*; VOICI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*; ANDOLINA, "I presupposti... cit.", (1968), p. 103.

¹⁵⁹. D.42.5.12.pr. (PAUL. I.LIX ad ed.)

¹⁶⁰. Vid. D. 36.4.5.2. (ULP. I.LII ad ed.). Cfr. CICERÓN, *pro Quinct.*, 23.73; D.42.5.13 (PAUL. LXVIII ad ed.) y habría que añadir todos los textos que emplean expresiones como "creditores possident" o "mittuntur in possessionem".

sión -detentación- de los bienes: "*qui ex edicto meo in possessionem venerint*"¹⁶¹.

Por tanto todos los acreedores pueden aprovecharse de la *missio in bona*, la única objeción está en el principio según el cual nadie puede adquirir derechos para otro. Sin embargo, según la opinión de LABEÓN, recogida por PAULO, el magistrado no crea ningún derecho nuevo sino que les da a los acreedores la posibilidad de ejercer un derecho que ya tenían anteriormente. De modo que el que obtiene la *missio* no realiza ningún acto de adquisición, sino que lleva a cabo una formalidad necesaria para la ejecución: *aliquid est ordine facit*¹⁶². Así que, por este medio, la equidad es satisfecha, todos los acreedores que tengan títulos jurídicos equivalentes tienen los mismos derechos a ser pagados. Es el principio *par condicio omnium creditorum*, recogido por ULPIANO en D.42.8.6.7.

ULP. l LXVI ad ed.- ... qui vero post bona possessa debitum suum recipit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.

Este principio informa al procedimiento ejecutivo patrimonial romano y no constituye una excepción a esta regla el texto de PAULO¹⁶³, que afirma que las deudas susceptibles de aumentar por medio de la cláusula penal debían ser pagadas por el *curator bonorum*, ni el texto de POMPONIO¹⁶⁴, que en sentido semejante, afirma que el pago será realizado por medio de procuradores¹⁶⁵ porque -dice el jurista- es ventajoso para todos los acreedores que el pasivo no aumente por medio de la cláusula penal. Como tampoco considero que sea una excepción a la regla

¹⁶¹. Vid. D.42.4.5.2. (*ULP. l LIX ad ed.*); CICERÓN, *pro Quinct.*, 27.84. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 423.

¹⁶². En este sentido, LAURIA, [*"Jurisdictio... cit."*, p. 525.] mantiene que cuando el Pretor otorga la *missio in bona* no crea ningún derecho nuevo por dos razones: 1º.- porque no prejuzga los presupuestos de hecho o de derecho que fundan la *petitio*, falta la *causae cognitio*; 2º.- Porque el objeto del decreto no es ni siquiera la simple posesión, sino la mera detentación.

¹⁶³. D.42.7.1.2 (*PAUL. l LVII ad ed.*): *Sed si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat, per curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat, decerni solet.*

¹⁶⁴. D.28.5.23.3 (*POMP. l I ad Sab.*):- *Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et maxime si publicum debitum imminet: per procuratorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat.*

¹⁶⁵. Corrigen *procuratorem* por *curatorem* MONNSEN-KRUEGER en la edición del *Corpus Iuris Civilis*; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 119, n. 1 y 2; LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 420; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, v.II, p. 9.

par condicio creditorum el pago de los llamados créditos privilegiados, los cuales tienen derecho a ser pagados preferentemente y de forma íntegra¹⁶⁶ (después de los hipotecarios) pues este principio se aplica entre los acreedores ordinarios¹⁶⁷.

3º. Por el titular de un derecho real

Si bien los textos¹⁶⁸ y, en concreto, los Comentarios de los juristas clásicos al Edicto¹⁶⁹, parecen señalar que el régimen de la *missio* sólo tiene aplicación para tutelar los derechos de crédito, del análisis más detallado de las fuentes se puede afirmar que, al menos durante la primera etapa del Derecho clásico, se aplicó a las acciones reales el mismo procedimiento (*missio* y venta del patrimonio) que a las acciones personales.

El régimen de la *missio in bona*, en relación con el ejercicio de las acciones reales, continúa estando preordenado a garantizar el principio de contradicción. Sin embargo, hay que advertir que, en relación con la *indefensio* hay una radical diferencia entre la posición procesal del demandado a través de una acción personal y la del demandado a través de una acción real. En el primer caso, aquél sufría inevitablemente la *ductio* o la *missio in bona* que opera como sanción a la obligación de aceptar la litis (*accipere iudicium*); en el segundo caso, la falta de adhesión a la *litis contestatio* no comporta ninguna sanción del poseedor o detentador de la cosa si el *rem non defendere* se traduce en el abandono de la cosa litigiosa. En este sentido, tiene razón PROVERA¹⁷⁰, cuando afirma que los medios procesales que producen la *traslatio possessionis* no operan como sanción a la indefensión del demandado, sino que castigan el comportamiento de quien a pesar de la *indefensio* pretendía conservar la posesión de la cosa litigiosa.

Por tanto, mientras que frente al ejercicio de una *actio in rem* nadie está obligado a defenderse, sino que la posesión de la cosa es transferida al actor a través del interdicto *quem fundum o quam hereditatem*¹⁷¹), frente al que se es-

¹⁶⁶. GIRARD, *Manuel... cit.*, p. 1065; ARMUZZI "Il magister... cit.", p. 485; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit", p. 112; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.* (3ª edic.), p. 333.

¹⁶⁷. Sobre la discusión que se plantea en derecho actual sobre este tema. Vid. BERMEJO GUTIERREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, Ed. Civitas, 2002.

¹⁶⁸. Vid. Ulp. D.29.4.1.9. y Paul. D.42.4.6.1.

¹⁶⁹. Vid. los textos recogidos por LENEL, *Das Edictum... cit.*, parágr. 205 y 206.

¹⁷⁰. PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 171 y ss.

¹⁷¹. Cfr. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 45 y ss.; MARRONE, M., "A proposito di perdita... cit", p. 206 y ss.

En general, sobre la disciplina de la *indefensio* en relación con las acciones *in rem*. Vid. PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 136 y ss.

conde (latitante) o está ausente o frente al *in ius vocatus* que no comparece ante el magistrado no es posible ejercitar ningún tipo de acción, ni real ni personal.

De modo que este procedimiento podía ser autorizado tanto por créditos como por *petitiones*¹⁷², lo que viene confirmado expresamente por ULPIANO en D.43.4.1.5:

*ULPIANUS l.LXII ad ed.*¹⁷³.- ... *proinde si ob falsum creditum vel offalsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summo-
veri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam
causam in possessionem missus est.*

De hecho, el régimen edictal aplicable a las acciones personales (la *missio in bona* y la consiguiente *bonorum venditio*) se aplicó también frente al que se oculta o está ausente cuando es demandado a través de una *actio in rem*, lo que viene confirmado por un texto de ULPIANO, que recoge la opinión de NERACIO¹⁷⁴ ratificada por un rescripto del emperador Adriano:

¹⁷². Este vocablo hace referencia a las acciones reales. *Vid.* SOLAZZI, *Il concorso...* cit., I, p. 128, n.2.

¹⁷³. En la *inscriptio* del texto se hace referencia al libro 72 de los Comentarios al Edicto de ULPIANO, pero se cree que es un error de un copista y que el texto estaba extraído del libro 62 de la misma obra del jurista. LENEL propone la corrección de la *inscriptio* del texto y afirma que el fragmento procede del libro LXII, en lugar del LXXII, *ad edictum* de ULPIANO y ello, porque estima que el fragmento 1 de D.43.4 debía referirse a la misma materia que el fragmento siguiente que proviene del libro LIX *ad edictum* de PAULO relativo al trámite concursal. *Vid.* LENEL, O., *Palingensia Iuris civilis.*, II, Lipsiae, 1889 (reimpr. Graz, 1960) (Ulp. 1418), col. 790, n.2; ID., *Das Edictum...* cit., p. 424, n.11. Siguiendo a este autor la doctrina en general admite esta corrección: *vid.* entre otros: MOMMSEN *ad leg.* en la edición del Digesto; RAMADIER, *Les effets...* cit, p. 74, n. 2; SOLAZZI, *Il concorso...* cit., I, p. 25, n.2 y 163, n. 2; BERETTA, "La anualità delle azioni pretorie nel diritto romano clasico", *RISG* 3 (1949) p. 324; WESENER, G., "Actiones ad exemplum", *Z.S.S.* 75 (1958), p. 233; BETANCOURT, "La defensa pretoria... cit.", p. 461 y ss.

Xavier D'ORS [*El interdicto fraudatorio en derecho romano clásico*, Pamplona, 1974, p. 98 y 99, n. 8] admite esta corrección aunque señala que también cabría pensar en una atracción del texto a esta sede por la reordenación del edicto por JULIANO.

En todo caso, hemos de advertir, como ha visto BETANCOURT, F., ["La defensa pretoria del missus in possessionem", *AHDE*, 52, 1992, p. 463, n. 211], que si conservamos la *inscriptio* actual, como proveniente del libro LXXII *ad edictum* de ULPIANO, entonces esta *actio in factum* estaría situada al final del libro XLIII del Edicto perpetuo donde encontramos acciones complementarias a interdictos.

¹⁷⁴. NERACIO fue consejero imperial en época de Trajano y después formó parte del *consilium imperiale* de Adriano. *Vid.* SCARANO USSANI, V., "Ermeneutica, diritto e valori in L. NERAZIO PRISCO", *LABEO*, 23 (1977), p. 197., n.136.

*D.42.4.7.16 (ULP. l.LIX ad ed.).- Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint. extat Neratii sententia existimantis bona esse vendenda: et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur*¹⁷⁵.

Por tanto, el procedimiento en caso de *latitatio* o de ausencia¹⁷⁶ era para las acciones reales idéntico al régimen aplicable a las acciones personales¹⁷⁷. Aunque, hay que advertir que la concesión de la *missio in bona* para las acciones reales no fue un tema pacífico entre los juristas clásicos: el propio ULPIANO, prosiguiendo con su comentario, refiere la opinión contraria de CELSO:

*D.42.4.7.17 (ULP. l.LIX ad ed.).- Celsus autem Sexto respondit, si fundum, quem petere volo, Titius possideat neque absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri. [hoc adnotandum est Celsum consultum non de latitante, sed de absente]*¹⁷⁸.

CELSO aconseja, para el caso de la acción reivindicatoria ejercitada frente a un ausente, la *missio in fundum*, que constituía el objeto de la reclamación, como remedio más cómodo -*commodius*- y preferible a la expropiación de todos los bienes. Si bien el jurista se refería a un caso de ausencia, su doctrina inspirada en motivos de práctica utilidad y eficacia debió incluir el caso del latitante¹⁷⁹.

¹⁷⁵. En contra de este texto, que ha sido considerado genuino por la mayoría de la doctrina, LEPRI opina que para las acciones reales los clásicos recogían la *missio in bona* pero no conocieron la *bonorum venditio*, que habría sido extendida por los compiladores al latitante. Por tanto en congruencia con su tesis estima que la frase [*Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet*] está interpolada. LEPRI, M.F., *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, Ed. Carlo Cya, 1939, p. 49.

¹⁷⁶. Si bien el pasaje de ULPIANO (D.42.4.7.16) se refería únicamente al latitante, la misma solución debió ser aplicada al ausente, lo que viene confirmado *a contrario* por el fragmento siguiente (D.42.4.7.17).

¹⁷⁷. Vid. en este sentido RICCOBONO, S., "Studi critici sulle fonti del diritto romano", *BIRD*, 8 (1985), p. 194; MURGA, J.L., *Derecho romano clasico II. El proceso*, Zaragoza, 1980, p. 254 y ss.; MARRONE, "A proposito di perdita... cit.", p. 206 y 207.

¹⁷⁸. La frase final [*Hoc adnotandum hasta el final*] es un glosema: Vid. RICCOBONO, "Studi critici... cit.", p. 195; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, 129; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 133, n. 58; CHIAZZESE, *Jusurandum in litem*, Milano, Ed. Giuffrè, 1958, p. 139.

Por su parte LEPRI, en congruencia con su tesis de que para las acciones reales se aplicaba en derecho clásico la *missio in bona*, considera interpolada la frase [*commodius se existimare in fundi possessionem mittendum*] "Note sulla natura... cit.", p. 50.

¹⁷⁹. Vid. RICCOBONO, "Studi critici... cit.", p. 195; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 133; MARRONE, "A proposito de la perdita... cit.", p. 207, n. 86.

En el párrafo siguiente, CELSO se refiere al caso de la *petitio hereditatis* frente al latitante, aconsejando en beneficio del acreedor la entrada en posesión de los bienes hereditarios. En el caso de que el latitante *dolo fecit quo minus possideret* señala la aplicación de la *missio in possessionem* y consiguiente venta de todos los bienes del deudor¹⁸⁰, pues en este caso una *trascriptio possessionis* de los bienes no habría sido posible, bien porque los bienes ya no se poseen o bien porque nunca llegaron a poseerse por dolo.

*D.42.4.7.18 (ULP. LLIX ad ed.)- Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidentia et vendenda sunt*¹⁸¹.

Los párrafos 17 y 18 recogen claramente la doctrina de CELSO para el caso de las acciones reales. El jurista sugiere un procedimiento más rápido y expedito (*commodius*) a través de la *missio in possessionem* de la cosa controvertida sin distinguir entre latitancia y ausencia¹⁸².

La doctrina de CELSO es adoptada por un rescripto de Antonino Pío, recogido por el propio ULPIANO en el párrafo 19¹⁸³:

*D.42.4.7.19 (ULP. LLIX ad ed.)- Divus quoque Pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum: in quo rescripto et fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat, in possessionem inductus est rerum hereditariarum*¹⁸⁴

¹⁸⁰. MARRONE, "A proposito di perdita... *cit.*", p. 204 y ss.

¹⁸¹. Para MARRONE la frase final [*sed si dolo* hasta el final] recoge una opinión del propio ULPIANO "A proposito di perdita dolosa... *cit.*", p. 204.

¹⁸². *Vid.* RICCOBONO, "Studi critici... *cit.*", p. 196; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 130.

¹⁸³. *Vid.* MARRONE, "A proposito de la perdita... *cit.*", p. 205 y n.82; CHIAZZESE, L., *Jusiurandum in litem*, Milano, Ed. Giuffrè, 1958, p. 140.

¹⁸⁴. Algunos autores han señalado la frase [*per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat*] como interpolada. *vid.* VOLTERRA, E., "Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penal romano. Apéndice: Contumacia nei testi giuridici romani", BIRD, 38, 1930, p. 139; LEPRI, la estima probable, "Note sulla natura... *cit.*", p. 50 y ss.; *Cfr.* CHIAZZESE, *Jusiurandum... cit.*, p. 139.

El rescripto se refería al caso de latitancia¹⁸⁵ por parte del *hereditatis possessor* (aunque es probable que -como señala SOLAZZI¹⁸⁶- el emperador hubiese dado la misma solución para el caso de la ausencia). Concedía a aquél que intenta la *petitio hereditatis* entrar en posesión de los bienes hereditarios, utilizando la *missio in fundum* o *in hereditatem* como medida de presión para que el latitante (o el ausente) se presente y asuma su defensa.

También JULIANO¹⁸⁷ es reacio, como CELSO, a aconsejar para el caso del que se oculta la *missio in bona* seguida de venta (medida que era recomendada por NERACIO):

D.8.5.18 (IULIANUS l.VI ex Minicio).- Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, su potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. respondi oportere praetorem [causa cognita] iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam actori ius aquae ducendae [constituisset] <restituisset> et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, vel uti prata arboresve exaruisset.

El pasaje se refiere al ejercicio de una *actio in rem*¹⁸⁸, concretamente una *vindicatio servitutis*¹⁸⁹, que deviene imposible por latitancia¹⁹⁰ del dueño del

^{185.} La doctrina estima que el texto trataba de un supuesto de latitancia, lo que deriva de la locución "*copiam sui non faciebat*" Vid. CHIAZZESE, *Jusiurandum... cit.*, p. 139; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 132, n. 2. Este último autor fundamenta además esta opinión en el texto de Bas. 9.6.7.

Sin embargo, VOLTERRA lo refiere a un caso de ausencia "*Osservazioni sull'ignorantia... cit.*", p. 139.

^{186.} SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 132, n. 2.

^{187.} La respuesta recogida por este texto es atribuida por LENEL dubitativamente a MINICIO, *Palingenesia... cit.*, I, 879, c.489.

Para RICCOBONO no hay duda de que el texto recoge una opinión de JULIANO, lo que vendría ratificado por el verbo *respondi* que necesariamente se refiere al jurista "*Studi critici... cit.*", p. 192 y 197.

^{188.} Vid. CUJACIO, *Opera... cit.*, VI, p. 50; DERNBURG, *Ueber die emtio bonorum... cit.*, p. 90; RICCOBONO "*Studi critici... cit.*", p. 194.

^{189.} DERNBURG [*Ueber die emtio bonorum... cit.*, p. 90, n.2] la refería a una *actio negatoria* o *confessoria*.

Entre los autores que señalan una *vindicatio servitutis*. Vid. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, p. 131; LEPRI, "*Note sulla natura... cit.*", p. 48; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 135.

^{190.} Las palabras "*sui potestatem non faciebat*" hacen referencia a un caso de *latitatio*. Vid. RICCOBONO "*Studi critici... cit.*", p. 182; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, p. 131; LEPRI, "*Note sulla natura... cit.*", p. 48.

Para RAMADIER el texto se refería al caso del *vocatus* que había dado un *vindex* y llegado el día no se presenta, en este caso el pretor concedía la *missio in bona* *Les effets... cit.*, p. 35 y ss.

fundo sirviente. En este caso JULIANO aconseja la *missio in bona adversarii* (excluyendo la sucesiva *bonorum venditio*), utilizando la *missio* como una medida coactiva o de presión¹⁹¹.

En el texto llama la atención que la posesión se prolongue, no hasta la comparecencia del demandado, sino hasta la constitución de la servidumbre. Esta anomalía hace pensar¹⁹² que el texto pueda estar interpolado: encontramos algunos indicios en el verbo "*constituisset*", que debe ser sustituido¹⁹³ por *restituisset*, dado que se trata de hacer cesar la perturbación en el ejercicio de la servidumbre ya constituida y no de constituirla.

Igualmente es extraño que la *missio in bona* se produzca previa *causae cognitio*, pues ésta se solía acordar cuando se daban los presupuestos recogidos por el pretor en su edicto sin necesidad de un conocimiento preventivo de la causa¹⁹⁴. Las explicaciones dadas por la doctrina son variadas: RAMADIER¹⁹⁵ sostiene que la *causae cognitio* es necesaria porque ésta es una hipótesis especial no recogida en el Edicto. RICCOBONO¹⁹⁶ opina que es un supuesto excepcional, donde el pretor debía valorar los daños derivados del impedimento de la servidumbre para ver si el interés del dañado exigía la *missio in bona* o si bastaba con la *missio in fundum* (aconsejada por CELSO para las acciones reales).

En nuestra opinión las palabras [*causa cognita*] están interpoladas¹⁹⁷, dado que los textos, tal y como aparecen actualmente, nos informan que para el Derecho justiniano, el ausente, demandado a través de una acción real, sufre la *missio in fundum* o *in hereditatem*, mientras que para el latitante el pretor podía, según las circunstancias, autorizar la *missio in bona* o la posesión de la cosa controvertida¹⁹⁸. Para este último caso era necesario que el órgano judicial autorizase, *causa cognita*, la *missio in singulas res* o la *missio in bona*.

En conclusión, podemos decir que originariamente el régimen edictal referente al latitante y al ausente se extendía a las acciones *in rem*, produciéndose la *missio in bona* y la consiguiente *bonorum venditio* de los bienes¹⁹⁹. Poste-

¹⁹¹. Vid. RICCOBONO, "Studi critici... cit." p. 194; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 36.

¹⁹². SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 132; LEPRI, "Note sulla natura... cit.", p. 49.

¹⁹³. Vid. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 35.

¹⁹⁴. Vid. *infra* p. 37 y ss.

¹⁹⁵. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 36.

¹⁹⁶. RICCOBONO, "Studi critici... cit.", p. 196 y ss.

¹⁹⁷. En este sentido se manifiesta LEPRI, "Note sulla natura... cit.", p. 48.

¹⁹⁸. Cfr. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 131; PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 134.

¹⁹⁹. ULP. D.42.7.4.16. y ULP. D.43.4.1.5.

riormente, CELSO y JULIANO, ambos contemporáneos y pertenecientes al *Consilium Hadriani*, dejan de aconsejar la *missio* y venta de los bienes, como hacía NERACIO, comenzando a utilizar la *missio*, ya sea de todo el patrimonio, o ya sea, solamente, de la cosa controvertida, como medida de coerción²⁰⁰. Probablemente, con el tiempo se acabó generalizando la tesis según la cual el ausente o latitante venían sujetos a la *missio in singulas res* del bien reivindicado²⁰¹, lo que explicaría que los Comentarios al Edicto de los juristas clásicos posteriores sólo hagan referencia a la aplicación de este procedimiento a las *actiones in personam*.

b) *Decreto del magistrado autorizando la apertura del procedimiento*

• La función del magistrado

Hay que advertir que en Derecho Romano la función que desempeña el magistrado en la tramitación del procedimiento es mucho más limitada que la función del juez en el concurso de acreedores.

Actualmente, el Juez viene calificado como órgano rector del proceso con amplias facultades de dirección, supervisión y control sobre la actuación de los demás órganos del concurso, y de decisión sobre las cuestiones de fondo que se le planteen, sean principales o incidentales²⁰², indicándose que a él le corresponde el impulso del proceso²⁰³, asistido, naturalmente, por el Secretario Judicial²⁰⁴. En Derecho romano, sin embargo, la función del magistrado se limita fundamentalmente a asistir a los acreedores en las distintas peticiones que estos le hacen. Lo que —en nuestra opinión— se explica por el principio privatista que informa el procedimiento durante la época del *ordo iudiciorum privatorum*, pues en el procedimiento civil romano se dan naturalmente los dos elementos que inciden siempre en la organización procesal para la defensa de los derechos, es decir, el elemento privatístico (representado por la acción) y la intervención estatal del órgano adecuado, pero consideramos que en el litigio romano clásico prima lo privado sobre lo público, lo que se advierte claramente, no sólo en la sentencia emanada por un juez privado o el acuerdo de las partes en el momento de la *litis contestatio*, sino también en la supervivencia de algunas instituciones que se

²⁰⁰. Tesis mantenida por RICCOBONO, "Studi critici... cit.", p. 197; MURGA, *Derecho romano privado II. El proceso... cit.*, p. 255.

²⁰¹. Cfr. PROVERA, *Il principio... cit.*, p. 135.

²⁰². Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho concursal... cit.*, p. 843.

²⁰³. Art. 186 LCon.

²⁰⁴. LCon. disp. fin. 6]

conservan como vestigios de la autoayuda (como son la *manus iniectio extraprocesal* o el *vadimonium*)²⁰⁵.

Sin embargo, a pesar de este papel más pasivo del magistrado romano, en el procedimiento de la *bonorum venditio* son numerosos los momentos en los que su intervención es absolutamente necesaria. En este sentido, el pretor debe emanar necesariamente, durante la tramitación del procedimiento, tres decretos distintos: Un primer decreto que, previa petición de los acreedores, autoriza la *missio in bona* y ordena la publicación anunciando que los bienes están siendo poseídos y que serán vendidos, un segundo decreto donde autoriza a los acreedores a nombrar un *magister bonorum* con el encargo de proceder a la venta y un tercer decreto a través del cual se aprueban las condiciones de venta (*lex venditionis*) y se ordena su publicación al *magister bonorum*²⁰⁶.

A parte de estas intervenciones absolutamente necesarias para la buena marcha del procedimiento, su actuación también está prevista en otros casos, como para el supuesto en que deba nombrarse un *curator bonorum* en los supuestos en que sea necesario realizar alguna de las funciones que el ordenamiento atribuye en exclusiva a esta figura²⁰⁷. Igualmente, para el caso en que

²⁰⁵. No es este el lugar para abordar con detalle el carácter público o privado del proceso romano, sobre este tema *Vid.* CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, Ed. Giuffrè, 1946, pp. 114 y ss y 233 y ss.; PUGLIESE, *Il processo civile romano II Il proceso formulaire... cit.*, p. 75 y ss.; MURGA, *Derecho romano clásico. II. El proceso... cit.*, p. 49 y ss.; NICOSIA, G., *Il processo privato romano. I. Le origini (corso di diritto romano)*, Torino, Ed. Giappichelli, 1986, p. 16 y ss.

²⁰⁶. Sobre las fuente y la doctrina que tratan sobre los distintos decretos emanados por el magistrado y los plazos para proceder a la *bonorum venditio* *vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio... cit.*, p. 231 y ss. y sobre todo p. 234-236.

²⁰⁷. Son sobre todo funciones de custodia (de reintegración y de reducción de la masa activa) pero también de administración: 1º.- La venta de las cosas que pueden deteriorarse o perderse por el transcurso del tiempo. 2º.- El ejercicio de las acciones del deudor sujetas a plazo preclusivo, (pero en este caso no es porque los acreedores o el deudor no puedan defenderse, pues se le reconoce la posibilidad de nombrar un procurador, sino porque para éstos es extremadamente gravoso obedecer las normas de la representación procesal); 3º.- Igualmente, frente al curador pueden dirigir sus acciones los acreedores del insolvente, pero no debe responder frente a todos los acreedores porque se infringiría el principio de las *par condicio creditorum*, sino únicamente responde frente a las acciones reales y las acciones personales privilegiadas. 4º.- Viene legitimado para el ejercicio de los recursos procesales recogidos por el edicto y dirigidos a la revocación de los actos realizados en fraude de los acreedores; 5º.- Satisfacer algunas deudas particularmente gravosas, que tiendan a aumentar por vía penal; 6º.- Las facultades del curador de los bienes se completan con las relativas al *curator ventris nomine*, concretamente deberá rescatar las prendas que superen el valor del crédito garantizado para evitar que sean vendidas por el acreedor pignoraticio con daño para la

sea necesaria la autorización a los acreedores para asegurar las cosas muebles a través de la colocación de sus sellos o bien para el supuesto en que sea necesario conocer la entidad del pasivo, en cuyo caso autorizaba a uno de los acreedores (*ne corrumpatur rationes*) para consultar y copiar los libros de contabilidad.

- Decreto del magistrado

Ningún documento ha conservado en su totalidad la fórmula de la orden pretoria (*iussum*) pero puede inferirse de expresiones utilizadas por el Edicto o por los juristas²⁰⁸; aquél simplemente dice *bona NN ex edicto proscribi venerique iubebo*²⁰⁹. Sobre la base del código Ambrosiano de VAL. PROBO 5.24 que recoge las siglas: B.E.E.P.P.V.Q.P.P., algunos autores afirman que el añadido final (P.P.) es un error de un copista en lugar del originario I, como opina la doctrina mayoritaria, admitiendo *pro portione iubebo*²¹⁰.

Por medio de este primer decreto el pretor autoriza a los acreedores tanto a poseer los bienes como a publicar (*possideri et proscribi*²¹¹), subordinando la venta a la condición de que los bienes sean poseídos y publicados durante 30 a 15 días ininterrumpidos: *bona per dies continuos XXX (XV) possideri et proscribi* (GAYO III.79). De modo que es decir que conjuntamente concedía la puesta en

masa activa y evitar que las cosas se pierdan por usucapión y se liberen los deudores por el transcurso del tiempo; 7º.- Por último, hay que señalar que una vez nombrado el curador sustituye en la función de custodia a los acreedores.

^{208.} Vid. D.42.4.2.pr y 1 (*ULP. l.V ad ed.*); D.42.5.31.3 (*ULP. l.II de omn. trib.*); D.39.2.7.pr (*PAUL. l.VIII ad Plaut.*); D.42.4.7.1. (*ULP. l.LIX ad ed.*); D.50.1.26.1 (*PAUL. l.I ad ed.*); VAL. PROBO 5.24; CICERÓN, *pro Quinct.*, 6.25.

^{209.} Cfr. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 413; GIRARD, *Manuel... cit.*, p. 1065; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 106; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 36; KASER, *Derecho romano privado... cit.*, p. 380.

^{210.} Cfr. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 413, n.1 y la bibliografía allí citada.

Para RAMADIER la fórmula sería *BONA NN EX EDICTO POSSIDERE VENERIQUE IUBEBO*, en ella se recogía conjuntamente la orden de poseer, publicar y vender los bienes. [*Les effets... cit.*, p. 33].

^{211.} Esta es la opinión mantenida por la doctrina mayoritaria: KELLER, "De la procedura civile... cit.", p.406; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 64; HUSCHKE, Ph. E. *Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846 (reimpr. Darmstadt, 1980), p. 151; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 483; ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 106; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 172; SOLAZZI, "In tema di bonorum venditio... cit.", p. 77; TALAMANCA, *La vendita all'incanto... cit.*, p. 242; DONATUTI, "Voci dal NDI: Bonorum possessio... cit.", p. 1024; MARRONE, *Istituzioni... cit.*, p. 135; ALVAREZ SUAREZ, *Curso... cit.*, p. 480.

posesión y ordenaba la publicación (*proscriptio bonorum*) a los acreedores. La publicación (*proscriptio*) consiste en la colocación de carteles, llamados *libelli*²¹², en los lugares más concurridos de la ciudad donde todos pudiesen leerlos²¹³: *Libellis in celeberrimis locis proponuntur*²¹⁴. La *proscriptio* se realizaba por los acreedores²¹⁵ puestos en posesión por orden del magistrado²¹⁶, anunciando que los bienes están siendo poseídos y que serán vendidos²¹⁷, lo que —en mi opinión— viene confirmado por los textos que recogen la orden pretoria y que utilizan la expresión *bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo* u otras equivalentes²¹⁸.

La doctrina no se pone de acuerdo sobre si a la concesión del decreto precedía o no una *causae cognitio*. Las distintas posturas mantenidas por los autores pueden agruparse en tres:

1º.- Un primer grupo de autores²¹⁹ opina que el pretor operaba en todo caso *causa cognita* para la concesión de la *missio in bona rei servandae causa*. En este sentido, JOBBÉ-DUVAL²²⁰ afirma que el pretor conservaba un derecho de control sobre todas las *missiones in possessionem* que prometía en su Edicto, porque la *missio* y la *bonorum venditio* a la que aquélla conducía eran de extremada grave-

²¹². Vid. CICERÓN, *Pro Quinct.*, 6.27; 15.50; SÉNECA, *De benef.*, 4.11-13.

²¹³. Vid. CASCIONE sobre la posibilidad de que la fijación de carteles se realizase sobre la *columna Maenia*; "Bonorum proscriptio apud columniam Maeniam", *LABEO*, 42 (1996) 3, p. 455.

²¹⁴. CICERÓN, *Pro Quinct.*, 15.50.

²¹⁵. Aunque no faltan autores que opinan que la notificación correspondería hacerla al *curator bonorum* como representante del conjunto de acreedores, vid. COSTA, *Profilo storico... cit.* p. 94; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni... cit.*, p. 145; SCHERILLO, *Corso... cit.*, p. 261. En nuestra opinión esto no es probable porque el curador de los bienes es una figura eventual del procedimiento, que se nombra sólo en casos en que sea necesario realizar alguna de las funciones que el ordenamiento le atribuye en exclusiva. Sobre el curador, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio... cit.*, p. 194 y ss.

²¹⁶. Vid. GAYO 3.79: *iubet ea praetor... possideri et proscribi*.

²¹⁷. Opinión mantenida por SOLAZZI, *Il concorso... cit.* I p. 175 y ss.; Id., "In tema di bonorum... cit.", p. 88-89; DE SARLO, L., "Missiones in possessionem e proscriptio", *Studi in memoria di E. ALBERTARIO*, I, Milano, 1953, p. 499 y ss.

²¹⁸. Vid. VAL. PROBO 5.24; *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, c. 22.47: *... bona eorum possideri proscribere iubebo*; CICERÓN, *Ad Att.*, 6.1.15: *de bonis possidendis vendundis magistris faciendis.*

²¹⁹. CARRELLI, "Per una ipotesi... cit.", p. 433; GIUFFRÈ, "Sull'origine della bonorum... cit.", p. 346, n. 105. Estos autores se limitan a señalar la necesidad de un previo examen sumario.

²²⁰. JOBBÉ-DUVAL, "Les decreta... cit.", p. 207 y ss.

dad, pudiendo el pretor denegar la puesta en posesión en los casos en que después de un examen sumario surgiesen dudas razonables sobre la justicia de la demanda. LEMOSSE²²¹ deduce un control del magistrado, sobre la base de un texto de ULPIANO (D.42.4.7.11²²²) que se refiere al régimen especial dispuesto para el deudor incapaz privado de representante y que generalmente se ha tenido como interpolado²²³. Para RAMADIER²²⁴ sólo en época antigua debió ser necesaria la *causae cognitio*, previa a la concesión de la *missio in bona*, pero sólo hasta que el Edicto fija la lista definitiva de las causas de puesta en posesión.

2º.- Para un segundo grupo de autores²²⁵ la *causae cognitio* era necesaria sólo con referencia a particulares y taxativas hipótesis, como para el caso de que la *missio* fuese invocada contra el pupilo presente *in iure* que no fuese defendido²²⁶ o contra el patrimonio del deudor difunto cuando la incertidumbre sobre la existencia del heredero se prolongue demasiado tiempo. Otros autores²²⁷ sostienen que el Pretor podía, según su parecer, acordar la *missio in bona, causa cognita*, fuera de los casos previstos en el *album*; ésta sería la llamada *bonorum possessio decretalis*²²⁸ frente a la *bonorum possessio edictalis*²²⁹ que eran las causas de *missio* recogidas por el Edicto y que se acordaban sin necesidad de previa *causae cognitio*. Para ACCARIAS²³⁰ el magistrado deberá realizar la *causae cognitio* en todos los supuestos en que la puesta en posesión no fuese acordada *ex causa iudicati*.

3º.- Por último, la postura defendida por la doctrina mayoritaria²³¹, que afirma que el Pretor concede la *missio in bona* sin previas averiguaciones, por

²²¹. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, París, 1944 (Reimpr. Roma, Ed. L'Erma, 1971), p. 198 y ss.

²²². Cfr. D.42.5.15.pr. (ULP. l.LXII ad ed.).

²²³. Vid. *Index interp. ad leg.* Cfr. ROTONDI, "Bonorum venditio... cit.", p. 115; GIUNTI, "Ius controversum... cit.", p. 51.

²²⁴. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 26.

²²⁵. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 36 y 37, n. 2; ANDOLINA, "I presupposti... cit.", (1968), p. 118; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, I, p. 50, 93 y 140.

²²⁶. D.42.4.5.1. (ULP. l. LIX ad ed.).

²²⁷. Vid. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 34; LAURIA, "Iurisdictio... cit.", p. 525; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano... cit.*, p. 290, n. 12.

²²⁸. Vid. D.38.15.2. 1 y 2. (ULP. l. XLIX ad ed.).

²²⁹. D.38.6.1.4. (ULP. l. XLIV ad ed.).

²³⁰. ACCARIAS, *Précis... cit.*, v.II, p. 766.

²³¹. KELLER, *De la procedura... cit.*, p. 406; RICCOBONO, "Studi critici... cit.", p. 193; RAMADIER, *Les effets...cit.*, p. 33 y ss; SOLAZZI, *Il concorso...cit.*, I, p. 137 y ss y v.II, p. 122; LAURIA, "Iurisdictio... cit.", p. 525. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano... cit.*, p. 290; ANDOLINA, "I presupposti...cit.", (1968), p. 112 y ss; VOICI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*

tanto no se puede hablar de una verdadera y propia *causae cognitio*, pues el magistrado no examina los hechos alegados por el acreedor limitándose a ponerlo en posesión según su Edicto²³².

Esta última opinión es la que, a tenor de las fuentes, nos parece más acertada: al hacer referencia al Edicto²³³, el Pretor se exoneraba de una previa *causae cognitio* limitando la validez y eficacia de la *missio* a la existencia real del presupuesto recogido por el Edicto²³⁴.

Precisamente porque el Pretor se limita a constatar la correspondencia formal entre las razones aducidas por el acreedor y las condiciones propuestas en el Edicto, el ordenamiento recogía varios expedientes tendentes a evitar la petición de la *missio in bona* de forma dolosa o arbitraria:

En el caso de que algún acreedor alegase una causa errónea o inexistente se producía la nulidad de la *postulatio* que como consecuencia invalidaba todos los actos dependientes de ella: *consequens erit dicere venditionem bonorum secutam nullius momenti esse*²³⁵, incluso cuando la *postulatio* del *falsus creditor* aprovechase a los verdaderos acreedores: ... *si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio...*, puesto que el vicio originario era insanable²³⁶.

Igualmente, cuando el decreto de la *missio* era obtenido sin motivo el pretor no protegía en la posesión a aquél o aquéllos que lo hubiesen pedido²³⁷, en este caso, cuando el *missus* demandaba de forma dolosa o temeraria con la *actio in factum* (prometida por el Edicto y recogida en D.43.4.1.pr. contra aquél

²³². Vid. D.42.5.31.3 (ULP. l.II de omn. trib.)- *Quod si suspectus satisfacere iussus decreto praetoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo permittere iubebit. Cfr. CICERÓN, pro Quinct., X.26.*

²³³. D. 42.5.31.3 (ULP. l.II de omn. trib.)- *bona possideri venumque dari ex edicto suo iubebit; CICERÓN, pro Quinct., VI.25: ... postulat a Burrieno praetore Naevius, ut ex edicto... y XIX.60: Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse CICERÓN, Ad att., VI.1.15: ... de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis quae ex edicto et postulari et fieri solent...; VAL. PROBO: Bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo.*

²³⁴. Cfr. SOLAZZI, "Il concorso... cit.", I, p. 138-139; ANDOLINA, "I presupposti...cit.", (1968), p. 114 y ss; SCIALOJA, "Procedimiento... cit.", p. 290.

²³⁵. D.42.4.7.3. (ULP. l.LVIII ad ed.)- *Si quis possiderit bona alicuius quasi latitantis, qui non latitabat, et vendiderit, consequens erit dicere venditionem bonorum secutam nullius momenti esse.*

²³⁶. Vid. D.42.5.12.pr. (PAUL. l.LIX ad ed.)

²³⁷. Vid. D.43.4.1.5. (ULP. l.LXII ad ed.).

que con dolo hubiese impedido la entrada en posesión del acreedor o acreedores) podía ser sometido a un *iudicium contrarium* y condenado a pagar la quinta parte del crédito pretendido²³⁸ y contra quien hubiese ocupado injustamente el patrimonio de otra persona se otorgaba la acción de injurias²³⁹.

IV. CONCLUSIONES

Primera: La *bonorum venditio* es un instituto de naturaleza pretoria, de carácter universal y cuando hay pluralidad de acreedores, colectivo, que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del deudor a petición de uno o varios acreedores que eran puestos en posesión de los bienes del demandado. Transcurridos determinados plazos, el *magister bonorum* procedía a la subasta del patrimonio en su conjunto y lo entregaba a quien ofreciera pagar el mayor porcentaje de las deudas del concursado.

Segunda: La *bonorum venditio* es el primer procedimiento de ejecución patrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico romano, pues hasta el momento de su aparición la única forma de ejecución posible es la personal a través del ejercicio de la *manus iniectio* (salvo la excepcional aplicación de la *legis actio per pignoris capionem*). Posteriormente, durante la época clásica, la ejecución personal siguió ocupando un lugar preferente como la única reconocida por el *ius civile*, sin embargo, la ejecución patrimonial, basada en el *imperium* del magistrado, debió ser más frecuentemente empleada en la práctica, puesto que para el actor era más satisfactoria que la ejecución personal.

Tercera: La *bonorum venditio* nace en el ámbito del derecho pretorio en el s.II a. C., manteniéndose vigente durante parte de la época republicana y durante toda la época clásica hasta el s.III d.C. Es producto de la concatenación de dos instrumentos de tutela pretoria distintos y sucesivos: uno de carácter preliminar y conservador, la *missio in bona*, y otro verdaderamente ejecutivo, la *bonorum venditio*.

En mi opinión, y a pesar de la información de Gayo 4.35, no puede fijarse con certeza el momento de aparición de este expediente. Únicamente podemos afirmar que este procedimiento aparece absolutamente desarrollado en el año 111 a.C. (*lex Baebia agraria*). De modo, que en relación con la introducción de esta institución, parece más acertada la opinión mayoritaria que estima que,

²³⁸ GAYO IV.177.

²³⁹ *Vid.* D.47.10.15.31 (*ULP. l. LXXVII ad ed.*).

conforme a la tradición jurídico romana, se realizó de forma lenta y progresiva, donde destacan dos momentos, uno inicial, en el que el pretor se limitó a poner al acreedor o acreedores en posesión del patrimonio del deudor sin autorizarles a venderlo, y un segundo momento, en el que el magistrado les otorga la facultad de vender el patrimonio y cobrarse con su precio. Con la posibilidad de venta, la *missio* se transforma, pasando de ser una medida coactiva, de presión, para obligar al deudor a asumir correctamente la litis o al pago (*accipere iudicium* o a la *solutio*), a ser una medida accesoria de la ejecución destinada a conservar el patrimonio del deudor.

Cuarta: La finalidad con la que nació esta institución es muy distinta al fin principal al que tiende todo procedimiento concursal, a saber, la satisfacción de una pluralidad de acreedores sobre un patrimonio generalmente insuficiente conforme al principio *par condicio creditorum*. La *bonorum venditio* surge como medida subsidiaria a la ejecución personal para cuando ésta no fuere posible, operando como medida de presión, de coacción frente al deudor indefenso *latu sensu* para obligarle a acatar las órdenes del magistrado (que pague o acuda a juicio y se defienda asumiendo correctamente la *litis*). De modo, que en mi opinión, este procedimiento nace para garantizar el principio de contradicción que preside todo el procedimiento civil romano (a través de la celebración de la *litis contestatio*).

Quinta: En época clásica, la *bonorum venditio* en su aplicación principal se usa como modo de ejecución patrimonial de sentencia y por eso, actualmente, su estudio suele enmarcarse dentro del tema más general del proceso ejecutivo romano. Sin embargo, no hay que olvidar que este procedimiento fue introducido por el pretor a través de su Edicto para determinados supuestos en que la ejecución personal no era posible porque el deudor se hubiese escondido, fuese indefenso o hubiese fallecido sin dejar herederos. Por tanto, la *bonorum venditio* no nació como forma de ejecución de sentencia, sino más bien para el supuesto de falta de ella; fue el pretor quien posteriormente, se encargó de adaptar a este supuesto una institución que no tendía a la satisfacción directa del acreedor o acreedores del insolvente, sino a la sustitución del deudor que no paga o no asume su defensa, por otro sujeto pasivo (*bonorum emptor*) que acate ese deber. Posiblemente, la finalidad que originariamente cumplió este expediente explica el hecho de que GAYO (2.98 y 3.77) y JUSTINIANO (I.3.12.pr.) no lo recojan como forma de ejecución, sino como figura de sucesión universal *iure praetorio* asimilada al *bonorum possessor*.

Sexta: La *bonorum venditio* se aplica frente al deudor común, bastando con que no haya cumplido una de sus obligaciones y que se encuentre en alguno de los supuestos recogidos taxativamente en el Edicto del Pretor para que el

acreedor o acreedores puedan pedir la *missio in bona* y subsiguiente venta de los bienes. De modo que, para la apertura del procedimiento, no es esencial la existencia de una pluralidad de acreedores (como tampoco lo es en nuestro derecho para la declaración de quiebra, art. 876.1º del C.Co., ni lo es para la declaración de concurso conforme a la nueva Ley Concursal, bastando la solicitud de un solo acreedor para que el procedimiento pueda alcanzar sus objetivos y cumplir sus funciones). Tampoco en el procedimiento romano es un requisito esencial del procedimiento la insolvencia, pues basta con que el deudor no pague a un solo acreedor por simple iliquidez para que éste pueda solicitar la apertura del procedimiento.

Séptima: La puesta en posesión (*missio in bona*) y posterior venta jamás es otorgada de oficio por el magistrado (como tampoco es posible en nuestro ordenamiento jurídico la declaración de oficio por el juez o a instancias del ministerio fiscal del concurso, ni siquiera cuando la insolvencia se ponga de manifiesto por medio de actuaciones delictivas), sino que es necesaria la cesión de bienes por parte del deudor o bien, la petición (*postulatio*) por parte de un acreedor o de una pluralidad de acreedores cuyos créditos hayan vencido y –en mi opinión– a pesar de que los textos y la doctrina parecen limitar el régimen de la *missio in bona* para tutelar los derechos de crédito, considero que originariamente el régimen edictal referente al latitante y al ausente se extendía a las acciones reales.

Octava: En cuanto al papel del pretor en el procedimiento romano, advertimos que su función se limita fundamentalmente a asistir a los acreedores en las distintas peticiones que éstos le hacen, lo que se explica por el principio privatista que informa el *ordo iudiciorum privatorum*. Esto contrasta con el papel del Juez en el concurso de acreedores calificado como órgano rector del proceso con amplias funciones de dirección y control, indicándose que a él le corresponde el impulso del proceso (art. 186 L.Con.).

A pesar de esta posición más pasiva del magistrado romano, en el procedimiento de la *bonorum venditio* son numerosos los momentos en que su intervención es absolutamente necesaria como es el caso del decreto por el que se autoriza la apertura del procedimiento.